

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 29 novembre 2012

Thèse de Doctorat / novembre 2012

**Les effets pervers du formalisme
(étude à partir du contrat d'auteur)**



Université Panthéon-Assas

Sophie NOEL

Sous la direction de Pierre-Yves GAUTIER
Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

Membres du jury :

- **Christophe ALLEAUME,**
Professeur à l'Université de Caen Basse Normandie
- **Cyril GRIMALDI,**
Professeur à l'Université Paris Nord XIII
- **Nicolas MOLFESSIS,**
- Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
- **Eric SAVAUX,**
Professeur à l'Université de Poitiers

Avertissement

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je voudrais profiter de ces quelques lignes pour remercier les personnes qui m'ont accompagnée tout au long de cette difficile mais belle épreuve que constitue la rédaction d'une thèse.

Tout d'abord, mes remerciements vont au Professeur Gautier. Merci pour votre disponibilité, votre attention et vos conseils précieux. Je suis convaincue d'avoir fait le bon choix en travaillant avec vous.

Un grand merci également à ma famille et mes amis, pour leur présence et leur soutien sans faille. A mes parents : je vous adresse toute ma gratitude et ma reconnaissance ; sans vous, rien de tout cela n'aurait été possible. A Marie : merci d'être là depuis tant d'années et de partager avec moi tous ces moments de vie. A Nicolas, Jérôme, Aurélien et Aurélie : merci pour votre présence qui m'a permis de « déconnecter » quand j'en avais besoin.

Et, évidemment, merci à Baptiste : merci pour ton soutien, ta patience, ta confiance, ta présence, ton amour. Merci d'avoir cru en moi quand je doutais. Et surtout, merci pour tout le bonheur que tu m'apportes. J'ai tellement hâte d'unir « pour de bon » ma vie à la tienne...

Résumé :

Le Code de la propriété intellectuelle est dédié à la protection des auteurs. Sur le terrain contractuel, cela se traduit par un formalisme important qui entoure la cession des droits patrimoniaux. Ainsi, le contrat d'auteur doit être rédigé par écrit, doit détailler le contenu du transfert, et doit préciser la rémunération de l'auteur. L'objectif du législateur, en recourant au formalisme, est de tenter de protéger l'auteur partie faible, de mieux l'informer, de restaurer un certain équilibre contractuel. Une étude de la matière révèle rapidement l'échec du formalisme en ce que le dispositif est inutile et inefficace. Pire, il crée nombre d'effets pervers, qui ne peuvent qu'inciter à douter du bien-fondé du choix du législateur. D'autant qu'il n'est pas possible en la matière de s'appuyer sur le rôle modérateur du juge qu'avait décrit Flour : en droit d'auteur, le juge est très exigeant quant au respect des dispositions formalistes et va même parfois au-delà de l'esprit des textes. Le juge n'assouplit pas le formalisme, il le rigidifie. Face à un droit d'auteur compliqué et exigeant, le professionnel, cocontractant de l'auteur et cessionnaire des droits, a souvent recours aux usages et se détourne ainsi du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, un droit parallèle des contrats d'auteur s'est progressivement mis en place. Devant l'échec du formalisme et sa mise à l'écart par la pratique, le législateur a dû réagir : il a choisi la voie de la réforme (très incomplète et imparfaite) en introduisant dans la loi quelques exceptions au formalisme. Le juge quant à lui semble finalement hésiter sur la démarche à suivre. A côté du mouvement très formaliste qui existe en jurisprudence, un autre courant, plus récent est à noter : certains juges décident de faire de l'interprétation du contrat la pièce maîtresse de leur intervention pour faire reculer le formalisme. Ces magistrats, bien plus en phase avec la pensée de Flour, semblent nous indiquer la solution aux effets pervers du formalisme.

Descripteurs :

Formalisme – Loi – Juge – Professionnel – Usages – Exceptions – Interprétation

The perverse effects of formalism (abstract)

The Code of Intellectual Property is dedicated to the protection of authors. On contractual grounds, this translates into a significant formality surrounding the transfer of copyright. Thus, the author's contract must be in writing, must detail the contents of the transfer, and specify the remuneration of the author. The legislature's objective, using the formalism, is trying to protect the weaker party (the author), to better inform, and restore some balance within the contract. Studying the material quickly reveals the failure of formalism in that the device is useless and ineffective. Worse, it creates many negative effects, which only encourages one to doubt the validity of the choice of the legislature. Even more so, since it is not possible in such a matter, to rely on moderating the role of judge Flour who described: in copyright law, the judge is very demanding with regard to formalistic compliance and sometimes goes beyond the spirit of the text. The judge did not relax the formalism; he has made it more rigid. When faced with complicated and demanding copyright, the professional, the contractor of the author and assignee of rights, often resorts to the practices and so turns away from the Code of Intellectual Property. Thus, a parallel right of copyright agreements is gradually implemented. Confronted with the failure of formalism and sidelining the practice, the legislature had to react: he chose the path of reform (very incomplete and imperfect) by introducing into the law some exceptions in the formalism. The Judge, meanwhile, seems ultimately unsure of how to proceed. Aside from the movement's very formalistic jurisprudence, on another more recent note: some judges decide to make the interpretation of the contract the centerpiece of their intervention in order to turn back the formalism. These magistrates, more in line with Flour's thinking, seem to indicate the solution of the perverse effects of formalism.

Keywords :

Formalism - Law - Judge - Professional - Uses - Exceptions - Interpretation

Principales abréviations

al.	Alinéa
art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.
Com. Com. Elect	Communication Commerce Electronique
Cont. Conc. Cons.	Contrat, Concurrence, Consommation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Recueil Dalloz
D. chron.	Recueil Dalloz (chronique)
D. IR	Recueil Dalloz (informations rapides)
D. J.	Recueil Dalloz (jurisprudence)
D. somm.	Recueil Dalloz (sommaires commentés)
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
in	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
Jcl.	Juris-classeur
JCP G	La semaine juridique (édition générale)
JCP E	La semaine juridique (édition entreprises)
obs.	Observations
<i>op. cit</i>	opere citato
Prop. Intell.	Propriétés Intellectuelles
Prop. Indus.	Propriété industrielle
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue des contrats
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>supra</i>	ci-dessus

TABLE DES MATIERES

<u>Introduction.....</u>	<u>12</u>
<u>Chapitre préliminaire – Essai de théorie générale du formalisme.....</u>	<u>25</u>
<u>Section 1 – Les fonctions du formalisme.....</u>	<u>25</u>
<u>§1 – Le formalisme traditionnel : l’acte.....</u>	<u>26</u>
<u>§2 – Le formalisme moderne : la mention.....</u>	<u>28</u>
<u>Section 2 – Les sanctions du formalisme.....</u>	<u>31</u>
<u>§1 – La sanction du formalisme traditionnel.....</u>	<u>32</u>
<u>§2 – La sanction du formalisme moderne.....</u>	<u>33</u>
<u>§3 – L’application de la sanction par le juge.....</u>	<u>35</u>
<u>PARTIE 1 – LES EXCES DU FORMALISME EN DROIT D’AUTEUR.....</u>	<u>38</u>
<u>Chapitre 1 – L’exigence d’un consentement personnel écrit.....</u>	<u>39</u>
<u>Section 1 – La nécessité d’un écrit.....</u>	<u>39</u>
<u>§1 – Les exigences du Code de la propriété intellectuelle.....</u>	<u>39</u>
<u>§2 – La forme de l’écrit.....</u>	<u>41</u>
<u>Section 2 – La portée de l’exigence de l’écrit.....</u>	<u>45</u>
<u>§1 – Les limites rationae materiae.....</u>	<u>46</u>
<u>A/ Les contrats visés par l’exigence d’un écrit et les modes de preuve autorisés.....</u>	<u>46</u>
<u>B/ Les contrats non visés par l’exigence d’un écrit et les modes de preuve autorisés.....</u>	<u>54</u>
1) <u>la portée de l’alinéa second de l’article L. 131-2.....</u>	<u>54</u>
2) <u>l’intérêt de la distinction entre les contrats.....</u>	<u>58</u>
<u>§2 – Les limites rationae personae.....</u>	<u>60</u>
<u>Section 3 – La valeur de l’écrit.....</u>	<u>63</u>
<u>§1 – La règle.....</u>	<u>63</u>
<u>§2 – Le débat.....</u>	<u>64</u>
<u>A/ Intérêt de la distinction.....</u>	<u>64</u>
<u>B/ Classification du contrat d’auteur.....</u>	<u>70</u>
<u>C/ Comparatif avec d’autres matières.....</u>	<u>77</u>
<u>Chapitre 2 – L’exigence d’un objet déterminé.....</u>	<u>81</u>
<u>Section 1 – Des mentions précises.....</u>	<u>82</u>
<u>§1 – La question de l’utilité : des mentions contournables.....</u>	<u>82</u>
<u>A/ Les éléments à mentionner.....</u>	<u>83</u>
1) <u>énumération limitative des droits cédés.....</u>	<u>84</u>
2) <u>l’étendue.....</u>	<u>86</u>
3) <u>la destination.....</u>	<u>88</u>
4) <u>la durée.....</u>	<u>92</u>
5) <u>le lieu.....</u>	<u>94</u>
<u>B/ L’inutilité des mentions.....</u>	<u>96</u>
1) <u>le « contournement » de la mention.....</u>	<u>96</u>
2) <u>l’effet pervers : la longueur des contrats.....</u>	<u>98</u>
3) <u>l’alternative : la rédaction de clauses synthétiques.....</u>	<u>103</u>

§2 – La question de l’efficacité : des mentions incompréhensibles.....	105
A/ Le constat de l’inefficacité.....	105
1) le glissement vers le contrat d’adhésion.....	106
2) les termes.....	108
3) la sélection.....	112
B/ Le besoin d’une information préalable.....	116
1) l’information préalable en droit commun.....	116
2) l’information préalable en droit d’auteur.....	120
Section 2 – Le régime des mentions.....	125
§1 – Le domaine de l’article L. 131-3 alinéa 1 ^{er}	125
A/ Les limites rationae materiae.....	125
B/ Les limites rationae personae.....	136
§2 – La sanction de l’article L. 131-3 alinéa 1 ^{er}	139
A/ Solutions retenues.....	140
1) solutions en droit d’auteur.....	140
2) solutions en matière de cautionnement.....	143
B/ Conséquences dangereuses.....	148
1) un piège du consentement.....	148
2) une faveur à la mauvaise foi.....	152
3) une fragilisation des parties.....	158
Section 3 – L’intransigeance du juge.....	162
§1 – Etude des rigidités de la jurisprudence.....	162
A/ Rigidité quant à l’utilisation des droits dérivés.....	162
B/ Rigidité quant aux obligations du cessionnaire des droit.....	166
§2 – Appréciation d’une jurisprudence formaliste.....	170
Chapitre 3 – L’exigence d’une contrepartie déterminée.....	173
Section 1 – Etude des règles applicables à la rémunération de l’auteur.....	173
§1 – Le formalisme de la rémunération.....	174
A/ Une rémunération déterminée ou déterminable.....	174
1) la règle retenue par le droit d’auteur.....	174
2) une règle plus stricte qu’en droit commun.....	176
B/ Le problème de la gratuité.....	177
§2 – Les principes de fixation de la rémunération de l’auteur.....	179
A/ L’impérativité de la rémunération proportionnelle.....	180
B/ L’impérativité de l’assiette.....	183
C/ La liberté du taux.....	185
Section 2 – Les implications.....	186
§1 – Des règles mal adaptées.....	187
A/ Des difficultés posées.....	187
1) difficulté de calcul.....	187
a. succès inconnu.....	187
b. prix inconnu.....	188
2) difficulté de contrôle.....	192
B/ Des limites posées.....	193
1) absence de prix public.....	194
2) prix public inapplicable.....	197
§2 – Perspectives d’évolution.....	201
A/ Un peu de souplesse : l’évolution de la rémunération.....	201
B/ Beaucoup de souplesse : l’article L. 131-4 supplétif.....	204

<u>Conclusion de la première partie.....</u>	<u>209</u>
<u>PARTIE II – LES REACTIONS FACE AUX EXCES DU FORMALISME.....</u>	<u>212</u>
<u>Chapitre 1 – Les usages du professionnel.....</u>	<u>213</u>
<u>Section 1 – Les raisons de la méfiance des professionnels.....</u>	<u>213</u>
<u>§1 – A priori : trop de prévisions.....</u>	<u>214</u>
<u>A/ Les prévisions exigées.....</u>	<u>214</u>
<u>B/ Les prévisions ajoutées.....</u>	<u>217</u>
<u>§2 – A posteriori : trop de responsabilité.....</u>	<u>222</u>
<u>A/ Les risques de nullité.....</u>	<u>222</u>
<u>B/ Les risques de condamnation pour contrefaçon.....</u>	<u>224</u>
<u>Section 2 – La prise de distance des professionnels.....</u>	<u>226</u>
<u>§1 – Absence de remise en cause.....</u>	<u>227</u>
<u>A/ Absence de procès.....</u>	<u>227</u>
<u>B/ Faiblesse des condamnations.....</u>	<u>229</u>
<u>§2 – Respect relatif.....</u>	<u>230</u>
<u>A/ La force des usages en droit d’auteur.....</u>	<u>231</u>
<u>B/ Des usages contra legem.....</u>	<u>233</u>
1) <u>du transfert des droits.....</u>	<u>233</u>
2) <u>de la contrepartie.....</u>	<u>236</u>
<u>Chapitre 2 – Les exceptions du législateur.....</u>	<u>242</u>
<u>Section 1 – Les modes imprévisibles d’exploitation.....</u>	<u>242</u>
<u>§1 – Un recul relatif du formalisme.....</u>	<u>242</u>
<u>A/ Formalisme allégé.....</u>	<u>243</u>
<u>B/ Formalisme toujours.....</u>	<u>245</u>
<u>§2 – Faire reculer davantage le formalisme.....</u>	<u>250</u>
<u>Section 2 – L’exception au principe de titularité initiale: l’œuvre collective.....</u>	<u>254</u>
<u>§1 – Présentation.....</u>	<u>254</u>
<u>A/ Notion.....</u>	<u>254</u>
<u>B/ Régime.....</u>	<u>255</u>
1) <u>titularité dérogatoire.....</u>	<u>256</u>
2) <u>les craintes suscitées par l’œuvre collective.....</u>	<u>257</u>
<u>§2 – L’impact de l’œuvre collective sur le formalisme.....</u>	<u>259</u>
<u>A/ Vers moins de formalisme.....</u>	<u>259</u>
<u>B/ La nécessité d’aller plus loin.....</u>	<u>261</u>
<u>Section 3 – L’admission des cessions automatiques : vers un formalisme résiduel...</u>	<u>262</u>
<u>§1 – Cessions automatiques et contrat de travail.....</u>	<u>263</u>
<u>A/ Avant-propos : la situation normale.....</u>	<u>263</u>
1) <u>examen de la situation.....</u>	<u>263</u>
a. <u>le principe.....</u>	<u>263</u>
b. <u>les problèmes pratiques.....</u>	<u>267</u>
2) <u>les éléments de solution.....</u>	<u>270</u>
a. <u>les fils conducteurs.....</u>	<u>270</u>
b. <u>les pistes de réflexion.....</u>	<u>273</u>
i. <u>inspiration « droit d’auteur ».....</u>	<u>273</u>

ii.	<u>inspiration « propriété industrielle »</u>	278
iii.	<u>inspiration « étrangère »</u>	280
	<u>B/ Les « entorses » faites par le législateur</u>	283
1)	<u>champ d'application</u>	283
a.	<u>les règles posées</u>	283
b.	<u>incidence sur le formalisme</u>	289
c.	<u>justifications</u>	291
2)	<u>force du transfert automatique</u>	294
3)	<u>incidence sur la rémunération</u>	296
	<u>§2 – Les cessions automatiques hors contrat de travail</u>	299
	<u>A/ Champ d'application des cessions automatiques</u>	299
1)	<u>les règles posées</u>	299
2)	<u>justifications</u>	302
3)	<u>force de la cession automatique</u>	304
	<u>B/ Impact sur le formalisme</u>	305
1)	<u>la production audiovisuelle</u>	305
2)	<u>la commande publicitaire</u>	310
	<u>Chapitre 3 – L'interprétation du juge</u>	314
	<u>Section 1 – Illustration d'un courant jurisprudentiel pragmatique</u>	314
	<u>§1 – La recherche de l'usage</u>	315
	<u>A/ Cession d'une photographie et exploitation sur internet</u>	316
1)	<u>l'affaire « Hachette »</u>	316
2)	<u>l'affaire « Sygma »</u>	320
	<u>B/ Cession d'une photographie et utilisation dans la version numérique du magazine</u>	323
	<u>§2 – La recherche de l'intention</u>	326
	<u>Section 2 – Appréciation d'une jurisprudence « libérale »</u>	329
	<u>§1 – La voie du « réalisme juridique »</u>	330
	<u>§2 – Le recours au droit commun comme élément de solution</u>	334
	<u>§3 – Parallèle avec la solution allemande</u>	335
	<u>Conclusion de la deuxième partie</u>	341
	<u>Conclusion générale</u>	343
	<u>Bibliographie</u>	348
	<u>Table des annexes</u>	361
	<u>Index</u>	426

Introduction

1. Lorsqu'une loi est adoptée, l'objectif est d'améliorer une situation, de régler une difficulté. Si nombre de textes parviennent à atteindre la cible, force est de constater que certains rencontrent davantage de difficultés. Face à ce constat, et à l'heure de la crise de la loi, nombreux sont ceux qui réclament une évaluation systématique des dispositifs législatifs. En effet, on assiste ces dernières décennies à un « pullulement » des textes qui invite sans doute à ce genre d'évolution : il faut, dans l'optique de gérer et de maîtriser la masse législative, s'assurer que les lois adoptées soient réellement utiles et efficaces. Autrement dit, il faut se poser la question des résultats obtenus.

L'interrogation relative aux résultats d'une loi doit être scindée en deux approches. Il faut, bien évidemment, dans un premier temps se demander si, du point de vue des objectifs assignés, le texte a rempli ou non sa mission. Mais la réponse à cette seule interrogation, qu'elle soit positive ou négative, ne saurait être suffisante pour tirer un bilan du recours à la loi nouvelle. Il faut, et il s'agit là d'une part importante du bilan que l'on doit dresser, se demander quelles ont été les incidences du choix opéré. On le sait, lorsque le législateur intervient pour définir une norme, fixer un objectif, poser une règle, la loi a souvent en pratique des effets qui n'étaient pas attendus, ni même particulièrement envisagés. C'est ce que l'on appelle le problème de l'incidence des lois¹. Cette part du problème nous semble extrêmement importante à l'heure de dresser le bilan d'un choix opéré par le législateur, et ce parce

¹ Sur cette question, cf. J. Carbonnier, « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, LGDJ, p. 149.

que les incidences de la loi peuvent être positives, mais aussi négatives. Et précisément, il nous semble qu'il ne faut pas se réjouir d'une loi qui, tout en réglant certaines difficultés, engendrerait d'autres problématiques, plus nombreuses ou plus graves que celles qui existaient avant son intervention.

Donnons un exemple pour éclaircir notre propos. Une loi intervient pour taxer les transports de marchandises qui se réalisent par voie routière : l'objectif est la réduction de l'utilisation des poids lourds, le développement des modes alternatifs de transports et *in fine* un espoir de réduction de la pollution. En pratique, les transporteurs seront aussi incités à répercuter cette nouvelle taxe sur leurs clients. L'intervention législative aura donc pour incidence une augmentation du coût pour l'utilisateur final, et pas seulement un effet bénéfique sur l'environnement. Cet exemple vaut à chaque fois que le législateur décide d'imposer ou de taxer un secteur ou un groupe d'individus : fatalement, le coût est répercuté et ce n'est souvent pas celui qui était visé qui paie finalement.

Il est possible de multiplier les exemples de « retombée de la loi en dehors de la cible »² : augmentons la fiscalité sur les revenus pour permettre une meilleure redistribution de la richesse et l'on obtient un phénomène d'exil fiscal ; décidons d'augmenter le plafond de certains placements pour permettre à l'Etat de mobiliser l'épargne des citoyens afin de financer tel ou tel projet et c'est la consommation qui ralentit et la croissance avec elle ; imposons un certain nombre de diagnostics lors d'une vente immobilière pour mieux informer l'acheteur potentiel et c'est le coût de la facture qui grimpe, avec en embuscade un risque de recul du marché immobilier.

Au sujet de ces diagnostics techniques lors d'une vente immobilière, il faut sans doute citer ici une jurisprudence récente³ qui montre un type particulier d'incidence négative, lorsqu'un texte se retourne finalement contre celui qu'il avait pour mission de protéger : les magistrats ont en effet considéré que dès lors que le diagnostic amiante imposé par la loi avait été réalisé à la demande du vendeur, ce dernier ne pouvait rien se voir reprocher, même si ultérieurement l'on se rendait compte que les résultats étaient finalement erronés. L'établissement du diagnostic,

² J. Carbonnier, *op. cit.*

³ Civ. 3^{ème}, 6 juillet 2011, Bull. civ. III, n° 126. Sur cet arrêt, cf. notamment : P.-Y. Gautier, *RTD Civ.*, 2011, 776 ; *Cont. Conc. Cons.*, 2011, n° 232, note L. Leveneur.

qui vaut comme une réalisation de l'obligation d'information, permet d'activer la clause d'exonération des vices cachés, alors même que la loi précise que cette clause ne saurait être valable si le diagnostic n'est pas réalisé. Ainsi, le vendeur est tenu si le diagnostic n'est pas réalisé ; il ne l'est pas si le diagnostic est faux. L'acheteur n'a plus alors que la possibilité de se retourner contre l'expert qui a établi le diagnostic erroné : sauf qu'il faut pour cela une faute que l'expert n'a peut-être pas commise, puisque la loi lui impose de réaliser ses examens sans destruction⁴. Dès lors, il est possible d'imaginer qu'il a mis en œuvre toutes les méthodes à sa disposition mais qu'elles n'ont pas permis de mettre à jour la présence d'amiante. C'est donc la loi qui permet l'exonération du vendeur et de l'expert. C'est donc la loi qui prive l'acheteur de tout recours. La loi cherchait pourtant une protection renforcée de l'acheteur.

On le voit bien à travers ces exemples, la loi produit souvent des conséquences autres que celles espérées. Les incidences d'une norme sont régulièrement plus larges que celles qui étaient attendues. Et inmanquablement elles participent du bilan qu'il faut tirer de l'application d'un texte. S'il s'agit d'incidences positives, la loi sera bien accueillie, et ce même si l'objectif qu'elle s'était fixé n'est pas forcément atteint. En revanche, s'il s'agit d'incidences négatives, d'effets pervers, le texte sera nettement moins bien considéré, et ce même si l'objectif qu'il s'était vu assigné est atteint. Ces incidences, ces externalités non anticipées (ou à tout le moins non recherchées) constituent donc une part essentielle du bilan de l'application d'une loi.

2. Notre étude vise à mettre en lumière les effets pervers, les externalités négatives, les incidences non recherchées d'une technique contractuelle souvent au cœur des débats juridiques : le formalisme. Le procédé n'est pas de principe en droit français des contrats, qui s'inscrit incontestablement dans la tradition consensualiste, issue de l'esprit libertaire de la révolution qui a marqué de son empreinte notre Code civil. En effet, lorsqu'au début du XIX^{ème} siècle, Napoléon ordonne la rédaction de l'ouvrage, les juristes sont encore marqués par les restrictions, les rigueurs et les excès qui ont jalonné l'Ancien Régime. Tous n'aspirent qu'à une chose : la souplesse. Ainsi, lorsque Portalis et ses confrères doivent décider de la technique contractuelle qui sera celle du Code civil, le choix entre formalisme et consensualisme est facilement réglé en faveur du deuxième. Le formalisme,

⁴ Arrêté du 22 août 2002, JO 19 septembre 2002, p. 15245 : le texte impose un examen de visu, puis, en cas de doute, des

technique contractuelle bien aimée des juristes romains, est jugée trop stricte, trop exigeante, trop rigide. Elle n'est pas en adéquation avec le besoin de liberté qui se fait sentir dans toute la société.

3. Pour bien comprendre le choix opéré par les rédacteurs du Code civil, il convient de s'arrêter quelques instants sur l'histoire du formalisme. La technique est bien ancienne. Sans doute est-elle née en même temps que le droit lui-même. En effet, on considère à l'époque des romains, que le droit ne peut pas naître de la seule volonté. Le consentement ne joue aucun rôle. Il faut une extériorisation, une formalisation, pour que des effets juridiques apparaissent. En règle générale, ce sont les rites qui font naître les effets de droit. Ainsi, on a recours au serment, aux contrats noués par l'airain et la balance (dont le plus fameux est le *nexum*⁵). On contracte via le contrat *verbis*, la *stipulatio*⁶. Les formes y sont orales et sacramentelles. A l'origine, on considère même que la question et la réponse doivent être congruentes, c'est à dire qu'elles doivent se correspondre mot pour mot⁷. Par conséquent, la règle qui prévaut en droit romain est la suivante : « *ex nudo pacto actio non nascitur* », ce qui signifie que « le pacte nu ne donne naissance à aucune action ».

C'est à la période classique que les choses évoluent, parallèlement à l'essor du commerce. Le formalisme est lourd et bloque les échanges. Ainsi, petit à petit, l'idée du consensualisme s'installe à Rome, en vue de favoriser le commerce, de permettre la conclusion de contrats à distance et entre absents. Mais il ne faut pas pour autant considérer que le droit romain consacre le consensualisme : bien au contraire, aucune règle ne le reconnaîtra jamais. Le principe demeure le formalisme, même si certains contrats consensuels existent bel et bien chez les romains⁸.

Après le droit romain, l'hésitation entre formalisme et consensualisme est réelle. D'abord, les invasions barbares provoquent un retour en arrière et une remontée en puissance des formes et des rites. Ainsi, le consensualisme recule au haut

prélèvements et analyses.

⁵ Le *nexum* est une sorte de prêt d'argent à intérêt. Sur la question, cf. par ex. : D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 203 et suivantes.

⁶ Sur la *stipulatio*, cf. par ex. : D. Deroussin, *op. cit.*, p. 213 et suivantes.

⁷ Petit à petit, les choses s'assouplissent et l'on n'exige plus que les questions et réponses soient congruentes.

Moyen-Age. A l'époque franque, le contrat se forme par l'extériorisation du consentement par une forme particulière (remise d'une chose, formes orales, formes écrites)⁹. A l'époque féodale, les choses n'évoluent pas : le formalisme est toujours extrêmement présent.

Il faut attendre le 12^{ème} siècle pour voir réapparaître l'idée du consensualisme. Cette évolution se produit essentiellement sous l'influence du droit canonique¹⁰. Cette législation commence pourtant par être formaliste : le contrat est en quelque sorte consacré par un serment religieux par lequel s'engagent les particuliers. Il faut donc bien une formalité pour donner sa force au contrat. Mais, derrière le serment, c'est la parole donnée qui se cache. Le droit canon admet ainsi progressivement le serment simplifié : on s'intéresse davantage à l'intention réelle de celui qui prête serment qu'à l'accomplissement de formalités. Ainsi, les canonistes vont consacrer le principe inverse de celui retenu par les romains : « *ex nudo pacto actio oritur* », ce qui signifie que « l'action naît du pacte nu ». L'évolution est donc, comme il l'a été très justement remarqué, quelque peu paradoxale, puisque le serment religieux, formaliste, a peu à peu servi à dépasser le formalisme romain¹¹. On considère que l'attachement du droit canonique au principe du consensualisme est consacré lors de la publication des Décrétales de Grégoire IX¹² en 1234.

C'est finalement entre le 15^{ème} et le 17^{ème} siècles que le consensualisme a définitivement remporté la bataille contre le formalisme. Ainsi, à cette époque Loisel écrit sa très célèbre formule : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ». Les juristes de l'école du Droit de la nature consacrent le principe du consensualisme : on pense notamment à Grotius ou, pour la France, à Domat.

4. Sous l'influence du droit canonique, le droit français se colore de consensualisme. Ce n'est pas le contexte philosophique et économique du 18^{ème} siècle qui va inverser la tendance. Ce siècle est celui des Lumières. Beaucoup de penseurs

⁸ On pense aux pactes (adjoints, légitimes, prétoriens).

⁹ Cf. par ex. : D. Deroussin, *op. cit.*, p. 138 et suivantes.

¹⁰ Cf. par ex. : D. Deroussin, *op. cit.*, p. 153 et suivantes.

¹¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n° 130.

¹² Recueil rédigé par St Raymond de Penafort, composé de cinq livres regroupant 185 titres.

s'interrogent sur les évolutions que subit le monde qui les entoure et sur celles à venir. Chacun cherche un sens à ces bouleversements. En matière politique, la philosophie la plus marquante de cette période est sans conteste celle du contrat social de Rousseau. Publié en 1762, ce texte considère qu'une organisation sociale juste ne peut reposer que sur un pacte, contracté entre tous les citoyens, ayant pour objet de garantir entre eux l'égalité et la liberté. L'idée est qu'à travers ce pacte, chacun renonce à sa liberté naturelle pour gagner une liberté civile. Dans cette construction, le peuple est souverain. C'est lui qui décide des règles, dans le bien commun. Et, puisque les règles viennent du peuple, il ne ressent aucune forme d'oppression à s'y soumettre. Rousseau écrit à ce propos : « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est la liberté »¹³.

La philosophie rousseauiste va inspirer Kant et son principe de l'autonomie de la volonté. L'auteur écrit que « la législation universelle de la conduite, c'est la volonté de l'être raisonnable qui doit en être la législatrice »¹⁴. Autrement dit, l'Homme est un être raisonnable qui, en tant que tel, va se doter lui-même de sa propre loi. L'Homme, de par sa volonté, sait ce qui est bon pour lui et est, par conséquent, le mieux placé pour forger la loi à laquelle il sera soumis. Le lien entre Rousseau et Kant apparaît clairement. Roger Verneaux écrit d'ailleurs à ce sujet : « la doctrine kantienne revient à intérioriser dans la personne et pour sa vie morale la liberté civile telle que Rousseau l'a définie pour la vie sociale »¹⁵.

La philosophie est donc dominée par les idées de liberté et de suprématie de la volonté. Le mouvement est le même en matière économique. L'époque est en effet marquée par le libéralisme économique, dont le chef de file n'est autre qu'Adam Smith¹⁶. C'est le temps de la fameuse doctrine du « laisser-faire, laisser-passer ». Les économistes libéraux considèrent en effet que tout doit se régler par la loi de l'offre et de la demande. Le marché doit fonctionner seul et s'autoréguler. Nul n'est mieux placé que le consommateur pour savoir ce qu'il faut consommer et nul n'est mieux placé que le producteur pour savoir ce qu'il faut produire. L'Etat n'a aucun rôle.

¹³ J.-J. Rousseau, « *Du contrat social ou Principes du droit politique* », Livre 1, Chapitre VII, 1762.

¹⁴ Sur la philosophie de Kant, voir surtout : *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785 et *Critique de la raison pratique*, 1788.

¹⁵ R. Verneaux, *Le vocabulaire de Kant*, tome II, Paris 1973, p. 224.

¹⁶ Voir, notamment : A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

Toute intervention de sa part serait nuisible. Il doit être cantonné aux fonctions régaliennes. Telle est la pensée des libéraux classiques. Même si les néoclassiques admettent que le marché peut connaître des défaillances et que, par là même, il faut sans doute parfois reconsidérer l'intervention étatique, il n'en demeure pas moins qu'ils restent très attachés aux notions de liberté et de volonté individuelle.

5. Dans ce contexte, le droit ne pouvait pas prendre une autre direction. Il devait, lui aussi, consacrer ces valeurs de liberté individuelle et de pouvoir de la volonté. C'est ainsi qu'apparaît la doctrine de l'autonomie de la volonté¹⁷, théorie directement inspirée de la morale de Kant. C'est autour de la notion de contrat que se cristallise le débat en matière juridique. La question à laquelle tentent de répondre les juristes de l'époque est la suivante : comment concevoir qu'un individu soit assujéti à un autre alors que les Hommes sont libres et égaux en droit ? La théorie de l'autonomie de la volonté pose la volonté humaine comme fondement du contrat. C'est la volonté de l'individu qui explique qu'il s'oblige. Permettre aux hommes de contracter de la manière dont ils l'entendent est le meilleur moyen d'établir entre eux des rapports justes et utiles. Nécessairement, cette doctrine a plusieurs conséquences sur la matière juridique, au rang desquelles la liberté contractuelle¹⁸. Si, quant au fond, cela se traduit par un triple choix – celui de contracter ou non, celui du contenu du contrat et celui de la personne du cocontractant –, quant à la forme, la théorie de l'autonomie de la volonté se traduit nécessairement par une consécration du principe du consensualisme. Aucune forme ne doit être imposée, l'échange des volontés humaines (l'échange des consentements, pour utiliser un vocabulaire moins philosophique et davantage juridique) suffit à former le contrat. Comme il l'a été écrit : « la volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme »¹⁹.

C'est ainsi que le consensualisme est devenu l'un des principes phares de notre droit. Sans le formuler très clairement, le Code civil ne le consacre pas moins pour autant : en effet, l'article 1108 énonce les conditions de validité d'une convention ; on y trouve consentement, capacité, objet et cause, mais aucune règle de forme. Pour

¹⁷ L'étymologie du mot « autonomie » est intéressante. Il est formé par deux termes grecs : *autos* (soi-même) et *nomos* (loi).

¹⁸ Deux autres conséquences sont importantes : la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat.

¹⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 24.

être valable, le contrat n'a donc pas besoin d'être « formalisé ». Il s'agit bien d'une consécration du consensualisme, même si c'est, il faut bien le concéder, par la négative²⁰. Pour autant, cette adhésion au principe du consensualisme ne signifie pas que les rédacteurs du Code civil ont voulu valider totalement la théorie de l'autonomie de la volonté. D'abord parce qu'ils étaient méfiants à l'encontre de la philosophie en général ; ensuite parce qu'ils ont voulu faire du Code civil une œuvre de compromis, de consensus. Ils ont donc intégré dans le code des principes d'origines différentes²¹. La consécration du consensualisme est ainsi davantage une constatation des intérêts du principe qu'une adhésion complète à la théorie de l'autonomie de la volonté.

6. Quoiqu'il en soit, le consensualisme s'est installé durablement dans le paysage juridique français. Il est toujours considéré comme le pilier de notre droit des obligations. Mais à l'heure d'en faire le bilan, les choses ne sont pas idylliques et expliquent que le formalisme n'ait pas été complètement rayé de la panoplie du juriste et que, bien au contraire, il y retrouve, ces derniers temps, une place importante.

Du côté des forces du principe du consensualisme, on trouve deux arguments conséquents :

- le premier est moral : le consensualisme oblige au respect de la parole donnée (influence canoniste). Il est impossible, avec ce système, d'utiliser les irrégularités de forme, purement matérielles, pour se défaire d'un engagement. Ce qui a été promis doit être respecté.
- le second est économique : le consensualisme permet la rapidité, la facilité, la souplesse de l'opération contractuelle. Aucune forme n'est exigée, l'échange des consentements suffit à former valablement le contrat. Dès lors que les parties se sont entendues sur les modalités de leur convention, celle-ci est formée, valable et peut s'exécuter sans nul besoin de fioritures particulières.

²⁰ Il est d'ailleurs écrit que « le Code de 1804 ne consacre même plus le consensualisme : il l'admet implicitement, comme un point définitivement acquis ». Cf. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2010, n° 536.

Le consensualisme permet incontestablement la souplesse. Il s'agit là de son atout majeur. Et c'est ce qui explique qu'il soit toujours le principe de notre droit aujourd'hui, à l'heure où tout va plus vite et où le temps est devenu une chose infiniment précieuse.

Mais si le principe du consensualisme présente des avantages indéniables, force est de constater qu'il présente aussi des inconvénients importants. Ils sont, essentiellement, au nombre de trois :

- d'abord, le consensualisme ne permet pas d'éviter les engagements pris à la légère. L'absence de forme et la facilité avec laquelle le contrat se forme n'incitent pas nécessairement à la prudence et à la réflexion. Le consensualisme favoriserait ainsi les contrats conclus sans conscience de la portée de l'engagement.
- ensuite, le consensualisme fait souffrir les contrats d'un manque de précisions. En effet, les conventions se forment par un simple échange de consentements, sans que les modalités précises d'exécution desdites conventions n'aient été forcément et particulièrement discutées. Ainsi, le consensualisme serait source d'incertitudes.
- enfin, le consensualisme laisse les tiers (et surtout l'Etat) dans l'ignorance des conventions passées. Aucune forme n'est exigée : il n'y a donc aucun écrit, ni aucune publicité. Difficile dans ces conditions pour les tiers de connaître l'existence et le contenu d'une convention, qui pourtant peut les intéresser. Le consensualisme serait ainsi source d'obscurité.

Face aux évolutions de la société, les inconvénients du consensualisme ont pris le dessus sur ses avantages. Dans la société moderne en effet, la théorie de l'autonomie de la volonté marque le pas : la volonté de l'homme seule ne conduit pas à des rapports justes et équilibrés, parce que le postulat de départ selon lequel les

²¹ Ainsi, par exemple, la catégorie des contrats réels présente dans le Code civil est issue d'une influence du droit romain ;

hommes sont tous égaux est erroné. On se rend compte que dans la plupart des opérations contractuelles, il y a un fort et un faible et que le premier impose très souvent sa loi au second. Les opérations ne profitent ainsi pas aux deux parties : elles ne conduisent pas à la justice sociale et à l'équité. Ce constat apparaît clairement avec l'industrialisation de la société, et surtout dans les rapports de travail. Lacordaire écrit que « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit »²². Du coup, l'on se dit que, sans doute, il faut fixer davantage de règles, pour encadrer les opérations contractuelles et faire en sorte de revenir à un certain équilibre entre les contractants. La solution est toute trouvée : renforcer l'exception au principe du consensualisme, renforcer le formalisme.

7. Ainsi, l'on a pu assister au cours du siècle dernier à une certaine renaissance du formalisme. Cette réconciliation des juristes français avec la technique contractuelle héritée des romains a été motivée par le constat des limites du consensualisme. En ce qu'il a vocation à davantage encadrer le processus contractuel que le consensualisme et donc à mettre l'accent sur la dangerosité de l'opération et à attirer l'attention des contractants, le formalisme a été perçu par beaucoup comme une panacée. De fait, nombreuses matières ont succombé à ses charmes et se sont progressivement inscrites en marge de la philosophie du Code civil. A titre d'exemples significatifs, citons le droit du cautionnement, le droit des assurances, le droit de la consommation. Au regard de l'enthousiasme suscité par le renouveau du formalisme, il nous semble intéressant de se demander si, effectivement, la technique est à la hauteur des espérances qu'elle a suscitées. A-t-elle rempli ses objectifs ? A-t-elle été efficace ? N'a-t-elle pas, comme le consensualisme, montré certaines limites ? Cette série de questions mérite une étude approfondie, d'autant plus à l'heure où la société en général et le juriste en particulier se trouvent atteints d'une frénésie de la réglementation et de l'encadrement. Le formalisme, plus rigoureux, plus exigeant, plus structurant que le consensualisme, constitue-t-il une meilleure technique contractuelle ? Quel bilan tirer de l'utilisation du formalisme ? Nous l'avons dit, la question de l'incidence nous semble prépondérante. Bien sûr, il va nous falloir souligner les objectifs de départ du recours à cette technique contractuelle et

²² l'article 1134 et sa notion de bonne foi ont, quant à eux, subi l'influence du droit canonique.

rechercher s'ils ont ou non été remplis. Mais cela ne saurait suffire pour déterminer si le choix du recours au formalisme s'est avéré ou non être une bonne chose. Il nous faudra donc, pour répondre à nos interrogations, rechercher les effets pervers du formalisme. Il nous semble en effet qu'il peut être utile de mettre en lumière ces derniers à l'heure où certains juristes semblent la considérer comme le remède à toutes les difficultés de la matière contractuelle. Ce n'est pas un hasard si le formalisme a reculé ; ce n'en est pas un non plus si le consensualisme est resté le principe essentiel de notre droit. L'objet de notre étude est ainsi de mettre en garde contre les limites et les externalités négatives qui résultent inmanquablement d'une utilisation excessive du procédé.

8. Pour construire notre réflexion, il nous semble judicieux de nous concentrer sur l'étude d'une matière en particulier, qui a fait du formalisme sa pierre angulaire. Nous avons l'embaras du choix, tant il est vrai, nous l'avons dit, que nombreuses sont les disciplines qui ont franchi le pas et sont devenues dérogatoires. Mais il nous semble que l'exemple du droit d'auteur est tout à fait pertinent pour mener à bien notre étude. La matière inscrit en effet les contrats entre auteurs et cessionnaires des droits dans un cadre très formaliste.

Après avoir présenté l'histoire du formalisme en général, retraçons, beaucoup plus brièvement, celle du formalisme en droit d'auteur. Sous l'empire de décrets révolutionnaires des 13 et 19 janvier 1791 et des 19 et 24 juillet 1793, le contrat (et par conséquent sa forme) n'est pas au centre des préoccupations. Le législateur n'en fait pas, à l'époque, une arme de protection de l'auteur. Nous l'avons dit, l'époque est empreinte de liberté et sa traduction juridique, le consensualisme, touche le droit d'auteur comme les autres matières. Cette tradition va perdurer aussi longtemps que les textes seront en vigueur²³. A ce propos, les conclusions de l'avocat général Combaldieu rédigées à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 avril 1959 sont révélatrices de l'état d'esprit qui règne sous l'empire de la législation

²² Lacordaire, in « *Du double travail de l'Homme* », 52^{ème} conférence de Notre-Dame, tome IV, 1848, p. 494.

²³ Soit jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957. Notons que ces textes ont fait preuve d'une extraordinaire longévité : ils ont en effet trouvé à s'appliquer pendant près de 170 ans, sans être fondamentalement remises en cause.

révolutionnaire²⁴ : « c'est bien évidemment le souffle individualiste et égalitaire qui a animé le législateur de l'époque révolutionnaire : c'est l'exaltation de la liberté individuelle, de la volonté libre de l'individu ». A la question de savoir si la cession des droits de l'auteur supposait la rédaction d'un écrit, il répond catégoriquement : « Comment dans ces conditions imaginer que ce législateur ait pu imposer un formalisme aussi étouffant, qui apparaît si peu en harmonie avec l'autonomie de la volonté ? ». Consensualisme, tel est le maître mot en droit d'auteur sous l'empire des décrets révolutionnaires.

C'est la loi du 11 mars 1957, distancée par l'esprit libertaire de la révolution et marquée par les réalités de nos sociétés modernes, qui transforme le droit d'auteur français en un droit formaliste. Il est parfois prétendu le contraire et la loi elle-même semble s'en défendre²⁵ ; mais au regard des exigences qui sont les siennes, l'affirmation ne saurait être différente. La lecture des travaux préparatoires à ce sujet est assez éclairante. Ainsi, dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé à l'Assemblée Nationale le 9 juin 1954, l'esprit et le sens de la loi sont clairement indiqués : « Les modalités particulières du droit de cession (...) tiennent compte de la nécessité de défendre l'écrivain ou l'artiste, souvent mal renseigné ou insoucieux de ses droits, contre l'habileté praticienne parfois excessive de certains exploitants. C'est ainsi que l'article 32 exige que les conditions de la cession, notamment le prix, soient, dans la plupart des cas, stipulés par écrit, et que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte »²⁶. Dans ces conditions, l'on peut retenir avec un auteur que « si la liberté contractuelle continuait à pouvoir déployer tous ses effets, la moitié de la loi n'aurait aucun sens »²⁷. Nous pouvons donc l'affirmer sans hésitation : la loi de 1957 s'inscrit en marge du principe de la liberté des conventions, considéré comme l'un des fondements de notre Code civil.

9. Le droit d'auteur français est donc formaliste. L'objectif est ici le rétablissement d'un certain équilibre entre les parties. Il s'agit, *in fine*, de protéger

²⁴ L'arrêt est rendu après la loi de 1957, mais à des faits auxquels elle ne s'appliquait pas compte tenu des règles relatives à l'application de la loi dans le temps.

²⁵ Il faut noter par exemple que plusieurs projets concomitants à celui qui est devenu la loi du 11 mars 1957 prévoyaient de faire de l'écrit une condition de validité du contrat. La loi de 1957 ne retient pas textuellement cette exigence et entend ainsi conserver un caractère consensualiste. La réalité est toutefois plus controversée, nous y reviendrons.

²⁶ Cf. Documents parlementaires – Assemblée Nationale, annexe n° 8612, 2^{ème} législature, session 1954. Pour un résumé du processus législatif ayant conduit à l'adoption de la loi de 1957, cf. *RIDA*, 1958, n° 19, p. 29, Vilbois.

l'auteur, jugé partie faible. C'est, selon nous, à travers cette protection du plus vulnérable des contractants, la véritable raison d'être du formalisme qui s'exprime en droit d'auteur. Si cette philosophie se retrouve aussi en d'autres matières, telles que le droit de la consommation ou le droit des assurances par exemple, le formalisme s'explique aussi ailleurs par d'autres données : information de l'Etat, protection de l'économie, etc. En droit d'auteur, la philosophie est « brute ». C'est en cela que la matière nous apparaît être un objet d'études des plus appropriés. Elle l'est d'autant que nous aurons l'occasion de souligner que, par ailleurs, elle cristallise toutes les problématiques issues d'un recours massif au formalisme. Nous allons donc nous poser la question des résultats obtenus par le formalisme à partir de l'exemple du droit d'auteur. Il s'agit de savoir si le recours à cette technique contractuelle a constitué ou non une option judiciaire. Finalement, nous allons nous poser la question de savoir si le formalisme n'a pas causé plus de difficultés en droit d'auteur qu'il n'en a réglé.

10. Pour ce faire, et après, dans l'optique de se familiariser un peu plus avec la technique, avoir tenté de dresser les grandes lignes d'une éventuelle théorie formaliste (Chapitre préliminaire), nous mettrons en évidence les excès du formalisme en droit d'auteur (Partie 1). Il conviendra de voir, ensuite, quelles sont les réactions des différentes sources du droit d'auteur face à ces excès (Partie 2).

²⁷ J.-L. Tournier, dans son commentaire de la loi de 1957 : « Le bilan de la loi », *RIDA*, 1958, n° 19, p. 73.

Chapitre préliminaire – Essai de théorie générale du formalisme

11. Nous l'avons déjà souligné, le formalisme a connu au cours de l'histoire un certain succès, plus ou moins franc selon les époques, mais bien réel. Nous avons d'ailleurs noté, avec un certain intérêt, que le droit fût d'abord formaliste et qu'après certaines hésitations, la tendance est aujourd'hui à un retour vers ces origines. Certes, les méthodes ont évolué, mais le fait est que le formalisme a résisté, s'est adapté aux évolutions sociétales. Devant ce constat, l'on ne peut que se dire qu'un tel succès, qu'une telle résistance s'explique nécessairement par des raisons de fond, justifiant l'attachement des juristes au formalisme. C'est pourquoi il nous paraît important, avant – l'intitulé de notre étude ne laisse guère de place au suspense – de dresser le procès de la technique, de tenter de dessiner les contours d'une théorie générale du formalisme. La chose ne sera pas aisée, eu égard à la « diversité des formes » utilisées²⁸. Nous ne prétendons d'ailleurs pas y parvenir, mais il convient d'essayer, à tout le moins, de mettre en exergue certaines lignes directrices. Pour ce faire, il va nous falloir répondre à une série de questions, au rang desquelles figurent celle des fonctions du formalisme (Section 1), mais aussi celle des sanctions retenues en cas de manquement aux prescriptions formalistes (Section 2).

Section 1 – Les fonctions du formalisme

12. Ce sont les faiblesses du consensualisme qui ont conduit à un renforcement, à une renaissance du formalisme²⁹. On trouve, en réalité, deux sortes de formalisme, chacune répondant à une critique adressée au consensualisme : le formalisme de l'acte (formalisme traditionnel) vise à attirer l'attention, à la fois des parties et des tiers (§1) ; le formalisme de la mention (formalisme moderne) a pour objet de protéger le faible et de rétablir un équilibre entre les parties (§2).

²⁸ Cf. sur cette question F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 2009, 10^{ème} édition, n° 134, qui écrivent que « cette diversité rend délicate l'élaboration d'une véritable théorie générale du formalisme ».

²⁹ L'expression « renaissance du formalisme » sert d'ailleurs d'intitulé à la thèse de P. Moeneclaey, publiée en 1914 (« *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français* »).

§1 – Le formalisme traditionnel : l'acte

13. Le formalisme traditionnel est lui-même subdivisé en deux catégories, que l'on nomme formalisme direct et formalisme indirect.

14. Le formalisme direct est celui qui exige une condition de forme pour la validité du contrat. Il s'agit d'abord des contrats réels (prêt, dépôt, gage) qui ne se forment que par la formalité particulière de remise de la chose. Il s'agit ensuite des contrats solennels, qui ne sont valablement formés que par un écrit : certains contrats ne peuvent être conclus que par acte authentique (donation, contrat de mariage, constitution d'hypothèque...); pour d'autres, le recours à l'acte sous seing privé suffit (vente de fonds de commerce, convention collective de travail, contrat de construction d'une maison individuelle, cession de brevet...). Ainsi, on voit bien que ce formalisme vise à attirer l'attention des contractants : par exemple, en ayant l'obligation de passer devant un notaire pour conclure une donation, chacun peut mesurer l'importance de cet acte. Davantage, à tout le moins, que si une telle décision pouvait se suffire d'un simple accord verbal pour être valable. L'objectif est que chacun se rende compte de l'importance de l'opération projetée et, par conséquent, que chacun y réfléchisse bien.

15. Le formalisme indirect est celui qui exige une condition de forme pour l'opposabilité du contrat. Il s'agit des formalités de publicité, qui doivent être réalisées afin d'informer les tiers, et notamment l'Etat, des opérations réalisées. Ces exigences de publicité concernent essentiellement le droit foncier³⁰. Le formalisme indirect concerne aussi les règles de preuve, régies par les articles 1341 et suivants du Code civil. Ces exigences de publicité et de preuve sont parfois contestées dans leur qualification de règles formalistes. Elles ne relèveraient pas du formalisme dès lors que leur absence ne remet pas en cause la validité du contrat. Il n'en reste pas moins que, si ces règles ne sont pas respectées, le contrat est inefficace car inopposable. Dès lors, il s'agit bien de formalisme. Il est d'ailleurs écrit que « par définition, le consensualisme est atteint dès que le seul échange des consentements ne suffit pas à

rendre l'accord des parties pleinement efficace »³¹. Ainsi, la différence entre le formalisme direct et le formalisme indirect est « de degré, non de nature »³².

16. Le formalisme traditionnel, « historique » est celui de l'acte. Ce formalisme est toujours très utilisé aujourd'hui. Au delà de l'existence de prescriptions législatives, il existe une autre raison à la persistance de cette technique, raison sociologique : le besoin de rédiger. Ainsi, il faut remarquer que les justiciables ont parfois recours à l'écrit, à l'acte alors même que la loi ne l'impose pas ou, à tout le moins, n'en fait pas une condition de validité du contrat. En effet, il n'est pas rare de voir les contractants, pour se rassurer, pour se protéger, recourir à l'écrit, « signer » un contrat en toutes circonstances. Notons d'ailleurs que dans l'esprit populaire, un contrat ne saurait être conclu sans un document, avec articles, mentions et signatures. La distinction entre ce que les juristes nomment « *instrumentum* » et « *negotium* » est inconnue de la grande majorité des justiciables et constitue d'ailleurs l'une des grandes découvertes de l'étudiant en droit lors de ses premiers cours de droit des obligations. La conséquence de cette méconnaissance s'en ressent fortement dans la pratique : un écrit est très souvent rédigé, même si cela n'est pas nécessairement imposé par la loi, dès lors que l'intérêt en cause dépasse celui des opérations quotidiennes (il n'est encore jamais venu à l'idée de personne de demander un « contrat » (écrit) lors de l'achat d'une baguette de pain ; et pour cause, les justiciables n'ont pas, dans cette hypothèse, conscience qu'ils passent pourtant un véritable contrat avec la boulangerie). La persistance du formalisme s'explique ainsi en partie par l'attachement des contractants au papier, sans lequel ils n'ont pas l'impression de contracter et avec lequel ils se rassurent quant à l'éventualité d'un litige. Le besoin de rédiger ou la peur du vide.

Si le formalisme « traditionnel » existe toujours, il faut mettre en lumière le « nouveau » formalisme, apparu au fil des évolutions sociétales, celui de la mention.

³⁰ On en trouve aussi une manifestation intéressante en matière cinématographique : l'article L. 123-1 du Code du cinéma et des images animées impose en effet la publication des contrats audiovisuels au registre public du cinéma.

³¹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} édition, 2012, n° 314.

§2 – Le formalisme moderne : la mention

17. Le formalisme moderne correspond à ce que l'on a pris l'habitude de nommer « formalisme de la mention » ou encore « formalisme informatif ». Il a pour objectif d'informer les parties, et surtout la partie faible, du contenu exact du contrat qu'elles concluent. Il s'agit de rétablir l'équilibre entre les deux contractants. On s'est, en effet, rapidement rendu compte que les parties n'étaient pas dans un rapport d'égalité absolue face au contrat et que, nécessairement, l'une avait un avantage sur l'autre. La partie forte a plus d'informations que la partie faible, parce qu'elle est en mesure de se renseigner plus facilement ou bien parce qu'elle a une influence sur le contrat que l'autre n'a pas. Ce constat n'est déjà pas très flatteur, mais il s'aggrave encore quand on prend conscience que la partie forte peut être amenée à profiter de l'avantage qu'elle possède pour contraindre la partie faible à contracter dans un sens qui n'est pas celui de ses intérêts. Face à cette situation d'inégalité et de risque d'abus, le législateur a décidé d'intervenir : le moyen qu'il a trouvé pour rétablir l'équilibre, c'est le recours au formalisme informatif. Par cette technique, le contrat doit, souvent à peine de nullité, présenter certaines mentions, destinées à informer la partie faible des modalités d'exécution du contrat. On veut, autant que faire se peut, que la partie faible s'engage en toute connaissance de cause, qu'elle s'engage en ayant parfaitement conscience des implications de son engagement. On veut lui éviter toute mauvaise surprise.

18. Avant d'étudier davantage ce formalisme de la mention, il faut sans doute s'arrêter quelques instants sur la notion de « partie faible », qui est au cœur de la philosophie de la technique. On l'a souligné, ce formalisme moderne est tourné vers la protection de la partie faible, vers le rééquilibrage de la situation en sa faveur. Mais qu'est-ce qu'une « partie faible » ? Si l'on s'en tient à la raison d'être du formalisme de la mention, il s'agit de la partie contractante qui est en position de faiblesse, qui ne peut rien négocier, qui détient le moins de connaissances. Dans le contrat d'assurance, la partie faible est l'assuré ; dans le contrat de vente, la partie faible est l'acheteur (consommateur) ; dans le contrat d'auteur, la partie faible est

³² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 314.

l'auteur. Pour autant, est-on bien certain que chaque assuré, chaque consommateur et chaque auteur est celui qui, systématiquement, est en position de faiblesse, ne peut rien négocier, détient le moins de connaissances ? Rien n'est moins certain. L'assuré n'est pas la même personne selon qu'il est plus ou moins jeune, qu'il a plus ou moins l'expérience de ce type de contrat, qu'il assure une résidence et un véhicule ou une multitude de biens, qu'il dispose de par sa formation et sa profession d'informations relatives au fonctionnement d'un contrat d'assurance. Le consommateur n'est pas la même personne selon la masse et la régularité de ses achats, selon qu'il dispose ou non de certaines connaissances dans le domaine de ses acquisitions (de par son activité professionnelle notamment). L'auteur, enfin, n'est pas la même personne s'il est un écrivain à la recherche d'une maison d'édition pour la publication de son tout premier roman ou s'il est un artiste particulièrement reconnu, à la longue carrière et suivi par un public fidèle : dans le premier cas, il n'a aucune expérience, ni aucun poids dans la négociation ; dans le second, il est familier du processus de formation contractuelle et peut se permettre d'influencer le contenu du contrat, parce qu'il est désormais connu et qu'il peut ainsi faire jouer la concurrence entre les maisons d'édition. Force est alors de constater que la notion de « partie faible » est particulièrement abstraite et qu'elle révèle des réalités bien différentes. Difficile, dans ces conditions, de se satisfaire de l'homogénéisation d'une somme d'individus qui, s'ils se retrouvent du même côté de la barrière contractuelle (celui qui fait face au professionnel), recouvrent des personnalités et des situations bien différentes. La loi ne pouvant cependant pas faire dans le particulier, il semble que le législateur n'ait pas eu d'autre choix que de traiter la problématique du déséquilibre contractuel par une solution qui se veut très généralisante. S'il est possible de comprendre l'option défendue par le droit français, il faudra tout de même mettre en évidence les effets pervers de cette « globalisation » de la partie faible³³.

19. En attendant, tentons de retracer brièvement l'histoire du formalisme moderne. Sa naissance remonte concrètement à une loi du 29 juin 1935, qui impose dans le cadre d'une cession de fonds de commerce la présence de plusieurs mentions destinées à informer l'acheteur de certaines caractéristiques du bien. Pour autant, il est possible de remonter un peu plus loin et de relier la technique du formalisme

³³ Cf. *infra* n° 151.

informatif à la notion d'ordre public économique, défendue par Ripert³⁴. Plus particulièrement, c'est à la notion d'ordre public de protection que peut être rattaché le formalisme informatif. Cette sorte particulière d'ordre public consiste en la mise en place d'une législation « édictée dans le dessein de compenser une inégalité naturelle »³⁵. Il s'agit, ainsi, de rétablir une égalité que la liberté des hommes ne parvient plus à atteindre. Il s'agit de mettre en place « une organisation et un équilibre économique que la liberté n'assure pas »³⁶. Il s'agit aussi, *in fine*, de laisser place à une certaine « morale collective qui appelle à la moralisation des transactions »³⁷ : il faut se donner les moyens de s'assurer que l'une des parties n'abuse pas de la faiblesse de l'autre et ainsi d'être certain que les contrats conclus ont bien été effectivement et pleinement consentis. La notion d'« ordre public de protection » a ainsi connu un essor important dans la deuxième moitié du 20^{ème} siècle et c'est au travers de cet ordre public de protection qu'est apparue et que s'est développée la technique du formalisme informatif.

La technique est aujourd'hui bien connue et touche bon nombre de matières. Parmi les plus significatives, on trouve : le droit de la consommation et son arsenal de règles de protection du consommateur ; le droit des assurances et ses dispositions minutieuses ; le droit des sûretés et son cautionnement particulièrement encadré ; etc. On se retrouve ainsi face à des règles très directives, qui ne laissent que peu de place à notre principe de liberté contractuelle. Il a d'ailleurs pu être écrit à ce sujet que « sous couvert d'information du consommateur, on renoue avec le système qu'une approche néo-libérale se proposait précisément d'écarter : la réglementation du contenu du contrat par les pouvoirs publics et non par les parties »³⁸. Finalement, le renoncement au consensualisme et à la liberté contractuelle semble être, pour le législateur, la meilleure solution permettant le retour à l'équilibre entre les contractants.

³⁴ Cf. notamment G. Ripert, « *L'ordre économique et la liberté contractuelle* », Mélanges Gény, 1934, tome 2, p. 347 et suivantes.

³⁵ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 297.

³⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 297.

³⁷ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 320.

³⁸ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 262.

20. Présentation est ainsi faite des deux sortes de formalismes : à chaque fois, l'objectif est la « sécurité » des transactions. Dans les deux cas, on veut éviter que les contrats ne soient conclus à la légère, sans conscience de la portée de l'engagement, sans réflexion. Si l'on peut trouver une philosophie commune, il ne faut pas occulter le fait que ces deux types de formalismes ont chacun un critère d'application différent. Alors que le formalisme traditionnel vise simplement à signifier aux parties que le contrat qu'elles s'appêtent à conclure n'est pas anodin et qu'il serait opportun qu'elles y prennent garde, le formalisme moderne va plus loin encore en assistant les parties (essentiellement, on l'a vu, la partie faible), en réfléchissant à leur place et en mettant sous leurs yeux les éléments auxquels, dans un système plus classique, elles auraient pu ou dû penser toutes seules. De là à dire que le formalisme traditionnel « responsabilise », alors que le formalisme moderne « déresponsabilise », il n'y a qu'un pas³⁹.

De manière caricaturale, l'on peut ainsi dire que les deux types de formalisme répondent chacun à une fonction. Le formalisme a ainsi été pensé pour attirer l'attention des parties et pour rétablir l'équilibre entre elles. Telles sont les raisons d'être de la technique. Maintenant que nous avons présenté les ressorts du formalisme, il convient de s'interroger sur l'importance qui lui est conférée : pour ce faire, rien n'est plus révélateur que d'étudier les sanctions qui sont prévues par le législateur, en cas de manquement aux prescriptions formalistes.

Section 2 – Les sanctions du formalisme

21. Maintenant que l'on connaît les circonstances dans lesquelles le législateur a recours au formalisme, encore faut-il s'interroger sur la façon dont le non respect des règles formalistes est sanctionné. Il faut, pour ce faire, à nouveau distinguer les différentes sortes de formalisme : formalisme traditionnel (§1) et formalisme moderne (§2). Parce qu'il a entre les mains l'effectivité de la sanction, il faudra aussi s'interroger sur la façon dont le juge appréhende cette dernière (§3).

³⁹ Nous aurons l'occasion de revenir sur cette critique du formalisme moderne. Cf. *infra* n° 155.

§1 – La sanction du formalisme traditionnel

22. En matière de formalisme traditionnel, il faut distinguer le formalisme direct du formalisme indirect. Le manquement au formalisme direct est sanctionné par la nullité. Cette affirmation, si elle est vérifiée pour l'essentiel, laisse tout de même place à certaines interrogations :

- d'une part, en ce qui concerne les contrats réels. En effet, ces contrats se forment par la formalité de la remise de la chose. Si la chose n'est pas remise, le contrat n'est ainsi pas valablement conclu. Du coup, on s'interroge : doit-on dire que le contrat est nul ou simplement qu'il n'est pas du tout formé ? La logique veut que l'on considère qu'il n'est pas formé. La tendance de la Cour de cassation à considérer qu'avant la remise de la chose, il n'y a pas contrat, mais promesse de contrat réel est un argument en faveur de cette solution⁴⁰.
- d'autre part, en ce qui concerne la nature de la nullité. Le manquement au formalisme direct doit-il être sanctionné par une nullité absolue ou relative ? Classiquement, on considère que c'est la nullité absolue qui doit être prononcée. Mais les doutes se sont installés avec les mutations de la théorie des nullités. On considère que lorsque l'intérêt menacé est privé, la nullité ne doit être que relative, alors que lorsque c'est un intérêt général qui est atteint, la nullité doit être absolue. Or, en analysant de plus près les dispositions exigeant un acte solennel pour la conclusion de certains contrats, on se rend compte que les intérêts en jeu sont assez variés. Par exemple, si l'on exige que la donation soit passée par acte authentique, c'est pour protéger les intérêts de la famille ; mais c'est aussi pour protéger ceux de l'Etat (et donc l'intérêt général) qui, pour des raisons fiscales, doit être informé de cette opération. Que doit-on faire quand plusieurs intérêts sont menacés ? On continue à considérer aujourd'hui que la nullité prononcée pour non respect du formalisme direct doit être absolue : lorsqu'un intérêt privé et un intérêt général sont tous deux en jeu, mieux vaut s'assurer de la défense du second⁴¹.

⁴⁰ Sur la question, cf. notamment : M. N. Jobard-Bachelier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD. Civ.*, 1985.1 ; Civ. 1^{ère}, 20 juillet 1981, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, n° 283.

⁴¹ Sur ce point, cf. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 146.

23. En ce qui concerne le formalisme indirect, la sanction est a priori plus souple, puisque le défaut de publicité ou de préconstitution de preuve n'entraîne pas la nullité de l'acte. La conséquence ne résidera « que » dans l'inopposabilité de l'acte, aux tiers (publicité) ou à l'autre partie (preuve). L'acte reste valable donc, mais s'il ne peut pas être prouvé, s'il ne peut pas être opposé, il est en pratique inefficace. La différence entre invalidité et inefficacité peut sembler bien arbitraire⁴².

Intéressons nous à présent aux sanctions prévues par le législateur en cas de manquement au formalisme moderne.

§2 – La sanction du formalisme moderne

24. En matière de formalisme moderne, c'est essentiellement la nullité qui sanctionne les manquements aux prescriptions législatives. Essentiellement, mais pas exclusivement. Cela s'explique par le fait qu'en certaines circonstances, la nullité peut s'avérer préjudiciable à la partie que l'on veut protéger. Ainsi, en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier, le Code de la consommation prescrit une déchéance du droit aux intérêts en cas de non respect des mentions obligatoires⁴³. La nullité dans un tel contrat conduirait à la remise des parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant le contrat : l'emprunteur, partie faible, devrait alors rendre les fonds ; cette décision serait souvent dramatique car bien souvent, il n'en dispose plus.

25. Dans la grande majorité des cas toutefois, c'est bien la nullité qui est prononcée en cas de manquement au formalisme moderne. Tel est le cas, par exemple, pour la vente et le démarchage à domicile⁴⁴, pour la cession de fonds de commerce⁴⁵ ou encore pour le courtage matrimonial⁴⁶. La nullité est ainsi largement favorisée en matière de formalisme informatif. Comme pour le formalisme traditionnel, il faut se demander quelle est la nature de la nullité retenue ici. La nullité

⁴² Pour un débat sur la question, cf. *infra* n° 55 et suivants.

⁴³ Solution annoncée par les articles L. 311-48 et L. 312-33 du Code de la consommation.

⁴⁴ L'article L. 121-23 du Code de la consommation énonce que les mentions sont requises « à peine de nullité ».

⁴⁵ C'est l'article L. 141-1 du Code de commerce qui nous l'indique.

⁴⁶ L'article 6 de la loi du 23 juin 1989 indique que « le contrat doit mentionner, à peine de nullité » diverses précisions.

relative est favorisée : la solution est parfaitement logique puisque ce formalisme ne sert qu'à protéger les intérêts de la partie faible (intérêt privé donc). Seule celle-ci doit pouvoir demander la nullité du contrat. Notons qu'elle a, par ailleurs, la possibilité de confirmer l'acte si, *in fine*, elle estime que malgré le non respect des dispositions formalistes, il ne lui est pas si défavorable que cela.

Au delà de la question de la nature de la nullité, c'est davantage la question du degré de nullité qui se pose : doit-elle être totale ou partielle ? En règle générale, on considère que la solution dépend de l'importance de la clause litigieuse (qui pose difficulté soit par son absence, soit par sa mauvaise rédaction). Si la clause porte sur un élément essentiel, substantiel, on a plutôt tendance à considérer que le contrat doit être annulé dans son ensemble. En revanche, si la clause porte sur un élément accessoire, on est davantage amené à se contenter d'une nullité partielle. En l'occurrence, rien n'est clairement exprimé par les textes. Mais puisque le formalisme informatif vise à attirer l'attention de la partie faible, il faut en déduire que le législateur considère que les éléments qui sont visés par la mention sont importants et de nature à déterminer le consentement. C'est pourquoi, en la matière, c'est la nullité totale qui semble devoir être favorisée. Au juge, *in fine*, de déterminer si cette sanction est excessive et que le manquement n'est pas suffisamment grave pour entraîner une disparition complète de l'acte.

Qu'il s'agisse du formalisme traditionnel ou moderne, la sanction principale est ainsi la nullité. Cette sanction montre la valeur que l'on confère au respect des règles formalistes. Elle traduit l'importance que l'on attribue aux deux principales fonctions assignées au formalisme : si l'attention des parties n'est pas attirée ou si l'équilibre entre elles n'est pas recherché, il convient d'annuler l'acte. Le formalisme a donc une mission importante dans notre système juridique et cela se traduit par la sévérité de la sanction qui est prévue en cas de manquement. Le rôle du formalisme est ainsi loin d'être anodin. A condition, toutefois, que le juge suive les prescriptions législatives, parce que c'est lui qui décide de l'effectivité de la sanction.

§ 3 – L’application de la sanction par le juge

26. Le législateur a entendu sanctionner de manière conséquente tout manquement au formalisme. Pour autant, cette sanction n’a d’efficacité que si le juge décide de l’appliquer, de respecter la ligne dictée par le législateur. A défaut, la sanction restera virtuelle ; elle sera privée de toute effectivité. Il faut donc être particulièrement attentif à la démarche suivie par le juge quant à l’application du formalisme.

Pour ce faire, il faut avant toute chose s’intéresser à l’analyse de Flour. Ce dernier avait en effet un avis tranché sur la manière dont les juges seraient amenés à appliquer le formalisme prescrit par la loi dans les affaires qui leur seraient soumises, et qui peut être résumé par la formule suivante : « il a été observé que la jurisprudence avait souvent manifesté une certaine réticence à l’encontre des exceptions apportées par la loi au principe du consensualisme »⁴⁷. L’auteur voyait bien l’intérêt pour le législateur de recourir au formalisme : « le législateur voit facilement les avantages du formalisme. (...) [de ce dernier], il voit essentiellement le rôle préventif et ce rôle suppose que la forme a été respectée »⁴⁸. On peut aussi lire que le législateur est « enclin à multiplier [les formes] pour perfectionner la sécurité des contractants »⁴⁹. Si Flour avait bien conscience que le législateur n’est pas disposé à faire preuve de beaucoup de souplesse, cela ne semblait pas l’inquiéter outre mesure puisque selon lui le juge reçoit la mission d’adapter le formalisme au cas d’espèce. Il a, en quelque sorte, un rôle de modérateur. L’auteur écrit ainsi : « au juge, c’est au contraire un problème de sanction qui est posé, car il n’est évidemment saisi d’un procès que si les règles légales n’ont pas été obéies. Or, les considérations qui ont guidé le législateur ne sont pas réversibles. Certaines formes préviennent l’irréflexion et la fraude ; plus souvent, elle est le fait de l’ignorance ou de la négligence. Le juge doit alors trancher entre deux hommes dont l’un prétend échapper à ses engagements à la faveur d’une simple irrégularité matérielle. S’il est convaincu que le consentement a été libre et conscient, comment ne souhaiterait-il pas imposer, au plaideur de mauvaise foi, le respect de la parole donnée ? »⁵⁰. Le juge serait ainsi

⁴⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n°320.

⁴⁸ J. Flour, « Quelques remarques sur l’évolution du formalisme », in Mélanges Rippert, Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle, Tome 1, LGDJ, 1950, p. 93 et s.

⁴⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 320.

⁵⁰ J. Flour, *op. cit.*

« tenté (...) de déformer la loi »⁵¹. L'auteur ajoute que « la réaction du juge contre la règle de forme (...) est l'un des aspects de sa réaction plus générale contre tout système qui, enserrant trop étroitement sa liberté, prétend lui faire rendre - au nom d'une règle abstraite dont il ne conteste pas pour autant la valeur - des décisions qu'il estime concrètement injustifiées »⁵². Flour conclut en mettant en parallèle le rôle du législateur et celui du juge : « Par la forme, le législateur entend faire régner la bonne foi dans la généralité des contrats. Par la négation de cette forme, le juge veut la faire régner dans un contrat particulier. Ils suivent des orientations différentes, plus qu'ils ne sont, à proprement parler, en contradiction »⁵³.

En résumé, Flour estime que le législateur n'a d'autre choix que de poser des règles générales et strictes, mais qu'il ne faut pas s'en inquiéter, dans la mesure où le juge est là pour veiller à l'équilibre de la situation. Si la règle s'avère concrètement inadaptée et que son application stricte entraîne une solution inéquitable, le juge décide alors d'en faire une application souple, voire de ne pas l'appliquer. L'effectivité de la sanction prévue par le législateur dépend donc de l'appréciation que fait le juge de la situation.

27. La présentation de Flour apparaît séduisante, tant elle dessine une mise en œuvre raisonnée de la règle et une coopération efficace entre loi et jurisprudence. En effet, l'auteur part du postulat que si le choix opéré par le législateur de recourir au formalisme s'avère source de certaines difficultés (et nous verrons au cours de notre étude que c'est effectivement le cas), le juge dispose du pouvoir d'en moduler les effets, en jouant sur le « levier » de la sanction. Les prédictions de Flour sont indéniablement rassurantes ; encore faut-il qu'elles soient réalistes. Nous verrons au cours de notre étude que le juge n'adopte pas toujours, et spécialement en droit d'auteur, la posture que Flour lui avait attribuée⁵⁴.

28. Le formalisme a connu son heure de gloire à l'époque où la technique juridique se dessinait, à Rome. Sous l'influence d'une société en mal de liberté, il a

⁵¹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 320.

⁵² J. Flour, *op. cit.*

⁵³ J. Flour, *op. cit.*

reculé pour laisser place au consensualisme, qui est devenu le socle de notre droit. Mais les juristes n'ont pas pour autant renoncé à l'outil, bien conscients que l'absence de formes peut parfois s'avérer problématique. Le formalisme n'a ainsi pas disparu au fil des siècles, il s'est simplement fait plus discret, passant du statut de principe à celui d'exception. Une exception qui a doucement repris de la vigueur ces dernières décennies, sous l'influence des nouvelles évolutions de la société. A tel point que le formalisme s'est à nouveau imposé en qualité de principe dans certains domaines : tel est le cas notamment de la matière qui va servir d'appui à la réalisation de notre étude, le droit d'auteur.

Et pourtant, malgré le recul dont on dispose et malgré la persistance de la méthode, force est de constater qu'il est encore particulièrement difficile de dresser une vraie et complète théorie générale du formalisme. On connaît son histoire, on comprend ses fonctions, on dessine ses sanctions. Mais la diversité, la variété des situations dans lesquelles il est appelé à constituer la technique contractuelle est telle qu'il est quasiment impossible de le cerner avec davantage de précision. Il s'agit sans doute là déjà d'une faiblesse du formalisme : on peut lui reprocher un manque d'unité, de cohérence. Parfois, l'on peut avoir l'impression qu'il est utilisé comme une sorte de « rustine », pour tenter de régler une difficulté qui ne pourrait effectivement l'être qu'en repensant complètement et différemment l'ensemble du système. Faute de mieux, faute de vraie solution, le législateur appelle le formalisme à la rescousse. Mais il ne constitue pas une panacée et cette mauvaise habitude nuit considérablement à la technique, qui pourrait, en certaines circonstances et à condition que l'on en fasse une utilisation raisonnée, présenter un intérêt certain. Le recours massif du législateur contemporain au formalisme rend la technique floue et ne permet pas d'en faire une bonne lecture. Ainsi est mise en lumière la première faiblesse du formalisme. La suite de notre étude va nous montrer qu'elle est loin d'être la seule.

⁵⁴ Cf. *infra* notamment n° 159 et suivants.

PARTIE I – LES EXCES DU FORMALISME EN DROIT D’AUTEUR

29. Alors que ce n’était pas la position initiale de la matière, les rédacteurs de la loi de 1957, devenue notre Code de la propriété intellectuelle en 1992, ont fait le choix d’entourer la cession des droits d’auteur d’un important formalisme. En effet, les deux types de formalismes ont été retenus : en exigeant que l’auteur donne son consentement par écrit, c’est le formalisme de l’acte qui est institué ; en imposant que l’objet de la cession et la rémunération de l’auteur soient déterminés avec beaucoup de soins, c’est le formalisme de la mention qui est consacré.

L’objectif des rédacteurs de 1957 était la protection de l’auteur, partie faible, dans ses rapports avec son cocontractant. Ils ont considéré à l’époque que la relation entre les deux n’était pas équilibrée, que le cessionnaire des droits (une maison d’édition dans la plupart des cas) était en position d’imposer le contrat et surtout ses conditions à l’auteur. Autrement dit, ils ont craint que le cocontractant de l’auteur soit tenté d’abuser de sa position de force pour contraindre ce dernier à s’engager dans des rapports contractuels dont il n’aurait pas voulu ou à tout le moins pas dans ces termes. Pour lutter contre ce risque, le choix du formalisme s’est imposé à eux.

La technique contractuelle utilisée en droit d’auteur s’est ainsi vu fixer une mission. Le formalisme est censé avoir un sens. Il nous faut vérifier si l’objectif assigné a été atteint. Mais conformément à la méthode que nous avons détaillée dans notre introduction, le bilan qui doit être fait du choix opéré en 1957 ne saurait se limiter à cette vérification ; il va également nous falloir rechercher d’éventuelles incidences négatives, d’éventuels effets pervers du recours au formalisme en droit d’auteur.

30. Pour ce faire, il convient d’étudier successivement les trois principaux axes formalistes du droit d’auteur français : un consentement personnel écrit de l’auteur (Chapitre 1), un objet de la cession précisément déterminé (Chapitre 2) et une rémunération de l’auteur particulièrement encadrée (Chapitre 3).

Chapitre 1 – L'exigence d'un consentement personnel écrit

31. La nécessité d'obtenir le consentement personnel et écrit de l'auteur constitue la première manifestation du caractère formaliste du contrat d'auteur en droit français. Il s'agit ici de la mise en œuvre du formalisme visant à attirer l'attention. Loin d'être l'exigence la plus conséquente, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, l'exigence de recourir à l'écrit montre cependant déjà bien le caractère que le législateur a voulu imprimer au contrat d'auteur. Il convient d'étudier le principe du recours à l'écrit posé par le Code de la propriété intellectuelle (Section 1), avant de s'intéresser à la portée (Section 2) et à la valeur de cette exigence (Section 3).

Section 1 – La nécessité d'un écrit

32. Le recours à l'écrit pour la conclusion du contrat d'auteur est prévu par le Code de la propriété intellectuelle. Il convient d'étudier les dispositions qui posent cette exigence (§1) et de voir quelle forme doit revêtir l'écrit pour respecter le principe posé par la loi (§2).

§1 – Les exigences du Code de la propriété intellectuelle

33. L'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle, en ce qui concerne l'exploitation des droits d'auteur, exige la rédaction d'un écrit. Il dispose en effet :

« Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle (...) doivent être constatés par écrit. Il en est de même des conventions gratuites d'exécution ».

Cet article constitue le siège principal de l'exigence d'un écrit pour la rédaction des contrats d'auteur. Il n'est toutefois pas le seul texte du Code de la

propriété intellectuelle à mettre en lumière cette nécessité. Nous la retrouvons en effet à l'article L. 132-7 du Code, qui énonce en son premier alinéa que « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ». Ce texte se trouve dans une section du Code consacrée au contrat d'édition. Il lui est donc propre par nature. Cependant, la doctrine comme la jurisprudence étendent bien volontiers l'application de l'article L. 132-7 à l'ensemble des contrats d'auteurs⁵⁵, à tout le moins à ceux visés par l'article L. 131-2 du code. Les juges et la doctrine considèrent effectivement que l'auteur engage sa personnalité dans le contrat d'édition de la même façon qu'il l'engage dans tous les autres contrats d'auteur⁵⁶. Il n'y a donc pas lieu selon eux de distinguer entre des situations identiques. Il nous semble qu'il faille approuver cette solution et se féliciter que la jurisprudence et la doctrine soient unanimes sur ce point.

34. L'article L. 132-7 ne concerne que le consentement de l'auteur. Il n'exige pas la rédaction complète du contrat d'auteur sur un support écrit. Il n'impose aucune forme, aucune mention particulière. Il oblige simplement à ce que le consentement de l'auteur soit donné par écrit. Il convient de s'interroger sur la portée exacte de ce texte. L'intérêt de l'article peut en effet paraître limité. Qu'apporte-t-il de plus que l'article L. 131-2 ? La question est légitime, puisque ce dernier requiert la rédaction d'un écrit. Or, dès lors qu'un écrit est rédigé, qu'un contrat (au sens *instrumentum*) existe, il semble bien qu'il y ait forcément rencontre des consentements, échange de volonté entre les deux parties qui ont conclu le contrat. Quelle est alors l'utilité de venir préciser dans l'article L. 132-7 que le consentement écrit de l'auteur est obligatoire ? Le législateur a-t-il voulu imposer, en plus de l'écrit, d'autres exigences formalistes ? A-t-il voulu imposer la rédaction d'une mention particulière tendant à démontrer l'accord complet de l'auteur avec les termes du contrat ? Ou bien a-t-il souhaité faire de l'apposition de la signature de l'auteur une condition *sine qua non* à la validité du contrat ? En réalité, il nous semble qu'il faille lire l'article L. 132-7 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'il fait référence à l'écrit, comme une redondance de l'article L. 131-2. Son intérêt est surtout de préciser que le

⁵⁵ Voir par exemple P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^{ème} édition, 2012, n° 451 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^{ème} édition, 2009, n° 405.

⁵⁶ Nous aurons largement l'occasion d'y revenir mais notons tout de suite que c'est le juge qui est ici responsable d'une extension du champ d'application du formalisme, ce qui lui arrive de temps à autre (cf. notamment *infra* n° 159 et suivants). Nous ne nous en offusquons pas cependant, l'exigence par le législateur du consentement pour le seul contrat d'édition n'ayant pas vraiment de justification recevable. La volonté du juge de traiter, de ce point de vue, tous les contrats sur un pied d'égalité doit être saluée.

consentement doit être personnel⁵⁷. Cet alinéa aurait pu être simplement rédigé ainsi : « *le consentement personnel de l'auteur est obligatoire* ». Le fait de mentionner qu'il doit, de surcroît, être écrit, n'est qu'une redite de l'article L. 131-2.

Notons tout de même que, si cet alinéa n'ajoute rien de particulier, en ce qui concerne l'écrit, par rapport aux exigences de l'article L. 131-2, il montre néanmoins l'attachement du législateur à ce que le contrat d'auteur soit rédigé par écrit. Il n'avait pas besoin de le répéter, et pourtant il l'a fait. Aucun doute n'est permis sur ses intentions. Cette redondance nous montre que l'écrit est absolument essentiel dans l'esprit du législateur.

L'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle exige ainsi que l'accord entre l'auteur et son cocontractant soit, en lui même, formalisé dans un écrit. Un simple accord de volontés entre l'auteur et son cocontractant ne saurait suffire. L'article L. 132-7 du même code ne fait que renforcer l'exigence de la constatation écrite de l'accord de volonté entre auteur et cessionnaire des droits. Les deux textes semblent ainsi tendre vers la même exigence : celle de la rédaction d'un écrit qui retracera la cession des droits de l'auteur à son cocontractant, de l'objet du contrat jusqu'au consentement. C'est en ce sens que paraît nous orienter la volonté de protection de l'auteur, inhérente à l'ensemble du droit d'auteur français. Reste à connaître la forme que doit prendre cet écrit.

§2 – La forme de l'écrit

35. Se pose ici la question de savoir quelle forme doit revêtir l'écrit constatant le contrat d'auteur, exigé, comme nous venons de le voir, par le Code de la propriété intellectuelle. La question est relativement récente, puisqu'elle se pose surtout depuis l'avènement de l'écrit électronique⁵⁸. Il s'agit ainsi de savoir si le contrat d'auteur doit être constaté par un écrit classique ou s'il peut prendre la forme d'un écrit électronique. La réponse à cette interrogation ne fait bien évidemment aucun doute, au vu de l'informatisation de la société en général et du droit en particulier. L'écrit électronique est recevable, au même titre que l'écrit classique. Les conditions de la

⁵⁷ C'est une exigence tellement importante que l'alinéa 2 de l'article la formule à l'identique pour les incapables. Cela s'explique en raison de l'existence du droit moral. Voir par exemple P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 451.

recevabilité de l'écrit électronique en matière de contrat d'auteur sont exactement les mêmes que celles prescrites par le Code civil depuis la loi du 13 mars 2000⁵⁹. L'écrit électronique est traité par les articles 1316-1 à 1316-4 du Code civil. L'article 1316-1 exige que l'écrit électronique permette l'identification de « *la personne dont il émane* » et « *qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Ainsi, les prescriptions de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle (et par là même celles de l'article L. 132-7 relatives à l'exigence d'un écrit) pourront être remplies par la rédaction d'un écrit électronique, à condition de répondre à des exigences strictes d'identification et d'intégrité. Il faudra s'assurer, mais cela n'est en rien spécifique au contrat d'auteur, de l'identité de chaque partie (chacun doit être certain qu'il contracte avec la personne avec laquelle il entend le faire) puisque les fraudes de cet ordre sont évidemment plus simples à mettre en œuvre dans le domaine virtuel. Il faudra aussi s'assurer que le contrat pourra être conservé, sauvegardé, afin que chaque partie puisse s'en prévaloir le cas échéant.

Le dispositif d'intégration de l'écrit électronique dans le droit français a été complété ensuite par la « loi pour la confiance en l'économie numérique » (plus connue sous le nom de LCEN) en date du 21 juin 2004⁶⁰. Cette dernière loi a encore ajouté deux articles au Code civil, notamment l'article 1108-1 qui dispose que « *lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 à 1316-4 (...)* ». L'alinéa second de l'article autorise la recevabilité d'une mention sous forme électronique lorsqu'un texte exige une mention manuscrite, « *si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même* ». Le droit français semble ainsi désormais parfaitement en mesure de recevoir l'écrit électronique.

Qu'en est-il de la signature du contrat par l'auteur et par son cocontractant ? L'apposition de la signature manuscrite sur papier est-elle la seule recevable ? C'est ici à

⁵⁸ Sur l'écrit électronique, voir par exemple : P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP G*, 2000, I, 236.

⁵⁹ Loi qui transpose la directive communautaire n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

l'article 1316-4 du Code civil qu'il faut se référer, article qui valide le principe de la signature électronique, en pose la définition et en encadre l'utilisation. L'article énonce en effet que la signature électronique « *consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ». La suite de l'article pose le principe d'une présomption de fiabilité de la signature électronique. Pour plus de précisions, il faut se référer au décret en Conseil d'Etat adopté en 2001⁶¹, qui précise les conditions dans lesquelles un prestataire de services de certification (c'est à dire un fournisseur de moyens de signature électronique) peut se prévaloir de la présomption de fiabilité. Ces exigences sont très fortes, à tel point qu'elles ne sont jamais atteintes en pratique⁶². Ceci étant dit, le principe de la signature électronique est bien validé par le droit français. Elle peut alors être utilisée dans le cadre des contrats d'auteur.

Il n'est, au regard de tout ce que nous venons d'énoncer, pas nécessaire que l'auteur et son cocontractant soient en présence l'un de l'autre pour conclure le contrat. Le Code de la propriété intellectuelle n'a bien évidemment jamais rien exigé de tel et la conclusion de contrats à distance n'est pas un phénomène nouveau⁶³. A ce sujet, par exemple, l'article L. 131-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle fait référence à la possibilité de conclure le contrat d'auteur par « *télégramme* »⁶⁴. Ce moyen de passer un contrat existait bien avant l'apparition de l'informatique et n'était pas le seul. Cependant, ces hypothèses sont absolument incomparables à l'engouement suscité par l'informatique et les « contrats e-mail ». La conclusion de contrats à distance sans recours à l'informatique n'était pas toujours des plus aisées. Il n'était pas rare que, pour des raisons parfaitement pratiques, les deux parties préféreraient se rencontrer lorsqu'elles envisageaient de conclure leur accord

⁶⁰ Loi n° 2004-575 pour la confiance en l'économie numérique, qui transpose la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, dite « directive sur le commerce électronique ».

⁶¹ Décret en Conseil d'Etat n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique.

⁶² Par exemple, l'article 6 du décret exige qu'un certificat électronique ne peut être qualifié que s'il comporte : la mention indiquant que c'est un certificat délivré à titre de certificat électronique qualifié, l'identité du prestataire, le nom du signataire, la qualité du signataire, les données de vérification de signature électronique, la période de validité du certificat, le code d'identité du certificat, la signature électronique sécurisée du prestataire et les conditions d'utilisation du certificat. Très simple !

⁶³ La conclusion de contrats à distance existait déjà au Moyen-Age, lorsque les parties étaient trop loin l'une de l'autre pour se rencontrer et qu'elles concluaient leurs accords par l'intermédiaire d'un messenger.

⁶⁴ Notons au passage que le terme « télégramme » présent dans l'article L. 131-3 alinéa 2 apparaît quelque peu désuet. Il n'est pas certain que le télégramme soit encore un moyen de correspondance très utilisé... Peut-être que le législateur aura la bonne idée de supprimer ce terme lors d'une prochaine réforme législative. M. Pollaud-Dulian écrit d'ailleurs à ce sujet que « le procédé télégraphique étant aujourd'hui abandonné, cette disposition est privée d'utilité et, de lege ferenda, pourrait être remplacée par des dispositions sur l'écrit électronique et la télécopie... ». (F. Pollaud-Dulian, *Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 948).

par un écrit « classique », un écrit papier. Aujourd'hui, si elles optent pour l'écrit électronique, elles ne rencontrent plus les mêmes contraintes. Le contrat peut être passé à distance sans aucune difficulté pratique, et notamment dans des délais très brefs, ce que ne permettait pas toujours le recours au courrier postal par exemple.

36. L'écrit électronique a donc permis un recours plus aisé et plus systématique aux contrats à distance, même si ces derniers existaient sans lui. Il nous semble que cela constitue un plus grand progrès qu'il n'y paraît. En effet, la conclusion d'un contrat à distance apparaît être davantage garante d'un consentement plus éclairé. L'auteur pourra peut-être porter une attention plus grande aux obligations auxquelles il s'engage, il pourra s'assurer que ses droits sont bien respectés, que le contrat est bien construit, et ce, par exemple, en contactant un « homme du métier » parfaitement neutre. Il s'agit là de progrès certains, mais il y a encore plus concluant : l'auteur pourra acquiescer bien plus sereinement, c'est à dire sans aucune pression de la part de son cocontractant. A ce sujet, il a d'ailleurs été écrit qu' « il est parfois plus facile de dire non à distance qu'en face d'une personne aguerrie à l'art de la séduction »⁶⁵. Du moins théoriquement.

Sans aller jusqu'à proclamer la supériorité de l'écrit électronique, d'autres auteurs considèrent qu'il n'est, en tous les cas, pas moins protecteur qu'un écrit classique. Il a par exemple été écrit, non sans une certaine prudence, que « rien ne permet d'affirmer que l'admission de l'écrit électronique signé ouvrirait la porte à des engagements irréfléchis de la part des consommateurs. Une suite de « clics », manifestant chacun le souhait de poursuivre le processus devant conduire à l'acceptation, après qu'a été imposée le cas échéant la lecture des conditions du contrat, est certainement tout autant de nature à permettre au consommateur de se déterminer en connaissance de cause que la signature d'un document écrit »⁶⁶. Le même auteur ajoute, pour conclure son propos qu' « il est donc loin d'être certain que l'admission de l'écrit électronique (...) affaiblisse la protection du consommateur »⁶⁷. L'écrit électronique offrirait ainsi à l'auteur, comme au consommateur, les moyens de réfléchir à son engagement.

⁶⁵ Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} édition, 2010, n° 208.

⁶⁶ J. Passa, « Commerce électronique et protection du consommateur », *Dalloz*, 2002, p. 555.

⁶⁷ J. Passa, *op. cit.*

N'exagérons rien cependant. L'auteur reste, quoiqu'il arrive, dans la position de la partie faible. Prenons l'exemple d'un romancier qui serait sur le point de signer un contrat d'édition avec un grand éditeur : même si ses droits ne sont pas parfaitement respectés et qu'il en a conscience, même s'il aurait voulu signer dans d'autres circonstances, il y a fort à parier que notre romancier donnera tout de même son accord au contrat. Les maisons d'édition n'attendent pas après les romanciers ; la réciproque n'est pas vraie pour la grande majorité des auteurs.

Notons que certains ne se contentent pas de souligner cette réserve et vont jusqu'à émettre quelques doutes sur l'intérêt pratique de l'écrit électronique. On a, par exemple, pu lire qu'il était possible de « se demander si l'efficacité du formalisme n'est pas là quelque peu entamée : le défilement d'une succession de clauses sur un écran ainsi que la signification psychologique du clic ne remplaceront pas la lecture minutieuse du papier et la signature manuscrite »⁶⁸. Nous sommes davantage séduits par les arguments des auteurs qui considèrent que l'écrit électronique peut être une chance pour tenter de pallier le déséquilibre du contrat. En cela, nous rejoignons ceux qui plaident en faveur du recours à l'écrit électronique en particulier et au contrat conclu à distance en général. Ce sont les années d'utilisation de l'écrit électronique qui nous offriront le recul nécessaire pour savoir si nous avons raison d'être optimiste.

Maintenant que nous avons étudié le principe du recours à l'écrit posé par le Code de la propriété intellectuelle, il convient de s'intéresser au champ d'application de cette règle.

Section 2 – La portée de l'exigence de l'écrit

37. Nous avons vu que l'article L. 131-2 exige la rédaction d'un écrit pour la conclusion du contrat d'auteur. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cet article qui est encadré par certaines limites quant à son champ d'application. Nous allons voir que ces limites tiennent à la fois à la matière (§1) et aux personnes (§2).

⁶⁸ Y. Picod et H Davo, *op.cit.*, n° 208.

§1 - Les limites *rationae materiae*

38. Le champ d'application *rationae materiae* est défini par l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle lui-même. Cet article énonce en effet dans son alinéa premier que « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle (...) doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution* ». L'alinéa second poursuit en disposant que « *dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables* ». L'exigence de l'écrit est donc limitée aux contrats de représentation, d'édition, de production audiovisuelle et aux autorisations gratuites d'exécution. Intéressons-nous à ces quatre contrats et à la façon dont ils peuvent être prouvés (A), avant de voir comment les choses se déroulent pour tous les autres contrats (B).

A / Les contrats visés par l'exigence d'un écrit et les modes de preuve autorisés

39. Le premier contrat visé par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} est le contrat de représentation. Sa définition est posée à l'article L.132-18 du Code de la propriété intellectuelle :

« Le contrat de représentation est celui par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent ».

Il s'agit donc d'un contrat par lequel l'auteur ou son représentant autorise un exploitant à communiquer son œuvre au public⁶⁹. C'est par exemple le contrat qui est conclu entre un auteur de pièce de théâtre et un propriétaire de théâtre (exploitant de spectacle) et qui autorise ce dernier à présenter la pièce pour un nombre déterminé de représentations ou pour une durée déterminée.

La question se pose souvent en droit d'auteur de savoir à quel modèle du droit commun il faut rapprocher un contrat d'auteur particulier. Autrement dit, est-ce que,

⁶⁹ Sur le contrat de représentation, voir par exemple : au sujet du contrat de représentation, B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001 ; au sujet du contrat général de représentation, A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs, SACEM-SACD. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971.

par exemple, tel contrat se rapproche plus du modèle de la vente ou du louage ? Le problème se résout assez facilement pour le contrat de représentation, puisqu'il n'y a ici aucun transfert de propriété. Il n'y a donc aucun lien avec le modèle de la vente. Ce contrat se rapproche ainsi bien plus du louage. M. Gautier fait même le lien avec la concession⁷⁰.

40. Le deuxième contrat auquel il est fait référence par l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle est le contrat d'édition⁷¹. C'est l'article L. 132-1 qui a la charge de donner la définition de ce contrat. Il énonce que :

« Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion ».

Il va donc s'agir pour l'éditeur de se voir autoriser à reproduire l'œuvre et de s'engager dans le même temps à en assurer la promotion. Notons que le contrat d'édition est très certainement celui qui est le mieux défini par le Code de la propriété intellectuelle et qu'il est, de la même façon, celui qui est le mieux encadré.

Ici, la réponse à la question du rattachement à une catégorie classique du droit civil semble évidente. Le contrat d'édition se rapproche du modèle de la vente. Mais certaines particularités nous font tout de même douter puisque le vendeur conserve un intérêt relativement à l'utilisation future de la chose vendue⁷². Dans une vente classique par contre, le vendeur n'a aucun intéressement quant à l'exploitation de la chose dont il n'est plus le propriétaire. Il ne garde de liens avec la chose qu'en ce qui concerne ses garanties (garantie d'éviction et garantie des vices cachés). Autre particularité : l'auteur est censé recouvrer ses droits à l'issue du contrat⁷³. Particularités qui amènent finalement à se poser la question d'un rattachement peut être plus efficace à la notion de louage. En réalité, comme l'écrit M. Caron, il faut

⁷⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 616, exploitant la définition du Vocabulaire Juridique Cornu.

⁷¹ Sur le contrat d'édition, voir par exemple : J. Rault, « Le contrat d'édition en droit français », *Dalloz*, 1927.

⁷² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 561.

⁷³ En pratique, l'auteur ne les recouvre quasiment jamais : les contrats prévoient le plus souvent une cession pour toute la durée de la propriété intellectuelle. Cf. *infra* n° 89.

voir le contrat d'édition comme un contrat *sui generis*, difficilement réductible à l'une des grandes figures contractuelles du Code civil⁷⁴.

41. L'article L. 131-2 alinéa 1^{er} vise ensuite le contrat de production audiovisuelle⁷⁵. Les rédacteurs du Code de la propriété intellectuelle n'ont pas jugé utile de donner une définition de ce type de contrat. Seuls les termes « œuvres audiovisuelles » et « producteur » sont définis, de manière curieuse, par le code. L'article L. 112-2 énonce effectivement que les œuvres audiovisuelles sont : « *les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images sonorisées ou non* ». L'article L. 132-23 définit quant à lui « *le producteur de l'œuvre audiovisuelle (comme) la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de l'œuvre* ». Notons que le contrat de production audiovisuelle est loin d'être le plus usité en pratique. Cela s'explique par la force des usages dans ce domaine⁷⁶. L'originalité du contrat de production audiovisuelle réside dans le fait qu'il vise à investir directement le producteur des droits d'exploitation sur l'œuvre. Il intègre une cession automatique. C'est l'article L. 132-24 qui énonce ce principe en énonçant que le « *contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) emporte (...) cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* »⁷⁷.

Le contrat de production audiovisuelle se rapproche du modèle du contrat de vente. Le Code de la propriété intellectuelle, nous venons de le dire, prévoit le transfert automatique des droits de l'auteur dans le patrimoine du producteur. Le simple fait de conclure un contrat de production audiovisuelle transfère donc la propriété des droits, ce qui nous permet de mettre en lumière le lien avec le contrat de vente. Cependant, on pourrait également faire un rapprochement avec le modèle du contrat d'entreprise de droit commun⁷⁸. C'est le rôle spécifique du producteur qui nous amène à cette conclusion. C'est en effet lui qui donne l'impulsion à la réalisation de l'œuvre. De même que c'est le maître de l'ouvrage qui demande la réalisation d'une « entreprise » à l'entrepreneur.

⁷⁴ C. Caron, *op. cit.*, n° 427.

⁷⁵ Sur le contrat de production audiovisuelle, voir par exemple : A. Françon, « Le contrat de production audiovisuelle », *RIDA*, janvier 1986, p. 71 ; B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec, 2^{ème} édition, 2010.

⁷⁶ Voir, B. Montels, « Pratique des contrats audiovisuels », *Com. com. élect.* 2003, étude 18. Cf. également *infra* n° 225.

⁷⁷ Cf. *infra* n° 318.

42. Le quatrième et dernier contrat visé par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} est l'autorisation gratuite d'exécution. Notons d'abord que l'auteur peut, en vertu de l'article L. 122-7, céder gratuitement ses droits sur son œuvre. Cet article énonce en effet que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ». L'auteur dispose donc d'un choix. Mais même si l'auteur décide de céder ses droits gratuitement, l'écrit est requis. C'est par exemple le cas lorsqu'un auteur décide d'autoriser l'utilisation de son œuvre sans demander la moindre contrepartie⁷⁹.

Ce type de contrat ne présenterait pas de difficulté particulière si ne s'était posée la question de la distinction avec la donation. En ce qui concerne l'écrit *stricto sensu* (sans parler pour le moment du formalisme particulier de l'article L. 131-3), le problème de la distinction entre autorisation gratuite d'exécution et donation est a priori assez peu percutant. Il faut un écrit dans les deux cas. L'article L. 131-2 exige en effet la rédaction d'un écrit pour l'autorisation gratuite d'exécution. Et s'il y a donation, la rédaction d'un écrit est évidemment nécessaire, rédaction par acte authentique de surcroît, et ce en vertu de l'article 931 du Code civil⁸⁰. C'est ici la principale difficulté qui peut se poser : savoir s'il faut recourir à l'acte authentique ou non⁸¹. Si l'autorisation d'exécution est assortie d'une véritable intention libérale, il s'agit alors d'une donation et la rédaction d'un acte authentique est absolument nécessaire. Si cette intention libérale est inexistante, la rédaction d'un acte sous seing privé suffit.

La question de la distinction entre autorisation gratuite d'exécution et donation se pose avec plus d'acuité en ce qui concerne l'application de l'article L. 131-3 du

⁷⁸ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 599.

⁷⁹ Par exemple : musicien qui autorise à ce que certains de ses morceaux soient joués lors d'un concert de charité ; logiciels libres mis à la disposition du public gratuitement sur internet.

⁸⁰ Voir par exemple, P. Malaurie, *Les successions Les libéralités*, Defrénois, 5^{ème} édition, 2012, n° 390 et suivants.

⁸¹ Cour d'appel de Versailles 1^{ère} chambre, 20.01.1987, *Dalloz*, 1988 somm. p. 27, C. Colombet. A ce sujet, N. Blanc écrit dans sa thèse (*Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 438) que « si l'on s'interroge sur l'intention du législateur à l'origine de la loi du 11 mars 1957 (...), on peut douter de sa volonté de déroger à l'article 931 du Code civil. La raison d'être des normes en conflit, résidant dans la volonté de sauvegarder les intérêts de celui qui transfère la propriété de son bien, impose à l'inverse le respect de la norme la plus protectrice : l'article 931 du Code civil ».

Code de la propriété intellectuelle, que nous étudierons très largement plus loin⁸². Examinons ici rapidement le problème. La difficulté réside dans le fait que l'autorisation gratuite d'exploitation doit respecter le formalisme de l'article L. 131-3, ce qui ne serait pas le cas de la donation⁸³. Or, il est extrêmement compliqué de distinguer les deux en droit d'auteur. Par exemple, comment savoir qu'un auteur qui autorise l'exploitation gratuite de son œuvre le fait dans un but totalement désintéressé (cas dans lequel il serait alors animé d'une véritable intention libérale, indispensable à la caractérisation d'une donation) ou bien au contraire s'il le fait dans l'objectif d'obtenir des retombées à terme, c'est à dire dans un but de promotion de son œuvre⁸⁴ ? Il est ainsi délicat de savoir si un simple acte sous seing privé, mais respectant les prescriptions de l'article L. 131-3, suffit ou s'il faut passer par la rédaction d'un acte authentique, mais libéré des exigences de l'article précité. Quoiqu'il en soit, dans un cas comme dans l'autre, les formes qui entourent l'autorisation gratuite d'exécution sont très importantes. Ce sera soit un contrat rédigé par les parties elles-mêmes mais extrêmement pointilleux, soit un contrat qui le sera moins mais qui devra être rédigé par un notaire, avec les difficultés, notamment de coût, que cela engendre. Nous ne saurions dire quelle est la solution préférable.

43. Il faut, pour être tout à fait complet, ajouter que le contrat d'adaptation audiovisuelle doit également être constaté par écrit. C'est le troisième alinéa de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui nous l'apprend. Il s'agit ici d'un contrat qui vise à autoriser la personne à qui vont être cédés les droits à prospector afin de trouver un producteur audiovisuel, dont le rôle va être d'adapter « l'œuvre imprimée » au cinéma, c'est à dire d'en faire une œuvre audiovisuelle. C'est en pratique un phénomène assez courant que de voir des romans adaptés au cinéma⁸⁵. D'où l'importance pratique de ce contrat. Il faut en effet régler le problème des droits de l'auteur de l'œuvre première sur l'œuvre seconde, œuvre qualifiée de dérivée⁸⁶.

⁸² Cf. *infra* n° 74 et suivants.

⁸³ Cf. *infra* n° 176 et suivants.

⁸⁴ Cf. par ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, *Com. Com. Elect.*, 2001, com. 34, C. Caron.

⁸⁵ Par exemple, la saga « *Twilight* » de Stéphenie Meyer récemment adaptée au cinéma par Catherine Hardwicke, Chris Weitz, David Slade et Bill Condon ou, plus loin de nous, le célèbre « *Autant en emporte le vent* », roman de Margaret Mitchell, adapté au cinéma par Victor Fleming.

44. Maintenant que nous avons défini dans les grandes lignes les contrats visés par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, voyons comment ils peuvent être prouvés. La lecture de l'alinéa second du texte nous fait comprendre que le recours aux articles 1341 à 1348 du Code civil⁸⁷ est prohibé pour la preuve de ces quatre contrats. Ainsi, il n'est logiquement pas possible, pour prouver l'un de ces contrats d'auteur, de recourir aux témoignages, aux présomptions, au commencement de preuve par écrit (prévu par l'article 1347 du Code civil) ou encore à l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit (prévue par l'article 1348 du Code civil)⁸⁸. A priori, aucun autre mode de preuve que l'écrit n'est ici recevable. Seul l'écrit a la puissance nécessaire pour faire la preuve du contrat d'auteur concerné.

Ne soyons pas trop catégorique tout de même puisque restent les « reines » du droit de la preuve : l'aveu et le serment⁸⁹. En effet, ces deux modes de preuve ne sont pas visés par le texte qui interdit le recours à certains articles du Code civil, puisque précisément ils sont traités par d'autres articles. Le texte interdit en effet le recours aux articles 1341 à 1348 du Code civil. Or, l'aveu est traité à l'article 1356 et le serment à l'article 1357. Ils ne sont ainsi pas concernés par l'exclusion. Surtout, et de manière générale, l'aveu et le serment sont toujours recevables : « ils peuvent suppléer dans tous les cas l'écrit »⁹⁰. Cela s'explique traditionnellement par des considérations morales : en effet, l'individu qui a recours au serment ou à l'aveu met en jeu sa parole, son honneur. Ce n'est normalement pas un geste anodin et il faut faire confiance à celui qui s'engage de la sorte⁹¹. Ceci était vrai il y a plusieurs décennies, voire plusieurs siècles, lorsque l'influence des valeurs religieuses notamment était très forte⁹². Dans nos sociétés modernes, cette influence s'est largement atténuée. Mais les textes sont restés et il faut les prendre en considération.

⁸⁶ L'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle tente de régler cette question en précisant que « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ».

⁸⁷ Articles constituant une section consacrée à la preuve testimoniale.

⁸⁸ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452.

⁸⁹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2001, n° 422 et suivants ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} édition, 1994, n° 652 et suivants.

⁹⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452.

⁹¹ Voir, sur le sujet, la thèse de B. Beignier, *L'honneur et le droit*, Paris 2, 1991, dans laquelle l'auteur explique l'origine de ces modes de preuve et la place importante qui leur était dans accordée nos sociétés fortement influencées par la religion. Voir notamment les pages 147 à 175.

⁹² Cf. notre chapitre préliminaire, spécialement n° 3.

Le serment se définit comme une « affirmation attestant la véracité d'une assertion de son auteur relative à un fait généralement passé »⁹³. Qu'il soit décisoire (déféré par une partie à l'autre et dont la prestation ou le refus termine la contestation) ou déféré d'office (laissé à la discrétion du juge), le serment sera toujours recevable pour prouver le contrat d'auteur. Il est susceptible de pallier l'absence d'écrit. Mais, comme le souligne M. Gautier : « Il faut être réaliste (...) le serment décisoire déféré en justice à son adversaire n'est pas vraiment une procédure courante »⁹⁴. De surcroît, on peut douter de l'opportunité de faire dépendre l'issue du litige d'une procédure laissée à l'entier bon vouloir de l'une des parties. Sur ce point, il a été expliqué qu'« il serait vain d'espérer établir son droit avec sécurité par l'aveu ou par le serment, qui mettent l'une des parties à la discrétion de l'autre »⁹⁵. En effet, il faut avoir une grande confiance en l'autre partie (en son adversaire par définition), pour le laisser décider, lors d'un serment décisoire, de la suite du litige. Si l'on est certain que l'autre dira la vérité, il n'y a aucune difficulté. Les choses sont nettement moins évidentes lorsque l'on soupçonne sa mauvaise foi. Faut-il prendre alors le risque de recourir au serment ? Rien n'est moins certain. D'où la faible utilisation de ce mode de preuve.

L'aveu, quant à lui, consiste en la « reconnaissance par un plaideur de l'exactitude d'un fait allégué contre lui » et « qui constitue un mode de preuve du fait avoué »⁹⁶. Conformément à l'article 1354 du Code civil, l'aveu peut être judiciaire (la déclaration est faite en justice et lie le juge) ou extrajudiciaire. L'aveu fait lui aussi pleine foi, alors même que la loi exige une preuve administrée par écrit⁹⁷. Cette force de l'aveu s'explique par le fait qu'il s'agit d'une « déclaration favorable à l'adversaire de celui qui l'émet : la meilleure explication d'une telle déclaration est qu'elle est conforme à la vérité »⁹⁸. Mais, pour reprendre l'idée de M. Gautier, l'aveu

⁹³ D'après la définition du Vocabulaire Juridique Cornu.

⁹⁴ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452.

⁹⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} édition, 2012, n° 317.

⁹⁶ D'après la définition du Vocabulaire Juridique Cornu.

⁹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2. pan. 191 : l'aveu peut « remplacer à lui seul l'écrit ».

⁹⁸ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 654.

judiciaire n'est pas beaucoup plus usité en pratique⁹⁹, et d'une manière générale, il n'est pas beaucoup plus sécurisant que le serment.

Il faut, cependant, s'intéresser d'un peu plus près à l'aveu extrajudiciaire. Comme son nom l'indique, cet aveu est « la même confession, mais faite en dehors du prétoire »¹⁰⁰. C'est un aveu fait hors justice. Il peut consister par exemple en l'échange de courriers (lettres ou e-mails), en une conversation, en un comportement révélateur¹⁰¹. L'aveu extrajudiciaire est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰², qui le retiennent en général de manière assez libérale. Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la recevabilité de l'aveu extrajudiciaire. On peut noter en effet une certaine indulgence des juges à ce sujet. Il existe une véritable tendance en jurisprudence à retenir assez facilement l'aveu extrajudiciaire. Or, ce libéralisme peut amener à poser un vrai questionnement, puisque si l'on admet de manière trop systématique cet aveu, l'on finit par ouvrir la porte à la preuve libre. A quoi bon imposer dans la loi le recours à l'écrit, si le juge admet le moindre élément au rang de preuve susceptible de combler son absence ? Il serait bon d'encadrer cette pratique judiciaire et de faire en sorte que l'aveu extrajudiciaire ne soit reçu que dans des circonstances exceptionnelles.

Malgré tout, le recours à l'aveu extrajudiciaire apparaît comme la seule voie possible pour pallier l'absence d'écrit. Il est en effet davantage envisageable que l'aveu judiciaire ou encore que le serment. Les possibilités de prouver sans écrit sont ainsi relativement minces puisqu'une seule solution est véritablement envisageable. Il semble assez risqué de vouloir se passer de l'écrit pour tenter de prouver le contrat d'auteur. Nous retombons donc sur l'idée selon laquelle l'écrit paraît indispensable pour constater ce contrat. Pourtant, l'écrit n'est pas exigé par le Code de la propriété intellectuelle pour tous les types de contrats. Bizarrerie que nous allons tenter d'expliquer.

⁹⁹ Il a été écrit à ce sujet qu'« il est rare qu'un plaideur, qui a jusque-là dénié la prétention de son adversaire, la reconnaisse soudainement bien fondée au cours du procès. », H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n° 423.

¹⁰⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453.

¹⁰¹ Pour un exemple, voir : TGI Paris, 28 février 1973, *RIDA*, avril 1974, 88 ; *RTD Com.*, 1975. 99, obs. H. Desbois : remise du manuscrit, corrections des épreuves ; TGI Paris, 26 septembre 2008, *RIDA*, oct. 2009. 431 : bon à tirer signé.

¹⁰² L'aveu extrajudiciaire ne doit pas lier systématiquement le juge, parce qu'il n'a pas le même poids qu'un aveu fait en justice. Il peut avoir été extorqué par dol ou par violence. D'où la liberté d'appréciation des juges.

B / Les contrats non visés par l'exigence d'un écrit et les modes de preuve autorisés

45. L'alinéa second de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle nous indique la marche à suivre pour les autres contrats que les quatre visés par l'alinéa premier. Il énonce en effet que « *dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables* ». Autrement dit, l'écrit n'est pas requis pour la preuve des autres contrats d'auteurs que les contrats de représentation, d'édition, de production audiovisuelle et les autorisations gratuites d'exécution. Pour les autres contrats donc, le recours au commencement de preuve par écrit est autorisé, tout comme l'administration de la preuve par témoins ou par présomptions. De même, l'utilisation de l'article 1348 du Code civil, qui dispense de la production d'un écrit en cas d'impossibilité matérielle ou morale, est autorisée.

Plusieurs questions se posent à ce stade. Il faut déjà savoir quels sont les contrats concernés par cette disposition (1). Il convient également de se demander pourquoi le législateur a pris le parti de limiter l'exigence d'un écrit à quatre contrats (2). Etudions tour à tour ces questions.

1) la portée de l'alinéa second de l'article L. 131-2.

46. Commençons par étudier la portée de cet alinéa. Quels sont les contrats concernés par cette disposition ? A première vue, le domaine est assez conséquent, puisqu'il concerne tous les contrats d'auteur, à l'exception de quatre. L'absence d'exigence d'écrit apparaîtrait presque, de cette manière, comme le principe et non comme l'exception.

Tentons de voir quels contrats pourraient bien être concernés par cet alinéa :

- On pense d'abord au contrat d'adaptation (à l'exception notable de l'adaptation audiovisuelle, soumise à un certain formalisme¹⁰³). Exemple :

¹⁰³ Cf. *supra* n° 41 et suivants.

la reprise d'une chanson. Ce contrat n'étant pas visé par l'alinéa premier de l'article L. 131-2, il peut donc être prouvé sans recours à l'écrit.

- On peut ensuite penser, dans le domaine de la littérature, au contrat de traduction, mais en réalité ce dernier n'est rien d'autre qu'un contrat d'édition (à quoi sert la traduction s'il ne s'agit pas de « l'éditer » au sens large du terme ?), et en cela il doit être soumis à l'alinéa premier.
- Il faut ensuite s'intéresser au contrat de commande. Il ne serait pas soumis à l'exigence de l'écrit, puisqu'il n'est pas visé par l'alinéa premier. Cependant, les choses ne sont pas si simples. Tout dépend finalement du type d'œuvre commandé. Si finalement la cession des droits sur l'œuvre commandée a vocation à s'inscrire dans un contrat de représentation, d'édition, de production audiovisuelle ou dans celui d'une autorisation gratuite d'exécution, l'exigence d'écrit de l'article L. 131-2 alinéa premier devra être respectée. En revanche, si la cession des droits sur l'œuvre commandée n'a pas vocation à s'inscrire dans le cadre de l'un de ces quatre contrats, l'écrit ne doit pas être indispensable. Il a ainsi été proposé de « dépecer » le contrat de commande pour déterminer la façon dont il doit être régi¹⁰⁴. Cela nous semble être une solution tout à fait cohérente. Elle a pour conséquence de réduire le champ d'application de l'article L. 131-2 alinéa second.
- Il faut aussi tenir compte de deux petits contrats nommés du droit d'auteur, à savoir le contrat à compte d'auteur¹⁰⁵ et le contrat de compte à demi¹⁰⁶. Le Code de la propriété intellectuelle précise bien, pour chacun d'eux, qu'ils ne constituent pas un contrat d'édition. En cela, ils ne sont pas

¹⁰⁴ S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n° 432 : « Si le louage d'ouvrage porte, au contraire, sur une adaptation non audiovisuelle, sur la réalisation d'une œuvre publicitaire ou, plus généralement sur la réalisation d'une œuvre dont la cession des droits n'entre dans le cadre d'aucun des contrats prévus par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}, les règles des articles 1341 à 1348 du Code civil s'appliquent ».

¹⁰⁵ C'est l'article L. 132-2 du Code de la propriété intellectuelle qui se charge de définir ce contrat. Il s'agit d'un contrat par lequel l'auteur décide de rémunérer un éditeur afin que ce dernier fabrique et diffuse son œuvre. Les droits patrimoniaux ne sont pas cédés.

¹⁰⁶ C'est l'article L. 132-3 du Code de la propriété intellectuelle qui en donne la définition. Il s'agit ici d'une forme de société en participation, puisque l'auteur et l'éditeur participent aux bénéfices et aux pertes.

soumis à l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}. Mais ces deux contrats ne sont pas très utilisés en pratique.

- Ajoutons les contrats de cession de droits relatifs aux œuvres d'art, « pur » (sculpture, peinture, etc.) ou « appliqué » (œuvres destinées à l'industrialisation). La question de la soumission de ces œuvres à l'alinéa 1 ou 2 de l'article L. 131-2 est surtout intéressante en ce qui concerne les œuvres d'art non reproductibles (surtout pour l'art « pur » donc). En effet, dans le cas où ces œuvres pourraient être fabriquées en une quantité importante d'exemplaires, nous serions alors en présence d'un contrat d'édition. En cela, l'alinéa premier doit s'appliquer. Par contre, lorsque les œuvres n'ont pas vocation à être reproduites à grande échelle¹⁰⁷, il ne peut alors s'agir d'un contrat d'édition. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir à l'écrit pour prouver la cession des droits sur une œuvre d'art pur. Notons à ce sujet que bien souvent cette cession n'existe même pas. En effet, en cas de vente d'une œuvre d'art à un particulier, ce dernier ne devient en général propriétaire que du support, mais pas des droits sur l'œuvre¹⁰⁸, faute d'avoir prévu une cession. Il n'y a en réalité qu'une vente classique d'un bien corporel. Or, il pourrait être intéressant pour les propriétaires des œuvres (entendu au sens du support) de penser à se faire céder les droits d'auteur sur leur acquisition.

- La question primordiale à se poser ici est celle de savoir si le contrat de travail doit être considéré comme devant être inclus dans cette liste ou non. En réalité, il faut ici distinguer deux choses : le contrat de travail en lui-même, qui lie un employeur à un salarié, et le contrat de cession des droits, qui va lier cette fois-ci le salarié, mais en qualité d'auteur, à son employeur, mais en qualité d'exploitant des droits cédés. Il est logique que le contrat de travail en lui-même ne soit pas visé par le Code de la propriété

¹⁰⁷ Le droit français considère que la qualification d'œuvre d'art doit être limitée à un certain nombre d'exemplaires. Voir l'article 98 A, Annexe III, du Code Général des Impôts, qui pose la limite à huit exemplaires pour les productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, à huit exemplaires également pour les tapisseries et textiles muraux faits à la main, à huit exemplaires encore pour les émaux sur cuivre entièrement exécutées à la main, et à trente exemplaires pour les photographies prises par l'artiste.

intellectuelle (en tous les cas pas au stade de l'exigence d'un écrit). Il faut lire le Code du travail pour savoir si le contrat de travail doit être ou non constaté par écrit¹⁰⁹. Le contrat de cession de droits concerne quant à lui directement le droit d'auteur. Doit-il être constaté par écrit ? La question n'admet pas de réponse unique. Tout dépend de savoir si l'œuvre issue de la relation de travail est une œuvre d'art pur ou une œuvre d'art appliqué. Tout dépend de savoir aussi si ce contrat de cession est assimilable à un contrat d'édition ou de représentation, ou encore à un contrat de commande. Nous étudierons en détails ces questions plus loin¹¹⁰. Notons simplement ici que cette question semblait poser moins de problèmes à une certaine époque. En effet, Françon écrivait il y a quelques décennies qu'« une large partie de la jurisprudence, approuvée par une importante partie de la doctrine, considère aussi que l'exigence de l'écrit de l'article (L. 131-2) ne s'applique pas au contrat de travail conclu par l'auteur salarié »¹¹¹. Les choses semblent beaucoup moins évidentes aujourd'hui, nous y reviendrons. Le contrat de travail cristallise en effet tous les excès du formalisme du contrat d'auteur, et par conséquent toutes les difficultés qui en résultent.

La liste que nous venons de tenter de dresser n'a pas la prétention d'être exhaustive. Mais dépassée celle-ci, nous avons du mal à trouver d'autres contrats d'auteur, du moins significatifs d'un point de vue quantitatif, qui pourraient bénéficier du régime proposé par notre alinéa second. Il convient de noter que l'essentiel des contrats d'auteurs, ceux qui sont fondamentaux et qui sont par là même les plus usités, sont visés par le premier alinéa¹¹².

¹⁰⁸ L'article L. 111-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle pose très clairement la règle de l'indépendance des propriétés corporelle et incorporelle : « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

¹⁰⁹ L'article L. 1242-12 alinéa 1^{er} du Code du travail énonce que « le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée ».

¹¹⁰ Cf. *infra* n° 276 et suivants.

¹¹¹ A. Françon, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *Dalloz*, 1976, Chron. XII, p. 55.

47. On peut, au surplus, s'interroger à ce stade sur le lien entre l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle et l'article 1341 du Code civil. On peut tout à fait considérer qu'un écrit est toujours nécessaire, puisque même si l'article L. 131-2 n'a pas vocation à s'appliquer, il n'en demeure pas moins que l'article 1341 doit jouer tout son rôle. Cet article, en effet, impose la rédaction d'un écrit pour les contrats portant sur des choses dont la valeur dépasse 1 500 €¹¹³. La règle est donc, qu'au-dessus de cette somme, un écrit devra être rédigé. L'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle n'est ainsi en réalité qu'une application particulière en droit d'auteur, pour quelques contrats, de la règle générale du Code civil¹¹⁴.

C'est donc, finalement et contrairement à ce qui apparaît à la première lecture, l'alinéa premier qui pose la règle et l'alinéa second l'exception. Les contrats d'édition et de représentation apparaissent en effet, à eux seuls, comme les contrats phares du droit d'auteur, tant par leur importance théorique que par leur utilisation massive par la pratique.

Il convient maintenant de rechercher les raisons qui ont poussé le législateur à traiter différemment les contrats d'auteur.

2) l'intérêt de la distinction entre les contrats.

48. Il faut désormais s'intéresser à la raison pour laquelle le législateur a voulu, au sein de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle, poser deux régimes probatoires différents. Pourquoi le législateur a-t-il jugé nécessaire de traiter différemment les contrats, et par là même, les auteurs ? C'est, en substance, la question que se pose la grande majorité de la doctrine¹¹⁵. Ne trouvant pas de raison

¹¹² Voir par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453 : « rares contrats qui (ne) sont point énoncés (par l'alinéa premier) » ; R. Savatier, « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *JCP G*, 1957, I, 1398, n° 70 : « Ces contrats [d'édition et de représentation] sont les modes d'exploitation les plus usuels de la propriété littéraire et artistique ».

¹¹³ Somme fixée par décret : décret n° 80-533 du 15 juillet 1980, modifié en 2001 et 2004.

¹¹⁴ Cf. *infra* n° 64.

¹¹⁵ La question se pose avec d'autant plus d'acuité que deux projets de loi (l'article 24 du projet Zay et l'article 39-1 du projet de loi de 1947) imposaient le recours à l'écrit pour tous les contrats d'auteur, sans distinction.

suffisamment percutante à cette différence de traitement, elle s'accorde pour regretter que tous les contrats ne soient pas traités sur un pied d'égalité¹¹⁶.

Par exemple, Desbois estime qu'il y a lieu à « regret, car de nombreux contrats appellent la même vigilance que les conventions conclues avec des éditeurs ou des entrepreneurs de spectacles »¹¹⁷. Il insiste : « Une telle discrimination a l'inconvénient de réduire l'importance de la preuve écrite, et de priver les auteurs de la protection qu'elle est destinée à leur assurer »¹¹⁸.

De son côté, Françon écrit qu'il est possible de « regretter la brièveté de cette liste (celle du premier alinéa de l'article L. 131-2), dans la mesure où la nécessité d'un écrit aurait été utile pour garantir la protection des auteurs dans d'autres cas que ceux qu'énumère l'article »¹¹⁹.

Colombet inscrit sa pensée dans le même sens : il note qu'il est « regrettable que le législateur n'ait pas poussé sa sollicitude jusqu'à exiger que tous les contrats relatifs aux droits patrimoniaux soient constatés par écrit »¹²⁰.

M. Gautier s'interroge lui sur la raison de ce traitement distinct, avant de conclure qu'« en vérité, l'écrit devrait s'imposer pour la plupart des contrats, car la raison de protection du consentement de l'auteur est la même partout »¹²¹.

49. Nous partageons l'avis de ces auteurs. Nous ne comprenons pas pourquoi l'exigence de l'écrit n'a pas été généralisée à tous les contrats d'auteur, quels qu'ils soient. Le législateur a-t-il estimé que certains contrats étaient en réalité des contrats de « seconde zone » et qu'ils n'étaient pas dignes d'autant de considération que les autres ? Est-ce que dans l'esprit du législateur un traducteur et un designer n'ont pas vocation à être protégé de la même manière qu'un écrivain et un musicien ? Dans ce cas, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prône la protection à l'identique de toutes les œuvres et de tous les auteurs, quel que soit le genre ou le mérite apparaîtrait comme quelque peu surprenant. C'est pourquoi nous ne croyons pas que le législateur ait agi dans cet état d'esprit. A-t-il alors voulu limiter le formalisme qui est par nature contraire à ses convictions originelles, qui résident dans

¹¹⁶ Voir par exemple : A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^{ème} édition, 2012, n° 634 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.* n° 947.

¹¹⁷ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1978, n° 521.

¹¹⁸ H. Desbois, dans son commentaire de la loi de 1957, *Dalloz*, 1957, Législation p. 350.

¹¹⁹ A. Françon, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *op. cit.*

¹²⁰ C. Colombet, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », in *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 63, spécialement p. 65.

la suprématie du consensualisme ? A-t-il, de ce fait, cherché à concilier deux impératifs jugés difficilement conciliables : la protection de l'auteur et le maintien d'un certain niveau de consensualisme ? Au regard de l'omniprésence du formalisme en droit d'auteur français, nous n'y croyons pas davantage.

Au total, nous ne voyons pas bien ce qui a poussé le législateur à insérer une distinction entre les contrats d'auteur au sein de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle. Toujours est-il qu'en l'état actuel des choses, cette distinction limite le champ d'application *rationae materiae* du principe selon lequel un écrit est exigé pour la constatation des contrats d'auteurs. Ce principe voit également son champ d'application limité *rationae personae*.

§2 - Les limites *rationae personae*

50. Le champ d'application *rationae personae* est, tout comme nous venons de le voir pour le champ d'application matériel, limité. Deux éléments sont ici à prendre en considération, tenant tous deux à la personnalité de l'auteur.

51. Le premier élément limitant le champ d'application de l'exigence de l'écrit réside dans le fait que le contrat d'auteur est considéré comme un acte mixte, c'est à dire un « acte juridique civil pour l'une des parties et commercial pour l'autre »¹²². Cette qualification entraîne certaines conséquences sur le régime de l'acte, notamment en ce qui nous intéresse ici, sur la preuve¹²³. Ainsi, le régime probatoire est plus sévère du côté du commerçant que du côté de son cocontractant, et ce en application de l'article L. 110-3 du Code de commerce¹²⁴. Le commerçant qui veut prouver face à un particulier devra se soumettre à certaines règles (administration de la preuve par écrit), alors que pour le particulier qui veut prouver contre un commerçant, la preuve sera libre. On retrouve cette différence de traitement pour la

¹²¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453.

¹²² Selon la définition du Vocabulaire Juridique Cornu.

¹²³ Un autre intérêt de la théorie des actes mixtes résidait dans la prescription, qui n'était pas la même pour le particulier que pour le commerçant. C'est l'article L. 110-4 du Code de commerce qui règle le problème de la prescription des actes mixtes. Elle était de dix ans et est devenue quinquennale depuis la loi du 17 juin 2008 (durée de droit commun).

¹²⁴ L'article L. 110-3 du Code de commerce énonce en effet que « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

preuve du contrat d'auteur. Le cocontractant de l'auteur (généralement des maisons d'édition, des maisons de disques, etc.) est le commerçant. Il devra, de cette façon, pour prouver contre l'auteur, recourir à la preuve par écrit (dans les conditions que nous avons étudiées précédemment¹²⁵). L'auteur qui veut prouver contre son cocontractant pourra, quant à lui, le faire par tous moyens, l'administration de la preuve étant libre de son point de vue¹²⁶. Cette différence de traitement s'explique par le fait que le commerçant est perçu comme la partie forte. Ce n'est pas lui qu'il faut protéger. On va donc lui demander, pour confirmer ses propos, un effort de preuve que l'on ne demandera pas au particulier, ici l'auteur, partie faible à protéger. On considère que le rapport de force n'est déjà clairement pas à son avantage. On tente donc de rétablir quelque peu l'équilibre en lui facilitant les choses : ici, on allège le poids de la preuve de ses prétentions.

Le champ d'application de l'exigence de l'écrit en droit d'auteur est donc limité, puisque l'écrit ne devra être produit que par le cocontractant de l'auteur qui voudra prouver contre lui, l'auteur en étant dispensé.

52. Le second élément à prendre ici en considération réside dans le fait que la preuve sera également libre dans les relations entre auteurs. C'est ce qui ressort de l'arrêt « Rolland »¹²⁷ de la Cour d'appel de Paris du 10 mai 1973. Cet arrêt énonce en effet :

« l'exigence d'un écrit, prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 31 (de la loi du 11 mars 1957 [L. 131-2 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle]), tend à protéger l'auteur contre les abus que pourrait commettre celui qui représente, édite ou exécute son œuvre ; l'on ne saurait étendre cette exigence au cas où des difficultés opposent deux auteurs quant à l'existence ou la portée d'une autorisation de reproduire, dans l'ouvrage de l'un, une partie de l'œuvre de l'autre ». L'arrêt poursuit : « dès lors, un auteur doit être admis à prouver, selon les dispositions des articles 1341 et suivants du Code civil ».

¹²⁵ Cf. *supra* n° 32 et suivants.

¹²⁶ Voir par exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 12 avril 1976, *Dalloz*, 1976, IR, p. 195 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 février 2002, *Prop. Intell.*, oct. 2002, n° 5, p. 53, obs. A. Lucas.

¹²⁷ Cour d'appel de Paris, 10 mai 1973, *Dalloz*, 1973, jurispr., p. 548, conclusions M. Cabannes ; *JCP G*, 1973, II, 17475, conclusions M. Cabannes. Voir également, H. Desbois, *op. cit.*, n° 519.

La philosophie qui sous-tend cette position est indiscutable : si la loi exige que le contrat d'auteur soit écrit, c'est dans l'unique but de protection de l'auteur, partie faible. Il faut protéger l'auteur face à l'éditeur, notamment, qui est en position de force et qui serait susceptible d'en abuser si aucune limite ne lui était fixée. C'est dans cet état d'esprit qu'a été rédigé, entre autre, l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle. C'est aussi cette idée que reprend Cabannes, l'avocat général de cette affaire, dans ses conclusions. Il explique qu'il est important de « prémunir l'auteur contre la toute puissance de l'éditeur, soupçonné par hypothèse d'être porté à abuser de sa situation privilégiée »¹²⁸.

Or, dans l'affaire citée, une partie du problème se trouvait dans les relations entre la veuve de l'auteur et un futur professeur qui avait reproduit une partie du travail du défunt dans sa thèse. Mme Rolland avait simplement autorisé celui qui n'était encore qu'un étudiant à consulter les travaux de son mari, mais avait précisé par écrit qu'elle n'autorisait pas la reproduction. Lors de l'exploitation commerciale de la thèse, elle décide d'intenter une action contre d'une part l'auteur et d'autre part l'éditeur. Elle prétend que l'auteur doit prouver qu'elle l'a autorisé par écrit à reproduire une partie de l'ouvrage de son défunt mari. Ce à quoi la Cour répond qu'entre auteurs, la preuve est libre. Il n'est donc pas besoin que le professeur ait été autorisé par écrit, il peut prouver la volonté de Mme Rolland par tout autre moyen. Par contre, l'éditeur qui exploite commercialement l'ouvrage doit, quant à lui, prouver qu'il a été autorisé par écrit.

La Cour a ici suivi les conclusions de l'avocat général Cabannes qui précisait que les « engagements réciproques (de Mme Rolland et du professeur), de nature civile, ne subissent l'attraction d'aucun rapport de force »¹²⁹. Il convenait donc de ne pas les traiter de la même manière que les rapports entre un auteur et son éditeur.

Tout ceci vient, par conséquent, limiter encore un peu plus le champ d'application de l'exigence d'un écrit pour faire la preuve du contrat d'auteur. Limitation relative, puisqu'en pratique les litiges entre auteurs ne sont pas les plus fréquents. Limitation de l'écrit qui n'est, en outre, que théorique une fois de plus, puisque l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle est rédigé de telle

¹²⁸ M. Cabannes, *op. cit.*

¹²⁹ M. Cabannes, *op. cit.*

façon qu'il est pratiquement impossible de respecter ses exigences sans rédiger un écrit¹³⁰.

Le champ d'application de l'écrit requis pour conclure le contrat d'auteur vient ainsi d'être délimité. Il nous faut à présent nous intéresser à la valeur de cette règle.

Section 3 – La valeur de l'écrit

53. La question de la valeur de l'exigence du recours à l'écrit pour la conclusion du contrat d'auteur doit être posée. Il s'agit ici de savoir quelle est la force de cet écrit, et notamment de déterminer s'il est une condition de validité du contrat ou non. Nous allons d'abord rappeler les termes de la règle relative à la valeur d'un écrit (§1), avant de nous interroger sur la pertinence de cette dernière (§2).

§1 - La règle

54. L'article 1341 du Code civil impose, dans une large mesure, le recours à l'écrit. C'est un texte à portée générale, qui constitue une pièce maîtresse du droit civil français¹³¹. Il est admis que l'article 1341 du Code civil constitue une règle de preuve. Reste à savoir s'il en va de même pour l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle qui ne fait qu'exiger de manière particulière ce que l'article 1341 exige de manière générale. En matière d'écrit, le droit d'auteur pose-t-il une simple exigence de preuve ou au contraire une véritable exigence de fond ? Autrement dit, l'écrit visé par le Code de la propriété intellectuelle est-il exigé « *ad probationem* » ou « *ad validitatem* » ? Il convient de rappeler brièvement les implications de cette distinction¹³².

¹³⁰ Cf. *infra* n° 132-133.

¹³¹ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 595. Cf. *supra* n° 47.

¹³² Sur la distinction « *ad probationem* » / « *ad validitatem* », voir pour un exemple significatif : Cass. Civ. 1^{ère}, 14 février 1995 : *Dalloz*, 1995, jurispr. p. 340, note S. Piedelièvre ; *JCP G*, 1995, II, 22402, note Y. Chartier. Cette affaire est qualifiée d'« excellent cas d'école (...) pour faire ressortir (...) la distinction entre l'écrit *ad probationem* et l'écrit *ad validitatem* » par Y. Chartier. L'arrêt rendu est effectivement intéressant en ce qu'il admet la recevabilité d'une photocopie à titre de preuve et qu'il refuse la recevabilité du même document pour la validité de l'acte.

L'écrit requis « *ad probationem* » n'a pas le même degré d'intensité que l'écrit requis « *ad validitatem* »¹³³. L'exigence d'écrit est en effet moins forte lorsqu'elle n'est que probatoire. Lorsque l'exigence est probatoire, l'existence de l'acte ne peut pas être remise en cause. La rédaction d'un écrit n'a aucune incidence sur la validité de l'acte. Ce dernier produira ses effets normalement. Autrement dit, la distinction entre le *negotium* et l'*instrumentum* est nette ici. Le *negotium* n'a pas besoin d'être constaté par l'*instrumentum*. Ce n'est qu'en cas de contestation, qu'en cas de litige que les problèmes surgiront. L'acte qui ne pourra pas être prouvé faute d'écrit sera en effet privé de toute son efficacité¹³⁴.

Au contraire, l'écrit requis à titre de validité, « *ad validitatem* », est exigé en toutes circonstances. Sans écrit, l'acte juridique est nul, il ne produira aucun effet. La formalisation du contrat sur un écrit devient en elle-même une condition de validité. La forme solennelle est une condition de formation de l'acte. Quand l'écrit est requis à titre de validité, l'*instrumentum* et le *negotium* se confondent. La distinction entre les deux est ici effacée.

Il y a donc, selon la théorie que nous venons d'exposer, une réelle différence entre les deux « degrés d'écrit ». Toutefois, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si la différence est si nette en pratique.

§2 - Le débat

55. Essayons tout d'abord de mettre en lumière l'intérêt de la distinction entre écrit *ad validitatem* et écrit *ad probationem* (A). Nous nous attacherons ensuite à rechercher dans quelle catégorie il convient de classer le contrat d'auteur (B).

A / Intérêt de la distinction

56. La distinction théorique entre les deux types d'écrit nous apparaît relativement bien : dans un cas, il nous est possible d'exécuter même sans écrit, mais l'on sera tout de même contrarié en cas de litige puisque l'on éprouvera bien des

¹³³ J. Geshtin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 628.

difficultés à prouver nos droits¹³⁵ ; dans le deuxième cas, il est impératif de passer par l'écrit, puisque sans lui l'acte ne vaut rien, et il sera donc impossible d'exécuter quoique ce soit¹³⁶, et ce même en l'absence de litige.

Mais en pratique, que vaut cette distinction ? A-t-elle véritablement un intérêt ? Est-elle vraiment nette ? Ou bien est-ce juste une subtilité de pure théorie juridique ? A bien y regarder, il nous semble qu'il faille se placer face à une alternative : soit un écrit est requis pour la validité de l'acte juridique (et dans ce cas, il faut le rédiger), soit cet écrit n'est pas nécessaire (et dans ce cas, il ne doit jamais l'être, pas même pour la preuve). Mais pourquoi exiger parfois un écrit qui finalement n'a pas besoin d'exister pour créer une situation juridique, c'est à dire pour faire naître des droits et des obligations ? Pourquoi ces complications textuelles ? Cela ne nous semble d'ailleurs pas aller dans le sens d'une accessibilité facilitée au droit¹³⁷. Il faut faire preuve de beaucoup de pédagogie pour faire comprendre à un individu que le texte de loi exige un écrit pour le contrat qu'il est en train de conclure, mais que finalement, il n'est pas besoin de le rédiger, et que son contrat sera quand même valable... Cette catégorie intermédiaire d'écrit qu'est l'écrit requis *ad probationem* (entre la non nécessité d'un écrit et la nécessité absolue) nous apparaît ainsi de trop. Un peu de simplicité ne ferait pas de mal nous semble-t-il : soit il faut un écrit, soit il n'en faut pas.

57. Outre ces considérations de pure logique, il faut mettre en lumière le fait que la distinction entre ces deux types d'écrits s'avère, en pratique, extrêmement mince, voire réduite à néant. En effet, lors d'une contestation, d'un conflit, d'une action en justice, à défaut d'écrit, l'acte juridique est privé de toute efficacité. Il est pratiquement impossible de prouver son droit, il sera donc très difficile de valider une situation juridique, qui pourtant existait sans écrit puisque celui-ci n'était pas une condition de validité. On retrouve ici l'idée selon laquelle il n'y a pas de différence entre le fait de ne pas pouvoir prouver un droit et le fait que ce dernier n'existe pas. Il

¹³⁴ Sauf à recourir aux modes de preuve complémentaires.

¹³⁵ Sauf à recourir à l'aveu ou au serment. Cf. *supra* n° 44.

¹³⁶ Sous la même réserve que précédemment.

¹³⁷ Accessibilité au droit qui est pourtant reconnue comme un objectif de valeur constitutionnelle, au même titre que l'intelligibilité du droit.

faut faire référence à ce stade à l'adage latin « *idem esse non esse aut non probari* ». La formule tend à faire comprendre que « la preuve double le droit, comme l'ombre suit le corps »¹³⁸. Mme Guerriero estime que « l'absence de preuve n'empêche pas le droit d'exister : elle paralyse simplement son efficacité »¹³⁹. Sur la forme, nous sommes bien d'accord avec cette analyse. Seulement, il semble qu'entre « inefficacité » et « paralysie de l'efficacité », il n'y ait qu'une distinction de langage, qu'un effet de formule. Soyons clairs, il ne s'agit pas exactement de la même chose, mais les deux états sont équivalents. L'acte ne produira aucun effet. C'est donc comme s'il n'avait jamais existé. Il a été écrit que « à défaut de preuve, un droit est pratiquement vidé de toute son efficacité concrète puisque le créancier est à la merci de son débiteur »¹⁴⁰. D'autres ajoutent « qu'en pratique, si le titulaire d'un droit n'est pas en mesure d'en faire la preuve, il est en grand danger de ne jamais pouvoir l'exercer, car il suffit que surgisse une contestation pour que la protection judiciaire lui soit refusée »¹⁴¹. On peut également lire que « en pratique, que le contrat soit nul ou qu'il ne puisse être prouvé, le résultat est le même pour le créancier qui en demande l'exécution et ne peut l'obtenir »¹⁴². En tout état de cause, les conséquences pour les parties qui demandent l'exécution de l'acte sont donc exactement les mêmes. Et ces parties se moquent bien de savoir qu'en pure théorie juridique, leur acte était valable.

58. Nous ne sommes pas les seuls à penser que la distinction entre l'écrit requis « *ad validitatem* » et celui exigé seulement « *ad probationem* » n'est que théorique et n'a, en réalité, pas grande utilité. Nous rejoignons en effet sur ce point au moins deux auteurs que nous qualifierons de « classiques ».

Commençons par étudier la position de Gény. Selon lui, les règles de preuve font partie intégrante du formalisme. Autrement dit, c'est la même chose d'exiger une preuve particulière en cas de litige que d'exiger la préconstitution de cette preuve et d'en faire une condition de validité de l'acte. Il estime ainsi que « en réalité, l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la

¹³⁸ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} édition, 1999. Les auteurs écrivent également que « l'image tend à faire percevoir que le droit est inséparable de la preuve ».

¹³⁹ M.- A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, p. 167.

¹⁴⁰ H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*

¹⁴¹ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre Magnan, *op. cit.*, n° 628.

¹⁴² P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13^{ème} édition, 2011, n° 547.

première condition d'efficacité »¹⁴³. Il ajoute que « les formes probatoires ne sont qu'un diminutif des formes solennelles »¹⁴⁴. Nous ne pouvons qu'approuver ces affirmations.

Continuons avec Flour. Ses propos sont on ne peut plus clairs. Il écrit en effet que « l'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui qui est exigé *ad probationem* est artificielle dans une large mesure. C'est relever une différence bien menue et bien théorique que de mettre l'accent sur la possibilité, à défaut d'écrit, de faire la preuve par l'aveu et par le serment ; c'est à dire par des procédés qui mettent chacune des parties à la discrétion de l'autre et de sa loyauté »¹⁴⁵. Il estime, pour continuer à exprimer sa pensée, que le « vieil adage [*idem esse non esse aut non probari est*] plus réaliste que la pensée des auteurs classiques »¹⁴⁶. Il ajoute que « pour des cocontractants prudents, la liberté d'exprimer leur consentement comme ils l'entendent n'est donc qu'apparente : les choses se passent comme si l'écrit était une condition, sinon de validité, du moins d'efficacité »¹⁴⁷. Nous partageons complètement le point de vue de l'auteur.

D'autres auteurs peuvent encore être appelés à l'appui de notre démonstration. Ainsi, il a été soutenu, il y a plusieurs décennies, que la différence entre la forme solennelle et la forme probatoire n'est qu'une différence de degré et non de nature¹⁴⁸. Plus proches de nous, certains auteurs doutent aussi de la pertinence de la distinction. On peut lire par exemple que cette dernière est « trop tranchée et trop mécanique » et que « la différence entre les règles de preuve et les règles de forme est parfois relative et sujette à variation »¹⁴⁹. Ou également, de manière encore plus claire : « tant que la loi n'impose pas une forme spéciale (...) l'écrit exigé comme forme solennelle est donc nécessairement le même que l'écrit imposé comme moyen de preuve »¹⁵⁰.

Voilà qui nous conforte bien dans notre idée qu'il serait temps de dépasser cette distinction quelque peu superflue. Dès lors que la loi exige un écrit, rédigeons-

¹⁴³ F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, T III, Sirey, p. 103.

¹⁴⁴ F. Gény, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁵ J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Mélanges Ripert*, 1950, T I, p 93 et suivantes.

¹⁴⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} édition, n° 317.

¹⁴⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 317.

¹⁴⁸ R. Rouxel, *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, Thèse Caen, 1934.

¹⁴⁹ S. Piedelièvre, dans son commentaire de l'arrêt Cass. Civ. 1^{ère}, 14 février 1995, *Dalloz*, 1995, jurisp. p. 340.

¹⁵⁰ J. Passa, « Commerce électronique et protection du consommateur », *Dalloz*, 2002, p. 555.

le, sans se poser la question de la preuve ou de la validité. En tout état de cause, notre société se dirige vers cette solution. A l'heure où l'on a peur de tout, où l'on ne fait plus confiance à personne, où chacun intente un procès à son voisin pour des raisons plus absurdes les unes que les autres (phénomène bien connu de « l'américanisation » du procès), il semble évident que l'écrit est amené à être utilisé de manière systématique. Aujourd'hui déjà, les contractants préfèrent, par sécurité, pour éviter toute contestation, coucher leur accord sur papier. La pratique n'est donc absolument pas sensible au (soit disant) charme de l'écrit « *ad probationem* ». En ce sens, nous sommes parfaitement d'accord avec le constat selon lequel « l'opinion publique (...) attribue facilement (à l'écrit) ce caractère (d'efficacité) : en toute bonne foi, beaucoup ne s'estiment pas liés tant qu'ils n'ont pas signé »¹⁵¹.

59. Reconnaissons tout de même pour nuancer quelque peu notre propos et pour rejoindre, au moins sur ce point, les auteurs favorables à la distinction, qu'il est une hypothèse où l'écrit requis « *ad probationem* » s'avère utile. Ou à tout le moins, ne s'avère pas inutile. C'est l'hypothèse dans laquelle le débiteur d'une obligation est de bonne foi¹⁵². Imaginons un litige intervenant au cours de l'exécution d'un acte juridique. L'écrit n'étant pas une condition de validité de l'acte en question, il n'a pas été rédigé. Le créancier n'a alors aucun moyen de prouver ses droits. Le débiteur pourrait aisément en profiter pour nier l'existence de ses obligations. S'il est de bonne foi cependant, il reconnaîtra qu'il a des obligations envers son créancier et les exécutera sans en demander la preuve en justice¹⁵³. Dans ce cas, il n'y a pas d'écrit et l'acte juridique ne tombe pas. L'écrit requis « *ad probationem* » n'est alors pas inutile. Mais est-il pour autant utile ?¹⁵⁴ Si, comme nous le pensons, un écrit aurait du être rédigé dès lors que la loi le prévoyait, la question de la bonne ou mauvaise foi du débiteur ne se poserait même pas, puisqu'il serait impossible d'aller outre le contenu de l'écrit.

¹⁵¹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 317.

¹⁵² Citons M.- A. Guerriero, *op. cit.*, p. 167 : « Il existe heureusement des débiteurs honnêtes qui exécutent leurs obligations sans se retrancher derrière l'absence de preuve ».

¹⁵³ Citons H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, qui écrivent à ce sujet : « L'obligation de prouver ne surgit qu'en cas de conflit, lorsque la matière devient litigieuse et qu'il convient d'emporter la conviction du juge. D'où la conséquence qu'un droit non contesté peut être ramené à exécution quoique la preuve n'en soit pas rapportée, ou qu'un fait reconnu ou simplement non contredit n'a pas besoin d'être démontré ».

¹⁵⁴ M.- A. Guerriero, *op. cit.*, p. 167 : « Dans ces hypothèses, la distinction entre l'existence du droit et sa preuve apparaît nettement. Le débiteur qui exécute ses obligations sans invoquer l'absence de preuve exécute valablement ; il reconnaît même, par cette exécution, l'existence du droit ».

En cas de bonne foi du débiteur, l'écrit n'est pas complètement utile, mais ne nuit pas non plus. Par contre, en cas de mauvaise foi du débiteur, l'écrit est plus que nécessaire et l'écrit « *ad probationem* » pose alors ici de véritables difficultés.

60. Nous sommes donc favorables à ce que l'écrit, dès lors qu'il est exigé par la loi, soit rédigé systématiquement. Nous imaginons bien qu'à ce stade nous surprenons notre lecteur. Alors que cette étude se voulait dénonciatrice des excès du formalisme, voilà que nous semblons vouloir le renforcer, en bafouant le principe du consensualisme. En réalité, nous sommes loin de cet état d'esprit. Notre propos se veut juste pragmatique. Il n'est en aucune façon question de remettre en cause le consensualisme.

Expliquons-nous en deux points :

- d'abord, il nous semble que l'abandon de la distinction entre l'écrit requis « *ad validitatem* » et l'écrit requis « *ad probationem* » ne révolutionnerait pas la pratique. En effet, et comme nous l'avons déjà souligné, l'individu rédige un écrit par sécurité, en se moquant de savoir si celui-ci vaut pour la preuve ou pour la validité. La suppression de la distinction n'apparaîtrait même pas aux yeux du justiciable, qui ne verrait aucun changement dans la façon de conclure les contrats.
- ensuite, nous ne demandons pas que l'écrit rédigé soit un « super-écrit ». Inutile d'exiger de forme particulière, des mentions précises, etc. Un écrit relativement simple, rapide à rédiger, facile à comprendre pour chaque partie suffirait amplement. Nul besoin de fioritures. Il s'agit juste de constater l'accord afin d'éviter toute sorte de problèmes par la suite.

Si nous sommes favorables à une remise en cause de la distinction entre l'écrit requis « *ad validitatem* » et l'écrit requis « *ad probationem* », force est de constater que cette remise en cause n'est pas à l'ordre du jour, malgré un débat certain en doctrine. Par conséquent, puisqu'il faut faire avec cette distinction, il nous incombe de rechercher à quelle catégorie d'écrit se rattache le contrat d'auteur.

B/ Classification du contrat d'auteur

61. Il nous faut ainsi savoir à quelle catégorie d'écrit appartient le contrat d'auteur. Reprenons pour cela l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle. Nous avons déjà vu que cet article n'exige un écrit que pour quatre sortes de contrats¹⁵⁵, renvoyant aux dispositions générales du Code civil pour tous les autres¹⁵⁶. L'article énonce que ces quatre contrats doivent être « *constatés par écrit* ». La première lecture nous invite à penser qu'il s'agirait donc bien là d'une exigence de fond plus que de preuve. Ce n'est visiblement pas la lecture qu'en a fait la Cour de cassation qui retient depuis fort longtemps maintenant que l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle ne fait que poser une exigence de preuve. Elle énonce par exemple dans un arrêt du 12 avril 1976 de sa première chambre civile que « *la constatation écrite du contrat d'édition prescrite par l' (article L. 131-2) alinéa 1er, n'a pas été requise pour la validité du contrat, mais pour sa preuve* »¹⁵⁷. La solution est constante, et même antérieure à la loi de 1957¹⁵⁸. L'écrit requis pourtant avec force, du moins nous semble-t-il, par le Code de la propriété intellectuelle dans le but de protéger l'auteur partie faible, ne serait donc finalement exigé qu'à des fins probatoires. Nous avons bien du mal à masquer notre étonnement. D'autant qu'il est des éléments qui nous permettent de douter de cette position de la jurisprudence et qui nous laissent penser qu'un revirement des juges est possible.

62. Il existe en effet deux lectures possibles du Code de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement des dispositions relatives à l'exigence d'un écrit pour la conclusion du contrat d'auteur. La première est celle soutenue par la jurisprudence et par la doctrine, solution classique et constante¹⁵⁹. C'est la lecture selon laquelle l'écrit n'est pas une condition de validité du contrat. Il ne serait exigé qu'à titre de preuve, « *ad probationem* ». S'il n'y a pas d'écrit, la validité du contrat n'est en rien menacée. Les tenants de cette lecture mettent en avant deux arguments. D'abord, l'article L. 131-2 du Code de la

¹⁵⁵ L'article L. 131-2 n'exige en effet un écrit que pour les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ainsi que pour les autorisations gratuites d'exécution. Cf. *supra* n° 39 et suivants.

¹⁵⁶ Pour tous les autres contrats, les articles 1341 à 1348 du Code civil sont applicables. Cf. *supra* n° 45 et suivants.

¹⁵⁷ Cass. Civ. 1, 12 avril 1976 : Bull. Civ. I, n° 123 ; *Daloz*, 1976 IR 195 ; *RIDA*, oct. 1976, p. 164.

¹⁵⁸ Pour un exemple avant la loi de 1957, voir Trib. Civ. Seine, 29 mars 1952, *Daloz*, 1952, somm. 63 ; pour un exemple fameux, voir l'arrêt « The Kid », Civ., 28 mai 1963, *JCP*, 1963, II, 13347, note P. Malaurie.

propriété intellectuelle en son alinéa 2 fait référence aux articles 1341 à 1348 du Code civil. Ce qui ne ferait que montrer que le législateur a voulu se placer sur le terrain de la preuve. MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter expliquent ainsi que : « Le renvoi (...) aux articles 1341 à 1348 du Code civil pour les contrats dispensés de la formalité de l'écrit montre assez que le législateur n'a entendu se situer que sur le terrain probationem, rejoignant en cela la tradition consensualiste antérieure »¹⁶⁰.

Ensuite, le texte utilise le terme « *constaté* », ce qui ne serait pas la même chose que si le texte avait employé le terme « *conclu* ». L'exigence serait ainsi moins forte. Si le législateur avait voulu faire de la rédaction d'un écrit une condition de validité du contrat d'auteur, il aurait utilisé un vocabulaire plus fort, afin de bien insister sur le sens de sa pensée. Voici donc, pour l'essentiel, les arguments défendus par les tenants d'une lecture consensualiste de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle.

63. Mais une autre lecture existe, considérée comme plus formaliste. La majorité des auteurs reconnaît cette possibilité, mais décide presque unanimement de ne pas y adhérer. Cette autre lecture s'appuie elle aussi sur deux arguments. Le premier élément réside dans l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, en son second alinéa, qui dispose que « *lorsque des circonstances spéciales l'exigent, le contrat peut être valablement conclu par échanges de télégrammes* ». C'est ici le terme « *valablement* » qui doit être souligné. Qui dit « *valablement conclu* » semble vouloir poser une condition de validité et non de preuve. Il suffit de s'attacher à l'étymologie : les rédacteurs du texte ont choisi le terme « *valablement* », ils ont par conséquent voulu faire de la rédaction d'un écrit une condition de « validité » du contrat d'auteur.

Le second élément se localise dans l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle, qui énonce que « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ». Comme nous l'avons déjà souligné¹⁶¹, cet élément plaide très fortement en faveur de la rédaction d'un écrit, écrit qui se veut ici

¹⁵⁹ Voir par exemple : C. Caron, *op. cit.*, n° 402 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 635 ; F. Pollaud-Dulian, *Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 948.

¹⁶⁰ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoetter, *op. cit.*, n° 635.

« *obligatoire* ». Qui dit obligatoire, semble vouloir se placer davantage du côté du fond que de celui de la preuve. Certains nous répondront que le terme « *obligatoire* » se rattache ici davantage au consentement en lui-même qu'au caractère qu'il doit revêtir. Nous estimons que les deux sont liés. Quoi de mieux qu'un écrit pour constater un consentement obligatoire ?

Nous sommes séduits par ces arguments qui tendent à faire de l'écrit une condition de validité du contrat d'auteur¹⁶². La doctrine, dans son immense majorité, nie la valeur de ces deux éléments. Pour elle, il ne s'agit là que de quelques « imperfections de la rédaction » de la part du législateur¹⁶³ ou encore d'un « défaut de coordination »¹⁶⁴ entre différentes versions des textes. Nous ne sommes pas du même avis. Pourquoi être aussi certain que le législateur a commis une étourderie en écrivant « *valablement conclu* » et « *obligatoire* » ? Pourquoi être aussi certain que le législateur n'a pas commis d'erreur en écrivant « *constaté* » plutôt que « *conclu* » ? Les auteurs considèrent en effet, comme nous l'avons déjà vu, que le législateur qui a préféré le terme « *constaté* » à celui de « *conclu* » dans l'article L. 131-2 a voulu signifier que l'écrit n'était requis qu'à des fins probatoires. Les mêmes auteurs considèrent dans le même temps que le choix de l'expression « *valablement conclu* » dans l'article L. 131-3 alinéa 2 n'est qu'une erreur de rédaction et que le législateur n'a en aucun cas voulu faire de l'écrit une condition de validité du contrat d'auteur. La logique du raisonnement nous échappe quelque peu.

64. D'autant plus qu'en marge des deux lectures traditionnelles que nous venons d'exposer, il existe un autre argument en faveur de l'écrit requis *ad validitatem*, qui nous apparaît au moins aussi déterminant que ceux qui viennent d'être présentés : nous l'avons dit, l'article L. 131-2 ne fait qu'appliquer

¹⁶¹ Cf. *supra* n° 33.

¹⁶² Précisons que lors des premières versions du texte de 1957, le législateur avait prévu que l'écrit serait une condition de validité du contrat d'auteur : l'article 28 du projet d'ordonnance de 1945 disposait ainsi en son §2 que « toutes les conditions de la cession doivent être, à peine de nullité du contrat, stipulées par écrit » ; de même, l'article 38 de la version de juillet 1950 précisait que « sous réserve des dérogations prévues par la présente loi, toutes les conditions de la cession, notamment le prix, doivent être, à peine de nullité du contrat, stipulées par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution ». Voir par exemple, H. Desbois, *op.cit.*, n° 507.

¹⁶³ H. Desbois, *op.cit.*, n° 512. L'auteur considère que l'exigence de l'écrit n'est qu'une règle de preuve, mais dans le même temps, il remarque que « hormis la production d'un écrit, il n'y a pas de salut pour le cocontractant de l'auteur (...) : la règle de preuve rejoint le formalisme ; les intéressés seront aussi démunis que si la rédaction d'un écrit était exigée pour la naissance et la validité de la convention ».

¹⁶⁴ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoetter, *op.cit.*, n° 635.

spécifiquement aux contrats d'auteur une exigence générale posée par l'article 1341 du Code civil. Ce dernier impose la rédaction d'un écrit pour les contrats qui portent sur un objet dont la valeur excède 1500 €. Il va sans dire que la quasi totalité des contrats d'auteur (et heureusement pour les auteurs !) portent sur des enjeux qui dépassent cette somme. Il suffirait donc d'appliquer l'article 1341 du Code civil pour exiger la rédaction d'un écrit. Pourquoi donc le législateur a-t-il jugé nécessaire de réitérer cette exigence à l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle ? A quoi sert la loi spéciale si elle ne fait que répéter ce que dit déjà la loi générale ? A quoi sert le droit commun si chaque branche du droit, en plus d'édicter des règles spécifiques, reprend toutes les règles générales ? Pas à grand-chose, il faut bien l'avouer. C'est donc que le législateur a voulu imposer quelque chose de spécifique en reprenant dans l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle l'exigence de la rédaction d'un écrit¹⁶⁵. Le législateur n'a pas voulu simplement exiger un écrit, il a voulu faire de l'écrit une condition de validité du contrat d'auteur. Il a voulu imposer un écrit *ad validitatem*.

Encore une fois, ce raisonnement ne fait pas l'unanimité. Nous comprenons mal la détermination de la doctrine et de la jurisprudence à nier la valeur de ces arguments. S'agit-il d'adopter une démarche visant à rejeter la réalité, à nier que le droit d'auteur français déroge au principe du consensualisme ? Il faudrait alors prendre conscience du fait que c'est un combat perdu d'avance, au regard du caractère extrêmement formaliste de la matière¹⁶⁶. C'est aussi et surtout une position paradoxale quand on connaît les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle¹⁶⁷.

Au total, il nous semble que le Code de la propriété intellectuelle doit être lu comme faisant de l'écrit une condition de validité du contrat d'auteur. Cela serait davantage conforme à l'esprit de loi de 1957 et du droit d'auteur en général qui fait de la protection de l'auteur sa priorité. Rien de tel pour la sécurité juridique, pour la stabilité des relations contractuelles, que de pouvoir s'appuyer sur un écrit « obligatoire ». Nous l'avons

¹⁶⁵ Voir par exemple A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2012, n° 105, qui écrit que lorsque la loi impose la rédaction d'un écrit, sans préciser qu'il s'agit d'une condition de forme ou d'une condition de preuve, « le plus souvent, dans l'esprit du législateur, c'est une condition de forme : au plan de la preuve, le jeu du droit commun suffit à exiger l'écrit et la précision d'un texte spécial ne se comprend que pour ajouter à ce droit commun ».

¹⁶⁶ Cf. notamment *infra* n° 74 et suivants.

dit, nous ne sommes pas favorable à la distinction entre élément de preuve et élément de fond, qui nous semble trop rigide et dépassée. Mais puisqu'il nous incombe de composer avec elle, nous ne voyons pas d'inconvénient majeur à classer le contrat d'auteur dans la catégorie des écrits requis « *ad validitatem* ». Il faut d'ailleurs insister à nouveau ici sur le fait que le recours à l'écrit est en pratique très généralisé : il l'est tant pour des raisons de sécurité juridique que pour des raisons plus psychologiques. En effet, l'écrit dispose d'une véritable valeur symbolique dans la société et en particulier dans le milieu artistique. Il n'est pas rare ainsi d'entendre que tel auteur a « signé un contrat » chez tel éditeur ou encore que telle maison de disque a réussi à « signer » un célèbre chanteur. Les individus ne se sentent pas engagés tant qu'ils n'ont pas apposé leur signature au bas d'un contrat. Cette considération est très peu juridique certes, mais extrêmement puissante. Elle renforce notre sentiment et notre position quant au recours à l'écrit : il ne doit poser aucun problème.

65. Cela nous pose encore moins de problème quand on se tourne vers les autres branches de la propriété intellectuelle. Nous pensons ici à la propriété industrielle. Que ce soit en ce qui concerne la marque ou le brevet, le Code de la propriété intellectuelle exige, pour la cession des droits qui y sont attachés, le recours à l'écrit à peine de nullité¹⁶⁸. Autrement dit, l'écrit est, en la matière, requis à titre de validité, « *ad validitatem* ». C'est l'article L. 613-8 dernier alinéa qui règle la question pour le brevet en énonçant que « *les actes comportant une transmission ou une licence (...) sont constatés par écrit, à peine de nullité* ». La jurisprudence fait une application stricte de ces exigences¹⁶⁹.

Il faut lire l'article L. 714-1 alinéa 4 pour voir comment est résolu le problème en matière de marque : « *le transfert de propriété ou la mise en gage, est constaté par écrit à peine de nullité* ».

¹⁶⁷ Cf. *infra* n° 74 et suivants.

¹⁶⁸ Voir par exemple : J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ème} édition, 2007, n° 251 (brevet) et n° 650 (marque) ; J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2012, n° 530 et s. (brevet) et n° 1597 et s. (marque).

¹⁶⁹ Par ex., TGI Paris, 27.06.2003, qui énonce qu' « un simple procès-verbal d'assemblée générale de la société cessionnaire à laquelle participait le cédant, s'il atteste du caractère consensuel de l'acte, est un document insuffisamment explicite pour remplir l'exigence de l'article L. 613-8, car l'exigence d'un écrit répond à un souci de protection des parties contractantes ».

Ainsi, l'écrit est une condition de validité des contrats portant sur le transfert des droits relatifs à la marque et de ceux relatifs au brevet, mais ne le serait pas en ce qui concerne le transfert des droits d'un auteur. L'inventeur (ou plus fréquemment l'entreprise titulaire des droits sur l'invention)¹⁷⁰ et le titulaire de la marque verront donc la sécurité de leurs relations contractuelles davantage assurée que celles de l'auteur. Paradoxe, puisque le droit de la propriété intellectuelle est perçu comme le « super-protecteur » de l'auteur, moins comme celui des industriels. Comment expliquer alors cette différence de traitement ? Cela s'explique objectivement par le fait qu'en matière de brevet ou de marque, la publicité est obligatoire.¹⁷¹ Les contrats doivent être publiés, ils doivent donc être rédigés par écrit. La vraie question est alors de savoir pourquoi de telles formalités de publication sont prévues en matière de propriété industrielle et qu'il n'en est rien en droit d'auteur. En effet, pourquoi les contrats portant sur une marque ou sur un brevet doivent être publiés pour être opposables aux tiers alors que les contrats portant sur une cession de droit d'auteur le sont automatiquement ? Pour rétablir une certaine égalité, il ne nous apparaîtrait pas choquant de mettre en place, pour les contrats d'auteur, un système de publicité comparable à ce qui existe en matière de marque ou de brevet. La question du recours systématique à l'écrit ne se poserait ainsi plus. Ce système de publicité existe d'ailleurs déjà en matière de cinéma. Le Code du cinéma et des images animées prévoit en effet que les contrats qui constatent une cession des droits d'exploitation sur une œuvre cinématographique doivent être publiés au registre public du cinéma et de l'audiovisuel, sous peine d'inopposabilité aux tiers¹⁷².

Nous venons de le voir avec l'exemple du cinéma, il n'est même pas besoin de sortir des frontières de la propriété littéraire et artistique pour que certains paradoxes

¹⁷⁰ La plupart des brevets sont réalisés dans le cadre de l'entreprise. Dans ce contexte, les droits de l'inventeur sont automatiquement dévolus à son employeur. Ce qui explique que les titulaires des droits sur les brevets soient majoritairement des entreprises. Voir sur les inventions de salariés, l'article L. 611-7 qui prévoit que les inventions de missions (les plus fréquentes) « appartiennent à l'employeur ».

¹⁷¹ Les articles R. 613-53 à R. 613-59 du Code de la propriété intellectuelle énoncent en effet que les actes affectant la propriété des droits attachés à un brevet ne sont opposable aux tiers qu'à compter de leur inscription au registre national des brevets. L'article L. 714-7 du code pose la même règle pour la marque : les contrats de cession ne sont opposables aux tiers qu'une fois inscrits au registre national des marques.

¹⁷² L'article L. 123-1 du Code du cinéma et des images animées est ainsi rédigé : « Pour les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles (...) doivent être inscrits au registre public du cinéma et de l'audiovisuel, à la requête de la partie la plus diligente et sans que cette inscription puisse avoir pour effet de conférer aucun privilège nouveau au profit de son bénéficiaire (...) : 1° les cessions et apports en société du droit de propriété ou d'exploitation ainsi que les concessions de droit d'exploitation soit d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, soit de l'un quelconque de ses éléments présents et à venir (...) ». Le dernier alinéa de l'article précise que « à défaut d'inscription au registre public du cinéma et de l'audiovisuel des actes, conventions ou jugements susmentionnés, les droits résultant de ces actes, conventions ou jugements sont inopposables aux tiers ».

émergent. Un nouvel exemple s'offre à nous avec le logiciel. En effet, si l'on confronte la position de la doctrine et de la jurisprudence sur l'écrit constatant le contrat d'auteur (requis simplement à des fins probatoires) avec les exigences de l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle relatif au nantissement du droit d'exploitation des logiciels, de nouvelles interrogations se posent. L'article énonce en effet que « *le contrat de nantissement est, à peine de nullité, constaté par un écrit* ». Le contrat de nantissement de logiciel voit, par conséquent, sa validité soumise à la rédaction d'un écrit, ce qui n'est pas le cas d'un contrat d'auteur classique. Comme le souligne M. Gautier, « quelle cohérence, alors que l'auteur ne sera le plus souvent même pas partie à ce contrat ! (...) La discrimination (est) criante »¹⁷³. L'auteur du logiciel verra donc sa protection renforcée, alors qu'il est souvent moins bien traité par le code¹⁷⁴ et que le débat sur la protection du logiciel par le droit d'auteur n'est pas totalement clos¹⁷⁵.

De la même manière, il faut nous intéresser au dispositif législatif qui encadre la conclusion du contrat d'adaptation audiovisuelle. Ce contrat est visé par l'article L. 131-3 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, qui énonce que « *les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ». Il faut donc constater le contrat d'adaptation audiovisuelle par écrit. Cet écrit est-il ici exigé à titre de preuve ou à titre de validité ? Il semble bien que l'écrit soit ici requis « *ad validitatem* ». En effet, la jurisprudence estime que le contrat d'adaptation audiovisuelle doit être constaté par écrit et que cette exigence est « d'ordre public »¹⁷⁶. Cela signifie que les parties ne peuvent déroger à l'exigence de l'écrit. Cette position rejoint l'idée défendue par M. Sirinelli qui estime dans sa thèse que le contrat d'adaptation audiovisuelle doit être constaté par écrit à peine de nullité¹⁷⁷. Se pose alors une nouvelle fois la question de la cohérence du raisonnement. Pourquoi traiter différemment le contrat d'adaptation audiovisuelle de

¹⁷³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452.

¹⁷⁴ L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet une dévolution automatique des droits des auteurs de logiciels à leurs employeurs. Cf. *infra* n° 302.

¹⁷⁵ Voir, pour ne citer qu'un exemple, P. Catala, « Le droit d'auteur sur les logiciels : protection banale ou spéciale », in *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, p. 263.

¹⁷⁶ Cour d'appel de Paris, 14 mai 1997, *Dalloz*, 1998, Somm. 194, obs. C. Colombet.

¹⁷⁷ P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 176 et suivantes.

tous les autres ? En quoi l'auteur d'une œuvre adaptée au cinéma devrait être mieux protégé que les autres auteurs ?

Notons au passage que l'alinéa 3 de l'article L. 131-3 nous donne un argument supplémentaire pour défendre la position selon laquelle le législateur a voulu faire de l'écrit requis pour le contrat d'auteur un écrit exigé à titre de validité. En effet, l'article dispose qu'il est nécessaire que le contrat d'adaptation audiovisuelle soit constaté par écrit et qu'il faut que cet écrit soit distinct de celui constatant le contrat d'édition. Si le législateur a voulu parler « d'écrit distinct », c'est bien qu'il faut rédiger ces deux écrits. Il faut donc avoir deux *instrumentum*. Un « double *negotium* » ne peut pas suffire à remplir les exigences du législateur.

Nous avons donc, il faut bien l'avouer, la plus grande peine à comprendre la logique suivie, non pas par le législateur à qui l'on a fait dire, nous semble-t-il, ce que l'on voulait entendre, mais par la jurisprudence (même si les arrêts ne sont pas nombreux en la matière) et la doctrine. D'autant qu'il suffit de jeter un coup d'œil aux autres branches du droit pour rapidement se rendre compte qu'il n'y a rien d'exceptionnel à faire de l'écrit une condition de validité d'un contrat.

C/ Comparatif avec d'autres matières

66. Si la question de la valeur de l'écrit est, en tous les cas selon nous, sujette à débat en droit d'auteur, il est d'autres matières où l'interrogation ne soulève pas le moindre doute et qui montrent à quel point l'écrit en tant que condition de validité du contrat occupe une place véritablement conséquente dans notre droit. C'est, par exemple, le cas du droit du travail ou encore du droit des sûretés.

67. Commençons avec le droit du travail. Il est de notoriété publique que le contrat de travail de droit commun (à durée indéterminée et à temps complet) n'a pas besoin d'être rédigé pour être valable. Il en va différemment, en revanche, pour les autres contrats de travail, notamment les contrats à durée déterminée. L'article L. 1242-12 du Code du travail impose en effet la rédaction d'un écrit. Le texte ne précise pas clairement s'il s'agit d'une condition de validité ou d'une simple exigence de preuve. Mais il indique qu'à défaut d'écrit, le contrat sera réputé conclu pour une

durée indéterminée. Cela nous éclaire sur la nature de l'écrit. S'il n'est pas rédigé, la sanction est la requalification en contrat à durée indéterminée. Cette requalification n'est en réalité que le remplacement d'un acte juridique par un autre, c'est à dire la disparition du contrat à durée déterminée et la naissance du contrat à durée indéterminée. Le premier contrat en lui-même est nul et il est dès lors remplacé par un nouveau contrat. La requalification est ici une sanction de même nature que la nullité. Et ce type de sanction n'est envisageable que lorsque l'écrit est une condition de validité. L'écrit est ainsi requis *ad validitatem*. Cela est aussi vrai pour le contrat de travail temporaire ou le contrat de mission¹⁷⁸.

En outre, si l'écrit n'est pas une condition de validité du contrat de travail à durée indéterminée, il n'en demeure pas moins que sa rédaction est généralisée au regard de la quantité d'informations que l'employeur doit donner à son salarié. Sans écrit, l'employeur ne pourra pas prouver qu'il a bien informé le travailleur. Il s'expose alors à de sérieux problèmes, que la rédaction de l'écrit suffit à éviter. Le recours à l'écrit est ainsi généralisé en droit du travail, que la loi l'impose directement ou non.

68. C'est le droit des sûretés, et plus particulièrement le droit du cautionnement qui nous offre l'exemple le plus significatif. La question de savoir si un écrit est exigé et s'il est requis à titre de preuve ou à titre de validité ne suscite pas beaucoup de débat, du moins pour la plupart des cautionnements. En effet, en ce qui concerne le cautionnement de crédit (immobilier ou à la consommation) par une personne physique, le Code de la consommation impose, en son article L. 313-7, le recours à l'écrit. L'article exige la rédaction d'une mention manuscrite lorsque le cautionnement est passé par acte sous seing privé. Le texte précise que cette formalité est requise à peine de nullité. L'écrit est donc bien une condition de validité ici. Et lorsque la caution ne s'engage pas par acte sous seing privé, elle doit le faire par acte authentique. Toujours un écrit.

De même, pour le cautionnement d'obligations résultant d'un bail d'habitation ou mixte, l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 impose que la caution fasse « *précéder sa signature de la reproduction manuscrite* » d'un certain nombre d'éléments. Signature et reproduction manuscrite, cela suppose bien évidemment le

¹⁷⁸ Voir par ex. : J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 27^{ème} édition, 2012, n° 247.

recours à l'écrit. L'article précise que « *ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement* ». L'écrit est une nouvelle fois requis ici *ad validitatem*.

En outre, même pour le cautionnement de droit commun, le recours à l'écrit est nécessaire. Si l'article 2292 du Code civil n'impose pas la rédaction d'un écrit, se contentant de préciser que « *le cautionnement ne se présume point ; [qu'] il doit être exprès* », la lecture de l'article 1326 du même code ne laisse aucun doute. Ce texte, qui s'applique incontestablement au cautionnement, impose que l'acte soit « *constaté dans un titre qui comporte la signature (...) ainsi [qu'une] mention écrite par lui-même* ». Le recours à l'écrit ne fait alors aucun doute. Ce qui a davantage suscité le débat, en revanche, c'est la question de savoir si cet écrit est requis à titre de preuve ou à titre de validité. Après avoir semé le trouble dans les années 80, la jurisprudence a finalement concédé que les règles du Code civil ne constituaient que des règles de preuve. Certes, mais au regard du caractère résiduel des cautionnements régis par ces textes, l'on peut dire sans trop exagérer que l'écrit constatant le cautionnement est aujourd'hui essentiellement requis *ad validitatem* dans notre droit¹⁷⁹.

Ainsi, l'écrit exigé en tant que condition de validité d'un contrat n'est pas chose rare en droit français. Malgré le principe de liberté des conventions qui transparaît dans notre Code civil, plusieurs exceptions existent et tendent à se multiplier ces derniers temps. L'exemple du droit d'auteur ne serait ainsi pas isolé et on comprend mal pourquoi beaucoup s'évertuent à rejeter en bloc cette considération.

69. Quoi qu'il en soit, nous avons mis en lumière le premier axe formaliste issu de la loi de 1957 : l'auteur doit donner son consentement personnel à la cession de ses droits par écrit. Cette exigence est, d'après le Code de la propriété intellectuelle, limitée à certains types de contrats. Elle ne serait, en outre et d'après l'interprétation majoritaire retenue, qu'une simple exigence de preuve et ne préjugerait pas de la validité du contrat de cession. On l'a dit, ce premier aspect formaliste de la loi n'est pas celui qui nous gêne le plus. Nous avons même du mal à comprendre pourquoi le recours à l'écrit est ici entendu de façon aussi restrictive : tous les contrats doivent être traités de la même manière. Le recours au formalisme de

¹⁷⁹ Cf. *infra* n° 142 et suivants.

l'acte a pour objet d'attirer l'attention, de mettre en garde contre les engagements conclus à la légère. En cela, nous ne voyons pas bien pourquoi il faudrait traiter différemment les auteurs. Tous doivent voir leur attention attirée de la même façon sur l'importance de l'opération envisagée. En prévoyant le contraire, il nous semble que la loi rate ici l'objectif qui lui été assigné. Elle le manque parce qu'elle ne va pas au bout de la logique. Nous considérons donc que l'écrit doit être requis à titre de validité et ce pour tous les contrats d'auteur, d'autant que la distinction théorique entre l'*ad probationem* et l'*ad validitatem* nous apparaît sans véritable intérêt.

Le bilan du recours au formalisme traditionnel en droit d'auteur n'est ainsi pas très positif. Si l'objectif de départ est clairement raté, nous n'avons cependant pas relevé de véritables effets pervers ici. Voyons ce qu'il en est du côté du formalisme moderne mis en œuvre pour déterminer l'objet de la cession.

Chapitre 2 – L'exigence d'un objet déterminé

70. Le Code de la propriété intellectuelle, nous l'avons vu¹⁸⁰, impose de recourir à l'écrit pour la conclusion des contrats d'auteur. Ce n'est pas la seule exigence posée par le code, loin s'en faut. Le législateur a voulu encadrer le transfert de propriété des droits de l'auteur. Pour ce faire, il a imposé que l'objet du contrat soit précisément déterminé. C'est l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui constitue le siège de cette obligation de détermination de l'objet. La question qui peut se poser dès ce stade est celle de savoir pourquoi le législateur a entendu faire de la détermination de l'objet une règle spécifique dans le Code de la propriété intellectuelle, sachant qu'une disposition de même nature figure en termes beaucoup plus généraux (et donc universels) dans le Code civil. En effet, l'article 1129 indique qu'« *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* ». Pourquoi donc réitérer une disposition similaire dans le Code de la propriété intellectuelle ? La réponse est que l'article 1129 du Code civil serait bien insuffisant pour parvenir au niveau de détermination de l'objet souhaité par le législateur en droit d'auteur. Dans cette matière, il ne suffit pas que l'objet soit déterminé, il faut qu'il le soit particulièrement¹⁸¹. D'où la nécessité pour le législateur de rédiger une disposition spécifique au droit d'auteur, d'une exigence supérieure à celle de l'article 1129 du Code civil.

Se pose alors une autre question : pourquoi le législateur a-t-il voulu parvenir à un tel niveau de détermination de l'objet dans le contrat d'auteur ? L'objectif est clair : il s'agit ici de la mise en œuvre du formalisme de la mention. Le législateur a compris que l'auteur n'était pas dans un rapport équilibré avec son cocontractant. Il a compris que les parties n'étaient pas toujours en situation d'égalité, contrairement au postulat de la théorie consensualiste qui irrigue notre Code civil¹⁸² et qui explique,

¹⁸⁰ Cf. *supra* n° 32 et suivants.

¹⁸¹ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^{ème} édition, 2009 n° 403.

¹⁸² J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} édition, 2012, n° 95 : « La doctrine française raisonne à partir d'un modèle classique, qui aurait été forgé, sur le fondement des dispositions du Code, au cours du XIX^{ème} siècle : la théorie de l'autonomie de la volonté, selon laquelle, en substance, le contrat serait fondé exclusivement sur la volonté des parties ». Cf. *supra* n° 5.

par conséquent, que le droit commun soit beaucoup moins exigeant¹⁸³. Il faut donc protéger l'auteur, partie faible au contrat, qui doit avoir conscience de ce à quoi il s'engage, de l'ampleur des droits qu'il cède. C'est pour cela que l'objet du contrat doit être précisément déterminé. Il faut éclairer l'auteur.

71. Ainsi, c'est le formalisme moderne qui est utilisé ici par le législateur. Il convient dès lors d'étudier les éléments qui doivent figurer au contrat et de s'interroger sur leur pertinence (Section 1), avant d'exposer leur régime (Section 2). Nous le verrons tout au long de notre exposé, mais il conviendra d'insister sur cet élément pour bien marquer la tendance, une partie de la jurisprudence s'assure de la présence et de la validité des mentions avec une certaine intransigeance (Section 3).

Section 1 – Des mentions précises

72. Le Code de la propriété intellectuelle est assez strict quant à la détermination de l'objet du contrat d'auteur. Il impose, en effet, que cette détermination se fasse par le biais de mentions relativement précises. En étudiant ce que sont censées indiquer ces mentions, nous verrons qu'elles sont sujettes à critique et que l'on peut parfois douter de leur utilité (§1). Nous mettrons ensuite en lumière le fait qu'elles sont souvent largement incompréhensibles pour la partie à laquelle elles se destinent, et partant inefficaces (§2).

§1 - La question de l'utilité : des mentions contournables

73. Il nous faut ici exposer le contenu des mentions imposées par le Code de la propriété intellectuelle quant à la détermination des droits cédés (A), avant de se poser réellement la question de leur utilité (B).

¹⁸³ Il est intéressant de noter, à ce propos, que le droit d'auteur est un « quasi-précurseur » en matière de protection de la partie faible : seul le droit du travail a placé cette problématique au centre de ses préoccupations avant le droit d'auteur. Le droit de la consommation et le droit des sûretés se sont posé la question de la protection du faible plus tardivement.

A/ Les éléments à mentionner

74. C'est l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui porte en son sein l'exigence selon laquelle l'objet du contrat d'auteur doit être rigoureusement déterminé. Cet article exige en effet que certaines mentions soient rédigées lors de la conclusion du contrat d'auteur. Le texte dispose ainsi, en son alinéa premier :

« La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

Ce texte est considéré, à très juste titre, comme étant le siège du formalisme en droit d'auteur français¹⁸⁴. Cela s'explique par le fait qu'il n'exige pas moins de cinq références précises dans le contrat. Il faut tout d'abord que le contrat vise le droit cédé (« que *chacun des droits cédés* fasse l'objet d'une mention distincte »). Il faut ensuite que soit précisé le domaine d'exploitation. Mais la simple désignation du domaine apparaissant comme trop générale, le texte précise ce qu'il faut entendre au travers de cette expression : il faut que le contrat précise l'étendue du droit cédé et la destination du droit cédé (« que le domaine d'exploitation soit délimité quant à son *étendue* et à sa *destination* »), ainsi que le territoire sur lequel le droit cédé pourra être exploité (« quant au *lieu* ») et la durée pendant laquelle le droit cédé pourra être valablement utilisé (« quant à la *durée* »). Ce sont donc bien cinq éléments distincts que doit préciser le contrat d'auteur : quel droit ? quelle étendue ? quelle destination ? quel lieu ? quelle durée ? Précisons que, de surcroît, ces différents éléments devront être repris pour chacun des droits cédés. Si l'auteur décide de céder, par exemple, le droit de reproduction et le droit d'adaptation, le contrat devra, pour chacun, reprendre les différents points précisés.

75. Il convient ainsi à ce stade de mettre en lumière les implications de chaque mention exigée par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁸⁴ V. par exemple : A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^{ème} édition, 2012, n° 640 ; C. Caron, *op. cit.*, n° 403 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^{ème} édition, 2012, n° 466 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 694.

Nous allons donc étudier, tour à tour, les notions d'étendue (2), de destination (3), de lieu (4) et de durée (5). Commençons cependant par nous intéresser à l'exigence essentielle de l'article, à savoir l'énumération limitative des droits cédés (1).

1) énumération limitative des droits cédés

76. Avant même de préciser que pour chaque droit cédé, certaines mentions précises doivent être portées au contrat, l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle exige que « *chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession* ». Cette disposition implique que le contrat d'auteur énonce précisément quels droits patrimoniaux (les droits moraux étant inaliénables¹⁸⁵) sont inclus dans la cession, les autres restant, par défaut, dans le patrimoine de l'auteur. Ainsi, l'auteur peut décider de céder à son cocontractant son droit de représentation, et dans le même temps décider de conserver son droit de reproduction. C'est pour cela que le contrat doit être rédigé de manière précise, afin que sa lecture permette de comprendre quels droits ont intégré le patrimoine du cessionnaire et lesquels sont restés dans celui de l'auteur.

77. La jurisprudence est en conséquence, de manière quasi-systématique, plutôt hostile aux formulations très générales. C'est, par exemple, le cas avec les formules du type « tous droits compris » ou encore « tous droits attachés ». Ces expressions ne permettraient pas de satisfaire aux exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Elles ne permettraient pas de déterminer avec précision les droits cédés et ceux conservés. De même, le recours aux adverbes, comme « notamment », ou aux formules, comme « par exemple », « entre autres » ou « etc. » ne saurait être validé. Dès lors, si de telles clauses sont formulées, elles encourent l'invalidation.

Citons par exemple la fameuse affaire « Joker » qui avait donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 décembre 1989¹⁸⁶, suivi d'un arrêt de la Cour

¹⁸⁵ L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre » avant d'ajouter que ce droit moral est « perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

¹⁸⁶ Cour d'appel de Paris, 15^{ème} chambre, B, 7 décembre 1989, *Dalloz*, 1990, somm. p. 352, obs. T. Hassler.

de cassation du 9 octobre 1991¹⁸⁷. Il est inutile d'entrer ici dans le détail des faits. Retenons simplement que la société Joker avait signé un contrat avec une agence de publicité¹⁸⁸. Après la rupture des relations, un problème de titularité des droits s'était posé : la société Joker souhaitait continuer à exploiter les œuvres publicitaires, alors que l'agence de publicité prétendait ne pas lui avoir cédé les droits d'exploitation. Les juges du fond ont donc dû se pencher sur la clause de cession de droits pour trancher la question de savoir dans quel patrimoine ils se trouvaient. La Cour d'appel avait validé la clause de cession qui était une formule du type « tous droits cédés ». La Cour de cassation, quant à elle, avait décidé de censurer la décision des juges du fond. Elle avait estimé que la Cour d'appel avait donné « *une portée illimitée à une clause que sa généralité rendait inopérante* ». La clause était ainsi trop générale. Elle n'a pas été validée par les juges. Elle ne répondait pas aux exigences du Code de la propriété intellectuelle.

Le dispositif de l'arrêt « Joker » a depuis été repris par la Cour de cassation, preuve que sa jurisprudence est assez stable en la matière. Par exemple, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 12 juillet 2006, les juges du droit ont cassé un arrêt d'appel pour violation de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. Ils ont de nouveau estimé que la Cour d'appel avait « *donné effet à une clause que la généralité de ses termes rendait inopérante* »¹⁸⁹. Même cause, même conséquence. Même formulation hasardeuse, même sanction de la part des juges.

78. Dès lors, comment l'exigence de détermination des droits se matérialise-t-elle en pratique ? Reportons-nous à un contrat type, celui d'édition d'une œuvre de littérature générale proposé par la SCAM¹⁹⁰, pour mieux se représenter les choses. L'article 1^{er} vise, dans le paragraphe C, les droits cédés. Il est ainsi rédigé :

« L'auteur cède à l'éditeur (...) le droit de reproduire, publier et vendre l'ouvrage.
(...) »

¹⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, *Dalloz*, 1993, somm. p. 91, obs. C. Colombet ; *RIDA*, janv. 1992, p. 292 ; *JCP G*, 1991, IV, 429.

¹⁸⁸ Sur les règles applicables aux relations auxquelles l'auteur n'est pas partie, cf. *infra* n° 135.

¹⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, *Prop. Intell.*, 2006, p. 446, Lucas ; *Dalloz*, 2006, p. 2313, note J. Daleau.

¹⁹⁰ La SCAM (société civile des auteurs multimédia) est une société de gestion collective. Le contrat-type que nous visons est présenté en annexe (n°1).

Il lui cède également (...) les droits d'exploitation dérivée ci-après énumérés :

a – droit de reproduction et d'adaptation graphique (...)

b – droit de traduction (...)

c – droit de reproduction, d'adaptation et de traduction sur support autre que graphique (...)

d – droit de représentation et de communication (...)

e – droit d'exploitation multimédia (...) »

Nous ne reproduisons pas ici l'intégralité de la clause, parce qu'elle est assez longue et que nous aurons l'occasion de la reprendre, intégralement cette fois-ci, plus loin dans notre étude¹⁹¹. Mais l'essentiel est bien compris : tous les droits cédés doivent être visés par le contrat.

Après la détermination des droits, il faut préciser l'étendue de la cession.

2) l'étendue

79. Outre l'énumération exhaustive des droits cédés par l'auteur à son cocontractant, le contrat doit préciser l'étendue de chacun des droits cédés. Il s'agit ici, en quelque sorte, de permettre à l'auteur de se rendre compte de ce qui va advenir de son œuvre une fois ses droits cédés. Le contrat doit prévoir ce que le cessionnaire peut faire de l'œuvre. Il pourra exploiter les droits de toutes les façons que le contrat le prévoit, mais en aucun cas en dehors de ce qui est prévu.

Prenons un exemple pour que les choses soient plus claires. Imaginons un auteur de roman qui conclut un contrat d'édition avec un éditeur. Si le contrat ne prévoit la cession des droits qu'aux fins de l'édition principale et de l'édition poche, le cessionnaire ne pourra pas se prévaloir du contrat pour éditer le roman dans un format illustré ou de luxe. De même avec un auteur de pièce de théâtre qui serait sollicité par l'industrie du cinéma pour que son œuvre soit adaptée sur grand écran : si le contrat ne prévoit que la cession des droits aux fins d'une adaptation

¹⁹¹ Cf. *infra* n° 98.

cinématographique, le cessionnaire ne pourra pas adapter l'œuvre d'une autre manière, par exemple pour en faire une comédie musicale.

80. Ainsi, pour reprendre l'exemple du contrat d'édition type proposé par la SCAM¹⁹², voici comment cette exigence est remplie en pratique, toujours dans l'article 1^{er}, paragraphe C. Il s'agit de préciser l'étendue du droit de reproduction :

« - droit de reproduire l'œuvre sous d'autres présentations que l'édition principale et notamment en édition club, format de poche, illustrée, de luxe ou dans d'autres collections.

- droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre sur support graphique et notamment par voie de presse (y compris en pré ou post-production), de micro-reproduction, ou de reprographie aux fins de vente ».

Le cessionnaire des droits doit donc faire inscrire dans le contrat tous les modes selon lesquels il entend exploiter l'œuvre. A défaut, il s'expose à deux risques : celui de voir la clause annulée pour manque de précision au regard de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} ou, pire, si l'utilisation des droits dépasse ce qui était prévu par ladite clause, d'être condamné sur le terrain de la contrefaçon¹⁹³.

81. Précisons tout de suite, même si nous aurons largement l'occasion d'y revenir, que la pratique est nécessairement moins précise, moins exhaustive que ce que semble prescrire le Code de la propriété intellectuelle¹⁹⁴. Ainsi, nous avons dit qu'a priori l'adverbe « *notamment* » n'avait pas sa place dans un contrat de cession des droits d'auteur. Or, nous le retrouvons dans les clauses que nous présentons : et pour cause, il est extrêmement difficile pour le cessionnaire des droits de tout prévoir, de tout imaginer. Il tente donc, par ce biais, de mettre son contrat à l'abri des évolutions, des modes d'exploitation de l'œuvre oubliés ou inconnus. Mais il n'est pas certain que les juges perçoivent cette pratique d'un très bon œil.

¹⁹² Cf. annexe n° 1.

¹⁹³ Sur les risques encourus par le professionnel, cf. *infra* n° 226 et suivants.

¹⁹⁴ Cf. *infra* n° 231 et suivants.

82. La jurisprudence, effectivement, veille au grain. Elle sanctionne en général les clauses qui ne sont pas assez précises quant à l'étendue du droit cédé¹⁹⁵. Elle est, ici aussi, relativement exigeante avec les rédacteurs de clauses. Et lorsque la clause est valable, lorsqu'elle est bien rédigée, lorsqu'elle est assez précise quant à l'étendue du droit cédé, les juges vérifient alors que la pratique est conforme à l'esprit du contrat signé entre l'auteur et son cocontractant. En d'autres termes, les juges sont attentifs à ce que le cessionnaire des droits ne les outre passe pas. Ils vérifient que ce dernier n'utilise pas ses droits à des fins autres qu'à celles qui ont été autorisées. Citons un exemple de jurisprudence : un photographe cède ses droits sur une de ses œuvres pour qu'elle soit reproduite sur une pochette de disque. Le contrat ne contient aucune autre autorisation. Le cessionnaire ne peut que reproduire la photographie sur des pochettes de disques. Or, il s'autorise à reproduire la photographie sur des jaquettes de cassettes. La cassette n'étant pas un disque, la reproduction sur jaquette de cassette sort de l'étendue de la cession prévue au contrat. Les juges saisis de l'affaire ont, en appliquant la logique de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, décidé que le cessionnaire des droits devait être condamné pour contrefaçon¹⁹⁶.

Après la détermination de l'étendue des droits cédés, vient le tour de la destination.

3) la destination

83. La question de la destination apparaît relativement proche de celle de l'étendue. La différence entre les deux notions n'est ainsi pas toujours aisée à mettre en lumière. Alors qu'avec l'étendue se poserait la question des différentes sortes d'exploitation d'une œuvre qui vont être autorisées, c'est celle des utilisations qui vont pouvoir être faites d'un mode d'exploitation autorisé qui se poserait avec la destination. En d'autres termes, c'est la question de la finalité de l'exploitation qui serait ici en cause. Cela revient à demander à l'auteur comment il veut que le droit

¹⁹⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, *JCP G*, 2001, IV, 1485 : Pablo Picasso avait cédé ses droits pour la reproduction de dessins dans un ouvrage. Plusieurs années après, une nouvelle édition paraît dans une nouvelle langue. La succession Picasso conteste cette nouvelle exploitation de l'œuvre. Les juges prononcent la nullité de l'acte en retenant qu'il ne stipulait aucune clause quant à l'étendue des droits cédés.

¹⁹⁶ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, A, 28 mai 2003, *Com. Com. Elect.*, nov. 2003, n° 103, note C. Caron.

qu'il a cédé soit utilisé. Par exemple, s'il cède ses droits sur une œuvre musicale, l'exploitation qui en sera faite doit-elle être limitée à la reproduction sur disque, ou bien est-il possible de diffuser l'œuvre lors d'une manifestation publique¹⁹⁷ ?

84. En réalité, même si l'on aurait voulu justifier l'existence parallèle des deux notions, il faut avouer que nous avons bien du mal à saisir la différence. Etendue et destination, n'est-ce pas, au total, la même chose ? Dans les deux cas, c'est bien l'utilisation autorisée des droits cédés qui est en cause : jusqu'où l'auteur autorise-t-il le cessionnaire à aller ? Quelles limites pose-t-il à l'exploitation de son œuvre ? Dans les deux cas, cela revient à se poser la question des frontières de la cession. La distinction entre les deux notions nous apparaît donc superflue et n'est qu'un élément de complexité d'un processus contractuel qui n'en avait pas besoin.

85. Mais puisque la différence semble établie (du moins virtuellement) en pratique, précisons que le problème autour duquel se cristallisent les questions relatives à la destination réside dans l'utilisation publicitaire des œuvres. Ainsi, si le cessionnaire des droits souhaite utiliser l'œuvre dans un cadre publicitaire (pour vanter les mérites d'un autre objet que l'œuvre en elle-même : par exemple, chanson utilisée dans une publicité pour une chaîne de restauration), il faut que cette utilisation soit prévue au contrat. A défaut, le cessionnaire des droits pourrait être sanctionné pour avoir exploité l'œuvre d'une façon qui ne lui était pas permise.

86. La jurisprudence ne manque pas de matière à ce sujet. Prenons par exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 septembre 2002¹⁹⁸. Il s'agissait, dans cette espèce, d'un photographe qui avait cédé ses droits sur certaines de ses œuvres pour illustrer une encyclopédie. Or, le cessionnaire des droits a également utilisé les clichés dans une campagne publicitaire destinée à promouvoir une certaine édition de l'ouvrage. Le photographe n'a pas été très heureux de cette utilisation non prévue au contrat et a ainsi intenté une action en contrefaçon contre son cocontractant. Les juges lui donnent raison.

¹⁹⁷ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 958.

¹⁹⁸ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 11 septembre 2002, *Prop. Intell.*, avril 2003, p. 173, 2^{ème} espèce, note A. Lucas.

Autre exemple avec un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 12 juillet 2006¹⁹⁹. Il s'agissait ici à nouveau d'un photographe qui avait cédé ses droits sur certaines photographies pour illustrer un dépliant sur les Thermes de Vittel. En plus de cette exploitation, le cessionnaire des droits s'autorise à reproduire les clichés sur les bouteilles d'eau de la marque, alors qu'aucune utilisation publicitaire n'était prévue au contrat. Une nouvelle fois, la destination n'a pas été respectée. La Cour de cassation sanctionne le cessionnaire des droits.

Même idée dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 février 2005²⁰⁰. Une chanson est utilisée dans une campagne de publicité. Suite à un litige particulier entre l'éditeur et les coauteurs, l'affaire arrive devant les juges du droit qui estiment que « *la cession de ses droits par l'auteur est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* », avant de conclure que la formule de cession présente dans le contrat était trop générale et donc « *inopérante à inclure par elle-même l'exploitation publicitaire en plus des finalités artistiques usuelles* ».

L'exploitation publicitaire, comme tout mode d'exploitation, doit ainsi être prévue au contrat. A défaut, les juges sanctionnent le plus souvent le cessionnaire des droits pour avoir exploité l'œuvre d'une façon qui ne lui était pas permise. Et même lorsque cette exploitation publicitaire est prévue au contrat, le cessionnaire des droits n'est pas à l'abri d'un litige : en effet, l'auteur, qui n'est pas complètement démuné, dispose encore des moyens de se plaindre d'une telle exploitation à travers son droit moral. L'auteur conserve ainsi un droit de regard sur l'exploitation qui est faite de son œuvre, même si elle est conforme aux modalités d'utilisation prévues contractuellement. C'est ce que rappelle avec force la jurisprudence dite « Barbelivien » ou encore « On va fluncher ! ». Dans cette affaire, l'auteur compositeur d'une chanson avait cédé ses droits et, notamment, autorisé d'éventuelles modifications. Pour autant, l'utilisation qu'a faite le cessionnaire des droits de son œuvre (transformation en slogan publicitaire) ne lui a pas plu. La Cour de cassation est saisie de l'affaire et estime que « *l'inaliénabilité du droit au respect s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait,*

¹⁹⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, *op. cit.*

²⁰⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 15 février 2005, *Com. Comm. Elect.*, 2005, com. n° 61, note C. Caron.

adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder »²⁰¹. Les choses sont claires : l'auteur conserve, à travers son droit moral, un droit de regard sur l'utilisation qui est faite de son œuvre, notamment en cas d'utilisation publicitaire.

87. A ce propos, une interrogation s'impose à nous : ne s'agit-il pas là d'un élément de « surprotection » de l'auteur ? Expliquons-nous. Le droit moral apparaît en effet comme une arme redoutable au service de l'auteur. Il s'agit d'un droit qui, en vertu de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, est, notamment, inaliénable²⁰². Ce qui signifie qu'il ne saurait être cédé. Si l'auteur s'est dépouillé de tous ses droits patrimoniaux, il ne saurait se séparer de son droit moral. Si l'auteur ne peut plus contester une sorte d'exploitation de son œuvre par son cocontractant dès lors qu'il lui a cédé les droits afférents, il n'est pas démuné pour autant : il pourra utiliser son droit moral pour tenter de montrer que l'exploitation réalisée ne lui convient pas et qu'elle lui porte un préjudice certain. Le droit moral intervient alors comme un correcteur de cessions de droits peu satisfaisantes²⁰³. C'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire « On va fluncher ! » : le droit moral a permis de faire tomber un contrat alors même que les prescriptions législatives avaient été respectées et que le cessionnaire agissait dans le cadre contractuel. Dès lors, nous reposons la question : n'y a-t-il pas surprotection de l'auteur²⁰⁴, dès lors que le respect du formalisme et l'utilisation des droits dans le cadre de ce qui est contractuellement prévu ne suffisent pas à mettre le cocontractant de l'auteur à l'abri d'un litige ? Il peut sembler en effet quelque peu exagéré de cumuler les prérogatives au profit de l'auteur. On impose déjà de détailler dans le contrat toutes les exploitations autorisées, mais cela ne suffit pas à garantir la sécurité : si l'exploitation autorisée ne convient finalement pas à l'auteur, il peut toujours se servir de son droit moral pour la faire tomber²⁰⁵. Cela commence sans doute à faire beaucoup.

²⁰¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003 : *JCP G*, 2003, IV, 1494 ; *Dalloz*, 2003, AJ, p. 559, note J. Daleau ; *Prop. Intell.*, 2003, n° 7, p. 165, obs. P. Sirinelli ; *RIDA*, 2003, n° 196, p. 415, obs. A. Kéréver.

²⁰² L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose également que le droit moral est perpétuel et imprescriptible.

²⁰³ P. Allaëys, O. Bustin et J.-H. de Mitry, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Legipresse*, oct. 2003, II, 117, p. 119.

²⁰⁴ Cf. les propos de P.-Y. Gautier, rapportés dans l'article de P. Allaëys, O. Bustin et J.-H. de Mitry, *op. cit.*, qui parle d'un « élément de surprotection de l'auteur ».

²⁰⁵ A condition bien sûr de prouver une atteinte à ses droits moraux : ce sera souvent le droit au respect qui sera invoqué.

L'étendue et la destination des droits cédés étant précisés, il faut maintenant s'intéresser à la durée de la cession.

4) la durée

88. En plus de préciser l'étendue et la destination des droits cédés, éléments qui peuvent être assez compliqués à délimiter, le rédacteur du contrat de cession des droits d'auteur devra également prévoir une clause dans laquelle sera déterminée la durée de la cession envisagée²⁰⁶. Il s'agit ici de savoir si le cessionnaire des droits peut exploiter l'œuvre pendant quelques mois seulement ou pendant plusieurs années. Cette question est particulièrement importante, puisqu'elle détermine pendant combien de temps les droits sortent du patrimoine de l'auteur pour intégrer celui de son cocontractant. En effet, la cession de droits d'auteur est une cession particulière, notamment en ce que l'auteur doit recouvrer la pleine propriété de ses droits à l'issue du contrat. Par exemple, si la clause relative à la durée prévoit que la cession sera effective pendant quarante ans à compter de la date du contrat, au bout de cette durée, l'auteur verra ses droits patrimoniaux réintégrer son patrimoine pour le restant de sa vie. Et si l'auteur décède vingt ans après la signature du contrat, ses héritiers récupéreront les droits à l'issue du contrat (soit vingt ans après le décès) et pourront les exploiter pendant une durée de cinquante ans²⁰⁷.

Les rédacteurs des contrats de cession de droits d'auteur doivent donc prévoir la durée pendant laquelle la cession est envisagée. De manière générale, la jurisprudence est sévère à l'encontre des rédacteurs de clause un peu légers quant à la précision de la durée de la cession. Par exemple, la mention « sans limitation de durée » a été censurée par les juges qui considèrent qu'elle est « dénuée de portée en raison de l'imprécision et de la généralité de ses termes »²⁰⁸. Si la jurisprudence sanctionne aisément l'absence de précision quant à la durée de la cession, il est évident qu'elle condamne encore plus facilement l'absence complète de référence à une quelconque durée²⁰⁹, refusant

²⁰⁶ Sur la question, cf. G. Vercken, « Les clauses de cession de droits – Durée », *Prop. Intell.*, n° 41, octobre 2011.

²⁰⁷ Les droits patrimoniaux étant protégés, en vertu de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle, toute la durée de la vie de l'auteur et soixante-dix ans après son décès. Dans notre exemple, les vingt premières années après le décès sont couvertes par le contrat. Les héritiers ne disposeront plus que de cinquante ans.

²⁰⁸ Cour d'appel de Paris, 4 mars 2005, *RTD Com.* 2005, p. 495, note F. Pollaud-Dulian.

²⁰⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, *JCP G*, 2001, IV,1485 : « la Cour d'appel a exactement prononcé la nullité de l'acte qualifié de cession de droits d'auteur (...) en retenant qu'il ne stipulait aucune clause quant à la durée (...) des droits cédés ».

l'argumentation de certains cessionnaires des droits qui avancent que si aucune précision n'a été faite, c'est bien évidemment parce que la cession a été prévue pour toute la durée légale de protection des droits patrimoniaux²¹⁰.

89. Ainsi, ici l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle impose que le contrat prévoie le nombre d'années pendant lesquelles l'exploitation est autorisée. L'objectif est que l'auteur ne se dépouille pas *ad vitam eternam* de ses droits. Il doit pouvoir les retrouver à l'issue du contrat. Pour autant en pratique, et même si cela ne devrait pas être théoriquement valable et que les juges sanctionnent souvent ce procédé lorsqu'ils sont saisis de la question, il est extrêmement fréquent de trouver des clauses qui prévoient que la cession durera aussi longtemps que la propriété littéraire et artistique. Si nous prenons à nouveau le contrat d'édition type de la SCAM, on trouve la clause suivante (article 1^{er}, paragraphe 1)²¹¹ :

« La présente cession, qui engage tant l'auteur que ses ayants-droit, est consentie pour la durée de la propriété littéraire telle qu'elle résulte des lois tant française qu'étrangères et des conventions internationales, actuelles et futures ».

Que penser d'une telle clause ? On considère parfois qu'elle ne saurait être recevable, faute de précision suffisante. A l'inverse, on peut également estimer qu'un terme précis est posé : en effet, il peut être soutenu que la clause respecte les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'elle délimite une certaine période (la durée de la propriété littéraire et artistique). Le risque est alors que se produise ce qu'on voulait précisément éviter : que l'auteur soit définitivement privé de ses droits, puisque ceux-ci ne regagneraient jamais son patrimoine. Il ne serait donc pas protégé de manière efficace. Mais le serait-il mieux avec une clause qui prévoirait une cession pour une durée de 100 ans et dont il est évident qu'on ne pourrait pas remettre en cause la précision ? Rien n'est moins certain, nous y reviendrons²¹².

²¹⁰ Cour d'appel de Paris, 28 novembre 1984, *Dalloz*, 1985, IR 316, obs. C. Colombet : « il ne saurait être valablement soutenu, en l'absence de toute précision contractuelle sur la durée, que la cession aurait été à l'évidence consentie pour la durée de la protection ».

²¹¹ Cf. annexe n° 1.

²¹² Cf. *infra* n° 95.

Etendue, destination, durée. Ne reste plus qu'à se poser la question du lieu de l'exploitation des droits cédés.

5) le lieu

90. Dernière mention requise par l'alinéa premier de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, celle du lieu. Il faut ici préciser le cadre spatial, poser des frontières géographiques à l'exploitation de l'œuvre. Sera-t-elle exploitée simplement en France, dans toute l'Union Européenne, ou encore dans le monde entier ? C'est ce paramètre qu'il s'agit de définir.

L'absence de clause délimitant le lieu dans lequel les droits cédés pourront être exploités ne signifie pas qu'ils pourront l'être dans le monde entier. Il faut qu'une clause précise quels sont les territoires concernés par l'autorisation d'exploitation. Cette précision doit être apportée, comme pour toutes les mentions étudiées précédemment, avec une certaine exactitude. En effet, la mention « *tous territoires* », « *pour le monde entier* » ou encore « *pour l'univers entier* » ne devrait pas être validée. Elle est beaucoup trop générale, beaucoup trop imprécise. Elle ne remplit pas, a priori, les exigences de l'article L. 131-3. Et pourtant, en pratique, ces clauses très générales semblent être entérinées. Notons d'ailleurs que nous manquons sur ce point de jurisprudence sanctionnant les clauses de lieu trop imprécises. La pratique apparaît ainsi *contra legem* sur la détermination du lieu²¹³. La plupart des contrats de cession intègrent bien une clause relative au cadre spatial, mais cette dernière est fréquemment rédigée de manière très générale. Ainsi, les clauses du type « tous territoires », « pour le monde entier », voire même « pour l'univers entier » sont monnaie courante et ne posent pas de problèmes particuliers aux juges²¹⁴.

91. Si elle nous paraît imprécise, la clause visant la cession pour « le monde entier » trouve pourtant justification aux yeux de certains qui estiment, de la même manière que pour la clause de durée et la référence à la durée de la propriété littéraire, qu'un territoire précis est fixé (tous les pays du monde). Si l'argument est soutenable,

²¹³ Cf. par ex. : C. Caron, *op. cit.*, n° 406.

le risque est ici le même que précédemment : celui du dépouillement complet de l'auteur. Face à ce constat, l'on peut être tenté de considérer qu'une telle clause n'a pas lieu d'être : premièrement parce que les hypothèses dans lesquelles l'œuvre sera réellement exploitée dans le monde entier sont extrêmement rares, ces clauses servant surtout à protéger le cessionnaire en cas d'exploitation plus large que prévue (fonction du succès de l'œuvre)²¹⁵ ; deuxièmement parce qu'elle ne respecte pas la philosophie du Code de la propriété intellectuelle dont les dispositions ont été rédigées dans le sens d'une définition bien plus précise des pays concernés par l'exploitation. En effet, cela n'aurait aucun sens de vouloir empêcher que l'auteur se démunisse complètement de ses droits et d'autoriser, dans le même temps, la rédaction de clauses aussi générales.

92. Le contrat d'édition type de la SCAM opte pour une solution que l'on pourrait qualifier de « liste négative »²¹⁶. L'article 1^{er}, paragraphe B est rédigé de la sorte :

« La présente cession prendra effet en tous lieux, à l'exclusion des pays et territoires mentionnés ci-après : ... ».

93. Précisons, pour compléter l'étude, que cette détermination du lieu d'exploitation est de en pratique assez compliquée à réaliser à l'heure de l'Internet. En effet, la mise en ligne d'une œuvre pour un pays donné n'empêche pas qu'un internaute situé dans un tout autre pays puisse tout de même y accéder. La délimitation dans le contrat des territoires concernés par l'exploitation n'est alors qu'illusoire...²¹⁷

²¹⁴ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 11 mai 2005 : dans cet arrêt par exemple, la cession a été invalidée parce que l'étendue et la destination n'avaient pas été suffisamment précisées. Mais les juges, qui ont pourtant relevé la mention « tous territoires », n'ont rien vu à y redire.

²¹⁵ On retrouve ici la fonction d'acte de prévision du contrat d'auteur : il est destiné à s'appliquer pendant de nombreuses années (si l'on compte, la durée de la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort, l'on peut facilement arriver à dépasser le siècle). Il s'agit donc pour le cessionnaire de se protéger, de prévoir, d'anticiper.

²¹⁶ Il est ainsi possible de trouver des clauses qui entendent être respectueuses des exigences du législateur, et qui, pour se mettre en conformité avec le texte, excluent de la liste certains pays « fantaisistes » pour reprendre l'expression de M. Caron. A ce sujet, voir C. Caron, *op. cit.*, n° 406. Pour le contrat, cf. annexe n° 1.

²¹⁷ Sur le sujet, voir par exemple : G. Vercken et M. Vivant, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvre protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *Cah. Dr. Entr.*, 2000, n° 2, p. 18.

Maintenant que nous avons présenté les mentions qui doivent figurer dans un contrat d'auteur relativement à la détermination des droits cédés, posons-nous la question de leur utilité.

B/ L'inutilité des mentions

94. Nous allons montrer en quoi le recours à ces mentions peut paraître assez largement inutile (1), avant de voir qu'elles conduisent en outre à un effet pervers important (2). Une fois ce constat dressé, nous proposerons une solution alternative (3).

1) le « contournement de la mention »

95. Il convient de mettre en évidence ici un phénomène que l'on pourrait qualifier de « contournement de la mention » : la mention existe bel et bien et respecte formellement les exigences du Code de la propriété intellectuelle, mais l'objectif que ce dernier poursuit est contourné et donc non atteint. Prenons quelques exemples pour illustrer notre propos.

En matière de détermination de la durée, y a-t-il une différence entre la clause qui prévoit une cession des droits pour un siècle et celle qui prévoit une cession pour toute la durée de la propriété intellectuelle ? La première respecte formellement les exigences légales, la seconde un peu moins (même si nous avons dit que certains la considéraient comme justifiable). Mais en pratique, ces clauses produisent le même effet : l'auteur ne retrouvera jamais la propriété de ses droits. Pire, ces clauses sont-elle vraiment préférable à l'absence totale de clause dont on déduirait qu'elle signifie une cession pour toute la durée légale ? Sans doute pas, dans la mesure où c'est toujours le même effet qui est produit.

Ainsi, l'exigence légale de détermination d'une durée pour éviter que l'auteur ne cède ses droits *ad vitam eternam* est détournée : la clause qui fixe une durée d'un siècle respecte formellement ses exigences mais ses effets sont les mêmes que ceux de la clause « durée légale » et même que ceux résultant d'une absence totale de clause.

En matière de détermination du lieu, le même constat doit être dressé. Le texte impose qu'une clause précise le territoire géographique qui sera concerné par l'exploitation. La solution est toute trouvée pour respecter formellement les prescriptions légales mais éviter fondamentalement sa lettre : dresser une liste exhaustive de tous les pays du monde. A nouveau, il y a « contournement de la mention ». Alors faut-il préférer une clause « pour le monde entier » ou une clause qui liste tous les pays du globe ? Quelle est la différence entre les deux ? En pratique, il n'y en a aucune. Elles parviennent au même résultat. La clause qui dresse une longue liste de pays, et qui respecte ainsi les indications de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle en ce qu'elle délimite précisément un territoire, produit exactement le même effet que la clause plus générale, pourtant censée être sanctionnée par ledit article.

Pire encore, ces clauses aboutissent au même résultat que si aucune clause ne délimitait les frontières de la cession et qu'on présumait alors que l'auteur avait entendu autoriser les exploitations dans n'importe quel pays du globe. Il est dès lors inutile de chercher la meilleure clause (ou la moins mauvaise) puisque l'absence complète de référence au lieu produit finalement le même effet.

Concernant la délimitation des droits cédés, il faut une fois encore faire le même bilan. Quelle différence entre une clause qui tenterait de lister toutes les formes de reproduction graphique, par exemple, et celle qui énonce simplement que tous les droits de reproduction graphique sont cédés ? Aucune.

96. On l'a bien compris : il faut ainsi convenir que l'on peut douter de l'utilité de la mention. On voit bien à travers tous ces exemples qu'il est tout à fait possible de respecter les dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui imposent la rédaction de mentions précises, tout en contournant l'objectif fixé par cette même mention. Ce qui a pour conséquence que l'objectif de protection et d'information de l'auteur n'est pas réalisé. En outre, le phénomène de contournement produit un effet pervers important : l'extrême précision des clauses conduit à la lourdeur des contrats d'auteur.

2) l'effet pervers : la longueur des contrats

97. On a vu que le contrat, pour être valable, devait contenir certaines mentions : étendue, destination, lieu, durée²¹⁸. Ces mentions doivent, au surplus, être reprises pour chacune des prérogatives cédées par l'auteur. On imagine déjà aisément que le nombre de mentions peut rapidement grimper. Et le volume du contrat avec, sachant que pour se conformer le plus possible à l'interprétation que font les juges de l'exigence légale, il faut rédiger ces mentions avec beaucoup d'attention, de minutie²¹⁹. Le phénomène de « contournement de la mention » exacerbe le problème : les clauses qui se veulent respectueuses du Code de la propriété intellectuelle tout en essayant de dépouiller l'auteur au maximum sont extrêmement longues.

98. Pour rendre le propos plus concret, il nous semble intéressant de reproduire ici la clause relative aux droits cédés qui figure dans le contrat type d'édition d'une œuvre de littérature générale proposé par la SCAM²²⁰. Elle est formulée comme suit :

« C – Quant aux droits cédés :

L'auteur cède à l'éditeur, à titre exclusif, pour la durée et le territoire prévus au présent contrat, le droit de reproduire, publier et vendre l'ouvrage X en édition courante, ce qui constitue l'exploitation principale.

L'auteur cède à titre exclusif à l'éditeur le droit d'imprimer, de reproduire, de publier et de vendre dans une édition courante, et d'exploiter, dans les limites définies à l'article I du présent contrat, l'ouvrage de sa composition qui a pour titre :

« »

Toute prérogative d'ordre patrimonial non expressément cédée à l'éditeur dans les conditions et formes prévues à l'article I est réputée demeurer la propriété de l'auteur.

L'auteur garantit l'éditeur contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques.

De son côté, l'éditeur s'engage à assurer à ses frais la publication en librairie de cet ouvrage, et à lui procurer par une diffusion dans le public et auprès des tiers susceptibles d'être intéressés, les conditions favorables à son exploitation, dans la limite des droits qui lui sont cédés par le présent contrat.

²¹⁸ Cf. *supra* n° 74.

²¹⁹ Voir par exemple P.-Y. Gautier, « Contre Bentham ; l'inutile et le droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 825, n° 51, qui parle de « luxe apporté à la rédaction des clauses ».

²²⁰ Cf. annexe n° 1.

Il lui cède également, pour ces mêmes durée et territoire, les droits d'exploitation dérivée ci-après énumérés :

a – Droit de reproduction et d'adaptation graphique

- *droit de reproduire l'œuvre sous d'autres présentations que l'édition principale et notamment en édition club, format de poche, illustrée, de luxe ou dans d'autres collections ;*
- *droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre sur support graphique et notamment par voie de presse (y compris en pré ou post-publication), de micro-reproduction, ou de reprographie aux fins de vente (visé à l'article L 122-10 alinéa 3 du Code de la Propriété Intellectuelle) ;*
- *droit d'adapter tout ou partie de l'œuvre pour tous publics et sous toutes formes modifiées, abrégées ou étendues, et notamment édition condensée ou destinée à un public particulier, roman photo, bande dessinée, pré ou post-publication, et de reproduire ces adaptations sur support graphique.*

b – Droit de traduction

- *droit de traduire en toutes langues, à l'exception de, tout ou partie de l'œuvre et de ses adaptations et de reproduire ces traductions sur tout support graphique, actuel ou futur*

c – Droit de reproduction, d'adaptation et de traduction sur support autre que graphique :

- *droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre et de ses adaptations et traductions visées ci-dessus, sur tout support d'enregistrement phonographique, magnétique, optique, numérique, à l'exception d'une intégration dans un programme interactif, qui est traitée à la rubrique : e) Droit d'exploitation multimédia" ;*
- *droit d'adapter et de traduire, dans les langues visées au paragraphe b) ci-dessus, tout ou partie de l'œuvre en vue de son exploitation sonore, visuelle, radiophonique à l'exception toutefois des adaptations audiovisuelles, et de reproduire ces adaptations sur un support d'enregistrement phonographique, magnétique, optique, numérique, à l'exception d'une intégration dans un programme interactif, qui est traitée à la rubrique : "e) Droit d'exploitation multimédia".*

d – Droit de représentation et de communication

- *droit de représenter tout ou partie de l'œuvre et de ses adaptations et traductions, à l'exception des adaptations audiovisuelles, par tout procédé de communication au public, notamment par récitation publique, représentation dramatique, exécution lyrique, transmission radiophonique ou télévisuelle, diffusion par Internet.*

e – Droit d'exploitation multimédia

- *droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre dans un support multimédia et d'apporter à l'œuvre, sous réserve de l'accord de l'auteur, les adaptations nécessaires à son intégration dans une œuvre multimédia.
Cette cession est subordonnée à l'accomplissement des formalités déclaratives et au paiement par l'organisme responsable des actes d'exploitation auprès de SESAM, des redevances en vigueur au jour de la signature de l'acte validant ces formalités.*

Lorsque l'auteur doit lui-même procéder à des adaptations de l'œuvre en vue de son adaptation sous forme multimédia, un avenant au présent contrat fixe les conditions de cette adaptation.

Ce droit ne comprend pas celui d'adapter l'œuvre sous forme audio-visuelle, c'est-à-dire de séquences animées d'images sonorisées ou non.

L'éditeur est habilité à exploiter les droits dérivés ci-dessus énumérés, soit directement, soit par voie de cession à des tiers. Il devra informer régulièrement l'auteur, dans les trois mois, de toute cession consentie à un tiers.

Il est rappelé que tous les droits non énumérés ci-dessus demeurent la propriété de l'auteur. Si l'auteur souhaite céder lesdits droits, ou certains d'entre eux à l'éditeur (ou à des tiers), cette cession ne pourra avoir lieu que par acte distinct pour chacune de ces autres exploitations.

Notamment le droit d'exploitation audiovisuelle fera l'objet d'un contrat séparé conformément aux dispositions de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle. »

Pour s'assurer que le phénomène n'est pas limité à l'édition littéraire, reproduisons ici la même clause relative à la cession des droits, présente dans un contrat de production audiovisuelle cette fois²²¹. Il s'agit de l'article 2 du contrat :

« L'auteur cède irrévocablement au Producteur (...) les droits d'exploitation ci-après définis :

I – Exploitations primaires

Les droits d'exploitation primaires cédés au Producteur comprennent :

A. Le droit de reproduction

Le droit de reproduction comporte :

- 1. Le droit de faire réaliser, distribuer, diffuser le Film en version originale de langue française et/ou étrangère, de la sous-titrer et/ou de la doubler en toutes langues.*
- 2. Le droit d'enregistrer ou de faire enregistrer par tous procédés techniques connus ou inconnus à ce jour, sur tous supports, en tous formats, en utilisant tous rapports de cadrage, les images en noir et blanc ou en couleurs, les sons originaux et doublages (paroles, musique, bruits, etc.), les titres ou sous-titres du Film, ainsi que des photographies fixes représentant des scènes du Film.*
- 3. Le droit de numériser, moduler, compresser et décompresser, digitaliser ou reproduire le Film, éventuellement adapté sous forme d'une œuvre multimédia, par les procédés ci-dessus, ainsi que de la stocker, en vue de son transfert ou sa diffusion.*

²²¹ Contrat de production audiovisuelle conclu entre Olivier Nakache et la société Yume – Quad Films, relativement à la cession du scénario du film « Intouchables ». Cf. annexe n° 2.

4. *Le droit d'établir ou de faire établir en tel nombre qu'il plaira au Producteur ou à ses ayants droit, tous originaux, doubles ou copies, sur tous supports, notamment pellicule film, vidéo, numérique ou tout autre support connu ou inconnu à ce jour, en tous formats et par tous procédés connus ou inconnus à ce jour, à partir des enregistrements ci-dessus.*
5. *Le droit de mettre ou de faire mettre en circulation ces originaux, doubles ou copies, pour l'exploitation cinématographique du Film ainsi que pour les exploitations secondaires ci-après définies.*
6. *Le droit d'enregistrer et de synchroniser avec les images toutes les compositions musicales avec ou sans paroles, originales et/ou préexistantes.*
7. *Le droit d'établir ou de faire établir toutes bandes-annonces, teaser, promo real, etc... du Film et d'y intégrer tout commentaire ou slogan publicitaire.*

B. Le droit de représentation

Le droit de représentation comporte notamment :

1. *Le droit de représenter et/ou de faire représenter publiquement le Film dans le monde entier, en version originale, doublée ou sous-titrée, et ce dans toutes les salles d'exploitation cinématographique, payantes ou non-payantes, tant dans le secteur commercial que dans le secteur dit « non-commercial ».*
2. *Le droit d'exploiter le Film, en version originale doublée ou sous-titrée, par télédiffusion, c'est-à-dire par un éditeur de services de télévision dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons, en version originale, en version doublée ou en version sous-titrée, par voie hertzienne terrestre, en mode analogique ou numérique (chaines TNT, etc.), par satellite, par câble, par voie électronique notamment les chaines gratuites ou payantes (chaines à péage, pay per view), ou par tous autres moyens de diffusion, notamment par tous moyens de communications électroniques tels que les réseaux satellitaires, les réseaux fixes ou mobiles, les réseaux de fibre optique, le réseau ADSL, le réseau Internet, le réseau WIFI, les réseaux 3G ou 3.5G indépendamment des technologies ou normes de diffusion utilisées pour se connecter aux réseaux (notamment GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA), en vue de sa communication au public intégralement ou par extrait, en simultanée ou en différée, par l'intermédiaire d'un service de télévision de rattrapage (ou catch up TV) ou non, à titre gratuit ou contre paiement d'un abonnement forfaitaire ou d'un prix individualisé, tant aux fins de réception individuelle que collective, et pour visualisation sur tout terminal de réception, fixes ou mobiles (...).*
3. *Le droit d'exploiter le Film sous forme de vidéogrammes (vidéocassettes, vidéodisques, DVD, DVD-HD, Blu ray, DVD Rom, ou tous autres supports audiovisuels connus ou à venir) destinés à la vente ou à la location pour l'usage privé du public.*
4. *Le droit d'exploiter le Film en vidéo à la demande (VoD) c'est-à-dire de le mettre à la disposition du consommateur final, à sa demande et à l'heure de son choix, par tous réseaux de communications électroniques connus ou inconnus à ce jour, et notamment, sans que cette liste soit limitative les réseaux satellitaires, les réseaux fixes ou mobiles, les réseaux de fibre optique, le réseau ADSL, le réseau Internet, le réseau WIFI, les réseaux 3G ou 3.5G indépendamment des technologies ou normes de diffusion utilisées pour se connecter aux réseaux (notamment GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA), par voie hertzienne terrestre, par câble, par satellite, par tous procédés de diffusion, par tous moyens ou procédés, connus ou inconnus à ce jour, incluant notamment le « streaming » (diffusion linéaire) ou « downloading » (téléchargement) ainsi que le procédé technique défini sous le terme « Electronic Sell Through » ou « E.S.T. », sur des récepteurs de télévision, sur tout support fixe (télévision, ordinateur, etc.) ou portatif (téléphone, ordinateur portable, agenda électronique, assistants personnels électroniques, console de Jeu [PSP, etc.] et ce*

que le Film soit accessible au consommateur final à titre gratuit (free VOD, etc.) ou onéreux (SVOD, offres groupées de films, paiement à l'acte, etc.). »

99. Nous avons vu juste : l'article est long. Et cela dans quel but pour le cocontractant de l'auteur ? Se faire céder tous les droits, en tentant de se conformer aux exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle et à l'interprétation qu'en font les juges, tout en contournant son objectif. Si nous utilisons le verbe « tenter », cela n'est pas par hasard. Parce que, certes, l'article est long et à sa lecture l'on a l'impression que toutes les situations ont été envisagées et que, par conséquent, l'éditeur est à l'abri. Pour autant, l'utilisation récurrente du terme « notamment » est révélatrice des appréhensions du cessionnaire des droits : il tente de couvrir le maximum d'hypothèses et notamment les exploitations non envisagées²²². On sent bien la peur de l'imprévu, la peur du vide dont font preuve les exploitants. Cette crainte, s'il est possible de la comprendre, n'empêche pas le danger pour autant : les rédacteurs des contrats ont beau vouloir tout prévoir, tout écrire, il y aura toujours des situations qui ne pourront pas être prévues. Cette peur du vide, ce besoin de rédiger, d'écrire, le professionnel la partage avec le législateur, qui lui aussi tente de prévoir toutes les situations, de régir chaque hypothèse. Mais pour lui aussi cela est vain : il y a toujours des impondérables. Il a d'ailleurs été écrit que « le formalisme pêche parfois par défaut. Les prévisions du législateur ne sont pas infaillibles et une information utile pour le contractant peut avoir été omise par la loi »²²³. C'est d'autant plus regrettable que le reproche de cette omission est très simple à adresser au législateur, puisqu'il s'est lui-même donné la mission de tout prévoir.

Autre élément à souligner concernant ces clauses : l'utilisation de l'adverbe n'est pas censée être satisfaisante au regard des exigences du droit d'auteur. Cela doit nous suggérer une remarque. La clause que nous avons présentée paraît déjà excessivement longue. Et pourtant, elle n'est pas irréprochable. En cas de litige, si l'auteur se plaint en justice d'une exploitation non formellement visée dans le contrat, le cessionnaire n'est pas à l'abri de la sanction, alors même qu'il pensait cette

²²² Cf. *infra* n° 224.

²²³ A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597, n° 11.

exploitation couverte par un « notamment » ou un « par exemple ». Ainsi, on peut se demander si les prescriptions de l'article L. 131-3, à tout le moins tel qu'interprété par les juges, sont raisonnables : un cessionnaire des droits qui chercherait à contourner son objectif en dressant une liste complète de tous les droits existant n'est même pas certain d'être complètement protégé. C'est dire si en pratique le respect de l'article s'avère compliqué. Il semble presque qu'il soit mission impossible de rédiger un contrat parfaitement exhaustif au sens de l'article L. 131-3.

100. Quoi qu'il en soit, nous avons montré que le rédacteur de clauses qui veut se mettre en conformité avec les dispositions du Code de la propriété intellectuelle²²⁴, sans se soucier pour autant de l'esprit du texte et de l'objectif de protection de l'auteur, aura une tendance certaine à détailler avec une extrême minutie l'objet de la cession. Ce qui génère des clauses extrêmement longues, souvent parfaitement inutiles, et qui produisent exactement le même effet qu'une clause prévoyant une cession « tous droits compris », clause contre laquelle lutte pourtant notre droit d'auteur. A l'inutilité du dispositif, illustré par le phénomène du « contournement de la mention », s'ajoute donc un effet pervers important : la longueur des contrats de cession des droits d'auteur. Le bilan du recours au formalisme s'avère ici négatif. Il nous faut proposer une solution alternative : la rédaction de clauses synthétiques.

3) l'alternative : la rédaction de clauses synthétiques

101. Ainsi, l'objectif fixé par le Code de la propriété intellectuelle est en pratique largement contourné par les rédacteurs de contrats qui parviennent, en conséquence, à des documents longs, périlleux, mais souvent insuffisants en cas de litige. Telle est la réalité du droit contractuel de notre matière. Cela ne peut satisfaire. C'est pourquoi nous considérons que le droit d'auteur devrait accepter la rédaction de clauses synthétiques. Les clauses longues sont souvent inefficaces et ne permettent jamais d'atteindre le niveau de précision exigé par l'article L. 131-3. Pourquoi, alors, se priver de la rédaction de clauses plus simples et plus courtes ?

²²⁴ C. Caron, *op. cit.*, n° 403, qui estime que ces longues clauses « ont au moins la vertu de rassurer les contractants ».

102. Reprenons un exemple. Nous avons obtenu un contrat d'édition passé il y a quelques années entre un homme politique, auteur d'un livre à l'approche de l'élection présidentielle, et un éditeur bien connu²²⁵. Au-delà des circonstances, intéressons-nous à la clause relative à la cession des droits de reproduction graphique, qui est ainsi rédigée :

« Pour les droits de reproduction et d'adaptation graphique :

- le droit de publier l'œuvre sous toutes les formes d'édition, notamment les éditions de vulgarisation et les éditions club, et le droit de distribuer ou de faire distribuer toutes ces éditions sous toutes formes et par tous les moyens ;
- le droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre en prépublication ou en post publication et de l'adapter et reproduire en condensés dans les journaux, périodiques ou livres ;
- le droit de l'adapter et de la reproduire par dessins ou photographies ; le droit de l'adapter, notamment, en bandes-dessinées ;
- le droit de la reproduire par photocopies, microfiches, microfilms, et tous procédés électroniques (notamment disquettes). »

Nous proposons une rédaction plus simple et plus accessible, qui aboutirait exactement au même résultat :

« L'Auteur cède à l'Editeur tous les droits afférant à la reproduction et à l'adaptation graphique de son œuvre. »

La clause pourrait contenir quelques exemples, afin que l'auteur comprenne bien ce que l'expression « reproduction graphique » recouvre. Pour le reste, l'article 1164 du Code civil qui dispose que « lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés » doit permettre de se passer des énumérations fastidieuses.

²²⁵ Cf. annexe n° 3.

Quant à la forme, la différence entre les deux clauses est évidente : de plus d'une dizaine de lignes alambiquées, on passe à deux beaucoup plus claires. Quant au fond, les deux clauses sont parfaitement similaires. Pourquoi, dans ces conditions, se priver de la simplicité ?

103. Finalement, ce n'est pas une vraie remise en cause du dispositif de protection que nous envisageons ici, mais simplement un aménagement : « Il existe sûrement un juste milieu entre le trop succinct et l'exhaustif »²²⁶. C'est donc une méthode assez douce que nous préconisons. Faut-il, pour parvenir à sa mise en œuvre, passer par une réécriture de l'article L. 131-3 ? Nous ne le croyons pas. Le travail d'interprétation du juge doit suffire : interprétation du contrat, notamment avec l'article 1164 du Code civil, pour savoir ce qu'il est censé inclure ; interprétation de l'article L. 131-3 de manière beaucoup plus souple qu'aujourd'hui, parce que le texte, s'il impose une certaine précision, n'impose pas la rédaction de clauses parfaitement exhaustives, pas plus qu'il n'interdit le recours à l'adverbe.

Ainsi, nous avons pu remettre en cause l'utilité des mentions, qui peuvent facilement être contournées. Ce constat négatif n'apparaît pas isolé, puisque qu'à l'inutilité du formalisme s'ajoute son inefficacité.

§2 – La question de l'efficacité : des mentions incompréhensibles

104. En plus d'être inutiles, les mentions sont aussi inefficaces parce qu'elles ne permettent pas de remplir l'objectif qui leur été assigné : celui de l'information de la partie faible. Constatons cette inefficacité (A), avant de proposer une solution alternative (B).

A/ Le constat de l'inefficacité

105. Les mentions nécessaires à la validité d'un contrat, que ce soit en droit d'auteur ou dans d'autres matières (droit de la consommation ou cautionnement par

²²⁶ P. Allaeyts, O. Bustin et J.-H. de Mitry, *op. cit.*

exemple), doivent être particulièrement précises. Parfois, les parties doivent indiquer certains éléments en suivant la philosophie de la loi : c'est le cas en droit d'auteur ; les contractants disposent alors d'une marge de manœuvre relative dans le choix des formules et des termes employés. D'autres fois, au contraire, les parties ne disposent d'aucun degré de liberté et doivent reproduire à la lettre les mentions indiquées par la loi : c'est le cas en matière de cautionnement. Pour comprendre l'ampleur du phénomène d'illisibilité du formalisme de la mention, il conviendra ainsi de dépasser les frontières du droit d'auteur. En effet, des enseignements très instructifs peuvent être tirés de l'étude d'autres matières.

Quel que soit le procédé imposé, la partie faible, que la mention est censée informer, s'y perd très souvent et ne comprend pas nécessairement mieux la portée de son engagement. Ce phénomène s'explique par plusieurs facteurs qui découlent les uns des autres. D'abord, parce que son contenu est imposé, le contrat est pré-rédigé, ce qui provoque un glissement vers les contrats d'adhésion (1). De ce fait, les termes choisis pour satisfaire l'exigence de mention sont souvent complexes (2). Conséquence logique, la partie à protéger est amenée à faire le tri et ne retient pas tout ce que le contrat stipule (3).

1) le glissement vers le contrat d'adhésion

106. Le constat n'est pas véritablement difficile à établir : à trop vouloir encadrer les choses, à trop vouloir imposer la rédaction de certaines mentions, on finit par ne plus laisser aucune marge de manœuvre aux contractants. Le contenu du contrat est dicté par les dispositions législatives. On impose à la partie forte de rédiger de telle manière le contrat qu'elle va soumettre à la partie faible. Les contrats sont ainsi pré-rédigés, ce qui n'est pas sans nous amener à faire le lien avec le contrat d'adhésion²²⁷. Si le constat n'est pas difficile à établir, il n'en est pour autant pas moins surprenant : c'est le législateur lui-même qui favorise l'expansion du contrat d'adhésion. M. Aynès écrit ainsi très justement que l'on assiste à une « promotion paradoxale du contrat d'adhésion à usage de protection »²²⁸. L'emploi du terme « paradoxale » est particulièrement bien choisi puisque, en effet, le contrat

²²⁷ Selon la définition du Vocabulaire Juridique Cornu : « dénomination doctrinale générique englobant tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties consiste à se décider, à saisir une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie ».

d'adhésion n'est en principe pas une très bonne chose pour la partie faible. Le contrat d'adhésion est un contrat qui, par définition, n'est pas négocié. Le simple consentement de la partie faible suffit à le rendre applicable. Mais cette dernière n'a aucune marge de manœuvre sur le contenu du contrat. Elle n'a d'autre choix que de l'accepter dans son intégralité ou de le refuser. Elle ne peut pas le modeler. Si elle veut réaliser l'opération que projette le contrat, elle est obligée de donner son consentement pour l'ensemble, même si certains aspects de la relation ne lui plaisent pas. L'ensemble des stipulations est imposé par son cocontractant, partie forte. Or, avec le formalisme de la mention, ces stipulations contractuelles sont certes formulées par la partie forte, mais sous l'influence du législateur. C'est donc lui qui favorise le recours au contrat d'adhésion, dans le but, selon lui, de protéger la partie faible, alors que ce type de contrat est a priori contraire à ses intérêts. En outre, la partie forte n'a pas tellement plus le choix quant au contenu du contrat, puisque l'ensemble est dicté par le législateur²²⁹. C'est en cela que le dispositif est véritablement paradoxal.

107. Il l'est d'autant plus que, parfois, le législateur « va jusqu'à prévoir l'existence de lettres-modèles, qui sont en fait appelées à devenir le contrat »²³⁰. Il ne se contente plus d'indiquer les mentions obligatoires, il va jusqu'à rédiger des contrats-types. Il faut être d'accord avec l'affirmation selon laquelle « sous couvert d'information du consommateur, on renoue avec le système qu'une approche néolibérale se proposait précisément d'écarter : la réglementation du contenu du contrat par les pouvoirs publics et non par les parties »²³¹.

Lorsque ce n'est pas le législateur qui rédige le contrat-type, ce sont les professionnels qui le font²³². En effet, les stipulations contractuelles étant imposées, en amont, par le législateur, ils peuvent établir des modèles de contrat, réutilisables à chaque fois qu'une même opération est projetée. Cela ne pose aucune difficulté

²²⁸ L. Aynès, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, n° 8.

²²⁹ Il est d'ailleurs possible de se demander si, du coup, ce contrat est toujours un contrat d'adhésion. Dès lors que c'est la loi qui impose le contenu du contrat, la partie forte n'impose rien à la partie faible. En réalité, c'est la loi qui impose le contenu aux deux parties. Si adhésion il y a, c'est vis à vis de chaque partie.

²³⁰ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 262.

²³¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 262.

²³² Cf. *infra* n° 238 et suivants pour une étude approfondie du recours aux contrats-type.

particulière : le contenu du contrat est invariable, il n'existe donc aucune marge de négociation. Ce qui est assez gênant avec le recours aux contrats-types, en revanche, c'est que ces derniers sont souvent rédigés une fois pour toute. Ce qui signifie que les rédacteurs peuvent oublier de les mettre à jour. Lorsqu'une disposition législative ou une jurisprudence font évoluer certains points, il n'est pas rare que le contrat-type y soit parfaitement imperméable. Ce qui n'est pas sans conséquence puisque le contrat peut alors perdre sa validité²³³. Ce risque de perte de valeur que connaît le contrat-type disparaît en présence d'un « contrat unique », rédigé particulièrement pour une opération envisagée.

108. Enfin, le recours à ces contrats-types d'adhésion illustre une difficulté pratique importante : celle de la compréhension par la partie faible. Les dispositions sont en effet empilées les unes aux autres, dans un souci de respect des prescriptions législatives, mais sans souci de clarté. On se préoccupe davantage du respect de la loi que de la bonne compréhension de l'opération par la partie faible. Dans cette optique, la forme est éminemment plus importante que le fond. Ce qui, insistons une nouvelle fois, nous paraît fort regrettable, surtout dans un système juridique qui se veut influencé par une tradition consensualiste.

Ainsi, le formalisme informatif conduit à la rédaction de contrats d'adhésion. De ce fait, il ne faut pas se faire d'illusion : le contenu du contrat ne sera pas souvent accessible à la partie faible. Notamment, le choix des termes est souvent source de complexité.

2) les termes

109. Le problème des termes complexes se pose davantage pour la mention au contenu imposé par le législateur que pour celle dans laquelle les parties disposent d'une relative marge de manœuvre. En effet, dans ces dernières, si les parties sont obligées de faire référence à certains éléments, la loi n'impose pas de formules, ni de termes particuliers. Ainsi, lorsqu'elles rédigent les mentions, les parties ont le choix d'utiliser les termes qui leur semblent les plus appropriés. Rien ne les oblige donc à recourir à des termes sophistiqués, excessivement juridiques, qu'elles ne comprennent

²³³ Cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 449.

pas. Mais nous venons de le voir, le formalisme informatif favorise la conclusion de contrats d'adhésion : dans ces contrats, c'est la partie forte qui va se charger de la rédaction. Et il n'est pas certain qu'elle décide de faire de la compréhension de la mention par la partie faible son objectif principal. Ces mentions auront ainsi tendance à être rédigées de façon assez complexe, très juridique, à la manière de ce qu'un professionnel du droit pourrait faire²³⁴. Pas évident que la partie faible s'y retrouve.

Ainsi, il n'est pas certain que l'auteur sache exactement ce dont il s'agit quand il lit la clause suivante²³⁵ :

« droit d'adapter et de traduire, dans les langues visées au paragraphe b) ci-dessus, tout ou partie de l'œuvre en vue de son exploitation sonore, visuelle, radiophonique à l'exception toutefois des adaptations audiovisuelles, et de reproduire ces adaptations sur un support d'enregistrement phonographique, magnétique, optique, numérique, à l'exception d'une intégration dans un programme interactif (...) ».

Mais de manière générale, c'est dans les mentions au contenu strictement imposé par le législateur que ce problème de complexité des termes ou des formules se retrouve le plus fréquemment. En effet, les rédacteurs des lois ne sont que très rarement attentifs à la bonne compréhension des mentions par la partie qu'ils veulent pourtant protéger. On pourrait presque avoir le sentiment que, si la volonté du législateur est bien de protéger la partie faible en essayant de lui faire prendre conscience de la portée de ses engagements, il réalise que l'objectif est difficile à atteindre et que la solution proposée sert surtout à lui donner bonne conscience. Il est difficile en effet de penser que le législateur, en proposant certaines mentions, a réellement cru qu'il allait aider la partie faible à comprendre son engagement. Par exemple, prenons la mention imposée dans le cautionnement d'une personne physique au profit d'un professionnel²³⁶ :

« En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ...couvrant le paiement du principal, des intérêts le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard

²³⁴ Les contrats d'auteur, par exemple, sont d'ailleurs très fréquemment rédigés par des avocats.

²³⁵ Article 1^{er}, paragraphe C-c du contrat d'édition type proposé par la SCAM. Cf. annexe n° 1.

²³⁶ Cf. *infra* n° 144.

et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X...n'y satisfait pas lui-même ».

La formule n'est pas des plus compliquées, certes. Mais pourtant, si un juriste comprend tout de suite de quoi il s'agit, il n'est pas certain qu'un particulier non-juriste fasse bien la différence entre les intérêts et les intérêts de retard, entre les pénalités et les intérêts... Il est possible de répondre, face à ce constat, que le législateur ne peut pas tout et que, notamment, il ne peut rien faire si la caution ne comprend pas ces termes. Il n'a pas vocation à faire l'éducation juridique du justiciable. Certes, mais dans ce cas, autant le laisser prendre ses responsabilités. Pourquoi avoir prévu un système permettant d'informer la caution, si on ne va pas jusqu'au bout de la logique ? Il y a quand même un paradoxe à vouloir informer la partie faible avec des termes et des formules qui lui sont hors de portée²³⁷.

110. Outre la présence des mentions, le législateur va parfois jusqu'à imposer la reproduction d'un article de loi dans le contrat. C'est cette reproduction qui joue ici le rôle de mention. L'objectif est encore une fois d'informer la partie faible, de lui mettre sous les yeux le dispositif législatif, de lui montrer que le droit lui offre les moyens de se défendre. Deux interrogations viennent immédiatement à l'esprit. D'abord, à quoi est-ce que cela sert-il ? Si la loi a vocation à s'appliquer, elle s'appliquera quoiqu'il arrive²³⁸. On répondra que c'est simplement pour tenir la partie faible au courant de l'existence de la loi²³⁹. On arrive alors à la seconde interrogation : comment être certain que le texte de loi sera bien compris par la partie à protéger ? En effet, les textes ne sont généralement pas plus clairs que les mentions qu'ils imposent parfois. Ils le sont même sans doute encore moins. Prenons un exemple, dans le cadre du crédit à la consommation. L'article L. 311-18 du Code de la consommation impose que le contrat de crédit mentionne divers éléments, indiqués à l'article R. 311-5 du même code. Il s'agit notamment, d'après ce texte, de l'identité

²³⁷ Voir par exemple A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 597. Spécialement le n° 9 où l'auteur écrit que « l'information prodiguée, lorsqu'elle est très technique, spécialisée, reste souvent hors de portée du consommateur qui ne pourra que prendre acte de ce que le professionnel lui a, si l'on peut dire, fait passer le message ».

²³⁸ Voir par exemple P.-Y. Gautier, « Contre Bentham ; l'inutile et le droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 825, n° 51. L'auteur écrit que : « un type courant de clauses apparemment inutiles réside encore dans la reproduction des articles de lois : si la situation contractuelle est régie par un ensemble de lois impératives, à quoi bon les reproduire, puisqu'elles s'appliqueront de toute façon, que les parties le sachent ou le veuillent ou non ? ».

²³⁹ Loi que, pourtant, nul n'est censé ignorer...

des parties, du montant du crédit, etc. L'article, en son 7° b), impose également que le contrat reproduise les dispositions de l'article L. 311-52 du Code de la consommation qui traite de la question procédurale en cas de litige. Il fait notamment référence à la forclusion de l'action en justice. Le terme « forclusion » en lui-même ne sera déjà sans doute pas compris par la majorité des emprunteurs. Mais ce qui doit encore plus attirer notre attention, c'est la rédaction de l'alinéa 2 du texte :

« Lorsque les modalités de règlement des échéances impayées ont fait l'objet d'un réaménagement ou d'un rééchelonnement, le point de départ du délai de forclusion est le premier incident non régularisé intervenu après le premier aménagement ou rééchelonnement conclu entre les intéressés ou après adoption du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 331-6 ou après décision de la commission imposant les mesures prévues à l'article L. 331-7 ou la décision de la commission imposant les mesures prévues à l'article L. 331-7 ou la décision du juge de l'exécution homologuant les mesures prévues à l'article L. 331-7-1 ».

Cet article doit figurer dans le contrat de crédit à la consommation. Le consommateur y aura donc accès, pourra le lire. Le comprendra-t-il pour autant ? Rien n'est moins sûr²⁴⁰.

Les exemples de mentions et d'articles de loi aux termes et formules compliqués, hors de portée de la partie à protéger ne manquent pas et se retrouvent dans un grand nombre de matières. Il n'est pas possible de tout envisager ici, mais l'on a bien compris l'essentiel : les moyens mis par le législateur à la disposition de la partie faible pour mieux comprendre ses engagements lui sont en réalité difficiles d'accès. Vocabulaire trop complexe, trop juridique, formule trop longue... La partie faible se trouve déjà un peu perdue dans ce dispositif pourtant censé l'éclairer. Sa situation ne s'arrange pas quand on sait que ces mentions complexes sont multiples, ce qui rend les contrats souvent très longs²⁴¹. La multiplication des mentions obligatoires dans un grand nombre de contrats a en effet fait exploser le nombre de pages. On assiste en effet à un phénomène d'épaississement des contrats. Il n'est pas

²⁴⁰ Voir par exemple : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} édition, 2011, n° 540 : « il est douteux que [le consommateur] se trouve effectivement informé du seul fait que des mentions explicatives figurent dans l'acte qu'il a signé ou sur le produit qu'il a acheté ; les a-t-il mêmes lues ? ».

²⁴¹ Cf. *supra* n° 97.

rare aujourd'hui d'être en présence d'un contrat de plusieurs pages (parfois plusieurs dizaines), dans lesquelles l'information se perd. Les dispositions se superposent les unes aux autres, s'enchaînent, dans des conditions parfois douteuses²⁴². A ce sujet, on a pu utiliser l'expression de « formalisme paperassier »²⁴³, qui est très révélatrice du problème. En matière de crédit à la consommation par exemple, le Code de la consommation impose que la fiche d'informations à fournir pour chaque offre de crédit précise les éléments suivants : l'identité des parties ; le type de crédit ; le montant total du crédit et les conditions de mise à disposition des fonds ; la durée du contrat ; le montant, le nombre et la périodicité des échéances ; le montant total dû par l'emprunteur ; la détermination du bien ou du service financé par le crédit et son prix ; les éventuelles sûretés ; tous les frais liés à l'exécution du contrat de crédit ; les indemnités en cas de retard de paiement ; un avertissement relatif aux conséquences d'une éventuelle défaillance de l'emprunteur ; l'existence d'un droit de rétractation ; etc.²⁴⁴. Inutile d'insister sur le fait que ce document sera bien long lorsqu'il sera présenté au consommateur.

Les termes sont compliqués, tout comme le sont les formules reproduites de la loi. Les mentions s'allongent, se multiplient, parfois inutilement, parfois insuffisamment. La partie faible se perd de plus en plus. Une seule issue pour elle : sélectionner l'information.

3) la sélection

111. Face à la complexité et à la longueur de la plupart des contrats qui se présentent à elle, la partie faible se trouve très souvent désemparée. Toutes ces mentions, toutes ces formules, qui sont pourtant censées l'aider, ne font que la perdre. Elle se retrouve noyée sous un flot d'information, plus ou moins bien maîtrisé. La partie faible ne peut pas tout comprendre, tout analyser. Arthur Laffer avait énoncé en matière fiscale que « trop d'impôt tue l'impôt ». La formule s'adapte à merveille ici :

²⁴² Voir le phénomène des clauses collées les unes aux autres, sans aération, rédigées en petits caractères, dans une couleur peu prononcée, au verso du document. L'on voudrait décourager la lecture du document que l'on ne s'y prendrait pas autrement...

²⁴³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n° 262.

²⁴⁴ Cf. article R. 311-3 du Code de la consommation.

« trop d'information tue l'information »²⁴⁵. La partie faible ne s'y retrouve plus. Elle n'a alors d'autres choix que de sélectionner l'information, dans le meilleur des cas, ou bien, dans le pire, de n'y prêter aucune attention²⁴⁶. Il n'est pas rare, en effet, de voir des auteurs, des consommateurs ou encore des assurés signer les documents qui leur sont présentés sans avoir lu le moindre paragraphe, le moindre article du contrat. Ce dernier va pourtant les engager pour une durée plus ou moins longue et faire peser sur eux des obligations souvent lourdes. Le dispositif de protection mis en place par le législateur se révèle ainsi généralement inefficace²⁴⁷. Il n'est pas adapté au public auquel il est destiné. On peut même dire que l'excès de formalisme en la matière se révèle contre-productif. En effet, là où la partie faible pourrait se décider à lire quelques articles, quelques indications, afin de connaître mieux la portée de son engagement²⁴⁸, elle se retrouve désabusée face au monceau d'information qui se présente à elle et se résout à signer, à s'engager, sans lire le document. Adviene que pourra !

112. Prenons l'exemple du contrat de voyage. Il a fait l'objet d'une loi en date du 13 juillet 1992, accompagné d'un décret du 15 juin 1994²⁴⁹, avant d'être intégré dans le Code du tourisme. Le formalisme informatif y est poussé à son comble. Ainsi, l'article R. 211-4 impose que certains articles soient repris dans les offres, mais également dans les contrats de voyage. L'information doit donc se faire à deux niveaux. La protection du consommateur semble passer ici par la répétition. Il a ainsi pu être écrit que « notre législateur semble bien convaincu que c'est à force de répéter les choses que les parties dites faibles peuvent finir par comprendre ce qui les attend »²⁵⁰. En outre, l'information qui doit être donnée au consommateur est, en la matière, présentée de façon très complexe. Ainsi, avant la conclusion du contrat, un certain nombre d'éléments doivent être portés à la connaissance du touriste (13

²⁴⁵ Voir par exemple : A. Lepage, *op. cit.*, n° 10. L'auteur écrit que « l'inefficacité de l'information ainsi délivrée à foison n'est plus simplement à déplorer, elle est à imputer au droit lui-même, oublieux de cette évidence qu'abondance d'information nuit » ; cf. également *RDC*, juillet 2012, « Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'obligations à la charge du professionnel », spécialement p. 1037.

²⁴⁶ Voir par exemple : J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001, p. 319, qui écrit qu'« il se produit naturellement une sélection des informations surabondantes, quand ce n'est pas un rejet total ».

²⁴⁷ Voir par exemple : A. Lepage, *op. cit.*, n° 10 : « on y verra simplement un signe d'inefficacité du dispositif de protection du consommateur ».

²⁴⁸ Cf. *supra* n° 101 l'idée d'un recours à des clauses synthétiques.

²⁴⁹ Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation de la vente de voyages ou de séjours (abrogée par l'ordonnance n°2004-1391 du 20 décembre 2004) ; Décret n° 94-490 du 15 juin 1994 pris en application de l'article 31 de la loi pré-citée (abrogé par le décret n°2006-1229 du 6 octobre 2006).

²⁵⁰ A. Batteur, « La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages », *Dalloz*, 1996, *Chron.*, p. 82.

catégories), et ce par le biais d'un support écrit. Le contrat en lui-même doit, selon l'article R. 211-6, contenir la référence à de nouveaux éléments (21 catégories), mais dont la plupart ont déjà été donnés avant la conclusion du contrat (nouveau mécanisme de répétition). Ainsi, si le contrat doit contenir toutes ces références et en plus reproduire des articles de loi, il est certain qu'il sera extrêmement long à l'arrivée. Trop long même, ce qui engendrera à coup sûr l'inévitable phénomène de la sélection, voire de l'ignorance, par le consommateur que l'on veut protéger. Les interrogations classiques se posent en effet ici également : « [le touriste] prendra-t-il réellement le temps de (...) lire [le contrat] ? Sera-t-il également en mesure de comprendre toutes les subtilités d'un décret d'application d'une loi qui, elle, n'est pas communiquée et de comparer le contenu du contrat qu'il a conclu ou qu'il s'apprête à conclure avec les textes ? »²⁵¹. Evidemment, la plupart des touristes ne prennent pas la peine de lire l'épais contrat qui leur est remis. Il n'y a que s'ils rencontrent une difficulté dans le temps de l'exécution du contrat qu'ils se décident à étudier le document qu'ils ont signé. Mais alors, « le formalisme n'aura pas rempli son rôle de prévention »²⁵². C'est bien regrettable pour un outil qui se veut au service de la partie faible et de son information.

113. Le constat est le même en droit d'auteur. Face à toutes les informations qu'est censé contenir le contrat de cession des droits, l'auteur est souvent découragé et se contente de signer le document qui lui est présenté, sans chercher à le comprendre²⁵³. Au mieux s'attardera-t-il quelques instants sur le paragraphe traitant de sa rémunération²⁵⁴. Mais il ne faut pas s'attendre à ce qu'il prenne connaissance des clauses relatives à l'étendue de la cession ou encore aux modalités d'exercice des divers droits cédés. Conséquence : les auteurs n'ont, dans la plupart des cas, pas conscience de leurs droits, pas conscience des limites qui encadrent l'exploitation de leur œuvre. Ce qui explique l'absence impressionnante de contentieux en la matière, alors que les exploitations douteuses des contrats de cession ne sont pas rares²⁵⁵. En

²⁵¹ A. Batteur, *op. cit.*

²⁵² A. Batteur, *op. cit.*

²⁵³ L'auteur est, de surcroît, en position de faiblesse face à une maison d'édition (par exemple) et n'a souvent pas les moyens de négocier le contenu du contrat.

²⁵⁴ Sur la rémunération, cf. *infra* n° 169 et suivants.

²⁵⁵ Cf. sur ces questions P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 31, qui explique que les auteurs signent « le plus souvent des contrats-type auxquels ils ne comprennent rien » et qui note « le peu de contentieux sur des questions aussi essentielles que la nullité ou la résolution des contrats. Ce qui s'explique de la même façon par l'ignorance de leurs droits de la part des créateurs ». Cf. *supra* n° 113 (ignorance) et *infra* n° 233 (absence de procès).

effet, si la plupart des procès opposant les cessionnaires des droits aux auteurs sont remportés par ces derniers, rares sont ceux qui font appel à la justice pour défendre leurs intérêts. L'explication réside incontestablement dans l'ignorance de leurs droits par les auteurs. Ils n'ont souvent absolument pas conscience des armes redoutables que leur offre le Code de la propriété intellectuelle. Il est en effet impressionnant d'interroger un auteur sur ses droits et sur l'utilisation qu'il en fait. Par exemple, il n'est pas rare d'entendre un auteur dire qu'il a cédé tous ses droits à son cocontractant (déjà, on sent que les subtilités de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle lui échappent), y compris ses droits moraux (qui sont, rappelons-le, inaliénables). Il a aussi été fait mention de ces auteurs qui sont parfaitement rassurés sur les intentions de leur cocontractant parce qu'ils ont pu lire dans le contrat que leurs droits étaient cédés pour la « durée légale » : selon eux, il s'agit là de l'expression de la volonté du cessionnaire des droits de respecter au mieux la loi²⁵⁶. Comment, dans ces conditions, imaginer que ce même auteur pourrait se plaindre du fait que le contrat de cession qu'il a conclu avec son cocontractant ne dresse pas une liste exhaustive des pays dans lesquels l'exploitation de son œuvre est projetée ? Comment pourrait-il encore songer à demander la nullité du contrat qui, lorsqu'il s'intéresse aux modalités d'exploitation de l'œuvre, utilise l'adverbe « *notamment* » pour signifier que la liste dressée n'est pas limitative ? Un constat s'impose : le droit d'auteur est largement méconnu par ceux pour qui il est pourtant construit. Le lourd formalisme imposé par le Code de la propriété intellectuelle n'y change rien : l'auteur ne connaît pas ses droits. Preuve que le formalisme prévu par notre droit n'atteint pas son objectif d'information de la partie faible.

114. Ainsi, nous avons mis en lumière le fait qu'il peut exister des doutes quant à l'efficacité des mentions : nous avons montré qu'elles sont fréquemment incompréhensibles pour la partie à protéger. Leur objectif de prévention, d'information, de protection est, en cela, non atteint. Il est ainsi véritablement dommage d'imposer la rédaction de contrats lourds, pleins de formalités, pour finalement ne pas parvenir au résultat escompté. Ce qui ne peut que nous faire douter de l'efficacité du formalisme informatif. Le constat vaut en droit d'auteur et dépasse largement ses frontières. Ce qui nous amène nécessairement à poser la question d'une

²⁵⁶ Cf. G. Vercken, « Les clauses de cession de droits », *Prop. Intell.*, n° 41, octobre 2011, p. 467.

solution alternative. Il faut imaginer autre chose : un système qui permettrait de mieux informer la partie faible sur ses droits, afin qu'elle puisse être plus attentive à leur respect et à la bonne application de la loi par son cocontractant. Se pose alors la question du recours à l'information préalable.

B/ Le besoin d'une information préalable

115. La méconnaissance par l'auteur de ses droits est une illustration de l'échec du formalisme informatif. Il faut donc mettre en place un autre système, destiné à améliorer réellement et efficacement la connaissance par la partie faible en général et par l'auteur en particulier de la législation qui les protège. L'information préalable nous semble constituer une piste intéressante. Voyons comment le droit commun aborde cette question (1), avant d'étudier son éventuelle application au droit d'auteur (2).

1) l'information préalable en droit commun

116. L'objectif de l'information préalable est de s'assurer que la partie forte (le professionnel) transmette une information appropriée à la partie faible, qu'elle attire son attention sur les clauses sensibles. La différence avec le formalisme réside dans le fait que l'information sera ici personnalisée, subjective, alors qu'elle est traditionnellement abstraite, objective. Le professionnel peut prendre en compte les éléments de faits (tels l'importance de l'opération projetée, les capacités et compétences de la partie faible) pour délivrer une information « sur mesure ». Il n'y a ici plus rien d'automatique, de standardisé. Il s'agit d'apprécier *in concreto* les besoins de la partie faible. Avant la conclusion du contrat, le professionnel attire l'attention de la partie à protéger sur les éléments qui lui semblent utiles, afin de s'assurer que son consentement est bien éclairé, qu'elle s'engage en toute connaissance de cause. Le tableau dressé peut paraître naïf. En réalité, il nous semble que c'est juste une modalité de la responsabilisation nécessaire des deux parties au contrat. Cela permet de ne plus (ou, en tout état de cause, de moins) assister la partie faible : elle ne bénéficie d'un complément d'information que sur ce qui est

effectivement susceptible d'échapper à son attention au regard de ses capacités²⁵⁷. Et du côté du professionnel, il est de son intérêt d'informer au mieux la partie faible, de s'assurer qu'elle a bien compris la portée de son engagement : il risque de voir le contrat remis en cause ou sa responsabilité engagée en cas de manquement de sa part²⁵⁸.

117. La jurisprudence semble s'orienter dans ce sens avec la reconnaissance d'un devoir de conseil²⁵⁹. Il faut cependant préciser que les juges distinguent le devoir d'information et de renseignement du devoir de conseil (les juges vont même parfois jusqu'à parler d'un « devoir de mise en garde »). Ce dernier est, en effet, nécessairement plus poussé. L'information et le renseignement n'exigent du professionnel qu'une démarche neutre, objective : il s'agit de faire part d'une information, sans s'assurer qu'elle est bien assimilée. Cette obligation d'information est d'origine légale : c'est ni plus ni moins la transcription du formalisme informatif. Le conseil, quant à lui, suppose une démarche plus « intrusive ». Le professionnel doit en effet prendre en considération les capacités et les compétences de la personne qui se trouve en face de lui afin de s'assurer qu'il va lui délivrer une information appropriée, qu'elle sera en mesure d'intégrer. Par exemple, la Cour de cassation considère, en matière de crédit à la consommation, que l'établissement de crédit qui consent un prêt à un emprunteur doit vérifier si celui-ci est ou non averti²⁶⁰. S'il est non averti, le prêteur doit le mettre en garde sur les risques suscités par l'opération. Pour déterminer si l'individu est averti ou non averti, l'établissement de crédit doit bien prendre en considération certains indices tels que la profession, l'expérience, la fréquence des opérations, ce qui implique nécessairement une appréciation *in concreto*.

Par ce devoir de conseil, le professionnel doit aller jusqu'à déconseiller l'opération, dès lors qu'il estime qu'elle n'est pas une bonne chose pour la partie faible²⁶¹. Par exemple, en matière de crédit à la consommation, l'établissement de crédit devrait aller jusqu'à refuser l'octroi d'un prêt à un consommateur si ce prêt

²⁵⁷ Sur les risques de fragilisation de la partie faible, cf. *infra* n° 156.

²⁵⁸ Sur les risques encourus par le professionnel en droit d'auteur, cf. *infra* n° 226 et suivants.

²⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995 : *Dalloz*, 1995, jurisp. p. 621, note S. Piedelièvre ; *Cont. Conc. Cons.*, 1995, n° 211, G. Raymond ; *RTD Civ.*, 1996, 384, obs. J. Mestre.

²⁶⁰ Cf. Cass., Chambre mixte, 29 juin 2007 : *JCP G*, 2007, II, 10146, note A. Gourio ; *Dalloz*, 2007, 2081, note. S. Piedelièvre ; *JCP E*, 2007, 2105, note D. Legeais ; Cf. également Cass., Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009 : *Dalloz*, 2009, AJ, 2859, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD Civ.*, 2010, 109, obs. P. Jourdain.

s'avère disproportionné par rapport à ses ressources et que le demandeur ne serait ainsi pas en mesure d'y faire face sans tomber dans la spirale du surendettement. En droit d'auteur, il faut le reconnaître, il est difficilement concevable d'imaginer l'éditeur déconseiller la conclusion du contrat d'édition à l'auteur. En effet, si l'opération peut s'avérer déséquilibrée, elle ne peut vraisemblablement pas être aussi dangereuse pour l'auteur que peut l'être un crédit à la consommation pour un emprunteur.

La jurisprudence a donc découvert un devoir de conseil, qui vient s'ajouter à l'obligation légale d'information, déjà en place. La difficulté consécutive à cette découverte réside peut-être dans le fait que les deux obligations se cumulent. Le professionnel doit non seulement respecter le formalisme informatif prescrit par le législateur, mais en plus, il doit s'assurer que la partie faible a bien conscience de son engagement, au travers de son devoir de conseil. Les choses commencent sans doute à être un peu lourdes sur les épaules du professionnel²⁶². La solution serait donc de tirer un trait sur l'obligation légale d'information et de ne laisser subsister que le devoir de conseil. Après tout, c'est bien le devoir de conseil, et uniquement celui-ci, qui permet de s'assurer que le consentement de la partie faible est éclairé et a été donné en toute connaissance de cause. C'est bien le devoir de conseil qui permet de dispenser une information plus adaptée aux besoins de la partie à protéger. C'est bien lui qui permet de dépasser l'information neutre et abstraite fournie par le formalisme informatif.

118. Ce que la jurisprudence nomme « devoir de conseil », expression à laquelle nous préférons « information préalable », apparaît ainsi comme un élément de solution pour, d'une part, renforcer la protection de la partie faible. Ne nous réjouissons pas trop vite cependant : il reste le problème de la preuve. En effet, le professionnel devra, en cas de litige, prouver qu'il a bien rempli son devoir de conseil, qu'il a bien informé préalablement à la conclusion du contrat. Ce qui suppose la rédaction d'un écrit. Et, nous l'avons vu tout au long de cette étude, lorsqu'un écrit est requis, l'on n'est jamais loin d'un glissement vers l'excès de formalisme. Il faudra donc veiller à ce que cet écrit soit un écrit simple, sans exigence de forme

²⁶¹ Cf. par exemple : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2009, n° 262.

particulière, constatant simplement que l'information a bien été donnée et que le consentement de la partie faible a été bien éclairé²⁶³.

119. A propos de l'information préalable, il faut évoquer la récente réforme qui a installé dans notre droit « l'acte contresigné par l'avocat »²⁶⁴. Il s'agit d'un acte intermédiaire entre l'acte sous seing privé traditionnel et l'acte authentique. L'acte d'avocat reste un acte sous seing privé, mais dispose, de par le contreseing de l'avocat, d'une efficacité, d'une force probante renforcée. En résumé, les articles qui traitent de cet acte nous apprennent que le contreseing de l'avocat atteste que les parties ont été conseillées, que l'acte dispose d'une force probante particulière²⁶⁵ et qu'il n'a pas à reprendre les mentions manuscrites imposées par la loi pour être valable dès lors qu'il est contresigné par un avocat. Ce n'est pas lorsqu'elle vise le devoir de conseil de l'avocat que la loi est innovante. Concrètement, ce devoir a été reconnu depuis longtemps par la jurisprudence²⁶⁶. Ce qui est véritablement nouveau, ce sont les conséquences que la loi tire de ce devoir de conseil : elle considère que ce dernier rend inutile le respect du formalisme informatif. Comme cela a été souligné, « la dispense est cohérente, l'information du contractant relevant plus largement du devoir de conseil de l'avocat. La formalité devient superflue puisqu'il entre précisément dans la mission du rédacteur d'acte de s'assurer du consentement éclairé des parties »²⁶⁷. Le formalisme est ainsi allégé, il devient moins périlleux de rédiger un acte pour lequel la loi exige la présence de mentions manuscrites et on peut espérer que l'efficacité de l'information soit améliorée. Il faut noter ici, pour être tout à fait complet, que cette même loi a introduit dans le Code civil un nouvel article

²⁶² Cf. *infra* n° 226 et suivants.

²⁶³ Cf. *supra* n° 60.

²⁶⁴ Cf. loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées. Cette loi introduit trois nouveaux articles (66-3-1 à 66-3-3) dans la loi n° 1971-1130 du 31 décembre 1971. Précisons aussi que cette réforme est inspirée tout droit du rapport présenté par la commission Darrois, à qui l'exécutif avait demandé de réfléchir à l'instauration d'une profession juridique unique.

²⁶⁵ Les parties ne peuvent pas contester ni leur signature, ni leur écriture. Mais une procédure de faux reste envisageable.

²⁶⁶ Cf. par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juin 1999, *JCP G*, 1999, I, n° 22, R. Martin : « le rédacteur d'un acte juridique est tenu, à l'égard de toutes les parties, d'en assurer l'efficacité » ; Cass. Com. 13 octobre 2009, *Dalloz*, 2009, 2842, note Y. Avril : l'avocat qui rédige un acte « est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son client, laquelle comporte le devoir de s'informer de l'ensemble des conditions de l'opération pour laquelle son concours est demandé ».

²⁶⁷ M. Bacache et A.-M. Leroyer, « Acte d'avocat : acte sous seing privé contresigné par l'avocat – Acte authentique », *RTD Civ.*, 2011, p. 403. Sur la question, cf. également : P.-Y. Gautier, « Du contreseing de l'avocat « simili authenticité » le jeu avec le feu », *RDC*, 2010, 754 ; F. Terré, « Le texte et le contexte », *RDC*, 2010, 762 ; Ph. Terry, « Libres propos sur l'acte d'avocat », *RDC*, 2010, 773 ; O. Salati, « Présentation de la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées », *Droit et Procédure*, 2011, p. 110.

1317-1, par lequel l'on admet la même simplification lorsque les actes en cause sont rédigés par un notaire²⁶⁸.

En tant que partisan d'un formalisme allégé, nous considérons que cette simplification va dans le bon sens. Le respect des mentions manuscrites ne sert effectivement plus à rien dès lors qu'un professionnel a pris soin d'informer les parties sur la portée et les conséquences réelles de leur engagement. Nous sommes d'autant plus favorables à cette « substitution » que nous sommes convaincus que le devoir d'information et de conseil du professionnel est bien plus efficace et utile que le recopiage de mentions lourdes et complexes.

Voilà pour l'état de l'information préalable en droit commun. Voyons maintenant comment tout cela pourrait être transposé en droit d'auteur et ainsi permettre de régler le problème de méconnaissance de leurs droits par les auteurs.

2) l'information préalable en droit d'auteur

120. D'abord, et parce que nous venons juste de l'aborder, intéressons-nous à l'acte contresigné par avocat. Il y a fort à parier que les instigateurs de cette réforme, quand ils ont réfléchi aux domaines dans lesquels cet acte pourrait s'avérer utile, n'ont pas pensé aux cessions de droit d'auteur. Pour autant, la technique est la bienvenue en la matière. On peut tout à fait penser à faire intervenir un avocat lors de la conclusion du contrat, afin qu'il s'assure que l'auteur comprend les implications de la cession et qu'il veille à l'équilibre de l'opération. L'acte ainsi validé ne pourrait plus être attaqué quant au fond : l'auteur ne pourrait pas se saisir de la moindre imperfection de rédaction pour tenter de se défaire du contrat ; le cessionnaire des droits ne pourrait plus tenter de dépasser le cadre de ce qui a été contractuellement prévu. Ainsi, l'acte contresigné par l'avocat, s'il a été pensé en contemplation de difficultés étrangères à notre matière (on pense au droit des affaires et aux cessions d'entreprises notamment) s'avère tout à fait « transposable » en droit d'auteur.

²⁶⁸ Ainsi, le nouvel article 1317-1 du Code civil est rédigé en ces termes : « l'acte reçu en la forme authentique par un notaire est, sauf dispositions dérogeant particulières expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

Si, en théorie, l'acte contresigné par avocat apparaît être une technique intéressante, permettant tout à la fois de faire reculer le formalisme et d'assurer une information efficace des parties, en pratique les choses, sans doute, sont moins réjouissantes. Ainsi, il va sans dire que le gros inconvénient de cette technique réside dans son coût. En effet, il est évident que la conclusion d'un contrat validé par le contreseing d'un avocat est onéreuse, les services et les conseils du professionnel ayant un prix. La grande majorité des auteurs n'a pas les moyens de recourir à ces services. Et on ne voit pas pourquoi le cocontractant de l'auteur mettrait la main à la poche pour financer cet acte, alors que la conclusion du même contrat, mais sans intervention de l'avocat, reste possible et qu'elle est, pour le coup, totalement gratuite. A moins de vouloir se mettre à l'abri de toute forme d'irrégularité et de contestation ultérieure de la part de l'auteur. Mais la pratique et l'état d'esprit actuels ne nous invitent pas à penser que le cessionnaire des droits sera incité à raisonner de la sorte²⁶⁹. L'acte contresigné par l'avocat est une bonne idée, mais l'on doute de son succès.

121. C'est donc sur le terrain de l'obligation d'information telle qu'imaginée par la jurisprudence qu'il semble falloir se placer. Cette dernière n'a jamais été clairement transposée en droit d'auteur. Cela peut apparaître regrettable : au regard de la construction importante réalisée par les juges en matière d'obligation d'information²⁷⁰, il nous semble qu'une obligation de même nature pourrait être reconnue par les magistrats à la charge du cocontractant de l'auteur. Comment se matérialiserait-elle ? M. Gautier, qui explique que « peut-être une voie médiane pourrait-elle passer par l'information préalable et sérieuse de l'auteur »²⁷¹, surtout si l'on considère que « les modèles de contrats deviennent de plus en plus illisibles pour le profane, ce qu'est la plupart du temps le créateur »²⁷², évoque la possibilité de remettre à l'auteur, lors de la signature du contrat de cession, une sorte de notice explicative²⁷³. Elle lui indiquerait clairement quels sont ses droits et quelles sont les situations dans lesquelles il est susceptible de pouvoir se plaindre en justice. M. Gautier considère en effet que le cessionnaire des droits doit assurer « une

²⁶⁹ Cf. *infra*. n° 233 sur l'absence de procès en droit d'auteur.

²⁷⁰ Sur la question, cf. par exemple : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 455.

²⁷¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 272.

²⁷² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 272.

²⁷³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 272 et 485.

transparence à son offre, spécialement en éclairant le consentement de [l'auteur] par une information appropriée sur les clauses importantes et sensibles »²⁷⁴. C'est une piste de réflexion qui nous apparaît intéressante. On pourrait ainsi imaginer, lors de la conclusion du contrat de cession, que le rédacteur soit obligé de remettre à l'auteur une notice qui reprendrait, de manière claire, concise, lisible, et compréhensible pour un non juriste, les droits essentiels des auteurs. Cela nous semble parfaitement envisageable : il faudrait indiquer à l'auteur que ses droits ne sont cédés que pour un territoire et un temps donné ; qu'il ne donne pas un blanc-seing au cessionnaire, c'est à dire qu'il n'autorise que certaines exploitations et qu'il peut se plaindre si son cocontractant dépasse ce cadre ; qu'il dispose de droits moraux, inaliénables, et qu'il peut à tout moment se plaindre du fait que son nom ne serait plus attaché à son œuvre ou que son partenaire viendrait à manquer de respect à son œuvre. Il ne s'agirait pas nécessairement de rechercher l'exhaustivité : l'on retomberait alors dans les travers que nous dénonçons. Il s'agirait d'attirer l'attention de l'auteur sur ses droits en général, sur le fait que le Code de la propriété intellectuelle existe et qu'il est essentiellement dédié à la défense de ses intérêts. Il ne s'agirait pas de faire de l'auteur un assisté, mais simplement d'éveiller sa conscience. Quelques phrases, quelques exemples concrets correctement mis en forme sur un dépliant assez court suffiraient nous semble-t-il à atteindre cet objectif.

122. Sous la forme d'une notice explicative ou sous une autre forme, il paraît évident qu'il faut développer l'obligation d'information en droit d'auteur. En tout état de cause, il nous semble difficile de poursuivre dans le même sens, de continuer à imposer des lourdeurs inutiles et inefficaces pour les deux parties. Cependant, l'information préalable ne doit pas, ici comme ailleurs, être aveugle aux réalités pratiques, aux capacités de la supposée partie faible. Ainsi, il nous semble important de se servir en droit d'auteur de la récente classification pratiquée en matière de crédit à la consommation : l'averti et le non averti²⁷⁵.

L'information préalable apparaît comme un moyen de protéger l'auteur, perçu comme la partie faible au rapport contractuel. Pour autant, la catégorie des auteurs n'est pas homogène. En cela, nous considérons qu'il ne faut pas appliquer le dispositif de

²⁷⁴ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 449.

protection de l'auteur de manière mécanique et aveugle. Il nous semble, en effet, que tous les auteurs n'ont pas besoin du même degré d'information, de protection. Il existe une vraie différence entre la situation de quelques auteurs célèbres, à l'apogée de leur carrière, et la grande majorité des auteurs, inconnus ou presque. Les premiers ne signent jamais un contrat sans que leur agent ou plusieurs avocats brillants l'aient étudié sous toutes les coutures. Il n'y a ainsi pour eux aucun risque d'incompréhension ou de manque d'information. Les seconds, quant à eux, sont parfaitement isolés et ne bénéficient le plus souvent d'aucun soutien. D'où un risque évident d'incompréhension des termes du contrat et de la portée de l'engagement. Là où les premiers sont dans une situation de force par rapport à leurs cocontractants (puisque n'importe quelle maison de disque ou d'édition serait prête à conclure avec eux), les seconds se retrouvent dans une situation de dépendance totale. Ainsi, là où les premiers peuvent façonner le contrat en fonction de leurs intérêts et en négocier chaque clause, les seconds n'ont absolument aucune marge de manœuvre et n'ont d'autre choix, s'ils veulent exister, que de signer le contrat qui leur est présenté, même s'il ne leur est pas franchement favorable.

Devant cette situation, force est de constater que tous les auteurs ne sont pas égaux face au rapport contractuel. Certains sont mieux armés que d'autres pour affronter les maisons de disques ou d'édition. Par conséquent, les contrats signés par des auteurs conseillés, entourés, qui ont bénéficié de l'intervention d'un professionnel ne doivent pas être regardés comme ceux conclus par des auteurs isolés, qui n'ont bénéficié d'aucune aide. Il s'agit de prendre en considération les caractéristiques précises de la « partie faible ». Il nous semble qu'il faut faire une appréciation *in concreto* de la partie présumée faible qui signe ledit contrat²⁷⁶. Ici, il faut vérifier les circonstances dans lesquelles l'auteur donne son consentement à l'opération. S'il est entouré d'un agent ou d'un avocat, on devrait considérer qu'il est averti. De ce fait, l'information préalable ne doit pas trouver à s'appliquer ici et, surtout, il ne faut pas reprocher au cocontractant de l'auteur de ne pas y avoir satisfait. En effet, il nous semble quelque peu exagéré pour un auteur conseillé et entouré de venir se plaindre d'un défaut d'information. Si les professionnels qui l'entourent ont laissé l'opération

²⁷⁵ Cf. *supra* n° 117.

se conclure en l'état, c'est bien qu'a priori elle était plutôt conforme à ses intérêts²⁷⁷. L'intervention d'un professionnel ne doit pas pour autant prémunir de manière générale le contrat contre la nullité, auquel cas cette intervention bénéficierait en premier lieu au cessionnaire des droits, ce qui serait pour le moins paradoxal. Mais il nous semble qu'il faut, dans de telles hypothèses, être moins exigeant avec le professionnel, qui n'est plus tout à fait la partie forte.

En revanche, si l'auteur est isolé, s'il n'est pas conseillé, il faut le faire bénéficier pleinement du dispositif de protection. Il n'a pas nécessairement les moyens de comprendre ce à quoi il s'engage, n'est pas toujours en position de mesurer les conséquences de l'opération projetée. Dès lors, l'information préalable aurait vocation à jouer tout son rôle.

Il s'agit donc, pour conclure, de faire une application circonstanciée, adaptée de l'information préalable en droit d'auteur. La philosophie de notre matière est toute tournée vers la protection de l'auteur partie faible : il faut faire en sorte de conserver les intérêts des auteurs effectivement en position de faiblesse. Heureusement pour eux, tous ne le sont pas.

123. Nous avons donc fait le constat de l'inutilité et de l'inefficacité du formalisme de la mention en droit d'auteur. Les mentions, censées informer l'auteur, sont facilement contournables et leur présence n'améliore pas la connaissance par l'auteur de ses droits. Face à ces difficultés, nous avons avancé deux pistes de solution : la rédaction de clauses synthétiques et le développement de l'information préalable. Les deux solutions sont parfaitement conciliables : si l'auteur reçoit une information appropriée avant la conclusion du contrat, il n'est pas besoin de faire preuve d'un luxe de détails dans le document contractuel et ainsi la rédaction de clauses simples et courtes suffit largement.

²⁷⁶ A ce propos, la distinction mise en place en matière de prêt entre l'emprunteur averti et l'emprunteur non averti nous semble tout à fait intéressante. Voir, par exemple : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2011, n° 1156.

²⁷⁷ Sur cette question, cf. infra n°. Cf. également : Lamy, Droit du contrat, n° 152-63 et n°170-9.

Pour l'heure, notre droit d'auteur n'en est pas là et le formalisme de la mention est toujours la solution plébiscitée par le Code de la propriété intellectuelle. Il convient donc maintenant de s'intéresser au régime des mentions imposées par le législateur, afin de connaître l'ampleur du formalisme. Nous verrons que de ce régime découle certains effets pervers importants.

Section 2 – Le régime des mentions

124. Nous venons de voir que les exigences de l'article L. 131-3 alinéa premier du Code de la propriété intellectuelle sont extrêmement poussées. Il convient maintenant de s'interroger sur le régime de ce texte, au travers d'abord de son champ d'application (§1), puis de sa sanction en cas de non respect (§2).

§1- Le domaine de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}

125. Il s'agit ici de déterminer le champ d'application de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Autrement dit, il s'agit de voir pour quels contrats les mentions sont requises. Sont-elles exigées pour tous les contrats d'auteur ou simplement pour certains d'entre eux ? Nous allons, comme nous l'avons fait pour l'exigence de l'écrit, tenter de poser les limites *rationae materiae* (A), ainsi que les limites *rationae personae* (B).

A/ Les limites *rationae materiae*

126. A quelles sortes de contrats d'auteur les exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent-elles ? Ce qui nous intéresse particulièrement dans la détermination du champ d'application *rationae materiae*, c'est de savoir si l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} doit être lu en corrélation avec l'article qui le précède directement (à savoir, l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} qui pose le principe du recours à l'écrit pour quatre contrats²⁷⁸) ou bien s'il doit être lu de manière tout à fait indépendante de ce dernier. Pour formuler l'interrogation de manière plus concrète, il s'agit de savoir si les mentions ne sont requises que pour les quatre contrats visés par le premier alinéa de l'article L. 131-2 (contrats de

représentation, d'édition, de production audiovisuelle, autorisations gratuites d'exécution) ou bien si ces mentions sont exigées de manière systématique, pour tous les contrats d'auteur, sans exception.

Les deux solutions sont envisageables et d'ailleurs envisagées. On peut dire que chaque solution reflète un mouvement de pensée, une théorie. La première solution, celle qui est la plus envisagée, est celle selon laquelle les exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent de manière générale, à tous les contrats d'auteur. C'est la théorie classique. La seconde solution, celle qui est beaucoup moins envisagée (mais tout aussi envisageable), est celle selon laquelle les mentions ne sont exigées que pour les contrats visés par L. 131-2 alinéa 1^{er}. C'est la théorie que l'on pourrait qualifier de « nouvelle et incertaine ». Voyons précisément de quoi il s'agit pour chacune de ces solutions.

127. Il convient de creuser en premier lieu la théorie classique. Il s'agit donc de celle selon laquelle l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} doit être lu de manière totalement indépendante de l'alinéa premier de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle. La solution consiste ainsi à dire que les mentions requises le sont pour tous les contrats d'auteur. L'article L. 131-3 alinéa 1^{er} en lui-même ne limite pas son champ d'application, il ne fait pas de tri entre les différents contrats d'auteur. Il n'y a, par conséquent, aucune raison de restreindre sa portée.

C'est la solution qui reçoit très largement les faveurs de la doctrine. Par exemple, M. Caron estime qu'il « vaut mieux considérer que les dispositions de l'article L. 131-3 concernent donc tous les contrats du droit d'auteur »²⁷⁹. MM. Vivant et Bruguière insistent sur le fait que « l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} ne comporte aucun renvoi à l'article précédent qui pose l'exigence d'écrit. Sa formule d'entame (...) ne distingue nullement entre les contrats »²⁸⁰. Ils ajoutent que « surtout le formalisme de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} est indépendant des règles de preuve de l'article L. 131-2 »²⁸¹. MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter penchent en faveur de la même solution en écrivant que « les dispositions formalistes de l'article L. 131-3,

²⁷⁸ Cf. *supra* n° 39 et suivants.

²⁷⁹ C. Caron, *op. cit.*, n° 403.

²⁸⁰ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 696.

alinéa 1^{er}, ont une portée générale. Elles s'appliquent, au-delà des contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, qui ne peuvent être prouvés que par écrit, à toutes les cessions auxquelles renvoie l'alinéa 2 du même article en visant les autres cas »²⁸². La doctrine semble donc unanime sur le sujet : il ne faut pas limiter la portée de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} qui doit s'appliquer à tous les contrats d'auteur.

La jurisprudence n'est pas en reste sur la question et rejoint assez largement la position de la doctrine. Elle admet en effet régulièrement que les mentions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} sont exigées pour tous les contrats, qu'ils soient concernés ou non par la nécessité de rédiger un écrit²⁸³.

La doctrine et la jurisprudence prévoyant de concert que les mentions requises par l'alinéa premier de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle doivent figurer dans tous les contrats d'auteur et pas seulement dans ceux visés par l'exigence d'un écrit, la question pourrait sembler ne pas nécessiter davantage de débats. C'était sans compter sur une affaire qui a donné lieu à des arrêts remarquables de la Cour d'appel de Paris et de la première chambre civile de la Cour de cassation.

128. Cette affaire renvoie à la seconde théorie, que nous avons qualifiée de « nouvelle et incertaine ». Les juges du fond, puis ceux du droit, ont eu à traiter de la question de savoir si les mentions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle étaient exigées pour tous les contrats d'auteur ou simplement pour ceux visés par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}. Et à cette question classique, ils ont apporté une réponse novatrice. Les faits étaient les suivants : un créateur de mode exerçait les fonctions de directeur artistique au sein d'une entreprise, dont il était également l'associé. Il est licencié. Il reproche à la société d'avoir exploité, après la rupture de leur relation, les modèles d'une collection qu'il avait créée, et l'assigne en contrefaçon. Au soutien de son argumentation, il utilise l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle et énonce que si la société veut utiliser ses créations, elle doit prouver qu'il lui a cédé ses droits conformément aux prescriptions dudit article. La Cour d'appel de Paris a estimé, dans son arrêt du 16 février 2005, que :

²⁸¹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 696.

²⁸² A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 644.

²⁸³ V. par exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, *JCP E*, 1993, I, 246, obs. M. Vivant et A. Lucas.

« L'article L. 131-3 du [Code de la propriété intellectuelle] ne vise que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1, de ce code, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle »²⁸⁴.

Puisque le contrat en cause n'entrait dans aucune de ces trois catégories, la Cour d'appel en a déduit que ledit contrat n'était aucunement soumis aux exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. L'intérêt pour le cessionnaire est conséquent : il peut prouver l'étendue (au sens générique du terme) de la cession des droits sans avoir recours aux mentions, et donc, de manière générale, sans avoir recours à l'écrit. La charge de la preuve est fortement allégée pour lui.

Lorsque cet arrêt de la Cour d'appel de Paris a été rendu, nombreux étaient ceux qui ne donnaient pas cher de la solution devant la Cour de cassation. Le pourvoi formé par l'ancien directeur artistique reposait sur une combinaison des articles L. 111-1 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle : le contrat de travail n'a aucune incidence sur la titularité des droits et pour que la cession de ces derniers à l'employeur soit valable, elle doit respecter le formalisme prévu par la loi. Les juges du droit ont, contre toute attente, confirmé la vision des juges du fond. L'arrêt est ainsi rédigé :

« Mais attendu qu'après avoir justement énoncé que les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que la cession d'exploitation sur des modèles n'étaient pas soumise à l'exigence de forme et que la preuve pouvait en être rapportée selon les prescriptions des articles

²⁸⁴ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, section A, 16 février 2005 : *Dalloz*, 2005, p. 2523, obs. P. Allaëys ; *RIDA*, 2005, n° 205, p. 323 et p. 473, note A. Kéréver ; *Com. Com. Elect.*, 2005, n° 169, note C. Caron ; *Décideurs juridiques et financiers*, 2005, n° 71, p. 124, note J. Horn.

1341 à 1348 du Code civil auxquelles l'article L. 131-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle renvoie expressément »²⁸⁵.

Ainsi, cet arrêt semble poser une limite matérielle au champ d'application du formalisme contractuel en droit d'auteur. Les mentions exigées par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ne le sont que pour les contrats visés par l'article L. 131-2. Les autres contrats n'ont pas besoin d'intégrer les mentions d'étendue et de destination, de lieu et de durée, pour être valables. Le contenu de ces contrats peut être prouvé d'après les règles posées par les articles 1341 à 1348 du Code civil²⁸⁶.

129. La portée de ces arrêts est néanmoins sujette à caution. En effet, et malgré l'apparente généralité de la formule employée par les juges, la solution est assez largement contestée par la doctrine. La plupart des auteurs n'y voient qu'un arrêt d'espèce, rendu au regard de circonstances particulières. Selon eux, par exemple, le fait que l'ancien salarié ait été également associé est un élément qui a joué un rôle important. En effet, puisque le créateur était particulièrement investi dans l'entreprise, qui n'a d'ailleurs été créée que pour exploiter ses créations, il peut être déduit qu'il avait nécessairement créé ses modèles en vue d'une exploitation par la société. Ainsi, en contestant les droits de son ancien employeur et en l'assignant en contrefaçon, il fait visiblement preuve de mauvaise foi. C'est ce qui ressort de certains commentaires. M. Caron, par exemple, écrit que « il serait possible de voir, dans la présente décision, un simple arrêt d'espèce qui donne raison à une cour d'appel d'avoir débouté un auteur au comportement notoirement abusif »²⁸⁷. M. Draï, quant à lui, considère que « en l'espèce, la solution est heureuse ; le créateur a certainement agi de mauvaise foi, vexé de son licenciement et de l'infortune de son engagement »²⁸⁸. La solution s'expliquerait ainsi par le comportement adopté par l'auteur : les juges ne seraient allés dans ce sens que pour sanctionner ce dernier.

²⁸⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006 : *Com. Com. Elect.*, 2007, n° 3, note C. Caron ; *Prop. Intell.*, 2007, n° 22, p. 93, obs. A. Lucas ; *JCP E*, 2007, 1114, §3, obs. A. Lallement ; *RTD Com.*, 2007, 363, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Dalloz*, 2007, 316, note P. Allaëys ; *RIDA*, 2007, n° 211, p. 265, P. Sirinelli ; L. Draï, *JCP S*, 2007, 1202.

²⁸⁶ Cf. *supra* n° 45 et suivants.

²⁸⁷ C. Caron, dans son commentaire de l'arrêt : *Com. Com. Elect.*, 2007, comm. 3.

²⁸⁸ L. Draï, dans son commentaire de l'arrêt : *JCP S*, 2007, 1202.

En outre, la solution ne doit pas, selon certains commentateurs, dépasser le cadre précis de l'affaire qui l'a suscitée, c'est à dire celui de la création salariée et celui des arts appliqués. Ainsi, M. Sirinelli écrit qu'« à la vérité, on peut s'interroger sur la portée de cette [décision]. Nombre d'éléments pourraient conduire à la conclusion qu'il ne s'agit que d'un arrêt d'espèce (...) : d'une part, le fait que les œuvres en cause étaient des dessins et modèles, d'autre part, le constat que l'on était en présence de créations de salariés »²⁸⁹. M. Draï, quant à lui, énonce que « la présente solution a été rendue dans le domaine spécifique des dessins et modèles où la logique industrielle prime sur l'aspect personnaliste du droit d'auteur »²⁹⁰. Ainsi, ce serait le contexte qui aurait donné naissance à cette solution.

130. Nous comprenons les avis qui sont émis. Sans doute sont-ils la conséquence d'une crainte de voir le formalisme contractuel du droit d'auteur voler en éclat et, avec lui, la protection de l'auteur partie faible. Pour autant, la formule employée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 novembre 2006 nous semble on ne peut plus générale. Les juges du droit ne l'ont encadrée d'aucune limite. Aucune référence n'est faite à la création salariée²⁹¹, ni aux arts appliqués, qui ne semblent pas être des éléments déterminants à la lecture de la décision. Si les juges voulaient juste ne pas donner raison à un créateur de mauvaise foi, ils n'étaient pas obligés d'utiliser une formule aussi large. Il nous semble bien que la Cour de cassation a voulu poser une solution générale. S'ils avaient souhaité restreindre son champ d'application, ils l'auraient fait savoir et n'auraient pas rédigé une formule aussi générale. M. Caron écrit d'ailleurs que « force est de constater que l'arrêt, même s'il est voulu comme étant d'espèce, comporte une solution clairement exprimée : le formalisme de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ne concerne que trois contrats (...) et ne s'applique pas aux autres contrats nommés du Code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'à la multitude des contrats innommés du droit d'auteur »²⁹². L'arrêt n'a certes pas eu les honneurs de la publication, mais il ne semble pas opportun d'en tirer des conclusions hâtives quant à sa véritable portée.

²⁸⁹ P. Sirinelli, dans son commentaire de l'arrêt : *RIDA*, 2007, n° 211, p. 265.

²⁹⁰ L. Draï, dans son commentaire de l'arrêt, *op. cit.*

²⁹¹ Sur la création salariée, cf. *infra* n° 276 et suivants.

²⁹² C. Caron, dans son commentaire de l'arrêt, *op. cit.*

Précisons par ailleurs que certaines voix dans la doctrine s'étaient déjà élevées pour défendre cette solution. Citons notamment Colombet qui justifiait sa position en énonçant que le « texte qui déroge au principe du consensualisme doit être d'interprétation restrictive ». Il ajoutait que « la logique montre que l'alinéa 3 (actuel article L. 131-3 du code) n'est que l'application d'une règle édictée à l'alinéa 1^{er} : l'obligation de respecter certaines mentions ne doit donc pas être transposée à d'autres contrats que ceux visés à l'alinéa 1^{er} (actuel article L. 131-2 du code) »²⁹³.

Si ces deux solutions ne semblent pas faire l'unanimité, et qu'il convient donc d'attendre une confirmation de la part de la Cour de cassation, elles ont quoi qu'il en soit le mérite d'avoir ramené le débat sur une question qui semblait classée et qui est pourtant loin d'être simple.

131. Il est intéressant, maintenant que nous avons exposé les deux solutions, de voir laquelle nous apparaît comme étant la plus appropriée. Commençons par une rapide exégèse des textes pour voir quelle a bien pu être la vision des rédacteurs de la loi de 1957.

Plusieurs indices tendant à la position des textes, au lien entre les dispositions et aux termes employés par le législateur peuvent être relevés :

- commençons par étudier la position du texte dans le code. Il se trouve dans un chapitre intitulé « dispositions générales », alors que le chapitre qui le suit se nomme « dispositions particulières à certains contrats ». Si le principe de l'exigence des mentions a été inséré dans un chapitre à vocation généraliste, c'est sans doute qu'il faut en faire l'application la plus large possible. Si l'idée était de limiter l'exigence à certains contrats seulement, la disposition figurerait dans le chapitre comportant des dispositions particulières. L'argument semble inattaquable. Seulement, on ne comprend pas bien alors pourquoi l'article L. 131-2 qui n'exige la rédaction d'un écrit que pour certains contrats se trouve lui aussi dans le chapitre destiné à poser des règles

²⁹³ C. Colombet, dans son commentaire de l'arrêt Joker : *Dalloz*, 1993, somm. p. 91.

généralistes... Pourquoi n'a-t-on pas inscrit l'exigence de l'écrit pour certains contrats dans un chapitre plus spécifique, leur étant directement dédié ? L'argument de la position du texte n'apparaît finalement pas si percutant. D'autant qu'il faut ici s'en prendre davantage au codificateur à droit constant de 1992 qu'au législateur de 1957, ces subdivisions n'existant pas lors de la rédaction de la loi.

- deuxième indice : l'absence de lien entre les textes. En effet, l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} lui-même ne renvoie pas à l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}. Autrement dit, il ne prévoit pas qu'il doit être lu en corrélation avec le texte qui le précède. Le code ne fait pas de liaison claire entre ces deux dispositions. L'application de l'une n'est pas subordonnée au respect de l'autre. Certes ! Mais d'un autre côté, les deux articles se suivent immédiatement. Difficile de concevoir que le législateur les a rédigés ainsi sans imaginer un lien entre eux. Surtout lorsque l'on se souvient que dans la loi de 1957, ces deux articles du Code de la propriété intellectuelle n'en faisaient qu'un²⁹⁴. Le législateur aurait prévu dans un même article deux règles non liées l'une à l'autre ? Difficile à concevoir ! D'ailleurs, Savatier écrivait dans son commentaire de la loi de 1957, au sujet de l'alinéa 3 de l'article 31 (actuel article L. 131-3) que « ce texte (...) est, il est vrai, spécial aux contrats de représentation et d'édition »²⁹⁵. Contrats visés par l'alinéa 1^{er} de l'article 31 (actuel L.131-2).
- enfin, il est loisible de s'intéresser quelque peu aux termes employés par le législateur. L'utilisation de la formule « *transmission des droits de l'auteur* » pourrait faire pencher la balance en faveur d'une application de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} à l'ensemble des contrats d'auteur. Le texte ne semble pas vouloir faire de distinction, il n'y a donc pas lieu d'en faire. Mais d'un autre côté, on trouve également dans l'article l'expression « *acte de cession* ». Le texte paraît alors

²⁹⁴ Les deux dispositions formaient l'article 31 de la loi du 11 mars 1957. L'article L. 131-2 de l'actuel code en reprend les deux premiers alinéas. L'article L. 131-3 du code, quant à lui, reproduit le reste de l'article 31 de la loi.

²⁹⁵ R. Savatier, *JCP G*, 1957, I, 1398, n° 69 b).

faire allusion à l'écrit (et par conséquent à l'article précédent). Il y aurait donc là un renvoi implicite à l'alinéa premier de l'article L. 131-2. On en déduit que les mentions requises ne le sont que pour les contrats visés par la nécessité de la rédaction d'un écrit. Finalement, on trouve des arguments pour chacune des deux solutions. L'étude des termes n'est pas d'un grand secours.

L'exégèse des textes ne nous aide guère à savoir si les mentions sont requises pour tous les contrats d'auteur ou bien seulement pour certains. Il faut alors creuser davantage et se pencher sur l'opportunité des deux théories en présence. Partons de la théorie classique, celle selon laquelle les mentions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle sont requises pour tous les contrats d'auteur. Si cette théorie est la préférée de la doctrine et de la jurisprudence, c'est qu'elle s'accorde parfaitement avec l'esprit du droit d'auteur français, à savoir la meilleure protection possible des intérêts de l'auteur. Il faut protéger un maximum d'auteurs, dans un maximum d'hypothèses. Ce qui explique la volonté de requérir les mentions dans tous les contrats, afin que, quel que soit l'auteur et quel que soit le type de contrat, l'auteur s'engage en toute connaissance de cause et que son engagement demeure limité (puisqu'il est très encadré). Cependant, cette théorie est-elle cohérente au regard de son environnement juridique ? Rappelons que l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} n'exige un écrit que pour quatre sortes de contrats²⁹⁶. Ce qui signifie que pour tous les autres contrats, aucun écrit n'est requis²⁹⁷. Pourtant, si l'on en croit la théorie classique, il faut tout de même, pour ces contrats qui n'ont pas besoin d'écrit, que certaines mentions soient rédigées pour encadrer au mieux la cession des droits. Nous restons perplexes face à ce constat. En effet, comment pourrait-on remplir les exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle sans passer par la rédaction d'un écrit ? Comment encadrer la cession des droits de l'auteur par toutes les précisions requises par la loi sans coucher l'accord sur papier ?

132. L'idée selon laquelle le respect des mentions est possible sans recourir à l'écrit a été défendue. Il est soutenu que « ce qui compte sans doute est que l'accord

²⁹⁶ Contrat de représentation, contrat d'édition, contrat de production audiovisuelle et autorisation gratuite d'exécution.

²⁹⁷ Dans la limite de l'application de l'article 1341 du Code civil, visé par l'alinéa 2 de l'article L. 131-2. Cf. *supra* n° 45 et suivants.

de principe soit indiscutable »²⁹⁸. Si n'y a pas d'écrit, le contenu de l'accord doit être prouvé librement, notamment par la prise en compte des usages, de la façon dont les choses se passent en général dans le même genre de contrat, et plus largement de « tous les indices concordants »²⁹⁹. Il est expliqué qu'alors, « le contrat serait considéré comme valable, mais devrait être cantonné à un minimum »³⁰⁰, et ce en application du principe d'interprétation stricte des contrats d'auteur. Si l'idée est séduisante, il n'en reste pas moins que ce n'est pas la philosophie du Code de la propriété intellectuelle, qui exige bien « un acte », ce qui renvoie très certainement à l'écrit de l'article L. 131-2. Par ailleurs, le texte de l'article L. 131-3 parle bien de « mention ». Dès lors, se priver de l'écrit peut se révéler dangereux dans l'hypothèse d'une action en justice. On a déjà aperçu la tendance et on aura l'occasion d'y revenir, mais précisons-le ici : les juges en droit d'auteur sont, à tout le moins dans leur majorité, de fervents défenseurs du formalisme et semblent même parfois aller au-delà des exigences législatives³⁰¹. Le contrat dépourvu de mentions « écrites » risque donc l'annulation en l'état actuel des prescriptions du Code de la propriété intellectuelle et de leur interprétation par la jurisprudence.

133. Il semble, au total, qu'il soit impossible de respecter les exigences des mentions sans rédiger un écrit. Si l'on part du postulat que les mentions requises par le texte le sont pour tous les contrats d'auteur, il faut admettre la conséquence logique qui en découle : l'écrit est exigé pour tous les contrats d'auteur, et pas seulement pour ceux visés par l'alinéa premier de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle³⁰². Ce qui revient également à dire que la rédaction de ce dernier article peut laisser quelque peu dubitatif. On énonce que l'écrit n'est pas exigé de manière générale et, dans l'instant qui suit, on prévoit une disposition qui, sans le dire clairement, le rend automatique. Comme cela a été écrit : « il y a une contradiction flagrante à pouvoir s'affranchir de l'écrit conformément à l'article L. 131-2 pour se le voir imposer par l'article L. 131-3 »³⁰³. Cela donne l'impression que le formalisme lourd imposé en droit d'auteur n'est pas assumé. Comme si l'on voulait, autant que faire se peut, le rendre (presque) invisible.

²⁹⁸ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453.

²⁹⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453.

³⁰⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453.

³⁰¹ Cf. notamment *infra* n° 159 et suivants.

³⁰² V. par exemple : A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 634.

C'est donc lorsqu'on lit l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} avec l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} que l'on s'interroge sur le bien-fondé de la théorie classique. En cela, la théorie que nous avons qualifiée de « nouvelle et incertaine » apparaît plus cohérente. En effet, si l'on considère que les mentions requises ne le sont que pour les quatre contrats visés par l'exigence d'un écrit, il n'y a plus aucune feinte et l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} retrouve tout son sens³⁰⁴. On exige un écrit pour certains contrats, et pour ces mêmes contrats l'écrit doit contenir certaines mentions précises. Pour tous les autres, il n'y a pas besoin d'écrit et pas besoin de mentions non plus. Cette vision des choses semble beaucoup plus logique.

134. Que peut-on conclure de tout ce qui précède ? La théorie classique poursuit le noble objectif de vouloir protéger au mieux les auteurs. En cela, elle s'accorde parfaitement avec l'esprit général du droit d'auteur français. Mais il nous semble que la poursuite de cet objectif ne doit pas se faire à n'importe quel prix, et surtout pas à celui du sacrifice de la logique juridique. Si le législateur persiste à n'exiger un écrit que pour certains contrats, il n'y a pas lieu d'exiger des mentions pour les autres. En réalité, deux positions apparaissent cohérentes : si l'on part du principe que les mentions doivent être présentes dans tous les contrats d'auteur, il faut admettre le recours systématique à l'écrit ; si l'on ne veut pas généraliser l'exigence de la rédaction de l'écrit, il faut se contenter de trouver les mentions dans certains contrats seulement. C'est, il faut bien l'admettre, de la cohérence juridique qu'il en va.

De notre point de vue, une tierce voie existe : comme nous l'avons déjà précisé, nous ne sommes pas contre la rédaction d'un écrit pour chaque contrat d'auteur conclu³⁰⁵. Mais nous avons pris le parti d'un écrit simple, sans exigences particulières, c'est à dire sans que la rédaction de mentions ultra-précises ne soit

³⁰³ J. Horn, dans son commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 février 2005, *op. cit.*

³⁰⁴ C. Caron, dans sa note sur l'arrêt de la Cour de cassation, première chambre civile, du 21 novembre 2006, *op. cit.*, écrit que « le respect de l'article L. 131-3 n'étant plus exigé, la dispense d'utiliser un écrit, formulée dans l'article L. 131-2, revêt tout son sens ! ».

³⁰⁵ Cf. *supra* n° 60.

imposée. Nous serions donc favorable à la généralisation de l'écrit et à la marginalisation des mentions. Notre position s'explique dans un premier temps par le souci de cohérence juridique que nous venons d'exposer, mais également et surtout par le fait qu'exiger ces mentions peut parfois se révéler source de nombreuses complications. Nous l'avons vu, il nous semble qu'il serait ainsi très utile d'envisager la rédaction de clauses synthétiques.

S'il faut cependant se contenter de choisir entre l'application généralisée de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle à tous les contrats d'auteur (y compris ceux non visés par la rédaction d'un écrit) et son application circonscrite aux contrats visés par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}, nous prenons le parti de la seconde proposition qui nous apparaît incontestablement plus cohérente que la première.

Après nous être arrêtés sur la question du champ d'application matérielle de l'exigence des mentions, il est temps de voir de quelle façon est borné le champ d'application personnelle de la disposition.

B/ Les limites *rationae personae*

135. Si le champ d'application matérielle des exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle n'est pas délimité de manière totalement certaine, il en va différemment du champ d'application *rationae personae*. Il s'agit ici de se poser la question de savoir si l'exigence des mentions doit régir tous les contrats de manière générale ou simplement ceux dans lesquels l'auteur est directement partie. Autrement dit, le respect de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} s'impose-t-il uniquement dans les contrats conclus entre l'auteur et son cocontractant (cessionnaire direct des droits) ou bien s'impose-t-il également dans les contrats de sous-cession des droits, passés entre le cessionnaire et un sous-cessionnaire ? La question a son importance. Imaginons un contrat conclu entre le cessionnaire des droits et le sous-cessionnaire : l'une des parties pourrait-elle se plaindre en justice du

non respect des dispositions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} (par exemple, absence de mention précisant la durée de la cession) et ainsi obtenir la nullité du contrat³⁰⁶ ?

La réponse à cette question est claire depuis un certain temps maintenant. Elle a été fixée dans un célèbre arrêt « Perrier » rendu le 13 octobre 1993 par la première chambre civile de la Cour de cassation³⁰⁷. Le litige opposait la société Perrier à une agence de publicité qui avait réalisé une campagne pour la marque d'eau gazeuse. Après quelques années de collaboration, la société Perrier met fin à la relation, tout en continuant à utiliser les projets réalisés par l'agence. Cette dernière assigne son ancienne cliente en contrefaçon, estimant ne pas avoir cédé à la société les droits d'exploitation (qu'elle même tenait de l'auteur qui avait réalisé la campagne). Elle attire l'attention sur le fait que le contrat passé avec la société Perrier ne respecte pas les prescriptions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Se pose alors la question de l'application de cet article dans les rapports entre cessionnaire et sous-cessionnaire. La réponse des juges, et en particulier de ceux de la Cour de cassation, est on ne peut plus limpide :

« Les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle régissent les seuls contrats consentis par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation, et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-exploitants ».

La réponse est logique et fait d'ailleurs l'unanimité³⁰⁸. La vocation du droit d'auteur français est toute entière tournée vers la protection des intérêts de l'auteur. Il s'agit de protéger la partie faible, aucunement de donner des arguments de défense à la partie forte qu'est le cessionnaire des droits de l'auteur. Lui a les moyens de se défendre seul, ce qui n'est pas le cas de l'auteur. Par conséquent, c'est l'auteur qui est au cœur des préoccupations de notre droit. Il est donc légitime qu'il soit le seul à pouvoir bénéficier de

³⁰⁶ Cf. *infra* n° 139 et suivants.

³⁰⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993 : *Dalloz*, 1994, jurisp., p. 166, note P.-Y. Gautier ; *Dalloz*, 1994, Somm., 280, note Hassler ; *RTD Com.*, 1994, 272, obs. A. Françon.

³⁰⁸ Colombet écrivait déjà quelques années plus tôt à l'occasion du commentaire de l'arrêt Joker, *op. cit.*, que « de plus en plus, les rapports publicitaires ne concernent plus un petit auteur traitant avec un puissant annonceur, mais deux entreprises entre lesquelles il n'existe pas de déséquilibre ». Pour montrer sa désapprobation avec le fait que les personnes morales puissent bénéficier de la protection des textes, il citait M. Gautier : « nous avouons être de plus en plus gêné par certains de ces arrêts, rendus au bénéfice, non point d'auteurs ou de leurs représentants, mais de leur cessionnaires (agence de publicité),

la protection de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. A l'exclusion du cessionnaire ou du sous-cessionnaire.

136. Pourtant, à y regarder de plus près, il est loisible de s'interroger sur le sens de cette décision. En prenant un peu de recul, on peut se demander s'il est vraiment cohérent de refuser au cessionnaire la possibilité d'utiliser les prérogatives attachées aux droits de l'auteur. Certes, il n'a pas besoin de la protection accordée par le Code de la propriété intellectuelle à l'auteur. Pour autant, en tant que cessionnaire des droits d'auteur, il est investi d'une mission particulière : l'exploitation de l'œuvre de l'esprit. Et s'il faut qu'il l'exploite, il doit aussi pouvoir la défendre. Il serait ainsi légitime, de ce point de vue, de lui permettre d'utiliser les outils légaux, au rang desquels l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. Cette idée a été développée par M. Gautier qui, s'il approuve lui aussi la solution adoptée, se demande s'il ne faut pas voir dans cette décision un simple arrêt d'espèce. Ainsi, il se sert d'une célèbre formule d'Aubry et Rau pour expliquer qu'au premier abord la décision peut paraître choquante : « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires »³⁰⁹. L'idée de M. Gautier consiste à dire que la cession d'une œuvre de l'esprit n'est pas une cession ordinaire et peut être rapprochée de la fiducie. Pour lui, le cessionnaire des droits doit « mettre l'œuvre en valeur : le contrat d'auteur est une vente (ou une entreprise) consentie avec charge d'exploitation pour le partenaire économique. A la vérité, les transferts de droit, en propriété littéraire et artistique, sont pour la plupart d'essence fiduciaire, le cédant conservant un intérêt fondamental à la mise en valeur de la chose »³¹⁰. Ainsi, l'auteur est nécessairement intéressé par l'usage qui est fait de son œuvre après la « vente ». Le cessionnaire va exploiter l'œuvre également dans son intérêt. Les négociations qu'il va mener avec d'éventuels sous-cessionnaires le seront, en partie, dans l'intérêt de l'auteur. Dès lors, pourquoi priver l'exploitant des outils de défense accordés à l'auteur ?

commerçants et professionnels, se prévalant de texte qui ne sont point faits pour eux ». Colombet déplorait que les agences se servent des textes comme moyen de pression pour forcer leur client à prolonger leurs contrats.

³⁰⁹ P.-Y. Gautier, dans sa note de l'arrêt « Perrier », *op. cit.*, citant *Cours de droit civil*, 6^{ème} édition, t. 2, par Martin, § 176.

³¹⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 473.

L'interrogation est légitime. Mais il nous semble tout de même que les outils du Code de la propriété intellectuelle sont inadaptés pour une utilisation par le cessionnaire des droits, qui, rappelons-le, est un professionnel, familier des pratiques utilisées dans les milieux artistiques. Le professionnel qui exploite une œuvre le fait dans son intérêt, autant que dans celui de l'auteur : mais l'approche nous semble tout de même bien différente. Le cessionnaire poursuit avant tout une logique économique, commerciale, bien loin des préoccupations qu'étaient celles du législateur lorsqu'il a construit le dispositif de protection de l'auteur. Il y aurait donc quelque chose de « gênant » à laisser le cessionnaire des droits utiliser des techniques qui ne lui sont pas destinées. En outre, la solution posée par la Cour de cassation a un mérite certain : elle permet d'écarter le formalisme de ces contrats dans lesquels l'auteur n'est pas partie. Et il nous semble que chaque élément qui permet d'éviter la conclusion de contrats longs, lourds et compliqués doit être apprécié.

Le champ d'application *rationae personae* de l'exigence des mentions est ainsi précisément délimité : elle ne concerne que les contrats dans lesquels l'auteur est directement partie. Intéressons-nous dorénavant aux conséquences en cas de non respect de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

§ 2 - La sanction de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}

137. Après avoir tenté de déterminer le champ d'application de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, il convient de se demander quelle est la sanction applicable en cas de non respect de ses prescriptions. Pour ce faire, il faut commencer par rechercher si les mentions requises par le code le sont à titre de preuve ou à titre de validité. Nous retombons ainsi sur la même question que celle posée lors de notre étude sur l'exigence de l'écrit³¹¹. Il s'agit de savoir si les mentions sont exigées, pour reprendre le vocabulaire approprié, *ad probationem* ou *ad validitatem*. Il convient, pour répondre à cette question, d'étudier les solutions retenues en droit positif (A). Solutions qui, nous le montrerons, peuvent présenter des conséquences dangereuses (B).

A/ Solutions retenues

138. Il est intéressant, pour se faire une idée assez précise de l'orientation prise par le droit positif, de voir quelles sont les solutions adoptées en droit d'auteur, matière phare de notre étude (1), et de les comparer avec celles pratiquées dans un autre domaine atteint par un formalisme de la mention sans doute excessif, le droit du cautionnement (2).

1) solutions en droit d'auteur

139. La question de la nature des mentions requises en droit d'auteur reçoit une réponse claire et précise : les mentions imposées par l'alinéa premier de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle le sont à titre de validité, *ad validitatem*. Si une des mentions fait défaut, l'acte ne saurait être valable. Pour produire ses effets, le contrat d'auteur devra donc impérativement préciser l'étendue des droits cédés, leur destination, le lieu et la durée de l'exploitation envisagée. Cette constatation découle du texte de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} lui-même, qui précise que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte* ». Le terme « *subordonnée* » laisse peu de place au doute sur les intentions du législateur. S'il n'y a pas de mentions précises, il n'y a pas de transmission. C'est donc de manière certaine une condition de validité. Autre façon de dire les choses : les règles de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} sont d'ordre public³¹². Ce qui signifie encore qu'elles sont impératives et que les parties ne peuvent pas décider d'y déroger. Si l'auteur et son cocontractant veulent conclure un contrat de cession des droits, ils devront nécessairement passer par la rédaction de ces mentions précises.

³¹¹ Cf. *supra* n° 55 et suivants, pour une présentation et une approche critique de la règle des écrits requis *ad validitatem* ou *ad probationem*.

³¹² L'ordre public se définit, selon le Vocabulaire Juridique Cornu, comme une « norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions ; norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux ».

140. Conséquence logique de tout ce qui précède : en cas d'absence d'une mention, la sanction applicable est la nullité³¹³. Reste à en déterminer le régime : il faut notamment rechercher si la nullité est partielle ou totale, et si elle est relative ou absolue.

La nullité en cas d'absence des mentions dans le contrat d'auteur est-elle partielle ou totale ? Autrement dit, ne concerne-t-elle que la stipulation lacunaire ou bien touche-t-elle l'intégralité de l'acte ? La question n'admet pas de réponse unique³¹⁴. En réalité, tout dépend des circonstances. Si la stipulation en cause est trop importante, est essentielle dans le contrat, la nullité prononcée concernera l'acte en son entier³¹⁵. Par contre, si la stipulation est marginale, si elle n'est pas essentielle, la nullité ne touchera que la stipulation lacunaire et le reste de l'acte survivra³¹⁶. Si le juge hésite à prononcer la nullité parce que la clause existe, mais qu'elle n'est pas très claire, il procédera alors à une interprétation en faveur de l'auteur³¹⁷.

Autre question : la nullité est-elle relative ou absolue ? Il s'agit ici de savoir si l'auteur est le seul à pouvoir invoquer la nullité ou bien si elle peut l'être par tout un chacun. Nous avons dit que les règles posées par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle étaient d'ordre public. Mais, conformément à l'idée de Ripert, il faut distinguer l'ordre public de direction et l'ordre public de protection³¹⁸. L'ordre public de direction intéresse la société dans sa globalité : il apparaît logique qu'en cas de violation de cet ordre public, chaque individu puisse demander la nullité de l'acte litigieux. Par contre, l'ordre public de protection n'intéresse qu'une catégorie de personnes : ce n'est donc que la personne protégée qui peut, en cas de violation de cet ordre public, demander à la justice de prononcer la nullité de l'acte³¹⁹. La question qui se pose alors à nous est celle de savoir de quel ordre public

³¹³ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 645.

³¹⁴ C. Caron, *op. cit.*, n° 408.

³¹⁵ La jurisprudence considère que lorsque la stipulation est « substantielle et essentielle », la nullité doit être totale. Cf. pour un exemple : Cour d'appel de Paris, 9 octobre 1995, *RIDA*, 1996, n° 168, p. 311.

³¹⁶ Les juges estiment cette fois que lorsque la stipulation « n'a pas altéré profondément l'équilibre des obligations réciproques », la nullité ne doit être que partielle. Cf. pour un exemple : Cour d'appel de Paris, 28 février 2003, *Com. com. élect.* 2003, comm. 68, note C. Caron.

³¹⁷ Interprétation *in favorem auctoris*. V. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 466.

³¹⁸ G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges Gény*, 1934, T2, p. 347 et s.

³¹⁹ Voir par exemple J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} édition, 2012, n° 297, qui mettent bien en lumière la distinction : « Les mesures relatives aux contrats où il existe une inégalité marquée de puissance économique entre les parties tendent à protéger le contractant le plus faible, contre le plus fort ; elles sont prises au profit d'un intérêt particulier (...) contre un autre intérêt particulier. Pour les désigner, les termes les plus usuels sont : ordre public de protection ou ordre public social (...). D'autres mesures (...) tendent à réaliser une organisation et un équilibre

ressortent les dispositions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. Il suffit de s'intéresser à la philosophie du texte (qui est conforme à l'esprit général du droit d'auteur français) pour obtenir la réponse. Nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, l'objectif de cette disposition est bien de protéger l'auteur, présumé partie faible. Le texte cherche donc à protéger une catégorie de personnes en particulier. Par conséquent, seuls les auteurs peuvent agir en justice pour demander la nullité de l'acte, en l'occurrence du contrat de cession qui violerait le texte³²⁰. L'absence des mentions requises par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle est donc sanctionnée par une nullité relative.

141. Ainsi, les mentions requises par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} le sont à titre de validité et en cas d'absence de ces mentions, l'auteur peut demander en justice la nullité du contrat. A ce stade, une observation s'impose à nous : comment peut-on prétendre que l'écrit, lorsqu'il est requis, ne l'est qu'à titre de preuve (qu'il n'est donc en rien une condition de validité du contrat d'auteur) alors que les mentions (qui, nous l'avons dit, requièrent nécessairement un écrit) sont elles bel et bien exigées à titre de validité ? Le raisonnement nous semble pour le moins obscur ! Le fait d'exiger des mentions précises, nécessairement écrites, à titre de validité du contrat revient à dire que l'écrit lui-même est une condition *sine qua non* à la validité de l'acte. Pourquoi nier cet état de fait ? Certains auteurs le reconnaissent tout de même à mi-mots. Citons par exemple Mme Maffre-Baugé qui écrit que « sans les mentions écrites, l'acte de cession encourt la nullité [ce qui] conduit à nuancer [le] rôle exclusivement probatoire assigné à l'écrit par l'article L. 131-2 »³²¹. De même, M. Gautier écrit que « la sanction sera normalement la nullité. L'on voit bien la liaison avec la nécessité d'un écrit (pourtant requis, au départ, à titre probatoire) »³²². On a également pu lire que « l'exigence d'écrit associé à la cession de droit d'auteur est interprétée comme une formalité simplement probatoire, mais la nécessité de préciser dans celui-ci chacune des prérogatives cédées à peine de nullité relative

économique, que la liberté n'assure pas ; elles sont édictées dans l'intérêt général, au besoin contre les intérêts particuliers, même concordants, des parties. (...) D'où l'appellation d'ordre public de direction ».

³²⁰ V. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 518 et suivants ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 645.

³²¹ A. Maffre-Baugé, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 14.

³²² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 466.

revient indirectement à poser [une] exigence solennelle »³²³. Il serait temps de clarifier les choses et de dire une fois pour toutes que l'écrit est requis à titre de validité en droit d'auteur.

A travers le domaine et la sanction de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, nous sommes parvenus à dresser un état des lieux du régime de la disposition. Voyons ce qu'il en est en matière de cautionnement.

2) solutions en matière de cautionnement

142. Nous l'avons vu, le contrat d'auteur, pour être valable, doit présenter certaines mentions particulières, exigées par le Code de la propriété intellectuelle. Elles sont requises *ad validitatem* et leur absence est sanctionnée par la nullité. C'est donc une exigence particulièrement lourde. Il est une autre branche du droit où l'exigence de mentions dans le contrat est tout aussi importante, voire davantage encore : il s'agit du cautionnement.

Pour tenter d'être complet, reprenons la question du formalisme du cautionnement quelques années en arrière. L'interrogation qui se pose depuis un certain temps est celle de savoir si le cautionnement est un contrat solennel ou non. Autrement dit, doit-il respecter certaines formes pour être valable ? Pour répondre à cette question, il fallait, et il faut encore, se référer aux articles du Code civil y afférant. Il s'agit des articles 1326 et 2292. Depuis la loi du 12 juillet 1980³²⁴, l'article 1326 du Code civil est rédigé comme suit :

« L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

³²³ Ph. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} édition, 2008, n° 144.

Cet article s'applique bien évidemment au cautionnement, en ce que la plupart du temps, il vise à garantir un défaut de paiement. Il s'agit donc bien pour une personne de payer une somme d'argent à la place d'une autre. En quoi l'article trouve application.

L'autre article qui nous intéresse est l'article 2292 du Code civil, rédigé ainsi :
« Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ».

La combinaison de ces deux textes nous amène à conclure que le Code civil prescrit ainsi un écrit, signé par celui qui s'engage à payer, comportant une mention manuscrite (par lui-même) indiquant la somme en lettres et en chiffres.

143. Comme avec les articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, ces deux textes peuvent être soumis à des lectures différentes³²⁵. Les partisans du consensualisme n'y verront que des règles probatoires. Les autres liront dans ces dispositions que le contrat de cautionnement est un acte solennel, que l'écrit et les mentions exigées le sont à titre de validité. Néanmoins, pendant un certain temps, l'interprétation selon laquelle ces dispositions ne faisaient que poser des règles de preuve a prévalu.

C'est la jurisprudence qui a rouvert le débat dans les années 80 en semant le trouble notamment par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 juin 1987³²⁶. Dans cette décision, les juges s'expriment de manière pour le moins déroutante :

³²⁴ Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques. La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a introduit l'expression « par lui-même », qui remplace la formule « de sa main » présente dans l'ancienne version du texte.

³²⁵ Cf. par ex. : M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} édition, 2010, n° 113 et suivants ; P. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4^{ème} édition, 2008, n° 52 et suivants et n° 253 et suivants.

³²⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, *Dalloz*, 1987, Somm. 442, obs. L. Aynès.

« Il résulte des combinaisons des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution ».

La Cour ne dit pas clairement que la mention manuscrite est exigée à titre de validité. Mais comment pourrait-il en être autrement puisque les textes leur étant consacrés ne sont « pas de simples règles de preuve » ? Ce raisonnement est corroboré par les propos du conseiller rapporteur qui énonçait que « à défaut de mention manuscrite ou si celle-ci est irrégulière, le cautionnement est nul puisqu'il s'agit d'une condition de validité de l'acte lui-même »³²⁷.

Comme souvent lorsqu'il s'agit de franchir un pas de plus vers le formalisme, la doctrine s'est montrée relativement hostile à cette interprétation³²⁸. C'est une des raisons pour lesquelles la jurisprudence a finalement renoué avec son ancienne position. A nouveau, elle estime que les exigences posées par les articles 1326 et 2015 du Code civil sont des « règles de preuve [qui] ont pour finalité la protection de la caution »³²⁹.

144. Optimistes étaient ceux qui estimaient la question définitivement réglée. C'était sans compter sur l'intervention du législateur qui a mis en place une classification du cautionnement, estimant que certains, particulièrement dangereux, devaient être considérés comme des actes solennels, alors que pour d'autres cela n'était pas nécessaire. Le législateur a débuté son œuvre par les cautionnements de prêts à la consommation et les cautionnements de baux d'habitation³³⁰. Considérant que ces opérations étaient particulièrement risquées pour la caution, il a décidé que cette dernière devait, plus qu'ailleurs, s'engager en toute connaissance de cause. Pour s'assurer que cela était bien le cas, il a fait de ces actes des contrats solennels, nécessitant une mention manuscrite pour être valable. Ainsi, en matière de

³²⁷ P. Sargos, « L'opération « Glanost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 1988, I, Doctr. 209.

³²⁸ Voir par exemple M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *op. cit.*, n° 114, qui expliquent que la principale critique qui émanait de la doctrine était que la jurisprudence « offrait une cause de libération imméritée à la caution professionnelle ou rompue aux affaires ».

³²⁹ Cf. par exemple : Cass., Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1989, *Dalloz*, 1990, jurispr. p. 177, obs. C. Mouly.

³³⁰ La loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat impose à la caution du locataire une mention manuscrite qui doit exprimer « de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte ».

cautionnement de crédit à la consommation, l'article L. 313-7 du Code de la consommation³³¹ s'avère extrêmement formaliste :

« La personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres Ier ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ».

Mais c'est la loi du 1^{er} août 2003³³² qui a fait du cautionnement l'un des actes les plus formalistes du droit français, en étendant les prescriptions. Désormais, tous les cautionnements des personnes physiques au profit de professionnels sont considérés comme des actes solennels. La mention manuscrite devient ainsi une condition de validité de ce type de cautionnement. Et cette mention manuscrite est particulièrement encadrée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Cet article dispose en effet que :

« Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ...couvrant le paiement du principal, des intérêts le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X...n'y satisfait pas lui-même ».

La mention manuscrite requise à titre de validité en matière de cautionnement conclu par une personne physique au profit d'un professionnel est ainsi exactement la même que celle exigée en matière de cautionnement de crédit à la consommation. Au total, la mention étudiée devra figurer dans la quasi-totalité des cautionnements. Le champ

³³¹ Ce texte trouve son origine dans la loi « Neiertz » du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

³³² Loi n° 2003-721 pour l'initiative économique, aussi appelée loi Dutreil.

d'application de l'article L. 341-2 est effectivement très vaste³³³. Le droit commun du Code civil et de son article 1326 a, par conséquent, vocation à n'être utilisé que très rarement³³⁴.

145. On voit ainsi, à travers cette courte étude des formes que doit revêtir le cautionnement, que cet acte est extrêmement formaliste aujourd'hui dans le droit français. Certainement bien plus encore que le droit d'auteur, puisque ici le législateur va jusqu'à imposer la rédaction d'une mention bien précise et « uniquement de celle-ci ». Le formalisme est ici poussé à son extrême ! Une autre mention, signifiant la même chose, mais ne respectant pas les termes imposés par le texte ne saurait être valable. Ce qui n'a pas beaucoup de sens, disons-le clairement. Une formulation révélatrice de la bonne compréhension des choses par la caution n'est pas admissible, sous prétexte qu'il ne s'agit pas des termes précis choisis par le législateur. Mais, faut-il le souligner, cette formule sacramentelle ne garantit aucunement la bonne compréhension par la caution. Ce n'est pas parce que la mention sera reproduite (recopiée) mot à mot, à la virgule près, que la caution saura parfaitement à quoi s'en tenir. Il n'y a qu'à voir, par exemple, les conditions dans lesquelles les agences immobilières font signer les actes de cautionnement d'un bail immobilier. Leur seule préoccupation réside dans le fait que les cautions aient bien porté la mention précise sur le contrat. Mais elles ne veillent généralement pas à la bonne réception des choses par les signataires... Une bonne information, une bonne explication, ne serait-elle pas plus efficace qu'une séance de « lignes d'écriture » ?³³⁵ La philosophie est, bien sûr, la même ici qu'en droit d'auteur. Il s'agit de protéger la partie faible, de veiller à ce qu'elle ait bien conscience de la portée de son engagement (même si, nous venons de le souligner, l'objectif ne semble pas réalisé). En cas de défaillance du débiteur, c'est elle qui devra payer « sur [ses] revenus et sur [ses] biens ». Il faut alors qu'elle sache qu'elle peut être appelée à payer, pendant combien de temps et à quelle hauteur elle peut l'être. Pour le législateur, il n'y a pas de meilleur moyen de s'assurer de sa bonne compréhension qu'en lui faisant rédiger « de sa main » un petit texte qui récapitule son engagement. Nous ne sommes vraiment pas convaincus de l'efficacité du dispositif.

³³³ L'article a vocation à s'appliquer aux cautionnements apportés par des dirigeants sociaux et associés à leur société.

³³⁴ P. Simler, P. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, n° 57

³³⁵ Cf. *supra* n° 104 et suivants pour une étude de ces mentions, jugées incompréhensibles.

Avec le formalisme, que ce soit en droit d'auteur ou dans le cadre d'un cautionnement comme nous venons de le voir, le législateur n'a qu'une volonté : celle de protéger la partie faible, qui souffre d'un déséquilibre contractuel. C'est uniquement dans un but de protection que le législateur prend le parti de se détourner du consensualisme, qui a pourtant, par principe, ses faveurs. Pour autant, cette politique n'engendre-t-elle pas quelques externalités négatives, voire dangereuses ? C'est tout l'objet de la question qui va nous retenir maintenant.

B/ Conséquences dangereuses

146. Nous avons déjà souligné que le formalisme de la mention s'avère, en droit d'auteur comme dans d'autres matières, assez largement inutile et inefficace³³⁶. Mais ce n'est pas ce qui nous semble être le plus grave. Ce qui l'est davantage, en revanche, c'est qu'à travers son régime le formalisme de la mention peut se révéler dangereux. Ainsi, il peut parfois présenter quelques externalités négatives bien plus dérangeantes encore que le simple échec du dispositif d'information. En effet, il est regrettable de ne pas mieux informer la partie faible, de ne pas mieux la protéger. Mais cet échec n'enlève rien à la partie faible : elle n'a pas davantage d'information, mais elle n'en a pas moins non plus. Il s'agit simplement d'un retour à la case départ, au niveau zéro. En revanche, ce formalisme, par l'application qui en est faite, produit certains effets dommageables qui, nous semble-t-il, révèlent le caractère dangereux de la mention. Le formalisme de la mention, s'il se veut protecteur de la partie faible, fait, en effet, naître un certain nombre de risques qui pèsent sur chacune des deux parties. Ainsi, a trop s'occuper de la forme au détriment du fond, ce formalisme devient un véritable piège du consentement (1). En outre, il peut constituer, dans certains cas, une véritable faveur à la mauvaise foi (2). Enfin, il est un élément de fragilisation de chacune des parties (3).

1) un piège du consentement

147. Nous l'avons dit, la loi impose, dans un grand nombre de contrats, la présence de mentions obligatoires, à défaut desquelles le contrat est nul. Ces mentions ont pour objet l'information de la partie faible, sa protection. Si l'on sait

³³⁶ Cf. *supra* n° 94 et suivants et n° 104 et suivants.

bien ce qui se passe en cas d'absence des mentions, l'on peut par contre s'interroger sur ce qu'il advient du contrat lorsque toutes les mentions imposées par la loi y figurent bien, mais que la partie faible s'estime tout de même lésée. Expliquons nous : si les mentions imposées par le législateur figurent bien dans le contrat qui a été présenté à la partie faible et accepté par elle, pour autant, rien ne garantit qu'elle ait bien compris la portée de son engagement, pris conscience de ses droits et de ses obligations. Rien ne garantit qu'elle sache véritablement ce à quoi elle s'est engagée. Si, au cours de l'exécution du contrat, elle se rend compte qu'elle a été trompée, qu'elle ignorait certains éléments de la relation contractuelle, que peut-elle faire ? Dispose-t-elle d'un recours contre le contrat ou bien celui-ci est-il définitivement à l'abri du fait qu'il respecte le formalisme imposé par la loi et que la partie faible en a accepté les termes ?

148. En droit de la consommation, la jurisprudence a répondu à cette question à l'aide de deux décisions importantes rendues par la Cour de cassation. Le premier arrêt date du 14 juin 1989 et a été rendu par la première chambre civile³³⁷. La question se posait en matière de crédit mobilier. Le consommateur estimait que le formalisme n'avait pas suffi à l'éclairer sur certains éléments. Il souhaitait alors passer par le droit commun et faire reconnaître que le professionnel l'avait trompé. La réponse des juges est claire :

« Dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle type qu'il avait lui-même rédigé (...) aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée au cocontractant ».

Ainsi selon cet arrêt, en droit de la consommation, lorsque toutes les mentions requises par la loi figurent bien au contrat, ce dernier ne risque absolument rien³³⁸. Le respect du formalisme suffit à protéger le cocontractant de la partie faible, qui ne peut plus attaquer le contrat même si elle montre qu'elle ne savait pas à quoi elle s'engageait. Le droit commun ne peut lui être d'aucun secours. En cela, on peut parler de piège du consentement. Dès lors que les mentions figurent au contrat et que le

³³⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989 : *JCP*, 1991, II, 21632, note G. Virassamy ; *Dalloz*, 1989, somm., p. 338, obs. J.-L. Aubert ; *RTD Civ.*, 1989, 742, obs. J. Mestre.

³³⁸ Cf. par exemple : F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 262 ; A. Lepage, *op. cit.*, n° 11.

consommateur l'a accepté, il est définitivement et irrémédiablement engagé. Ceci nous semble extrêmement contestable : on voulait protéger la partie faible au rapport contractuel, on en fait finalement une victime. Si le consommateur n'a pas bien compris la portée de son engagement, c'est peut-être parce qu'il n'y a pas fait attention, mais c'est peut-être aussi parce que le législateur l'a perdu à force de vouloir trop en faire³³⁹. De surcroît, on lui enlève la possibilité de recourir au droit commun qui aurait sûrement permis de le protéger de manière efficace. Et on se demande bien d'ailleurs pourquoi le droit spécial de la consommation (mais l'interrogation vaut aussi pour les autres droits spéciaux) et le droit commun des obligations seraient incompatibles³⁴⁰.

L'autre arrêt important à noter, toujours en matière de droit de la consommation, est celui rendu le 27 juin 1995 par la première chambre civile de la Cour de cassation³⁴¹. Cette décision a, incontestablement, assoupli la solution rendue en 1989. Cette fois, le litige était né en matière de crédit immobilier. La question était la même que précédemment, à savoir : le respect du formalisme informatif de la part du professionnel suffit-il à mettre à l'abri le contrat ? Les juges du droit formulent ici une réponse beaucoup plus favorable à la partie faible :

« La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences [de la loi] ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur ».

La Cour de cassation vient ici dire que le respect des mentions requises par le législateur n'est pas suffisant, qu'il faut en outre que le professionnel conseille l'emprunteur³⁴². Avec cette solution, il reste un recours à la partie faible qui a donné son consentement à un contrat qu'elle n'avait pas nécessairement compris. En cela, le devoir de conseil du professionnel est une parade à ce que nous avons appelé le piège

³³⁹ Cf. *supra* n° 111.

³⁴⁰ Sur les rapports entre droit commun et droit spécial, cf. notamment : C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

³⁴¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 1995 : *Dalloz*, 1995, jurispr., p. 621, note S. Piedelièvre ; *RTD Civ.*, 1996, 384, obs. J. Mestre ; *Cont. Conc. Cons.*, 1995, n° 211, obs. G. Raymond.

³⁴² Apparaît alors la distinction entre l'obligation d'information et le devoir de conseil. Selon le Vocabulaire juridique Cornu, l'obligation d'information renvoie au « devoir imposé par la loi, notamment à certains vendeurs professionnels ou à des sociétés, de fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par les moyens adéquats (mentions informatives, publicité) ». Le devoir de conseil, quant à lui, renvoie au « nom parfois donné à l'obligation accessoire implicite à la charge de l'un des contractants, en raison de sa qualification professionnelle, d'aider l'autre, soit dans ses choix, lors de la phase précontractuelle, soit même dans l'exécution du contrat ». L'information est objective ; le conseil va plus loin, est subjectif, s'adapte aux besoins de la partie faible.

du consentement³⁴³. La partie faible n'est pas dépourvue de moyens de se défaire du contrat.

La solution est indiscutablement meilleure que celle de 1989. Une remarque toutefois : en plus du formalisme, le professionnel doit respecter son devoir de conseil. Ne commence-t-on pas à être particulièrement exigeant avec la partie forte ? N'est-on pas en train d'inverser l'équilibre³⁴⁴ ?

Quoi qu'il en soit, la décision de la Cour de cassation montre bien les limites du système d'information et de prévention mis en place par le législateur. En effet, la Cour de cassation ajoute au formalisme pour s'assurer de la bonne compréhension par la partie faible³⁴⁵. La solution serait ainsi caractéristique de la « défiance de la Cour de cassation à l'efficacité des dispositions [législatives], considérant sans doute, que les articles (...) remplissent insuffisamment leur fonction protectrice »³⁴⁶. Cette démarche, qui fait, quoi qu'ils en disent, transparaître les doutes des juges relativement à l'efficacité du formalisme informatif, ne fait qu'ajouter à notre scepticisme quant à la technique contractuelle.

149. La solution que nous venons de présenter vaut en matière de droit de la consommation. Mais en va-t-il de même pour les autres matières, et spécifiquement pour le droit d'auteur ? Existe-t-il un devoir de conseil du professionnel envers l'auteur lors de la signature du contrat ? L'auteur qui s'engage dans une relation contractuelle avec un éditeur, par exemple, a-t-il un moyen de la remettre en cause alors qu'il a accepté les termes de la convention et que toutes les mentions requises par le Code de la propriété intellectuelle sont bien présentes ? Nous l'avons déjà souligné³⁴⁷, il nous semble qu'il faille répondre par la négative ici : aucun devoir de conseil spécifique n'est prévu en la matière. Sauf à considérer que le devoir de conseil est un concept général et devrait, à ce titre, être respecté en tous secteurs et

³⁴³ Cf. *supra* n° 115 et suivants pour un développement sur l'obligation préalable d'information.

³⁴⁴ Cf. *infra* n° 226 et suivants.

³⁴⁵ Cf. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 262 : « La Haute juridiction a entrepris de remédier aux effets pervers du formalisme informatif en découvrant, à la charge de certains professionnels sur lesquels pèse l'obligation de délivrer des informations réglementées, un devoir de conseil, voire de mise en garde ».

³⁴⁶ S. Piedelièvre, dans son commentaire de l'arrêt du 27 juin 1995, *op. cit.* L'auteur ajoute que les dispositions revêtent « un caractère abstrait et standardisé. Certains documents (...) sont parfois difficilement compréhensibles pour des profanes. Le devoir de conseil exigé ici par la Cour de cassation sert, en réalité, à personnaliser l'information et à l'adapter aux besoins de l'emprunteur ». Il termine en estimant que « d'une certaine façon, le professionnel doit assister la réflexion du profane ».

notamment lors de l'opération de cessions des droits d'auteur (ce qui n'a jamais été fait pour l'heure, à notre connaissance), aucune parade au piège du consentement n'existe ici. L'auteur qui s'engage et qui découvre a posteriori qu'il n'a pas été suffisamment informé aura du mal à attaquer le contrat³⁴⁸.

150. Cet aspect « piège du consentement » du formalisme montre bien à quel point la priorité est aujourd'hui, dans un grand nombre de domaines, donnée à la forme davantage qu'au fond³⁴⁹. L'important est que le contrat respecte les formes prescrites par la loi. On se préoccupe finalement assez peu de la bonne compréhension des choses par la partie faible. Le législateur, par le biais du système d'information et de prévention, lui donne les moyens de s'informer, considérant que l'essentiel du problème est ainsi réglé. Mais la question de la réception de l'information ne semble pas faire partie de sa problématique. L'information virtuelle semble être bien plus importante que l'information effective.

La solution passe à nouveau, selon nous, par la marginalisation du formalisme informatif et la généralisation de l'information préalable³⁵⁰. Parce que la seconde est beaucoup moins formelle que le premier, le fond reprendrait l'avantage sur la forme et ainsi le consentement ne serait plus piégé.

Si le formalisme de la mention peut parfois être assimilé à un véritable piège du consentement, il peut également apparaître comme favorisant la mauvaise foi des parties.

2) une faveur à la mauvaise foi

151. Il s'agit ici du problème inverse à celui que nous venons d'évoquer. En effet, lorsque toutes les mentions sont présentes, mais que pour autant l'information a mal circulé, le contrat est souvent inattaquable et le consentement des parties se retrouve ainsi

³⁴⁷ Cf. *supra* n° 121.

³⁴⁸ Cf. *infra* n° 147.

³⁴⁹ Cf. L. Aynès, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 70, n° 11 : « par le jeu de l'écrit et des mentions obligatoires, toute recherche de volonté des parties devient inutile. L'acte – son existence, son contenu, ses effets – dépend de ce qui est écrit, non de ce qui est voulu ».

piégé. Par contre, lorsqu'une mention manque, cela ne signifie pas forcément que la partie faible ignorait l'information. Pour autant, puisque le formalisme prescrit par le législateur n'a pas été respecté, la partie faible peut attaquer le contrat. En cela, l'on peut dire que le formalisme de la mention apparaît parfois comme une faveur donnée à la mauvaise foi.

Expliquons-nous plus longuement. Le législateur a prévu, dans certains contrats, un système d'information et de prévention au bénéfice de la partie faible. Le postulat de départ est celui selon lequel cette partie ne dispose pas des connaissances suffisantes pour lui permettre de contracter sereinement. Elle est totalement profane dans la matière à laquelle est relative le contrat. Mais en réalité, les compétences de la partie présumée faible sont extrêmement variables. Ainsi, là où certains n'auront absolument aucune information préalable, d'autres sauront exactement à quoi s'attendre de par leur expérience personnelle. Par exemple, ce n'est pas tout à fait la même situation lorsqu'un cordonnier va consulter sa banque pour conclure un prêt immobilier que lorsqu'un agent immobilier (qui contracte pour ses besoins personnels, bien entendu) entame la même démarche. Il est ainsi indéniable que derrière l'expression « partie faible » se cachent des individus aux caractéristiques hétérogènes. Il arrive donc parfois que cette partie n'ait aucunement besoin du dispositif d'information prévu par la loi. Que le contrat qu'elle conclut présente bien toutes les mentions requises ou non, cela ne change rien au fait qu'elle sait précisément ce à quoi elle s'engage. Ce qui nous confirme dans l'idée qu'il faudrait, de manière générale, prendre en considération les qualités de cette partie faible : il faudrait apprécier *in concreto* ses compétences et connaissances afin de lui fournir une information plus appropriée³⁵¹.

152. Ainsi, et pour revenir à notre problématique, rien n'empêche la partie faible de faire preuve de mauvaise foi³⁵². Imaginons qu'en cours d'exécution du contrat, elle se rende compte qu'elle n'en a plus besoin ou que les conditions ne lui conviennent plus. Si une mention exigée à peine de nullité par la loi manque au contrat, elle aura alors un moyen inespéré de l'attaquer. Et puisque la mention

³⁵⁰ Cf. *supra* n° 115 et suivants.

³⁵¹ Cf. *supra* n° 122 et suivants.

manquante était obligatoire, les juges n'auront d'autre choix que de prononcer la nullité du contrat³⁵³, en expliquant que la partie à protéger n'a pas bénéficié d'une information suffisante. Il y aurait alors incontestablement mauvaise foi de la part de la partie faible. Cette situation est difficilement acceptable, puisqu'elle remet en cause la parole donnée pour une bien mauvaise raison³⁵⁴.

Prenons un exemple en droit d'auteur, à partir de faits réels qui ont donné lieu à une action en justice³⁵⁵. Une commune cherche à communiquer sur son attractivité et décide de faire appel à une agence de publicité, afin que celle-ci réalise une campagne. Un logo et un slogan sont réalisés et dévoilés au public. Alors que les relations entre les deux parties ne sont plus au beau fixe, la commune continue à utiliser les créations de l'agence. Cette dernière agit alors contre la commune en contrefaçon. L'agence estime que son ancienne cliente n'est pas titulaire des droits, qu'il n'y a pas eu cession des droits³⁵⁶ à la commune. En réalité, la volonté de céder les droits ne faisait pas beaucoup de doute, l'agence ayant elle-même incité sa cliente à continuer à exploiter les créations « dans l'avenir et sur tout l'espace national ». Mais il n'y avait pas de véritable cession expresse. L'agence a ainsi tenté d'utiliser cet argument, sur le fondement de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, pour se libérer de son engagement et, de ce fait, nuire à la commune avec qui elle avait eu quelques différends. En l'occurrence, la Cour de cassation a rejeté les prétentions de l'agence et conclu que la commune était bel et bien titulaire des droits d'auteurs. Le fait est que l'agence qui demandait la condamnation de la commune pour contrefaçon n'avait pas la qualité d'auteur. Elle n'était en effet que cessionnaire des droits et, en application de la jurisprudence Perrier³⁵⁷, elle ne pouvait pas invoquer les règles du Code de la propriété intellectuelle. C'est ce subterfuge qui a permis à la Cour de cassation d'écarter la demande de l'agence. Mais qu'aurait-elle décidé si l'auteur de l'œuvre litigieuse n'avait pas cédé ses droits à une agence et

³⁵² Sauf évidemment l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui prône le respect de la bonne foi dans l'exécution des contrats. Mais alors il faudra prouver cette mauvaise foi, ce qui n'est jamais très aisé...

³⁵³ Nullité dans certains cas (notamment en droit d'auteur), mais aussi d'autres sanctions comme la déchéance du droit aux intérêts en droit de la consommation.

³⁵⁴ Cf. par exemple : J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, n° 22 : « [La surprotection] risque aussi d'être abusivement utilisée par les consommateurs les plus malins ».

³⁵⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 février 2002, *Prop. Intell.*, octobre 2002, n° 5, p. 53, obs. A. Lucas ; *RIDA*, 2002, 399.

³⁵⁶ Cf. *infra* n° 319 pour une étude de la cession des droits dans le cadre publicitaire.

³⁵⁷ Cf. *supra* n° 135.

avait agi directement en son nom ? Les juges du droit auraient sans doute rendu une solution différente et certainement conclu à la contrefaçon. Et pourtant, nul doute ici que cet auteur se serait servi d'un manquement au formalisme prescrit par le législateur pour tenter d'échapper à ses obligations. La mauvaise foi aurait été on ne peut plus évidente. C'est une véritable solution de facilité que de recourir à pareil argument. Il s'agit d'une méthode qui va contre le principe de respect des engagements, pourtant prescrit avec force par le Code civil en son article 1134. M. Lucas écrit d'ailleurs dans son commentaire de l'arrêt visé que « la vérité est que l'application stricte du formalisme des cessions de droits d'auteur offre trop d'échappatoires à des cédants peu respectueux de la parole donnée ».

On voit bien, à travers cet exemple, la tentation qui peut exister à instrumentaliser le formalisme à des fins pour le moins regrettables. Il s'agit là d'une démarche parfaitement opportuniste, visant à se défaire d'un engagement pourtant contracté en toute conscience.

Autre exemple, toujours en droit d'auteur : un photographe spécialisé dans le cliché de musiciens passe un contrat avec un éditeur afin que ses œuvres servent à l'illustration d'une encyclopédie. Le document signé par les parties précise que les photographies ne peuvent être reproduites que sur « des fascicules, jaquettes et livres de cassettes et de CD ». Le photographe se rend compte que ses clichés sont reproduits sur des couvertures cartonnées de livres (en réalité, compilations de plusieurs fascicules). Il n'a pas autorisé ce type d'exploitation. Il assigne l'éditeur en contrefaçon. A nouveau, il semble que la mauvaise foi ne soit pas loin : il a autorisé la reproduction sur des fascicules, mais l'utilisation de son œuvre sur un livre rassemblant plusieurs fascicules lui poserait problème... Les juges ont d'ailleurs ici noté la singularité de la demande puisqu'ils ont considéré que « ces livres cartonnés sont des volumes reprenant à l'identique lesdits fascicules ». Ils ont, fort logiquement, débouté le photographe de sa demande³⁵⁸. M. Lucas, écrit, au sujet d'une autre affaire parfaitement similaire, qu'« il ne faut pas que la règle d'interprétation stricte serve à cantonner systématiquement la portée de la cession au mépris de la bonne foi contractuelle »³⁵⁹.

³⁵⁸ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 17 septembre 2004, *Prop. Intell.*, janv. 2005, p. 63, A. Lucas.

153. C'est ainsi qu'il est possible de dénoncer l'automatisme de la sanction. Nous l'avons déjà dit, rendre la sanction, en l'occurrence la nullité, systématique dès lors que le formalisme informatif n'a pas été respecté à la lettre, revient à faire prévaloir, de manière indéniable et plutôt contestable, la forme sur le fond. La nullité vient sanctionner le non respect de prescriptions législatives, sans chercher à savoir si la partie faible que l'on tente ici de protéger a véritablement souffert de ce prétendu manque d'information ou si elle cherche simplement à se défaire d'un engagement devenu inutile par le biais d'une irrégularité de forme particulièrement bienvenue. La sanction est, en quelque sorte, aveugle. A vouloir être trop générale, elle finit par s'appliquer à des situations pourtant parfaitement équilibrées, dans lesquelles les droits de chacune des parties ont été respectés. Cela nous paraît complètement absurde. Si le formalisme ne sert pas à réparer une situation réellement préjudiciable, il tourne à vide.

Face à ce constat, certains auteurs proposent, au lieu de prononcer une nullité systématique, de recourir à un adage bien connu de la procédure civile, « pas de nullité sans grief ». L'objectif est de ne sanctionner par la nullité que si l'absence d'information (et donc le manquement au formalisme informatif) a réellement vicié le consentement de la partie faible et lui a effectivement causé un préjudice. Autrement dit, on vérifie, par l'intermédiaire du droit commun et de sa théorie des vices du consentement, que l'approbation de la partie à protéger a été donnée dans des conditions douteuses et que cela lui a causé un dommage³⁶⁰, avant, devant ce constat, de prononcer la nullité. La sanction n'est alors plus aveugle et automatique, mais consciente et raisonnée. M. Lagarde, notamment, est favorable au recours à cet adage pour l'application de la sanction en cas de manquement au formalisme informatif. Il écrit qu'« ainsi les règles de forme seraient-elles sanctionnées sans que la sanction constitue une faveur à l'esprit de chicane »³⁶¹. De même, M. Mazeaud estime que « plutôt qu'une sanction automatique, on peut se demander s'il ne serait pas opportun de prévoir (...) une sanction (...) dont le prononcé serait subordonné à la preuve par le consommateur que son consentement a été altéré, en raison de

³⁵⁹ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 17 septembre 2004, *op. cit.*

³⁶⁰ Par exemple, elle aurait pu bénéficier d'une meilleure opération dans le cadre d'un autre contrat si elle n'avait pas été trompée par son cocontractant.

l'omission de la mention informative »³⁶². D'autres auteurs partagent ce point de vue. On peut lire par exemple qu' « avant de prononcer [la nullité], il serait (...) préférable de vérifier que le consentement de celui qui devait bénéficier de l'information a été vicié. Facultative pour le juge, la nullité ne serait prononcée que si l'omission d'une information a effectivement trompé le cocontractant »³⁶³. Il a également été écrit que : « s'il apparaîtrait, en cas de manquement véniel de forme, que le consommateur n'en a pas souffert, n'est-il pas plus raisonnable de ne pas prononcer cette [sanction], ou bien seulement dans une mesure modeste ? (...) Le juge doit rechercher si l'omission des mentions a eu pour effet de vicier le consentement de l'acquéreur »³⁶⁴.

Nous partageons assez largement ce point de vue. Il nous semble qu'une sanction n'est jamais mieux perçue, ni mieux acceptée, que lorsqu'elle est appliquée de manière adaptée et opportune. En cela, la sanction du manquement au formalisme informatif ne doit être que facultative. Il ne faut prononcer la nullité (puisque c'est ici la sanction classique) que si le manquement à la forme prescrite par le législateur a véritablement provoqué un vice du consentement chez la partie faible. Il ne faut pas se contenter de constater que le formalisme informatif n'a pas été respecté. Il faut rechercher si ce non respect a eu une incidence sur le consentement de la partie à protéger. Si, et seulement si, son consentement a été vicié (par une erreur ou un dol principalement), il faudra alors que le juge prenne la décision de prononcer la nullité. En droit d'auteur, cela revient à s'assurer que l'auteur qui demande la nullité du contrat a bien été trompé et que cela lui a causé un préjudice. Par exemple, un écrivain a signé un contrat d'édition qui lui a été présenté de manière faussement avantageuse et a dû, par conséquent, refuser d'autres propositions finalement plus intéressantes pour lui. Dans ce cas, l'auteur a bien été trompé et cela lui cause un dommage (perte de chance).

³⁶¹ X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, 1999, I, 170, n° 19.

³⁶² D. Mazeaud, dans son commentaire d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation : *Dalloz*, 2002, 71.

³⁶³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 262.

³⁶⁴ A. Lepage, *op. cit.*, n° 25

154. Fort heureusement, il existe déjà certaines exceptions à l'automatisme de la sanction, au rang desquelles on compte la vente du fonds de commerce³⁶⁵. L'article L. 141-1 du Code de commerce présente les mentions que doit contenir l'acte de vente du fonds de commerce. Le texte précise que « *l'omission des énonciations (...) prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente* ». La jurisprudence a déjà eu l'occasion à plusieurs reprises de préciser que pour obtenir la nullité, l'acquéreur devait prouver que son consentement avait été vicié et qu'il avait subi un préjudice³⁶⁶. Ainsi, la sanction n'est pas ici automatique, elle est conditionnée à la constatation d'un vice du consentement et d'un préjudice pour l'acquéreur. Ce qui nous paraît opportun.

Il faut donc, selon nous, généraliser cette exception et faire de la sanction en cas de manquement au formalisme informatif, une sanction facultative et subordonnée à la constatation d'un vice du consentement. Il s'agit ainsi de rendre toute sa place au droit commun, notamment à travers la théorie des vices du consentement, qui doit servir à raisonner la sanction. Ainsi, il faut redonner l'avantage au fond sur la forme. En appliquant l'adage « pas de nullité sans grief », on évite les risques de mauvaise foi et donc les utilisations abusives, les instrumentalisation du dispositif de protection de la partie faible.

Un nouvel effet pervers est donc caractérisé. Nous ne pouvons que regretter ces risques de mauvaise foi et nous interroger sur la réelle valeur d'un dispositif qui entraîne de tels effets pervers. Peut-on, sous prétexte de vouloir protéger la partie faible, fermer les yeux sur des conséquences aussi malheureuses ? Nous n'en sommes pas convaincus. D'autant plus qu'une nouvelle « externalité » négative est à noter : le formalisme de la mention conduit à une fragilisation des parties.

3) une fragilisation des parties

155. Le formalisme, et notamment celui des mentions, a pour objectif, nous ne cessons de le répéter, de protéger la partie faible contre les présumées mauvaises intentions

³⁶⁵ Il existe d'autres domaines dans lesquels le juge bénéficie de liberté : il peut ou non prononcer la sanction du formalisme dans le cadre d'un contrat de crédit immobilier par exemple.

de la partie forte. Le but est donc de rééquilibrer le rapport, d'améliorer la situation du faible, sans pour autant porter atteinte à celle du fort. Il apparaît cependant que, malgré le noble but de protection qu'il s'est assigné, le formalisme a des effets secondaires qui viennent fragiliser chacune des deux parties.

156. Du côté de la partie faible d'abord, puisqu'il s'agit ici de l'aspect le plus paradoxal. Nous avons déjà dit que le formalisme peut se transformer en un véritable piège du consentement et ainsi se retourner contre la partie à protéger. C'est un élément indéniable de fragilisation. Mais au-delà encore, il est loisible de détecter d'autres facteurs de risque. Ainsi, il nous semble important de souligner le fait que le dispositif de protection et d'information mis en place par le législateur à travers l'exigence de mentions particulières peut amener à une perte de responsabilité de la partie faible. Cette dernière peut en effet considérer que le formalisme est là pour pallier son manque de connaissance, pour éviter que son cocontractant n'abuse de sa position. Elle peut alors en déduire qu'elle n'a pas le moindre effort à fournir pour connaître l'étendue de son engagement, que la loi est là pour voler à son secours en cas de problème. Ce n'est pas, nous semble-t-il, une bonne solution. Assister la partie faible, la sur-protéger peut l'amener à se reposer sur ses lauriers, à ne pas tenter de défendre elle-même ses propres intérêts³⁶⁷. L'excès de formalisme conduit à une déresponsabilisation des individus en position de faiblesse. Ce n'est pas dans ces circonstances que l'on peut s'attendre à un véritable changement de comportement des contractants, qui permettrait peut-être au rapport de force de se rééquilibrer davantage de lui-même. Comme l'écrivent MM. Calais-Auloy et Temple au sujet du droit de la consommation, « il est dangereux de donner aux consommateurs l'impression que la loi les protège en toutes circonstances et de créer ainsi chez eux une mentalité d'assistés, voire d'incapables. La surprotection risque de perpétuer une situation de faiblesse dans laquelle se trouve la plupart des consommateurs »³⁶⁸. M.

³⁶⁶ Cf. par exemple : Cass., Com., 21 juillet 1953, *Gaz. Pal.*, 1953, 2, 316 ; Cass., Com., 10 mai 1982, *Bull. Civ. IV*, n° 166 ; Cour d'appel de Caen, 31 mars 2005, *JCP E*, 2005, n° 31-34, p. 1318.

³⁶⁷ En matière d'assistance et de déresponsabilisation, nous pouvons citer l'article L. 311-5 alinéa 6 du Code de la consommation qui exige que la mention « *Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager* » figure dans toutes les publicités pour un crédit à la consommation, exceptées celles qui sont radiodiffusées. Dans la même veine que les célèbres « *Fumer tue* » et « *Pour votre santé, évitez de manger trop gras, trop salé, trop sucré* », cette mention nous montre une nouvelle fois que le législateur n'a rien trouvé de mieux que de prendre les consommateurs pour des incapables afin de se donner l'impression de régler les problèmes.

³⁶⁸ J. Calais-Auloy et H. Temple, *op. cit.*, n° 22.

Malaurie enfonce le clou : « [La législation consumériste] tend à faire du consommateur un ignorant et un incapable majeur ; l'esprit de sécurité et le refus du risque sont les maladies mortelles des sociétés industrielles contemporaines : la vie n'existe et ne se développe que là où il y a aventure »³⁶⁹. On peut ainsi dire que le formalisme conduit à fragiliser la partie qu'il entend pourtant protéger, en ce qu'il conforte sa position de faiblesse plutôt que de lui donner de véritables moyens de se défendre. Cet écueil serait évité si l'obligation préalable d'information était généralisée : la partie faible, puisqu'elle devrait composer avec ses compétences et capacités personnelles et non plus seulement se reposer sur l'information que la loi estime devoir porter à sa connaissance, serait moins fragilisée, car moins assistée.

157. De l'autre côté, celui de la partie forte, l'exigence de mentions particulières dans les contrats entraîne également son lot d'effets fragilisant. On pourrait prétendre que cela est davantage normal puisque le formalisme n'est pas dédié à sa protection. Certes, mais là où la chose nous paraît moins normale, c'est quand le formalisme ne se contente pas de lutter contre les « abus de position dominante » de la partie forte, mais qu'il va jusqu'à inverser le déséquilibre au profit de la partie faible. En effet, certains aspects du formalisme ont pour conséquence de mettre la partie forte en situation de faiblesse vis à vis de son contractant. Le constat apparaît clairement lorsqu'on examine de près le lot d'obligations de forme qui pèse sur la partie forte. La moindre inattention, le moindre oubli peut être fatal, alors même que le consentement de la partie faible pouvait être conscient et entier lors de la conclusion du contrat. Cela renvoie à notre développement sur les risques de voir apparaître des comportements de mauvaise foi³⁷⁰. Plus largement, la rédaction de certains contrats peut s'avérer extrêmement difficile³⁷¹. Le législateur et le juge sont devenus excessivement exigeants avec la partie forte alors qu'ils ne le sont absolument pas avec la partie faible. La partie forte doit tout prévoir, ne rien oublier, donner le maximum d'informations précises à la partie faible, alors que cette dernière n'a pas le moindre effort à fournir pour défendre ses propres intérêts. En cela, il y a une véritable inversion du déséquilibre : la partie forte n'est peut-être plus celle que

³⁶⁹ P. Malaurie, *L'effet pervers des lois*, Ecrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p. 309, n° 7.

³⁷⁰ Cf. *supra* n° 151.

³⁷¹ Cf. la formule adaptée par M. Gautier : « Ne rédigez vos clauses qu'en tremblant ! » : P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 466.

l'on croit³⁷². La généralisation de l'information préalable, à nouveau, permettrait de gommer cet écueil : tout ne reposerait pas sur les épaules du professionnel qui, s'il devrait transmettre une information appropriée à la partie faible, n'aurait pas à aller au-delà des connaissances de cette dernière et ne risquerait pas de subir son éventuelle mauvaise foi.

Ajoutons à cela le coût que le respect du formalisme engendre pour la partie forte³⁷³ : les exigences législatives et jurisprudentielles sont tellement importantes qu'il paraît improbable de se passer des services d'un juriste pour la rédaction des contrats. Ce qui coûte forcément cher. Notons que cet aspect est aussi une chose négative pour la partie faible, puisque, de manière certaine, c'est sur elle que la partie forte va répercuter ce coût (en augmentant le prix de l'opération du côté du droit de la consommation ou en abaissant la part revenant à l'auteur en droit d'auteur par exemple).

Le formalisme de la mention apparaît donc comme étant un moyen de fragilisation, tant de la partie faible que de la partie forte. Nouvel effet pervers qui, s'ajoutant à tous ceux déjà étudiés, ne fait que renforcer nos doutes quant à la pertinence du choix de la technique contractuelle en droit d'auteur.

158. Finalement, nous avons montré que le formalisme de la mention mis en place par le législateur concernant la détermination de l'objet du contrat d'auteur n'est pas efficace. L'objectif assigné de protection de la partie faible n'est pas atteint puisque l'auteur ne comprend pas mieux la portée de son engagement et que l'équilibre contractuel n'est pas restauré. Mais cet échec n'est pas le plus grave. Il existe, en outre, des risques à exiger la présence de certaines mentions dans un contrat : piège du consentement, faveur à la mauvaise foi, fragilisation des parties. Puisque l'objectif est manqué et que les effets pervers sont nombreux, il faut conclure que le bilan de la loi n'est pas très positif. A ce stade, le seul élément susceptible de nuancer le constat réside dans les prédictions de Flour : si la loi présente trop d'effets

³⁷² A. Lepage, *op. cit.*, écrit à propos du droit de la consommation qu'il « permet dans certains cas qu'un autre déséquilibre s'instaure, au détriment du professionnel. Comme souvent en présence d'un régime protecteur, celui qui était considéré comme faible devient à son tour puissant ».

indésirables, le juge est censé tempérer les choses en faisant preuve de pragmatisme dans l'application des dispositions législatives. Nous allons vite constater (nous avons d'ailleurs déjà un peu commencé) que les juges font mentir Flour en droit d'auteur, tant il est vrai que la plupart des magistrats font une application pour le moins littérale des exigences posées par le Code de la propriété intellectuelle, ce qui contribue à exacerber les effets pervers dénoncés.

Section 3 – L'intransigeance du juge

159. Nous avons déjà eu l'occasion d'effleurer le problème quand nous avons présenté toutes les mentions exigées par le Code de la propriété intellectuelle et que nous avons vu que les juges faisaient en général une application stricte des exigences textuelles. Ainsi, nous avons remarqué que les juges sanctionnaient les clauses aux termes trop généraux et qu'ils exigeaient des clauses déterminant précisément le cadre spatio-temporel de la cession³⁷⁴. A travers ces quelques exemples, nous avons déjà aperçu une tendance sérieuse des juges à être particulièrement rigoureux quant au respect des dispositions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. Pour faire davantage apparaître ce mouvement, concentrons-nous sur deux affaires particulièrement révélatrices (§1), avant de tenter de tirer un bilan de nos constatations (§2).

§1 - Etude des rigidités de la jurisprudence

160. La première affaire, récente, concerne l'exploitation à titre de marque d'un dessin pour lequel les droits d'exploitation avaient été cédés (A). La seconde a trait à la mention du nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage qui doit figurer dans un contrat d'édition (B).

A/ Rigidité quant à l'utilisation des droits dérivés

³⁷³ Cf. par exemple : J. Calais-Auloy et H. Temple, *op. cit.*, n° 22.

³⁷⁴ Cf. *supra* n° 77 notamment.

161. Nous allons analyser ici la solution rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 février 2010³⁷⁵. Les faits sont les suivants : un individu réalise un dessin dont il cède les droits à la société L'Oréal en vue de la reproduction dudit dessin sur l'emballage du parfum « Loulou ». Tout se passe bien jusqu'à ce que l'entreprise décide de déposer le dessin à titre de marque, afin de « maximiser » la protection de son produit, ce qui peut légitimement se concevoir sur un marché aussi concurrentiel que celui du luxe. Mais l'auteur ne l'entend pas de la sorte et considère que cela dépasse le cadre de l'exploitation qui était initialement prévue par le contrat de cession. Il attaque ainsi l'entreprise en contrefaçon. Les juges du fond lui donnent raison et condamnent effectivement l'entreprise sur le terrain de la contrefaçon. La société L'Oréal forme un pourvoi en cassation. Elle fonde son moyen sur les articles 1134 et 1135 du Code civil et estime que le dépôt à titre de marque de l'emballage sur lequel était reproduit le dessin ne constitue pas un acte de contrefaçon. Selon elle, cela n'est que la suite logique de l'obtention des droits sur le dessin et de l'exploitation de l'emballage. La question qui se pose ainsi à la Cour de cassation est de savoir si la société pouvait légitimement déposer le dessin à titre de marque alors que cela n'avait pas été expressément prévu par le contrat de cession des droits. Les juges du droit répondent clairement par la négative. Ils estiment que « *l'acte de cession ne précisait pas que le dessin pouvait être déposé à titre de marque* » et ajoutent qu' « *aucun usage [n'impose] qu'à elle seule et sauf clause contraire expresse, la cession des droits de reproduction d'une œuvre sur des étuis et emballages implique cession du droit de déposer ce dessin en tant que marque* ». La Cour de cassation rejette dès lors le pourvoi de l'entreprise et confirme par conséquent sa condamnation en contrefaçon.

Ainsi, la Cour de cassation considère ici que la société n'aurait pas dû déposer le dessin à titre de marque puisque cela n'était pas prévu par le contrat de cession des droits. En effet, celui-ci ne prévoyait que la reproduction du dessin sur l'étui de la ligne de produits. En aucun cas il n'était fait mention d'un possible dépôt du décor à titre de marque figurative. La réflexion des juges est simple : le contrat ne prévoit pas ce type d'exploitation, la société ne pouvait pas y recourir. Autrement dit, si la société voulait absolument déposer le dessin à titre de marque, il fallait qu'elle le

³⁷⁵ Cass. Com., 16 février 2010 : *Bull. Civ., IV*, ° 40 ; *Com. com. électr.*, 2010, n° 33, C. Caron ; *RTD Com.*, 2010, p. 314, F.

précise dans le contrat de cession des droits, conformément à la philosophie de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, ce dernier précise que le contrat doit comporter mention de « chacun des droits cédés » et doit déterminer le « domaine d'exploitation des droits cédés », notamment quant à « son étendue et à sa destination »³⁷⁶. On l'a dit, cette disposition implique que tout ce qui n'est pas expressément cédé dans le contrat au cessionnaire des droits est conservé par l'auteur. Ainsi, appliqué à l'espèce, puisque le droit de déposer le dessin à titre de marque n'était pas prévu par le contrat, cette prérogative était censée être conservée par l'auteur. L'entreprise ne pouvait pas recourir à ce mode d'exploitation. En le faisant, elle a dépassé les limites contractuelles et se retrouve donc condamnable sur le terrain de la contrefaçon. Les juges de la Cour de cassation ont ainsi fait ici une application littérale du formalisme du Code de la propriété intellectuelle.

162. Si juridiquement la solution est justifiable, il n'en reste pas moins que l'on peut se poser la question de l'opportunité d'une application aussi rigoureuse des principes du Code de la propriété intellectuelle. En pratique, cette application mécanique des textes aboutit à une condamnation en contrefaçon de l'entreprise, ce qui est loin d'être anodin. On ne pourrait qu'approuver une telle sanction si la société avait « piraté » le dessin sans avoir obtenu aucun droit d'exploitation, c'est à dire sans avoir conclu le moindre contrat de cession avec l'auteur. Or, ce n'est pas ce qui s'est passé ici. La société a bien négocié avec l'auteur, elle a passé un contrat de cession de droits avec lui, contrat qui prévoyait que le dessin pouvait être reproduit sur tous les produits de la gamme. Pour protéger sa collection contre les concurrents et les parasites, très nombreux et très puissants dans un secteur comme celui du luxe, la société a simplement décidé de s'assurer le plus de moyens de défense possibles. Pour elle, cela passait nécessairement par le dépôt du dessin à titre de marque figurative. Et pour ce faire, elle ne s'est pas interrogée sur la question de savoir si elle pouvait ou non réaliser ce dépôt en vertu du contrat : pour elle cela ne constituait que la suite logique de l'obtention du droit de reproduction. Peut-on légitimement le lui reprocher ? Il nous semble difficile de lui tenir rigueur d'avoir voulu assurer le

Pollaud-Dulian ; *Dalloz*, 2010, AJ, 581.

³⁷⁶ Cf. *supra* n° 74 et suivants pour une étude approfondie de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle et de ses implications.

maximum de protection au dessin pour lequel elle avait obtenu le droit de reproduction. Il nous semble, finalement, délicat de la condamner pour avoir mis en œuvre tous les moyens qui s'offraient à elle pour protéger l'œuvre de l'auteur d'une atteinte certaine de la part de parasites. Que l'on s'entende bien : la lutte contre la contrefaçon est extrêmement compliquée à mener, les actions n'aboutissent pas souvent. Celles qui parviennent à déboucher effectivement sur une condamnation des contrefacteurs sont celles menées par les entreprises du luxe sur le terrain du droit des marques. Il semble donc paradoxal de reprocher à une entreprise de vouloir défendre ses intérêts, et par là même ceux de l'auteur.

Ainsi, il nous semble que la décision rendue par la Cour de cassation n'est pas opportune. Les juges du droit ont réalisé ici une application on ne peut plus stricte des textes du Code de la propriété intellectuelle qui nous paraît contestable. La société n'a pas eu un comportement véritablement répréhensible. Tout au plus a-t-elle fait preuve d'une certaine maladresse, d'une certaine imprécision. Mais cela ne nous paraît pas justifier une condamnation en contrefaçon. D'autant que, le raisonnement développé par l'entreprise dans le moyen de son pourvoi devant la Cour de cassation est parfaitement recevable. Les articles 1134 et 1135 du Code civil permettent en effet d'envisager les choses sous un angle différent et d'assouplir l'application des règles du droit d'auteur. Cela nous conforte dans l'idée qu'il faut impérativement combiner le droit commun avec le droit spécial d'auteur. Le premier doit rendre le second plus malléable, plus conforme aux réalités pratiques³⁷⁷. Par ailleurs, la jurisprudence a déjà choisi ce raisonnement, ce qui montre bien que les juges ne sont pas (tous) complètement fermés à une évolution dans la manière d'appliquer les règles³⁷⁸.

163. Quoi qu'il en soit, l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 16 février 2010 montre bien une certaine rigidité des juges quant à l'application du formalisme imposé par le Code de la propriété intellectuelle en droit d'auteur. L'application est ici mécanique, littérale, aveugle, sans prise en compte de l'équité, de l'opportunité, des conséquences pratiques. Elle nous paraît exagérée. Dans tous les cas, elle fait mentir Flour. Ici, le juge n'a pas revêtu l'habit du

³⁷⁷ Cf. *infra* n° 332 et suivants.

modérateur. Il n'a fait preuve d'aucune nuance. Il n'a pas adapté la règle au cas d'espèce qui se présentait à lui.

L'affaire « Loulou » constitue ainsi un bon exemple de la rigidité dont peut parfois faire preuve le juge lorsqu'il doit statuer sur les questions liées au respect du formalisme dans les contrats d'auteur. Une autre affaire, récente elle aussi, vient renforcer ce mouvement et confirmer le sentiment selon lequel la jurisprudence a bel et bien décidé de ne pas être fidèle aux prédictions de Flour.

B/ Rigidité quant aux obligations du cessionnaire des droits

164. Un autre arrêt qui illustre bien le mouvement de rigidité d'une partie des juges est celui rendu par la Cour d'appel de Paris le 28 mars 2008³⁷⁹. Cet arrêt a été rendu sur renvoi après cassation. Pour bien comprendre le sens de la décision, il convient de reprendre l'affaire à son commencement et, en particulier, d'étudier l'arrêt de la Cour de cassation.

L'auteur demandait en justice l'annulation de différents contrats (édition et production audiovisuelle) par lesquels il avait cédé ses droits d'exploitation sur des musiques destinées à l'illustration d'œuvres audiovisuelles à deux sociétés éditrices. La première cour d'appel (Versailles, 26 février 2004) avait fait droit à sa demande, en se fondant, notamment, sur une disposition contractuelle qui dispensait l'éditeur de ses obligations d'éditer en nombre l'œuvre et de l'exploiter. La Cour de cassation, par un arrêt du 13 juin 2006 casse et annule l'arrêt d'appel en retenant que :

« Ne contrevient pas aux dispositions légales et ne dispense pas l'éditeur de son obligation essentielle d'édition et d'exploitation de l'œuvre, le contrat qui, pour des œuvres destinées à être diffusées sous forme d'enregistrement pour l'illustration musicale, dispense l'éditeur de procéder ou de faire procéder à la publication

³⁷⁸ Cf. notamment affaire « Hachette », *infra* n° 338.

³⁷⁹ Cour d'appel de Paris, 28 mars 2008 : *RTD Com.*, 2008, F. Pollaud-Dulian, p. 313.

graphique de celle-ci et à son exploitation discographique auprès du public par l'intermédiaire d'une distribution traditionnelle »³⁸⁰.

En clair, la Cour de cassation permet à l'éditeur de se dispenser des obligations traditionnelles (publication graphique et exploitation discographique) dès lors que le type d'œuvre musicale le permet : il s'agissait ici de musiques destinées à sonoriser des films, les juges ont alors estimé qu'il n'y avait pas besoin que l'éditeur s'oblige à publier les partitions et à éditer les morceaux sur disques. Il convient, par contre, selon la Cour de cassation que l'œuvre figure « sur un support adapté à la clientèle à laquelle elle est destinée » (autrement dit sur des DVD). Il faut noter à quel point l'approche de « l'exploitation permanente et suivie » est ici souple : elle se détache des exigences théoriques pour adopter une position pratique et pragmatique.

Quoi qu'il en soit, l'auteur se retrouve ainsi débouté. Devant la Cour d'appel de renvoi, il opte pour une autre stratégie afin d'obtenir la nullité des contrats d'édition et de production audiovisuelle. Pour ce faire, il se fonde, notamment, sur le fait que « *n'ont pas été respectées les dispositions de l'article L. 132-10 du Code de la propriété intellectuelle, selon lesquelles il doit dans le contrat d'édition être indiqué le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage, cette obligation ne s'appliquant pas aux contrats prévoyant un minimum de « droits d'auteur » garanti par l'éditeur* ». En l'occurrence, l'auteur fait valoir qu'aucun minimum de droits d'auteur garanti n'a été stipulé³⁸¹. Par conséquent, le contrat d'édition devait faire mention du nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Ce qui, en l'espèce, n'était pas le cas. L'auteur utilise ainsi cet argument pour tenter d'obtenir la nullité du contrat d'édition.

La Cour d'appel de Paris lui donne raison. Les juges du fond estiment en effet que :

³⁸⁰ L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation a été rendu le 13 juin 2006 : *Com. Com. Elect.*, 2007, n° 20, note C. Caron ; *RIDA*, oct. 2006, 339 ; *Dalloz*, 2006, AJ, 1819, note J. Daleau. Un nouveau pourvoi en cassation avait été formé contre l'arrêt étudié, mais il y a finalement eu désistement.

³⁸¹ L'article L. 132-10 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet que : « Le contrat d'édition doit indiquer le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux contrats prévoyant un minimum de droits d'auteur garantis par l'éditeur ». Nous n'avons pas encore eu l'occasion de croiser cet article. Pour cause, il pose un formalisme qui n'intéresse pas directement la détermination de l'objet du contrat qui nous retient dans ce chapitre. Pour autant, il nous paraît indispensable d'étudier cette affaire ici, relativement à l'application

« Comme le soutient à juste titre [l'auteur], il n'a pas été indiqué dans le contrat d'édition le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage, ce qui aurait pourtant dû être fait, dès lors qu'il n'a pas été prévu un minimum de droits d'auteur garanti par l'éditeur ».

Les juges en tirent les conséquences :

« Cette violation des dispositions de l'article L. 132-10 du Code de la propriété intellectuelle (...) entraîne donc la nullité du contrat d'édition ».

La Cour d'appel de Paris décide ensuite de prononcer la nullité du contrat de production audiovisuelle :

« il apparaît donc que le contrat d'adaptation audiovisuelle s'inscrit dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible et que le contrat d'édition étant nul, il l'est aussi, comme étant dépourvu de cause ».

165. Que penser de cette décision ? Une nouvelle fois, juridiquement la solution peut être justifiée. L'article L. 132-10 du Code de la propriété intellectuelle exige effectivement que le contrat d'édition comporte une mention faisant référence au « nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage ». Le contrat litigieux ne comporte pas cette indication³⁸². Il faut donc en tirer les conséquences. Mais cela doit-il nécessairement passer par le prononcé de la nullité du contrat d'édition et du contrat de production audiovisuelle, considérés comme indivisibles ? La solution est-elle adaptée ? La nullité est-elle la sanction la mieux à même de répondre au non respect de l'exigence posée par l'article L. 132-10 ?

particulièrement exigeante que retiennent les juges de ce formalisme. Leur position abonde dans le sens de la démonstration que nous menons.

³⁸² En réalité, le contrat litigieux comportait bien une clause qui prévoyait la chose suivante : « le premier tirage comprendra un minimum de cent exemplaires ». Mais une autre clause prévoyait quant à elle que « pour ce qui concerne les œuvres destinées à l'illustration musicale (la clause relative au premier tirage) [est annulée] ». Les juges en concluent « qu'il est indifférent qu'il ait été mentionné dans le contrat d'édition en cause un minimum concernant le premier tirage, dès lors que cette stipulation est anéantie par l'effet d'une clause subséquente ».

La question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'en pratique le non respect de cette exigence n'a eu aucun effet négatif sur l'auteur et sur l'exploitation de son œuvre, puisque comme le font remarquer les sociétés dans leur argumentation devant la Cour d'appel de renvoi : « *les sociétés éditrices ne se sont pas contentées d'un premier tirage limité à cent exemplaires, mais ont diffusé au minimum entre 5.000 et 7.000 exemplaires de l'œuvre enregistrée, remplissant ainsi parfaitement leurs obligations d'édition* ». En réalité, quelle est la philosophie de l'article L. 132-10 du Code de la propriété intellectuelle ? Il s'agit bien de faire en sorte que l'éditeur exploite de la meilleure des façons l'œuvre pour laquelle il vient d'obtenir les droits. Il s'agit de s'assurer que l'œuvre sera un minimum exploitée et ce, afin de protéger l'auteur (toujours le même fil conducteur). Or, si en pratique l'œuvre a bien été exploitée, y compris par un premier tirage conséquent (entre cinq milles et sept milles exemplaires édités au lieu des cent initialement prévus), devrait-on venir reprocher à l'éditeur de ne pas avoir pris le soin d'inscrire ce chiffre dans le contrat ? La sanction ne devrait être prononcée que si le nombre d'exemplaires n'a pas été inscrit et qu'effectivement cela a été suivi d'un défaut d'exploitation de la part de l'éditeur, auquel cas il y a bien un préjudice et un dommage pour l'auteur. On retombe ici sur l'idée selon laquelle la sanction pour manquement au formalisme ne devrait être effectivement prononcée qu'en cas de véritable grief³⁸³. Notre auteur a-t-il véritablement subi un préjudice ici du fait de l'absence dans le contrat d'édition d'une clause précisant le nombre d'exemplaires constituant le premier tirage ? Nous n'en sommes pas convaincus. Il ne nous semble pas satisfaisant de se fonder sur un tel argument pour justifier la nullité des contrats d'édition et de production audiovisuelle. Le formalisme et sa sanction apparaissent ici dans tout ce qu'ils ont de plus brutal et de plus regrettable. L'application littérale des exigences formalistes du Code de la propriété intellectuelle aboutit à une décision extrêmement sévère, dont l'opportunité est plus que discutable. Si les sociétés éditrices n'ont pas respecté l'obligation imposée par l'article L. 132-10 du Code de la propriété intellectuelle, elles ont néanmoins effectivement exploité l'œuvre, et ce dès le premier tirage en l'éditant en un nombre conséquent d'exemplaires. Prononcer la nullité du contrat d'édition, et par voie de conséquence celle du contrat de production audiovisuelle, apparaît réellement disproportionné. Sans doute les sociétés auraient-elles dû être

³⁸³ Cf. *supra* n° 153.

rappelées à l'ordre et sanctionnées d'une manière ou d'une autre : mais la nullité n'est véritablement pas adaptée ici. L'auteur n'a subi aucun préjudice, aucun dommage. Il s'est simplement servi d'une défaillance dans le contrat pour le faire annuler. Le formalisme offre ici une échappatoire inespérée à ceux qui veulent se défaire d'un lien contractuel qui ne leur apporte plus satisfaction³⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, l'affaire « KAPAGAMA » nous offre un nouvel exemple de la rigidité des magistrats eu égard à l'application des règles formalistes du droit d'auteur français. Une nouvelle fois, les juges ne suivent pas les prédictions de Flour : ils appliquent mécaniquement la règle sans se soucier de l'opportunité de leur décision. Et la solution rendue apparaît regrettable.

Les affaires « Loulou » et « KAPAGAMA » sont très révélatrices d'un mouvement jurisprudentiel particulièrement formaliste. Essayons de tirer un bilan de nos constatations.

§2 - Appréciation d'une jurisprudence formaliste

166. Ainsi, dans les deux affaires récentes que nous venons d'exposer, les juges font preuve d'une grande rigidité quant à l'application des règles formalistes du Code de la propriété intellectuelle. La règle est, dans les deux cas, appliquée à la lettre. Les juges ne montrent ici aucune souplesse et ne semblent pas chercher à adapter la solution aux cas d'espèces qui leur sont présentés. Les juges n'apparaissent pas comme les régulateurs des effets pervers du formalisme qu'avait décrit Flour au milieu du siècle dernier. Au contraire, à la lecture des affaires « Loulou » et « KAPAGAMA », on a même l'impression que les juges vont au-delà des attentes du législateur. Cette tendance de la jurisprudence a déjà été soulignée. Il a ainsi été écrit qu' « il est significatif, en effet, que la jurisprudence contemporaine donne, le plus souvent, leur plein effet aux règles de forme modernes : celles que la loi pose afin d'assurer une meilleure information de diverses catégories de contractants, plus ou

³⁸⁴ Cf. *supra* n° 151.

moins larges. Mieux, dans certains cas, elle est allée au-delà des prescriptions légales, en en accentuant la rigueur »³⁸⁵.

En effet, dans les deux cas qui ont été soumis à notre étude, le cocontractant de l'auteur se retrouve sanctionné pour un comportement qui n'apparaît pourtant pas réellement répréhensible. Le législateur a imposé que, dans le contrat de cession des droits d'exploitation, figurent certains éléments, au rang desquels, en ce qui nous concerne ici avec ces deux affaires, la délimitation du champ d'exploitation des droits (L. 131-3) et le nombre d'exemplaires constituant le premier tirage (L. 132-10). Dans les deux cas, l'idée est la protection de l'auteur contre les tentations de son cocontractant (partie forte) d'abuser de sa position de force pour exploiter et piller l'auteur. Était-ce le cas dans nos deux affaires ? Assurément non. Dans les deux cas que nous avons présentés, il ne s'agissait tout au plus que de maladresses de la part des sociétés. Elles n'ont pas cherché à abuser de leurs situations, leurs comportements n'ont vraisemblablement pas porté atteinte à l'auteur. Le formalisme a été instrumentalisé ici, utilisé dans des circonstances étrangères à celles pour lesquelles il a été pensé. Le législateur, conformément à ce qu'écrivait Flour, ne peut pas faire du cas par cas. Il est obligé de prévoir une règle générale et impersonnelle. Il n'a pas la possibilité de prendre en compte les particularités de chaque situation, la bonne ou la mauvaise foi de chacune des parties. Il pose donc une règle de référence, qui témoigne de la philosophie qu'il veut instaurer, qui constitue une ligne directrice pour indiquer aux juges le sens que doit prendre leurs décisions. C'est donc, incontestablement, au juge d'adapter une règle générale à des situations particulières. Il doit prendre en compte les indications données par le législateur au travers de la règle qu'il a posée, mais il doit aussi faire en sorte que l'application de la loi soit la plus opportune possible, que le résultat soit approprié. Dans les deux affaires que nous avons présentées, le juge ne se soucie pas de cette mission. Il fait une application mécanique de la loi et semble n'avoir que peu d'égards pour sa philosophie. En cela, il nous semble qu'il dépasse les attentes du législateur. Ce dernier n'escomptait sans doute pas que certaines décisions soient rendues avec une telle rigidité. Le juge semble, dans ces affaires, avoir oublié que sa mission ne résidait pas simplement dans une retranscription littérale d'une règle à un cas

³⁸⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 320.

d'espèce. Peut-être les magistrats ont-ils pris l'habitude de n'avoir aucune marge de manœuvre, tant il est vrai que beaucoup de textes de lois contemporains sont précis et spécialisés. La crise de la loi, qui constitue un autre débat, ne doit pas entraîner une crise du rôle du juge.

167. Finalement, le recours par le législateur à la technique du formalisme de la mention pour déterminer l'objet du contrat d'auteur n'est pas très efficace. L'objectif était la protection de la partie faible, le rééquilibrage du rapport contractuel : il est manqué. Pire, des externalités négatives se sont greffées à son inefficacité. Il n'est pas possible de se satisfaire d'un tel bilan. D'autant que l'application littérale des textes retenue par une partie des juges exacerbe le sentiment d'échec. Le recours au formalisme doit avoir un sens : en ce qu'il est dérogoire, en ce qu'il est plus exigeant que le consensualisme, son utilisation ne peut être légitimée que si elle est bénéfique, que si elle est censée, que si elle permet de régler une difficulté. En droit d'auteur, l'idée était de protéger la partie faible et, par conséquent, de lutter contre les abus de la partie forte. Or, nous l'avons vu au cours de ce chapitre, le formalisme est souvent appliqué mécaniquement, alors même qu'aucun abus n'est constaté. La technique est instrumentalisée ; les parties l'utilisent à des fins différentes de sa fonction naturelle. Dès lors, le formalisme perd son intérêt, il n'est plus censé, il tourne à vide. Et il en devient absurde, comme en témoignent les arrêts « Loulou » et « KAPAGAMA » que nous avons présentés. L'étude à venir des exigences relatives à la rémunération de l'auteur ne va pas améliorer notre sentiment.

Chapitre 3 – L'exigence d'une contrepartie déterminée

168. L'objet de l'obligation de l'auteur doit être largement précisé, détaillé dans le contrat qui constate le transfert des droits. Si le droit français est particulièrement exigeant de ce point de vue, il faut voir qu'il l'est également en ce qui concerne l'objet de l'obligation du cocontractant de l'auteur, à savoir la rémunération, contrepartie des droits cédés. Les règles posées en la matière sont en effet relativement strictes et, ici comme ailleurs, notre droit laisse peu de place à l'improvisation. L'idée est toujours la même : assurer la protection de l'auteur. La rémunération est un élément fondamental pour lui : tout artiste qu'il est, il se fait nécessairement rattraper par des considérations terre à terre, au rang desquelles sa subsistance. Le droit d'auteur s'est donc donné la mission d'être particulièrement vigilant sur ce point sensible qu'est la rémunération. Il faut veiller à ce que le cessionnaire des droits récompense de la manière la plus adéquate possible l'auteur des œuvres qu'il exploite. Il faut veiller à l'équilibre commutatif du contrat. Si, à nouveau, l'objectif poursuivi est noble et louable, cela ne va pas sans poser certains problèmes en pratique, qui peuvent d'ailleurs se retourner contre l'auteur que l'on prétend pourtant protéger.

Avant de voir les difficultés que l'on rencontre au sujet de la rémunération de l'auteur (section 2), il convient de présenter rapidement les règles applicables en la matière (section 1).

Section 1 – Etude des règles applicables à la rémunération de l’auteur

169. Le domaine de la rémunération de l’auteur n’échappe pas à l’esprit général du droit d’auteur français : il faut imposer des règles pour essayer de protéger au mieux l’auteur. En cela, ici comme ailleurs, le formalisme tient un rôle important (§1). Il est complété par des règles de fixation particulières (§2).

§1 – Le formalisme de la rémunération

170. La question de la rémunération de l’auteur n’échappe pas au formalisme. En effet, la lecture des règles du Code de la propriété intellectuelle nous apprend que cette rémunération doit être déterminée (ou à tout le moins déterminable) lors de la conclusion du contrat de cession des droits (A). Ce qui n’est pas sans poser quelques difficultés quand on se souvient que l’auteur peut céder ses droits à titre gratuit (B).

A/ Une rémunération déterminée ou déterminable

171. Le droit d’auteur français impose que la rémunération soit annoncée dans le contrat avec une certaine précision (1). Ainsi, la règle semble a priori plus stricte en droit d’auteur qu’elle ne l’est en droit commun (2).

1) la règle retenue par le droit d’auteur

172. Le premier constat qui s’impose lorsque l’on étudie les règles applicables à la rémunération de l’auteur, c’est que cette contrepartie à la cession des droits doit être précisée dans le contrat. Le Code de la propriété intellectuelle dispose en effet, en son article L. 131-4 alinéa 1^{er} que :

« La cession par l’auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l’auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l’exploitation ».

Avant même de s'interroger sur le type de rémunération que privilégie le Code³⁸⁶, il faut donc noter que cette rémunération, ce prix, doit être fixé. En effet, au-delà même du principe choisi, c'est la détermination du prix dans le contrat de cession des droits d'auteur qui se trouve imposée. Le prix doit être en effet déterminé, ou au moins déterminable. Cela pour satisfaire complètement les exigences de l'article L. 131-4. La seule référence au principe général de rémunération serait inefficace. Il faut que le prix soit précisé, qu'il soit adapté au contrat en présence. Autrement dit, le Code prévoyant une rémunération proportionnelle, le contrat doit stipuler la proportion dans laquelle sera rémunéré l'auteur dans le cadre du contrat en présence.

Au regard de la force avec laquelle le Code de la propriété intellectuelle impose la mention d'un prix déterminé (ou au moins déterminable), il faut être certain qu'à défaut de clause précisant strictement la rémunération de l'auteur, le contrat de cession des droits sera nul³⁸⁷. Puisqu'il s'agit d'une clause intéressant directement les intérêts privés de l'auteur, la jurisprudence décide que la nullité encourue n'est que relative³⁸⁸. Par contre, puisqu'il s'agit d'une clause substantielle, la nullité touchera, a priori, l'ensemble du contrat³⁸⁹.

En outre, il faut faire le lien avec l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui nécessite que chaque mode d'exploitation soit détaillé. Cet article doit être combiné avec l'article L. 131-4, de sorte que la rémunération de l'auteur devra être déterminée pour chaque type d'exploitation prévu dans le contrat³⁹⁰. Encore une source d'allongement du contrat.

173. Voilà donc ce que l'on peut dire à ce stade : le droit d'auteur français impose que le contrat de cession des droits comporte une clause prévoyant un prix déterminé ou au moins déterminable, et ce pour chaque mode d'exploitation. A défaut, le contrat sera nul. Peut-on dire alors que la présence d'une clause relative à la

³⁸⁶ Cf. *infra* n° 181 et suivants pour une précision quant au type de rémunération exigée : ici, rémunération proportionnelle.

³⁸⁷ Cf. par ex. : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^{ème} édition, 2012, n° 482 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^{ème} édition, 2009, n° 421.

³⁸⁸ Cf. par exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 2007, *Com. com. électr.* 2007, comm. 53, note C. Caron.

³⁸⁹ Cf. par exemple : Cour d'appel de Paris, 14 février 1994 (JurisData n° 1994-020595).

rémunération de l'auteur dans le contrat de cession des droits relève d'un formalisme ? Précisément, dès lors que la rédaction d'une mention quelconque est imposée pour la validité d'un contrat, et que par conséquent son absence entraîne la nullité, il nous semble évident qu'il y a bien formalisme.

Ainsi, on retrouve au stade de la rémunération une nouvelle occurrence du formalisme en droit d'auteur. Le Code de la propriété intellectuelle, non content d'imposer de longues et fastidieuses précisions quant aux droits cédés par l'auteur à son cocontractant³⁹¹, impose, au surplus, la rédaction d'une mention relative à la contrepartie du transfert de propriété : le prix de cette cession, la rémunération de l'auteur. Le droit d'auteur français est définitivement formaliste.

Compte tenu de « l'extrême impérativité de l'article L. 131-4 »³⁹², une réflexion s'impose : la règle de détermination du prix est plus stricte en droit d'auteur qu'en droit commun.

2) une règle plus stricte qu'en droit commun

174. On l'a dit, le droit d'auteur est particulièrement exigeant quant à la détermination du prix dans le cadre du contrat de cession des droits d'auteur. Il l'est, en tout état de cause, davantage que ne l'est le droit commun. C'est l'article 1129 du Code civil qui pose la règle générale quant à la détermination de l'objet. Ce dernier dispose en effet qu'« *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* ». Le texte est a priori applicable à la rémunération puisqu'elle est l'objet de l'obligation du cessionnaire des droits. Mais la Cour de cassation a, il y a déjà quelques temps, décidé que cet article devait être désactivé en matière de prix. En effet, par sa célèbre série d'arrêts rendue en Assemblée Plénière le 1^{er} décembre 1995, elle a énoncé que « *l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix* »³⁹³. Il faut en déduire que les exigences du droit commun

³⁹⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 486.

³⁹¹ Cf. *supra* n° 74 et suivants.

³⁹² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 482.

³⁹³ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 : *Dalloz*, 1996, 13, concl. M. Jéol et note L. Aynès ; *JCP G*, 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; *RTD Civ.*, 1996, 153, obs. J. Mestre ; *LPA*, 27 décembre 1995, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis.

quant à la détermination du prix dans le contrat sont largement allégées. Il n'y a pas d'obligation générale de détermination du prix. Si le prix n'est pas précisément déterminé, le contrat n'encourt pas la nullité pour autant. La détermination du prix n'est pas une condition de validité du contrat en droit commun.

Pour autant, il ne faut pas exagérer la portée de cette règle, puisque, comme on le sait, le droit spécial déroge au droit général. Et il existe certaines règles qui viennent exiger la détermination du prix dans le cadre de contrats spéciaux. Tel est le cas de la vente, avec l'article 1591 du Code civil qui énonce très clairement que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* »³⁹⁴.

175. Ainsi, même si le Code de la propriété intellectuelle n'imposait pas la détermination de la rémunération de l'auteur et que l'on devait se tourner vers le droit commun pour savoir comment régler la question de la fixation du prix dans le contrat de cession des droits, la solution serait la même. En effet, on a déjà eu l'occasion de dire que s'il fallait rapprocher le contrat d'auteur d'une forme connue du droit civil, il faudrait sûrement le considérer comme un contrat de vente ou comme un contrat de louage (selon le type de contrat envisagé)³⁹⁵. Dès lors, ce n'est pas la solution générale issue des arrêts du 1^{er} décembre 1995 qui aurait vocation à s'appliquer en droit d'auteur, mais bien les exigences plus particulières du Code civil relatives aux contrats de vente ou de louage.

Le Code de la propriété intellectuelle ne fait finalement qu'opter pour une solution classique. Cette position se trouve, de surcroît, renforcée par la philosophie du droit d'auteur qui, rappelons-le, est toute tournée vers la protection des intérêts de l'auteur. L'exigence de détermination du prix, c'est à dire de la contrepartie du transfert des droits, est un élément qui entre dans cette démarche.

Le prix est un élément conditionnant la validité du contrat de cession des droits d'auteur. On a déjà vu pourtant que l'auteur pouvait céder ses droits à titre gratuit. Qu'en est-il alors ?

³⁹⁴ Cf. par exemple : P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, n° 203 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2011, n° 52 et suivants.

³⁹⁵ Cf. *supra* n° 39 et suivants.

B/ Le problème de la gratuité

176. Le Code de la propriété intellectuelle autorise l'auteur à céder ses œuvres à titre gratuit³⁹⁶. Par exemple, un créateur de logiciel peut décider d'éditer un programme libre de droits ou un musicien peut décider d'autoriser l'exploitation gratuite de ses œuvres dans le cadre d'un concert de charité. L'article L. 122-7 énonce ainsi que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ». Cette cession des droits à titre gratuit est la seule hypothèse dans laquelle le Code écarte la rémunération de l'auteur. La jurisprudence admet parfaitement cette solution³⁹⁷. Les juges veillent cependant à ce que cette cession à titre gratuit, et donc, *in fine*, cette renonciation à toute rémunération, soit bien consentie de manière libre et éclairée. Cela passe, selon que l'on se trouve en présence d'une intention libérale ou non de la part de l'auteur, par la rédaction d'un contrat respectant les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ou d'un acte notarié³⁹⁸. Quoiqu'il en soit, la cession à titre gratuit est particulièrement encadrée (et formaliste), l'objectif étant, une fois encore, la protection de l'auteur. Il s'agit de s'assurer que l'auteur n'abandonne pas ses droits sous la contrainte et qu'il le fait en toute conscience.

177. Certains estiment que le Code de la propriété intellectuelle adopte une position paradoxale sur cette question de la gratuité. En effet, il est soutenu que, malgré une forte impérativité quant aux règles applicables au prix³⁹⁹, le code autorise relativement facilement les renonciations par l'auteur à sa rémunération.⁴⁰⁰ Il nous semble que la question n'est pas nécessairement moins bien encadrée que les autres. La rédaction d'un écrit pointilleux ou authentique est tout de même nécessaire pour que la cession à titre gratuit soit valable. Certes, cela n'empêche pas les situations dans lesquelles l'auteur, en position d'infériorité, signe l'acte de cession de ses droits

³⁹⁶ Cf. *supra* n° 42.

³⁹⁷ Cf. par exemple : Cour d'appel de Paris, 10 décembre 2004, *Prop. Intell.*, 2005, n° 15, p. 175, obs. A. Lucas.

³⁹⁸ Cf. *supra* n° 42.

³⁹⁹ Cf. *infra* n° 184.

⁴⁰⁰ Cf. C. Caron, *op. cit.*, n° 418.

d'une manière plus subie que voulue⁴⁰¹. Le formalisme ne règle pas ce problème. Il n'est pas efficace. Il ne l'est toutefois pas moins ici qu'ailleurs.

Ainsi, mise à part l'hypothèse de la cession à titre gratuit des droits d'auteur, la rémunération doit être prévue par le contrat. Il s'agit là d'un élément de sa validité. Voyons maintenant selon quels principes directeurs elle doit être précisée.

§2 – Les principes de fixation de la rémunération de l'auteur

178. Nous venons de le voir, le Code de la propriété intellectuelle suppose, pour que le contrat de cession des droits soit valable, la mention de la rémunération de l'auteur. Mais les modalités de la fixation du prix de la cession ne sont pas à la libre disposition des parties. Le Code, suppléé par la jurisprudence, impose une méthode de calcul.

179. Ainsi, le recours à la rémunération proportionnelle est très largement privilégié par le droit d'auteur français. Une exception est autorisée cependant : le recours au forfait. Puisqu'il s'agit d'une exception, voyons dès à présent comment elle fonctionne, avant de s'intéresser bien plus largement ensuite au principe de la rémunération proportionnelle.

C'est l'alinéa 2 de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle qui vise cette exception et qui dresse une liste des hypothèses dans lesquelles le forfait est autorisé. L'article dispose en effet : « *toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans [certains] cas* ». Il en va ainsi surtout quand la rémunération proportionnelle est difficile à calculer. C'est le cas, lorsque la contribution d'un auteur dans une œuvre collective est très peu importante : un auteur qui rédige seulement quelques définitions d'une encyclopédie par exemple. Il en va également de la sorte quand la rémunération proportionnelle est impossible à calculer parce que la base de calcul fait

⁴⁰¹ Cf. C. Caron, *op. cit.*, n° 418, qui écrit que l'auteur est parfois amené à « céder aux demandes de gratuité de l'éditeur contre lesquelles il lui est souvent impossible de résister, sauf à risquer de ne pas se faire publier ».

défaut : c'est le cas lorsque le public ne paye aucun prix pour accéder à l'œuvre⁴⁰². Le forfait a aussi vocation à être retenu lorsque, selon le code, « *les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut* » ou que « *les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre* ».

Précisons toutefois que ce recours au forfait n'est qu'une possibilité offerte par le législateur lorsque les parties au contrat se retrouvent dans une des situations visées par le Code de la propriété intellectuelle. Ce n'est en rien une obligation, ce qui fait que la rémunération proportionnelle pourra survivre aux difficultés, si tel est le choix des contractants.

Il faut également ajouter que le forfait, parce qu'il n'est censé être utilisé que dans des hypothèses exceptionnelles, est encadré par le législateur qui met en place, à l'article L. 131-5, deux techniques permettant de protéger les auteurs rémunérés par cette voie. Il s'agit d'abord du recours à la lésion, mécanisme très rarement utilisé par notre législation, et ensuite du recours à la révision pour imprévision, exceptionnel lui aussi au regard de la position de notre droit sur la théorie de l'imprévision⁴⁰³. On voit bien que le législateur, s'il permet le recours au forfait, ne souhaite pas voir les auteurs enfermés dans ce mode de rémunération et veut, au contraire, permettre une évolution de leur rétribution.

180. Le recours au forfait, s'il est autorisé dans certaines hypothèses, doit rester exceptionnel. On l'a bien compris, le Code de la propriété intellectuelle privilégie largement le recours à la rémunération proportionnelle. Ce mode de calcul est ainsi impératif (A), tout comme l'est l'assiette sur laquelle repose cette rémunération (B). Seul le taux est laissé à la discrétion des parties (C).

A/ L'impérativité de la rémunération proportionnelle

⁴⁰² La base de calcul réside, en effet, en droit d'auteur français, dans le prix payé par le public pour avoir accès à l'œuvre. Cf. *infra* n° 183.

⁴⁰³ Rappelons que le droit privé français refuse de consacrer la théorie de l'imprévision depuis le fameux arrêt « Canal de Craponne » rendu le 8 mars 1876 par la Cour de cassation : *DP*, 1876, 1, 193.

181. L'article L. 131-4 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle pose le principe directeur de la rémunération de l'auteur en droit français. Le texte explique que « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre (...) doit comporter [à son profit] la participation proportionnelle aux recettes de la vente ou de l'exploitation* ». Le principe de la rémunération est ainsi clairement défini : il s'agit d'une rémunération proportionnelle⁴⁰⁴.

Ce principe général posé dans un chapitre consacré aux « dispositions générales » se trouve confirmé par d'autres articles plus spécifiques à certains contrats spéciaux. Tel est le cas de l'article L. 132-5 qui prévoit que « *le contrat [d'édition] peut prévoir soit une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation, soit, dans les cas prévus aux articles L. 131-4 et L. 132-6, une rémunération forfaitaire* ». Hors des cas spécifiques, la rémunération proportionnelle est donc privilégiée⁴⁰⁵.

Encore une fois, à travers ce principe, c'est toute la philosophie du droit d'auteur français qui transparait. L'auteur est au cœur de l'opération. Plus que toute autre considération, c'est sa situation qui est prise en compte. On voit bien l'inspiration personnaliste. L'idée est d'associer l'auteur au succès de son œuvre. Plus sa création sera plébiscitée par le public, mieux l'auteur gagnera sa vie. Il s'agit d'un principe logique.

La formulation de l'article L. 131-4 ne laisse pas beaucoup de doutes quant à la force avec laquelle la rémunération proportionnelle est imposée. En effet, le contrat « *doit comporter* » une rémunération proportionnelle. On a vu que l'on pouvait tirer de cette disposition la nécessité d'une fixation du prix⁴⁰⁶. Mais le Code n'en reste pas là. Il impose, en outre, que ce prix consiste en une rémunération proportionnelle. En dehors des cas spéciaux visés par l'alinéa 2 et dans lesquels le recours au forfait est autorisé⁴⁰⁷, la rémunération de l'auteur devra être proportionnelle. C'est impératif.

⁴⁰⁴ Cf. sur la question : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 482 et suivants ; C. Caron, *op. cit.*, n° 415 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 673.

⁴⁰⁵ Les articles L. 132-25 (pour le contrat de production audiovisuel) et L. 132-31 (pour le contrat de commande publicitaire) renvoient eux aussi au même principe de rémunération proportionnelle.

⁴⁰⁶ Cf. *supra* n° 172.

⁴⁰⁷ Cf. *supra* n° 179.

La jurisprudence est à ce sujet unanime. Elle a ainsi affirmé que « *la disposition légale prévoyant une participation proportionnelle de l'auteur aux produits d'exploitation est d'ordre public* »⁴⁰⁸. Pour enfoncer un peu plus encore le clou, les juges précisent que cette disposition « *est impérative* »⁴⁰⁹. Le principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur est ainsi imposé par le Code de la propriété intellectuelle. La méthode de rémunération n'est pas laissée à la discrétion des parties.

Précisons toutefois que les parties peuvent, en plus de la rémunération proportionnelle, prévoir un forfait. Par exemple, il peut être convenu que l'auteur recevra une certaine somme forfaitaire lors de la conclusion du contrat. Cela est parfaitement valable dès lors que le contrat prévoit en plus une rémunération proportionnelle. Cette dernière est le « minimum » exigé par le Code, qui n'interdit toutefois pas que l'auteur soit encore mieux considéré.

182. Puisque la rémunération proportionnelle aux recettes d'exploitation est la seule contrepartie à la cession des droits d'auteur, une interrogation peut être soulevée. En effet, et hors le cas que nous venons de citer dans lequel une rémunération forfaitaire est promise à l'auteur en plus de sa rémunération proportionnelle, sa rétribution ne va donc dépendre que de l'exploitation effective de l'œuvre par le cessionnaire des droits. Entendons-nous bien : puisque l'auteur est rémunéré proportionnellement aux recettes qui proviennent de l'exploitation de son œuvre, si cette dernière n'est pas exploitée par son cocontractant il ne recevra aucune rémunération. Imaginons un designer qui cède ses droits sur différents modèles à une entreprise spécialisée dans la décoration : si cette dernière laisse dormir ces modèles au fond de l'un de ses tiroirs, le designer ne risque pas d'être rémunéré. Ne faudrait-il pas, dès lors, imposer une obligation générale d'exploitation des droits cédés ? Puisque la rémunération proportionnelle est la seule contrepartie, ne faut-il pas s'assurer qu'elle existera effectivement ? Ou, à tout le moins, que le cessionnaire fera son possible pour qu'elle puisse exister ? C'était l'idée de Desbois. Selon lui, à défaut d'exploiter l'œuvre, de la faire « fructifier », le cessionnaire ne pourrait « s'acquitter

⁴⁰⁸ Cour d'appel de Paris, 13 octobre 1995 : *RIDA*, 1996, n° 168, 325, obs. A. Kéréver.

⁴⁰⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 février 1997 : *JCP G*, 1997, IV, 755 ; *Dalloz*, 1997, IR, p. 65 ; *Dalloz*, 1998, Somm., p. 195, obs. C. Colombet.

du tribut que le législateur lui a imposé »⁴¹⁰. MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter s'interrogent : « à quoi servirait d'imposer la règle de participation proportionnelle si les parties pouvaient l'écarter aussi facilement en laissant le cessionnaire juge de l'opportunité d'exploiter ? »⁴¹¹. La question est effectivement posée. M. Gautier va même jusqu'à se demander si, en cas d'absence d'exploitation, « il n'y aurait pas matière à nullité, au motif d'une condition potestative, l'exploitation étant complètement à la discrétion du cessionnaire »⁴¹².

On pourrait en effet envisager de poser une obligation générale d'exploitation⁴¹³, dans le but de protéger l'auteur. Son cocontractant, pour éviter de perdre le bénéfice du contrat, serait ainsi amené à exploiter l'œuvre de manière plus suivie et plus effective. Si tel n'était pas le cas, le juge pourrait prononcer la résolution du contrat et ainsi, l'auteur récupérerait ses droits et pourrait, à défaut de pouvoir exploiter lui-même son œuvre, en confier la charge à un partenaire davantage motivé. La nullité du contrat pourrait, comme le propose M. Gautier, se fonder sur la potestativité de la clause⁴¹⁴. On pourrait aussi imaginer la mise en place d'un système comparable à celui que connaît le droit des marques : la déchéance pour défaut d'exploitation⁴¹⁵. Quoiqu'il en soit, il nous semble intéressant de réfléchir à la mise en place d'une obligation générale d'exploitation des droits cédés. En l'occurrence, cela nous semble être important pour protéger les intérêts de l'auteur, sans doute davantage que les diverses dispositions formalistes présentes dans le Code de la propriété intellectuelle et dont on peut douter de l'efficacité.

Maintenant que l'on sait que le principe de la rémunération de l'auteur est la proportionnalité, il faut voir quelle est l'assiette en fonction de laquelle se calcule le prix de la cession des droits.

B / L'impérativité de l'assiette

⁴¹⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1978.

⁴¹¹ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^{ème} édition, 2012, n° 673.

⁴¹² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 492.

⁴¹³ L'obligation d'exploitation des droits cédés n'est en effet pas générale dans le Code de la propriété intellectuelle. Elle n'existe que pour le contrat d'édition et pour le contrat de production audiovisuelle.

⁴¹⁴ A condition, toutefois, qu'une clause relative à la non exploitation existe dans le contrat.

⁴¹⁵ L'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet que « encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans ».

183. Lorsque l'on se pose la question de l'assiette, l'on se demande sur quelle base va être rémunéré l'auteur. Le texte de l'article L. 131-4 vise les « *recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ». On s'est interrogé sur le point de savoir ce que recouvrait cette expression. La Cour de cassation a tranché il y a plusieurs années maintenant : la rémunération de l'auteur doit être calculée à partir du prix payé par le public, ce prix étant entendu hors taxe⁴¹⁶. L'idée qui sous-tend le raisonnement des juges du droit est celle selon laquelle l'auteur n'a pas à supporter les frais de son cocontractant, frais liés à l'exploitation de l'œuvre. La rémunération de l'auteur doit être, autant que possible, en adéquation avec la réaction du public. C'est le seul élément qui doit influencer le montant de la rémunération de l'auteur. Les contraintes comptables, les logiques économiques, sont des préoccupations qui doivent rester entièrement celles du cocontractant de l'auteur. Ce que paye le public pour accéder à l'œuvre est ainsi la base de la rémunération du créateur. Toujours la logique personnaliste.⁴¹⁷

Une exception existe cependant en matière cinématographique. L'assiette n'est plus, en ce domaine, le prix public hors taxe, mais le chiffre d'affaires du distributeur⁴¹⁸. C'est l'article L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que la rémunération de l'auteur sera calculée sur les prix des places de cinéma, mais une fois déduits « *les tarifs dégressifs éventuels accordés par le distributeur à l'exploitant* ».

184. Cette exception en est une parce que l'exploitation cinématographique est le seul domaine pour lequel le législateur a clairement énoncé en quoi devait constituer l'assiette. Ce qu'il faut comprendre, au total, c'est que, en matière d'assiette, la loi n'est finalement pas très exigeante. Elle impose simplement que la rémunération revenant à l'auteur soit calculée en fonction des « *recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ». L'expression est suffisamment large pour que différentes bases de calcul soient acceptables. Or, la Cour de cassation en a décidé

⁴¹⁶ Cf. par ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1984, *RIDA*, 1985/3, 144 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 15 octobre 1996, *JCP E*, 1997, I, 683, n° 5, obs. H.-J. Lucas ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, *Dalloz*, 1999, 306, note E. Dreyer. La jurisprudence est bien établie et le principe acquis. Sur ce sujet, cf. par ex. Y. Gaubiac, « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », in *Mélanges Françon, Dalloz*, 1995, p. 163.

⁴¹⁷ Cf. par exemple : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 674 ; C. Caron, *op. cit.*, n° 416.

autrement en imposant que la rémunération soit calculée à partir du prix public. La jurisprudence a ici rigidifié les choses en étant plus exigeante, plus impérative que la loi elle-même. C'est cet excès de raideur qui est à l'origine des nombreuses difficultés que connaît la question de la rémunération de l'auteur et que nous étudierons un peu plus loin⁴¹⁹. Et cette prise de position de la jurisprudence ne s'est pas faite en demi-teinte, puisque dans le même temps les magistrats ont décidé que cette assiette devait être considérée, tout comme le principe même de rémunération proportionnelle, comme impérative. Ainsi, toute clause se référant à autre chose qu'au prix public hors taxe pour servir de base à la rémunération de l'auteur sera considérée comme nulle par les juges. Il en va ainsi, par exemple, des clauses visant le chiffre d'affaires de l'éditeur⁴²⁰ ou encore le prix pratiqué par le distributeur⁴²¹. Pourtant, il n'est pas certain que ces paramètres seraient moins favorables à l'auteur. Le choix de la jurisprudence apparaît ainsi comme particulièrement strict. Il faut faire le lien, à ce stade, avec ce que nous disions plus haut relativement à l'intransigeance avec laquelle les juges vérifient les clauses visées par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} : il existe en jurisprudence un courant très exigeant, qui rend le droit d'auteur formaliste au-delà de ce que prévoit la loi⁴²². A nouveau, l'on se dit que les prédictions de Flour sont mises à mal en droit d'auteur⁴²³.

Le principe de la rémunération proportionnelle est impératif, l'assiette est impérative. Qu'en est-il alors du taux, dernier élément permettant de calculer précisément la rémunération de l'auteur ?

C/ La liberté du taux

185. Pour pouvoir achever le calcul de la rémunération de l'auteur, il faut en connaître le taux, il faut savoir quel en sera le pourcentage. Il s'agit sans doute ici de l'élément qui cause le moins de problème, puisque le Code de la propriété intellectuelle ne pose, à ce propos, aucune exigence particulière. La détermination du

⁴¹⁸ Cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 488.

⁴¹⁹ Cf. *infra* n° 188 et suivants.

⁴²⁰ Cour d'appel de Paris, 21 novembre 1994 : *RIDA*, avril 1995, p. 381.

⁴²¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994 : *RIDA*, juillet 1994, p. 309.

⁴²² Cf. *supra* n° 159 et suivants.

taux est laissée à la discrétion des parties⁴²⁴. Cette liberté concernant la fixation du taux de rémunération de l'auteur est bien la seule existant en la matière. Cela ne doit d'ailleurs pas nous inquiéter outre mesure puisque si le taux s'avérait trop faible, le juge pourrait intervenir à travers la théorie du vil prix issu du droit commun.

C'est une bonne chose que la fixation du taux soit laissée à la discrétion des parties. Mais il ne faut pas se voiler la face pour autant. Puisque l'assiette est imposée de manière stricte et que l'on insiste pour que le cocontractant de l'auteur ne fasse pas peser sur lui le coût des intermédiaires, il est évident que le taux est par conséquent fixé à la baisse. Ce que le cessionnaire des droits perd sur le terrain de l'assiette, il le récupère sur celui du taux⁴²⁵. Ce que l'on donne à l'auteur d'un côté, on le lui reprend de l'autre.

186. Après avoir présenté tous les éléments nécessaires à la fixation de la rémunération de l'auteur, il peut être intéressant de voir à quoi ressemble, en pratique, une clause de rémunération dans un contrat de cession. Voici la clause présente dans un contrat d'édition littéraire⁴²⁶ :

« Pour prix de cession du droit d'édition, l'Editeur verse à l'Auteur, pour chaque exemplaire vendu de l'ouvrage édité en application du présent contrat, un droit correspondant, sur le prix public hors taxes, à 5 % pour les exemplaires brochés de l'édition ordinaire jusqu'à 10.000 exemplaires, 6 % au-delà ».

Voilà donc une présentation des principales règles applicables à la fixation de la rémunération de l'auteur en droit français. Ces règles sont, pour l'essentiel et surtout à cause de l'interprétation proposée par la jurisprudence, formalistes. Nous allons voir maintenant quelles sont leurs implications.

⁴²³ Cf. *supra* n° 26.

⁴²⁴ Cf. par exemple : C. Caron, *op. cit.*, n° 416 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 675.

⁴²⁵ Certains s'interrogent d'ailleurs : « Est-il utile de retenir le prix public si le cessionnaire peut fixer le taux à un niveau très bas sans sanction des tribunaux ? » Cf. F. Gaullier et G. Vercken, « Rémunérations proportionnelles des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette prix public hors taxes », *Prop. Intell.*, 2006, n° 19, p. 165.

⁴²⁶ Cf. annexe n° 3.

Section 2 – Les implications

187. Une fois les règles présentées, il convient de voir quelles en sont les implications. Inutile de maintenir davantage de suspens : ce sont surtout des difficultés que nous allons rencontrer à ce stade. Les règles sont en effet assez mal adaptées (§1). C'est pourquoi il faudra chercher des pistes de solutions pour pallier ces problèmes (§2).

§1 – Des règles mal adaptées

188. Les règles que nous avons étudiées sont mal adaptées : elles posent certaines difficultés pratiques importantes (A) et elles contiennent certaines limites qui permettent de s'interroger sur leur légitimité (B).

A/ Des difficultés posées

189. Les difficultés que l'on rencontre dans le cadre de la rémunération de l'auteur se présentent à deux niveaux : certaines ont trait au calcul de la rémunération (1), d'autres sont relatives au contrôle de la rémunération (2).

1) difficultés de calcul

190. Lors de la conclusion du contrat, il faut être, on l'a vu, relativement précis quant à la rémunération de l'auteur. Cela peut s'avérer compliqué compte tenu du fait que l'on n'a aucune idée du succès que va rencontrer l'œuvre (a) et que le prix de vente au public est inconnu dans une large mesure (b).

a) succès inconnu

191. La première difficulté que l'on peut souligner est celle qui réside dans le fait que le prix (la rémunération de l'auteur) doit être fixé lors de la cession des droits, et donc avant toute sorte d'exploitation. Or, à ce stade, il est évident que l'on n'a absolument

aucune espèce d'idée du succès que va rencontrer l'œuvre. Certes, c'est précisément pour pallier cette difficulté que le Code de la propriété intellectuelle a décidé d'opter pour une rémunération proportionnelle, afin d'associer l'auteur au succès de son œuvre. Plus l'œuvre se « vendra », plus, proportionnellement, l'auteur touchera une somme importante.

Si cette règle est empreinte d'une certaine équité, il n'en reste pas moins, qu'au stade de la conclusion du contrat, on ne connaît absolument pas l'ampleur des retombées économiques de l'œuvre. Et que plus l'œuvre rencontrera un succès important, plus les frais liés à son exploitation seront amortis. Et plus les frais seront amortis, plus la part revenant à l'auteur devrait s'accroître. C'est tout de même lui qui est la raison principale du succès de son œuvre. S'il faut évidemment que les « investisseurs » soient récompensés pour avoir fait confiance à l'auteur et permis la diffusion de son œuvre, il faut surtout, nous semble-t-il, que l'auteur soit le premier gratifié.

192. En l'état actuel des choses, même si rien n'interdit à l'exploitant de reverser une somme exceptionnelle à l'auteur (en plus de ce que prévoyait le contrat), rien ne l'y oblige non plus. Et, disons-le clairement, le système mis en place par le Code de la propriété intellectuelle n'y incite pas. Le fait d'imposer une fixation impérative de la rémunération de l'auteur dès le stade de la conclusion du contrat n'invite pas à revoir la question au stade de l'exécution. L'excès de formalisme au stade de la formation du contrat paralyse l'opération. Cela nous semble dommage : il nous paraît, en effet, préjudiciable de calculer la rémunération de l'auteur sans connaître cette donnée essentielle du calcul qui réside dans le succès de l'œuvre et dans ses retombées économiques. Le formalisme, censé protéger l'auteur, s'avère une nouvelle fois contre-productif puisqu'il constitue un frein à l'éventuelle évolution de la rémunération de l'auteur, qui serait tout à fait bénéfique pour lui. Le formalisme, alors que ce n'est pas sa mission, conduit à empêcher l'évolution, l'adaptation des contrats. Cela est regrettable et renvoie l'image d'une technique contractuelle vidée de sens.

Le succès n'est pas la seule inconnue de l'équation. Le prix est dans la même situation.

b) prix inconnu

193. La seconde difficulté relative au calcul qui se pose concerne l'assiette de la rémunération de l'auteur. On a vu que, de manière impérative, le droit français considère que le prix public hors taxe doit constituer la base de la rémunération de l'auteur. Ce prix sert donc de fondement dans le calcul précis de la rémunération qui doit revenir à l'auteur. Or, les difficultés naissent quand on sait que ce prix public n'est pas connu lors de la conclusion du contrat d'auteur. En effet, mis à part le cas des livres pour lesquels le prix est unique⁴²⁷, le prix de vente au public des œuvres est à la libre disposition de l'exploitant final (enseignes spécialisées dans les produits culturels telles que les magasins FNAC ou Virgin Megastore, supermarchés, etc.). Il est, par conséquent, complètement inconnu lors de la cession des droits⁴²⁸. C'est pourtant à ce moment que le droit d'auteur français exige la fixation impérative de la rémunération de l'auteur, rémunération qui doit donc être calculée en fonction d'un élément que les deux parties ignorent assez largement. Comment, dans ces conditions, être certain que la rémunération qui sera fixée lors de la conclusion du contrat, sera la plus adaptée ? Il est écrit que « le système du prix public ne peut fonctionner que par approximation. (...) [Le cocontractant de l'auteur] n'est pas toujours en mesure de savoir quel est le prix acquitté en définitive par l'acheteur »⁴²⁹. L'assiette de la rémunération de l'auteur sera forcément estimée. Il aurait mieux valu qu'elle soit constatée.

Encore une fois, l'impérativité de la règle posée ne semble pas favoriser l'auteur. Si l'idée est louable, puisqu'il s'agit de ne pas lui faire supporter les frais intermédiaires et de l'associer le plus directement possible au destin de son œuvre, cela semble tout de même mal adapté. L'estimation qui sera faite du prix public sera forcément erronée. En effet, comment savoir quel prix retenir lorsque celui-ci est à la discrétion de la multitude des exploitants finaux ? Et, au regard des règles du droit de la concurrence, il est évidemment proscrit que le cessionnaire des droits impose un prix de revente. La seule règle fixée à l'exploitant final est celle prohibant la revente à perte. En dehors de cette interdiction, il fixe le prix qu'il désire.

Prenons l'exemple d'un CD : celui-ci pourra être vendu 20 euros dans un magasin spécialisé et 15 euros dans un supermarché. Sans compter les promotions (pendant les

⁴²⁷ La loi Lang de 1981 pose en effet le principe du prix unique du livre.

⁴²⁸ Cf. F. Gaullier et G. Vercken, *op. cit.*, qui remarquent « l'absence de visibilité de l'assiette pour le cessionnaire au moment de la signature du contrat avec l'auteur ».

soldes, mais pas seulement), les offres groupées (trois exemplaires achetés, le quatrième offert), et autres remises fidélité (avantages, réductions pour les détenteurs de cartes de fidélité)... En outre, le prix de l'œuvre évolue dans le temps (différence entre la nouveauté et le « back catalogue » : le tout dernier album du chanteur à la mode ne se vend pas nécessairement au même prix qu'un vieil album d'un chanteur des années cinquante au succès mitigé) et dans l'espace (les prix pratiqués pour un type de support ne sont pas nécessairement les mêmes d'un pays à l'autre)⁴³⁰. A nouveau, l'on s'interroge : « Comment dès lors [le cocontractant de l'auteur] pourrait-il être tenu de baser la rémunération de l'auteur sur un prix au détail qu'il n'est pas censé connaître, et qui peut varier en fonction des impératifs d'une politique commerciale élaborée librement par le distributeur ? »⁴³¹. Il est extrêmement difficile de connaître a priori ce fameux prix public qui est pourtant la base du calcul de la rémunération de l'auteur⁴³². La règle n'est ainsi pas bien adaptée.

194. On a dit que le secteur de l'édition littéraire n'était pas touché par cette difficulté parce que le prix public est fixé légalement. Le prix de revente est imposé par l'éditeur (imprimé sur la quatrième de couverture) et les exploitants finaux ne disposent que d'une marge de manœuvre de 5%. Ainsi, il est plus simple de fixer a priori la rémunération de l'auteur, puisque l'on connaît assez précisément l'assiette. Notons toutefois que ce secteur n'est pas à l'abri de certaines difficultés. En effet, les livres sont parfois vendus à des prix préférentiels. C'est le cas pour les collectivités qui peuvent acquérir les ouvrages à un prix inférieur à celui fixé par l'éditeur. Dans ce cas, la fixation de la rémunération se fait une nouvelle fois à l'aveugle, puisque le prix de vente n'est pas connu⁴³³.

195. Quoi qu'il en soit, c'est tout de même dans le secteur du livre que les difficultés sont les moins nombreuses. La solution passe-t-elle alors par la mise en place

⁴²⁹ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 748.

⁴³⁰ En cas d'exploitation à l'étranger. Cf. *infra* n° 204.

⁴³¹ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 748.

⁴³² Cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 490 : « ce sera parfois à partir de centaines de prix publics sur un même support que devra être calculée la rémunération de l'auteur – facile ! ». Le seul moyen de connaître ce prix public est de recourir à la comptabilité des différents acteurs. Mais cela coûte évidemment très cher, ce qui rebute le plus souvent le cocontractant de l'auteur.

d'une politique du « prix unique » pour tous les supports des œuvres ? On pourrait en effet imaginer un prix unique pour le CD, pour le DVD... Cela permettrait de faciliter les choses dans une large mesure. Mais l'idée, aussi séduisante soit-elle, ne semble pas réellement pouvoir être envisagée. D'abord, cela nécessiterait une nouvelle exception à l'article L. 442-5 du Code de commerce qui prohibe la pratique des prix imposés⁴³⁴. Cette difficulté n'est que d'ordre technique et apparaît finalement assez simple à régler. Ce qui l'est beaucoup moins, en revanche, c'est la contrariété qui existerait entre une pratique du prix unique sur tous les supports et certaines règles communautaires comme la libre circulation des marchandises ou la libre concurrence sur le territoire européen. La question ne pose pas de difficulté particulière pour les livres, puisque les libraires français ne sont pas réellement en concurrence avec les libraires des autres pays européens⁴³⁵. Les français achètent quasi-exclusivement leurs livres en France parce qu'ils sont en français ; les étrangers n'achètent quasiment jamais leurs livres en France pour la même raison. Et si le marché du « livre étranger » existe bien, il est tout de même relativement marginal⁴³⁶. Par contre, si l'on prend l'exemple de supports tels que le CD ou le DVD, la concurrence existe bel et bien. La musique n'a évidemment pas besoin d'être traduite. Et les films le sont le plus souvent. D'où la concurrence entre les exploitants français et ceux du reste de l'Union européenne, surtout à une époque où les échanges avec l'étranger sont largement facilités par l'Internet. L'idée du prix unique, si elle aurait pu être intéressante, semble donc tuée dans l'œuf par ces considérations économiques et juridiques.

Lors de la conclusion du contrat, moment où le Code de la propriété intellectuelle exige que l'on détermine la rémunération de l'auteur, on ne connaît pas le succès de

⁴³³ Devant de telles difficultés, la pratique s'éloigne nécessairement des règles fixées par le Code de la propriété intellectuelle et a davantage recours aux accords collectifs. Nous aurons largement l'occasion de traiter de la question un peu plus loin dans notre étude : cf. *infra* n° 243 et suivants.

⁴³⁴ L'article L. 442-5 du Code de commerce dispose en effet qu' « est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

⁴³⁵ La CJUE s'est d'ailleurs prononcée à plusieurs reprises sur la question du prix unique du livre et en accepte jusque-là le principe. Cf. par ex. les arrêts « *Leclerc* » de la Cour du 10 janvier 1985 ou « *Echirrolles Distribution SA* » du 3 octobre 2000, dans lesquels elle expose clairement que le prix unique du livre n'est pas en contrariété avec le principe de libre circulation des marchandises.

⁴³⁶ Il faut tout de même noter que les choses se sont complexifiées avec l'arrivée du livre numérique. D'abord parce que la loi « Lang » n'a pas vocation à s'y appliquer et que les prix étaient ainsi libres. Il a donc fallu une intervention législative (compliquée) pour aligner le régime du livre numérique sur celui du livre papier. Ce fut chose faite le 17 mai 2011. La commission européenne, qui avait jusqu'au 26 octobre 2011 pour se prononcer sur cette loi ne l'a pas fait. Le décret d'application a donc été adopté le 10 novembre 2011. Pour autant, la loi n'est sans doute pas définitivement à l'abri des difficultés au regard du droit européen : en l'état, la loi s'applique à des entreprises (Amazon, Google, Apple) dont le siège social n'est pas sur le territoire français...

l'œuvre, pas plus que l'on ne connaît le prix de vente au public du support. Comment déterminer la rémunération de l'auteur dans de telles circonstances ? Comment peut-on rendre impérative une assiette qui pose tant de difficultés dans un grand nombre de situations ? La rémunération de l'auteur, que l'on veut tellement protéger, encadrer, se retrouve finalement estimée dans une large mesure. Le lien particulier que l'on voulait maintenir entre l'auteur et son œuvre n'est finalement que fiction le plus souvent. Ces problèmes relatifs au calcul de la rémunération ne sont, de surcroît pas les seuls : une difficulté importante se présente au stade du contrôle.

2) difficulté de contrôle

196. La rémunération de l'auteur est fondée sur le prix public, c'est à dire le prix que paye le consommateur pour avoir accès à l'œuvre. Ainsi, *in fine*, le montant de la rémunération de l'auteur va dépendre du nombre d'exemplaires vendus. Par exemple, si le contrat prévoit que l'auteur touchera 5% du prix public et que l'œuvre est vendue 20 €, l'auteur touchera 1 € par support écoulé. Il faut, pour calculer la rémunération totale, connaître le nombre exact d'exemplaires vendus. Si 100 000 supports ont trouvé preneur, l'auteur devrait recevoir un chèque de 100 000 €.

Ainsi, si l'auteur veut vérifier que le montant qui lui est versé correspond bien à la réalité, il faut impérativement qu'il sache combien d'exemplaires ont été vendus. Ce qui nous amène à poser la question suivante : est-il simple, pour l'auteur, de connaître cette donnée ? Ce n'est pas certain. Il faudrait en effet pour cela qu'il ait accès à des chiffres tels que le nombre d'exemplaires fabriqués, l'état des stocks... Sur le terrain du contrat d'édition, le Code de la propriété intellectuelle prévoit une obligation pour l'éditeur d'indiquer le nombre minimum d'exemplaires fabriqués (L. 132-10), ainsi qu'une obligation d'informer l'auteur sur les modalités de l'exploitation de l'œuvre (L. 132-13, on parle de reddition des comptes)⁴³⁷. L'auteur peut avoir confiance en ces données fournies par l'éditeur, puisque le Code impose à ce dernier de fournir « *toutes justifications propres à établir l'exactitude de ses comptes* » (L. 132-14). Aucune difficulté de contrôle donc,

⁴³⁷ Cf. par ex. : C. Caron, *op. cit.*, n° 443 et 447 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 581.

dans le cadre du contrat d'édition⁴³⁸. Pas de difficultés non plus a priori dans le cadre du contrat de production audiovisuelle, puisque l'article L. 132-28 énonce que « *le producteur fournit, au moins une fois par an, à l'auteur et aux coauteurs un état des recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre selon chaque mode d'exploitation* ». En revanche, cela est loin d'être aussi évident pour un auteur lié à son cocontractant par un autre contrat. En effet, le Code de la propriété intellectuelle n'impose pas d'obligation générale de reddition des comptes. Il pose bien, en son article L. 131-7 une « *charge de rendre compte* », mais rien de comparable avec ce qui est prévu pour le contrat d'édition notamment. Le texte ne fait référence à aucune donnée précise. Ainsi, le styliste ou le designer lié par un contrat d'auteur de droit commun ne bénéficie pas de la même facilité⁴³⁹ qu'un écrivain lié à un éditeur. Il est bien plus compliqué pour lui d'obtenir les données que le Code impose à l'éditeur de fournir. Il rencontre des difficultés pour avoir accès aux informations qui servent au calcul de sa rémunération. Et, s'il les obtient néanmoins, peut-il avoir confiance en ces informations ? Le texte ne renvoie en effet à aucune obligation de sincérité. L'auteur devra, dans cette hypothèse, s'en remettre à la bonne foi de son cocontractant et considérer que la somme qu'il lui alloue est bien celle à laquelle il a droit. Ce n'est pas très satisfaisant. Puisque l'article L. 131-7 a commencé à traiter de l'obligation de reddition des comptes en droit commun des contrats d'auteurs, il faut aller au bout du raisonnement. Il faut, sans doute, aligner sur ce qui se pratique pour le contrat d'édition.

On l'a bien compris, de grosses difficultés naissent du fait de l'assiette choisie par le droit d'auteur français. Les problèmes se rencontrent tant au stade de la conclusion du contrat qu'au stade de son exécution. Les défenseurs de ce choix avancent qu'il n'a été fait que dans l'optique de protection de l'auteur partie faible. L'argument pourrait être recevable si, en plus des difficultés présentées, l'assiette choisie ne présentait pas certaines limites importantes.

⁴³⁸ A ce propos, précisons que la loi du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique introduit un second alinéa à l'article L. 132-5 qui précise que la rémunération qui résulte de l'exploitation d'un livre numérique est « juste et équitable » et que l'éditeur doit rendre compte « du calcul de cette rémunération de façon explicite et transparente ». Si elle a le mérite d'exister, cette disposition n'est pas des plus éclairantes.

⁴³⁹ A moins de considérer que l'on peut qualifier ces contrats de contrats d'édition, dans la mesure où il y a bien « fabrication » de l'œuvre dans le but d'en « assurer la publication et la diffusion ». Mais c'est aller loin nous semble-t-il. En toute hypothèse, c'est aller plus loin que ce qu'avaient en vue les rédacteurs de la loi de 1957. Cf. *supra* n° 8 et *infra* n° 285.

B/ Des limites posées

197. Le droit d'auteur français, nous l'avons souligné, fonde le principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur sur le prix de vente au public. Cette règle pose de nombreuses difficultés, amenant à soulever la question de son bien-fondé. Cette interrogation est posée avec d'autant plus d'acuité qu'il est possible de constater les limites de la règle. En effet, il n'est pas toujours possible de se fonder sur le prix public, soit parce qu'il n'existe pas (1), soit parce qu'il est inapplicable (2).

1) absence de prix public

198. La première limite rencontrée quant à la détermination de la rémunération de l'auteur réside dans l'existence de modes d'exploitation pour lesquels le public ne paye aucun prix pour accéder à l'œuvre⁴⁴⁰. Comment déterminer la rémunération de l'auteur à partir d'un prix qui n'existe pas ? En outre, puisque le public ne paye rien pour accéder à l'œuvre, il est extrêmement compliqué d'individualiser l'œuvre et donc, *in fine*, de connaître la mesure de son succès. Il faut distinguer selon les principaux modes d'exploitation pour avoir une idée plus précise des difficultés.

199. Prenons d'abord l'exemple de l'exploitation télévisuelle. Il s'agit, en la matière, d'un contrat individuel, passé entre une chaîne de télévision et un producteur. Ces contrats sont appelés en pratique des « contrats d'achat de droits ». La chaîne paye une certaine somme (souvent, elle pré-paye) en contrepartie de la possibilité de diffuser une œuvre audiovisuelle en exclusivité un certain nombre de fois et pendant un certain laps de temps. Comment, dans ce cadre, les auteurs sont-ils rémunérés ? Il faut distinguer plusieurs hypothèses.

D'abord, il faut mettre de côté le système de vidéo à la demande, puisque précisément dans ce cas le public va payer un prix pour accéder aux œuvres. En outre, il est possible d'individualiser les œuvres. On sait précisément quelle œuvre le public

⁴⁴⁰ Diffusion des films sur la télévision gratuite ou diffusion des chansons à la radio, par exemple.

consulte. Le calcul d'une rémunération proportionnelle à partir du prix public ne pose aucune difficulté ici. La règle posée peut être respectée.

Les choses deviennent plus complexes en ce qui concerne la télévision « classique », qu'elle soit payante ou gratuite. Si elle est payante, le public paye certes, par définition, un prix. La difficulté se pose davantage sur le terrain de l'identification des œuvres. Le public paye un prix forfaitaire pour avoir le droit d'accéder à un certain nombre d'œuvres. Mais les regarde-t-il toutes ? Quelles sont précisément celles auxquelles il décide d'avoir accès ? La difficulté peut être résolue par l'installation dans les décodeurs d'un système permettant d'identifier les œuvres que regarde le public et de transmettre ces informations au diffuseur. A défaut, l'auteur est une nouvelle fois rémunéré à l'aveugle, puisque s'il y a bien un prix public, le lien avec l'œuvre est délicat à établir.

Dans le cadre de la télévision gratuite, les choses sont encore plus compliquées, puisqu'il n'y a toujours pas de véritable moyens de savoir ce que regarde le public⁴⁴¹ et qu'en outre, il n'y a pas, cette fois-ci, de prix public. Le public ne paye aucun prix pour accéder aux œuvres diffusées⁴⁴². Alors, comment rémunérer l'auteur quand aucun prix n'est payé par le public ? C'est à partir du prix payé par la chaîne de télévision pour pouvoir diffuser l'œuvre qu'est calculée la rémunération de l'auteur. La belle idée du lien entre l'auteur et le succès de son œuvre s'éloigne inexorablement. Alors certes, on peut répondre que les œuvres audiovisuelles diffusées à la télévision sont en général « en fin de vie », puisqu'elles sont déjà passées par le cinéma, par l'exploitation en DVD, par la vidéo à la demande et les chaînes payantes... Ainsi, tout au long de ce processus, l'auteur a pu être rémunéré, et ce conformément aux principes posés par le Code de la propriété intellectuelle. Mais la loi ne fait pas de différence entre les toutes premières exploitations, lorsque l'œuvre est nouvelle, et les dernières exploitations. La règle du prix public est censée être respectée à tous les stades. Si tel ne peut pas être le cas, c'est qu'elle n'est pas adaptée.

200. Prenons ensuite l'exemple de l'exploitation musicale. En la matière, les contrats permettant aux exploitants de diffuser les œuvres sont des contrats généraux

⁴⁴¹ Audiences ? Quand même un peu hasardeux, surtout quand on sait comment elles sont estimées...

⁴⁴² Redevance audiovisuelle pour les chaînes publiques ? Elle a surtout vocation à couvrir les frais de fonctionnement des chaînes...

de représentation conclus avec la SACEM. Il ne s'agit plus ici de gestion individuelle, mais bien de gestion collective. C'est la société de gestion collective qui autorise les exploitants (discothèques, comités des fêtes, radios, sites internet...) à diffuser les œuvres musicales au public. C'est elle qui conclut les contrats et c'est elle qui encaisse les sommes versées, qu'elle redistribue ensuite aux auteurs selon des techniques assez approximatives⁴⁴³. Etudions deux types d'exploitations musicales.

Commençons avec la diffusion des œuvres en radio. Le public ne paye pas pour accéder aux œuvres. Et cette fois, l'argument utilisé pour la télévision selon lequel les œuvres sont en fin de vie ne fonctionne pas. Les radios diffusent en effet aussi bien des morceaux anciens que les toutes dernières nouveautés. Encore une fois, puisque le fameux prix public n'existe pas, il va falloir se baser sur les recettes publicitaires pour rémunérer l'auteur. A nouveau, on aperçoit les limites de la règle.

Enfin, arrêtons-nous quelques instants sur l'exploitation des œuvres sur internet. Ici, il faut distinguer deux systèmes. Sur certains sites, en effet, le public va payer pour avoir accès à une œuvre en particulier⁴⁴⁴. Dans ce cas, il n'y a aucune difficulté, parce que le prix public existe bien et que l'œuvre consultée est identifiée. Mais sur d'autres sites, l'œuvre est communiquée au public sans que celui-ci ait à s'acquitter d'un prix. A nouveau, il faudrait avoir recours aux recettes publicitaires pour rémunérer l'auteur⁴⁴⁵. Mais, ici comme ailleurs, il est tout de même compliqué de faire le lien entre l'accès au site, l'accès à l'œuvre et les publicités présentes sur le site⁴⁴⁶. A nouveau le lien entre l'auteur et son œuvre se trouve distendu. A nouveau, on remarque que la règle est mal adaptée.

201. Précisément, dans toutes ces hypothèses, puisque le prix public n'existe pas, le Code de la propriété intellectuelle règle le problème en permettant le recours au forfait. C'est le 1° de l'alinéa 2 de l'article L. 131-4 qui trouve ici à s'appliquer : un forfait peut être retenu lorsque « *la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée* ». La « base de calcul » renvoyant au prix public, le forfait peut être retenu dès lors que celui-ci n'existe pas. Si la question est réglée par le Code, il n'en reste pas moins que cela nous ennuie

⁴⁴³ La SACEM n'étant pas en mesure de savoir exactement quelles sont les œuvres qui ont *in fine* été véritablement diffusées au public par les exploitants, elle redistribue les sommes en fonction des sondages, des hit-parades, des ventes de disques... Pas très performant !

⁴⁴⁴ Par exemple : téléchargement de chansons sur des plates-formes légales...

⁴⁴⁵ Bandeaux publicitaires présents sur les sites.

quelque peu. On l'a dit, la règle réside dans la rémunération proportionnelle, avec le prix public comme base. Cela n'est pas possible dans trois modes d'exploitation extrêmement importants que sont la télévision, la radio et l'internet. Quand on connaît l'ampleur de ces modes d'exploitation, l'on se dit que régler la question de la rémunération des auteurs en recourant à l'exception du forfait n'est pas satisfaisant. La règle choisie par le législateur est celle de la rémunération proportionnelle : puisque c'est la règle, elle doit pouvoir s'appliquer dans un maximum d'hypothèses. Or, le fait que l'on ne puisse pas la retenir dans des situations aussi importantes que celles présentées confirme que le choix de sa base de calcul n'est pas le bon.

Ce n'est pas, à notre sens, le principe de rémunération proportionnelle qui pose les vraies difficultés. Elles proviennent davantage de l'assiette choisie. Le seul élément indispensable au calcul d'une rémunération proportionnelle réside dans l'identification des œuvres auxquelles le public a accès. Si l'on ne sait pas ce que le public « consomme », l'on ne peut évidemment pas rémunérer les auteurs à proportion de « l'audience » qu'ils ont générée. Mais dès que l'on est précisément en mesure d'identifier les œuvres auxquelles le public accède, il n'y a plus aucune difficulté. Par exemple, si la chanson du chanteur A est écoutée 1500 fois sur un site de streaming légal et que celle du chanteur B ne l'est que 500 fois, les dirigeants du site sont en mesure de mieux rémunérer A que B ⁴⁴⁷. Dès lors, même si les internautes ne payent pas un prix pour écouter une chanson en particulier, la rémunération proportionnelle reste possible. Seulement, elle doit se baser sur le prix global que payent les internautes pour avoir accès au service (abonnement) ou sur les recettes publicitaires si l'accès au site est gratuit. Ainsi, la rémunération proportionnelle doit, selon nous, rester le principe dès lors que l'identification des œuvres « consommées » est possible. Cette dernière n'est, malheureusement, pas toujours possible ⁴⁴⁸ ; mais elle l'est le plus souvent, à l'heure du numérique.

On a ainsi pu souligner que la règle selon laquelle l'assiette réside dans le prix public n'est pas adaptée. La règle doit évoluer. D'autant que l'absence de prix public

⁴⁴⁶ Cf. C. Caron, *op. cit.*, n° 420.

⁴⁴⁷ Il faudrait, sans doute, remettre tout le système de la gestion collective à plat. En effet, on l'a déjà dit, les méthodes de calcul et de redistribution des fonds collectés n'est pas des plus efficaces. Mais il s'agit là d'un autre débat que le nôtre.

n'est pas la seule limite posée : cette référence qui sert de base à la rémunération de l'auteur est parfois, purement et simplement inapplicable.

2) prix public inapplicable

202. Il s'agit ici de traiter d'une hypothèse dans laquelle le prix de vente au public peut être connu, mais où il est inapplicable, c'est à dire qu'il ne pourra pas servir de base à la rémunération de l'auteur. Nous allons ici nous intéresser aux cas des sous-cessions. Lorsque le cessionnaire initial des droits décide de les céder à un nouveau cessionnaire, l'auteur n'est plus partie à la relation. On est alors face à un groupe de contrats, composé du contrat principal conclu entre l'auteur et son cocontractant direct, et du sous-contrat, conclu entre le cocontractant de l'auteur et un sous-cessionnaire. Que se passe-t-il dans ce cas ? L'auteur peut-il toujours prétendre à une rémunération proportionnelle au sens de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle ? Certains prétendent, en se fondant sur l'*intuitus rei*, que l'auteur dispose alors d'une action directe contre le sous-cessionnaire et qu'il peut, à ce titre, exiger de lui le paiement d'une rémunération proportionnelle⁴⁴⁹. Ce n'est pas le sens que semble prendre la jurisprudence. En effet, les juges donnent l'impression de s'inspirer, en la matière, de la philosophie de la jurisprudence « Perrier » et, par conséquent, retiennent que les règles du Code de la propriété intellectuelle doivent être écartées⁴⁵⁰. Ainsi, un arrêt a pu décider que « *les exigences tenant à la rémunération proportionnelle des auteurs s'imposent au cessionnaire des droits d'auteur mais non pas aux sous-cessionnaires qui n'ont pas de relation directe avec les auteurs* »⁴⁵¹. Les choses ne sont ainsi pas très claires et l'on peut considérer que « la question est ouverte »⁴⁵². Nous allons partir du postulat qu'il faut retenir la position de la jurisprudence : les juges ne sont pas très prolixes sur la question, mais la logique de l'arrêt « Perrier » n'a jamais été remise

⁴⁴⁸ Télévision « classique » ou radio.

⁴⁴⁹ Cf. par ex. : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 547.

⁴⁵⁰ Cf. *supra* n° 135 pour un développement sur l'affaire « Perrier ». On peut, quoiqu'il en soit, s'interroger sur la pertinence ici d'une telle mise à l'écart. M. Pollaud-Dulian (*Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 979) note ainsi que « le refus du parallélisme risque de poser des problèmes concrets fort gênants, car on doit se demander comment le cessionnaire qui a acquis un droit d'exploitation moyennant l'obligation de verser une rémunération proportionnelle à l'auteur pourra s'acquitter correctement de son obligation s'il cède à forfait le droit à un sous-cessionnaire... ».

⁴⁵¹ Cour d'appel de Paris, 16 janvier 2004 : *Com. com. élect.*, 2004, comm. 38, note C. Caron ; *JCP E*, 2005, n° 1216, §5, obs. C. Guillemain ; *Prop. Intell.*, 2005, n° 14, p. 64, obs. Lucas.

⁴⁵² C. Caron, *op. cit.*, n° 403.

en cause depuis 1993. Considérons donc que son principe est bien étendu à toutes les dispositions du Code de la propriété intellectuelle⁴⁵³.

203. Imaginons un éditeur littéraire qui décide de céder à un tiers les droits pour l'édition en format poche d'un roman. L'éditeur poche va payer les droits d'exploitation. Il ne sera pas lié directement à l'auteur. Ainsi, qui doit rémunérer l'auteur ? C'est le cessionnaire initial des droits qui, parce qu'il a cédé une partie des droits d'exploitation à un nouvel éditeur, devra rémunérer l'auteur en conséquence. Mais il sera impossible ici de se fonder sur le prix public. Il faudra bien s'appuyer sur une autre donnée pour calculer la rémunération : le cessionnaire initial, dans ce cas, ne pourra rémunérer l'auteur qu'en fonction de ce qui lui sera reversé par le second cessionnaire. Finalement, en cas de sous-cession, l'auteur sera rémunéré en fonction du chiffre d'affaire du cessionnaire initial, et non en fonction du prix de vente au public. Encore une fois, la règle de rémunération de l'auteur en fonction du prix public présente ses limites, puisqu'elle est impossible à mettre en œuvre ici.

Cette situation est loin d'être marginale. Les cas de sous-cessions sont en effet relativement fréquents. Il suffit de penser, comme dans l'exemple précité, aux divers formats d'édition d'un livre : l'édition classique et l'édition poche ne sont le plus souvent pas réalisées par le même éditeur.

204. Autre exemple, peut être plus complexe encore, avec les exploitations à l'étranger. Il arrive que le cessionnaire initial des droits exploite lui-même l'œuvre dans divers pays, mais, en général, et pour des raisons de facilités pratiques évidentes, les droits sont transmis à des éditeurs locaux. L'article L. 131-4 n'est pas applicable ici non plus : d'abord pour la même raison qu'en cas de sous-cession sur le territoire national (jurisprudence « Perrier ») ; ensuite parce qu'on ne peut pas imposer à un sous-cessionnaire étranger le respect du principe posé par l'article L. 131-4 du Code de la

⁴⁵³ Cette considération semble d'ailleurs étayée par un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 décembre 2009, qui énonce à demi-mots, en matière de contrat de commande publicitaire, que les dispositions du Code de la propriété intellectuelle ne peuvent régir que les relations entre l'auteur et son cocontractant. Dans son commentaire de l'arrêt, M. Caron écrit que « c'est l'ensemble du droit spécial du contrat d'auteur qui s'efface pour laisser la place au seul droit commun. En d'autres termes, le droit spécial du contrat d'auteur ne peut s'appliquer que lorsqu'un auteur, personne physique, est partie au contrat ». Cf. *Com. com. élect.*, 2010, commentaire n° 2.

propriété intellectuelle français⁴⁵⁴. Et, même si le sous-cessionnaire acceptait le principe d'une rémunération proportionnelle de l'auteur, on voit mal comment cela pourrait fonctionner : il n'a pas de prise sur le prix public, qu'il ignore le plus souvent. La rémunération proportionnelle ne pourrait donc se calculer qu'à partir d'un prix de vente « moyen ».

On voit bien ainsi à quel point il est compliqué d'exiger une rémunération proportionnelle dans le cadre des sous-cessions à l'étranger. Les rédacteurs de notre droit d'auteur ont bien perçu le problème : ils ont prévu, à l'article L. 132-6 alinéa 2, la possibilité de prévoir un forfait en cas de « *cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger* ». Ainsi, il est légalement possible de rémunérer l'auteur d'un livre dont les droits sont sous-cédés à l'étranger de façon forfaitaire. Au regard des difficultés posées par l'application du principe de rémunération proportionnelle, on comprend bien que cet article constitue une opportunité pour le co-contractant de l'auteur⁴⁵⁵. Mais cet article présente, à notre sens, deux limites importantes. D'abord, l'alinéa 1^{er} du texte exige, pour que le recours au forfait soit possible, « *l'accord formellement exprimé de l'auteur* ». L'auteur devra donc donner son autorisation, vraisemblablement par écrit. Cela suppose encore une clause dans le contrat. La mise en œuvre du forfait s'avère ainsi formaliste. En outre, le texte ne semble régler la question de la rémunération dans le cadre d'une sous-cession à l'étranger que pour les contrats d'édition. En effet, le texte n'a visiblement pas vocation à régir le droit commun des contrats d'auteur. Par voie de conséquence, la difficulté subsisterait pour les autres contrats. En réalité, il existe un doute sur la portée de cette disposition : certains continuent à considérer que ce texte est d'application générale à tous les contrats d'exploitation, puisque sa position dans la section relative au contrat d'édition ne serait que la résultante d'une erreur de codification à droit constant de la loi de 1957 en 1992⁴⁵⁶. Mais d'autres considèrent qu'il y a bien eu réduction du champ d'application du texte qui ne viserait ainsi plus que le contrat d'édition⁴⁵⁷. Si tel est bien le cas, cela peut s'avérer source de difficultés. Prenons l'exemple d'un designer qui cède les droits sur ses réalisations à une

⁴⁵⁴ A moins de considérer que cet article a valeur de loi police, ce qui semble quelque peu exagéré. Sur cette question, cf. P.-Y. Gautier, « Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *Dalloz*, 1995, Chron., 262.

⁴⁵⁵ Cf. par ex. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 495 : « en matière de cessions à ou en provenance de l'étranger, c'est surtout la difficulté des contrôles et la disparité de législation qui peuvent faire adopter le forfait ».

⁴⁵⁶ Cf. P.-Y. Gautier, dans l'article précité, qui affirme qu'il ne s'agit bien là que d'une erreur de codification à droit constant.

entreprise de décoration française. Cette dernière souhaite sous-céder les droits à une entreprise italienne. Comment sera rémunéré le designer ? Le Code continuerait à exiger une rémunération proportionnelle en fonction du prix public. Impossible à appliquer. La règle est mal adaptée.

205. Ainsi, dans toutes ces situations, le prix public tel que l'entend notre droit est écarté. Il n'est plus la donnée de référence pour calculer la rémunération de l'auteur. Dans toutes ces situations, c'est le chiffre d'affaire du cessionnaire initial des droits qui servira de base au calcul des redevances revenant à l'auteur. On se rend ainsi bien compte de l'inadaptation de la règle, telle qu'appliquée par la jurisprudence. En plus de présenter certaines difficultés pratiques, elle est parfois complètement inapplicable. Finalement, le droit d'auteur et l'interprétation qu'en fait la jurisprudence rendent impérative une règle compliquée et qui ne peut pas être effectivement retenue dans tous les domaines. Il faut le préciser tout de suite : la pratique a bien conscience depuis longtemps de toutes ces difficultés, suscitées par le Code de la propriété intellectuelle lui-même. C'est pourquoi il existe dans de nombreux secteurs des usages qui permettent de suppléer les insuffisances légales. Une sorte de « droit parallèle », qui s'évertue à respecter les dispositions du Code, tout en aménageant le système.⁴⁵⁸ S'il faut se féliciter de la réaction des praticiens, nous considérons qu'il n'est tout de même pas logique que la loi soit autant en décalage avec la réalité. C'est pourquoi il apparaît indispensable de se poser la question de l'évolution des règles applicables en matière de rémunération de l'auteur en droit français.

§2 – Perspectives d'évolution

206. Nous avons vu que les règles relatives à la rémunération de l'auteur issues du Code de la propriété intellectuelle et interprétées par la jurisprudence sont, dans une large mesure, inadaptées. Face à ce constat, il convient de s'interroger sur les éventuelles retouches qu'il serait bon d'apporter au système. On l'a souligné, toutes les difficultés naissent du fait que les règles qui encadrent la rémunération de l'auteur souffrent d'une trop grande rigidité. Elles sont trop strictes. Leur application pose de nombreuses

⁴⁵⁷ Cf. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 752.

difficultés. C'est donc par un retour à plus de souplesse que nous semble passer la solution. Les propositions peuvent être plus ou moins radicales. Il pourrait s'agir d'introduire une dose de souplesse en permettant une évolution dans le temps de la rémunération revenant à l'auteur (A). On pourrait aussi envisager de rendre souple le système dans son ensemble en faisant de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle un texte supplétif (B).

A/ Un peu de souplesse : l'évolution de la rémunération

207. On a vu qu'il était parfois difficile de déterminer la rémunération de l'auteur lors de la conclusion du contrat (chose qui est pourtant imposée par le Code de la propriété intellectuelle), en raison du fait notamment que l'on n'a aucune idée à ce moment-là du succès de l'œuvre, ni du prix de vente au public qui sera pratiqué par les exploitants finaux⁴⁵⁹. Or, en fonction de ces paramètres, le rendement de l'œuvre peut largement varier. Et il semble évident que la récompense attribuée à l'auteur ne doit pas être la même si l'œuvre rapporte 100 que si elle rapporte 500. Pourtant, au regard du système mis en place par le Code de la propriété intellectuelle, il n'existe aucune possibilité de faire évoluer les règles de calcul de la part revenant à l'auteur. Il n'y a que dans le cadre du forfait que le Code a prévu les mécanismes de révision pour imprécision et de rescision pour lésion⁴⁶⁰. Ce que le droit d'auteur oblige les parties à fixer lors de la conclusion du contrat ne peut plus évoluer par la suite⁴⁶¹. C'est illogique, précisément parce que c'est dans le temps de l'exécution du contrat que l'on se rend compte du succès de l'œuvre, qui devrait être la donnée essentielle dans le calcul des redevances revenant à l'auteur.

Ainsi, il nous semble nécessaire d'introduire au moins une dose de souplesse dans ces règles. Il faut faire en sorte que ce qui a été décidé lors de la conclusion du contrat ne soit plus considéré comme gravé dans le marbre. Il faut être moins exigeant quant à ce qui est décidé au temps de la cession des droits. Parce que ce qui compte réellement, ce n'est pas ce qui est prévu avant, mais ce qui sera versé après, en fonction des résultats de

⁴⁵⁸ Cf. *infra* n° 231 et suivants pour une étude approfondie des techniques mises en place par la pratique.

⁴⁵⁹ Cf. *supra* n° 191 et 193.

⁴⁶⁰ Cf. *supra* n° 179. Ainsi, alors que le recours au forfait n'est pas censé être la solution la plus favorable à l'auteur (c'est d'ailleurs pour cette raison que les rédacteurs du Code de la propriété intellectuelle en ont fait une exception et l'ont strictement encadrée), celui-ci le devient dans certaines situations, au regard de la possibilité de faire évoluer la rémunération forfaitaire. C'est tout de même paradoxal.

l'exploitation de l'œuvre. Etre moins regardant lors de la conclusion du contrat, mais peut être davantage lors de son exécution⁴⁶². Il faut pouvoir faire évoluer les éléments qui servent de base au calcul de la rémunération de l'auteur, en fonction des résultats commerciaux de l'œuvre.

208. Plusieurs possibilités se présentent à nous. Il pourrait s'agir d'abord d'importer les mécanismes de révision pour imprévision et de rescision pour lésion. Il serait en effet concevable de les appliquer à la rémunération proportionnelle comme on le fait dans le cadre du forfait. Ainsi, plus besoin d'être aussi regardant sur ce qui est prévu lors de la conclusion du contrat, puisque l'on sait que ces outils sont utilisables en cas de difficultés. Dans tous les cas, et indépendamment de cette transposition qui apparaîtrait comme une bonne chose, les auteurs peuvent toujours utiliser la théorie du vil prix sur le terrain du droit commun pour faire reconnaître que la part qui leur revient est dérisoire comparée aux résultats d'exploitation de l'œuvre. En somme, faire confiance aux parties lors de la conclusion du contrat en étant moins exigeant quant à la détermination de la rémunération (après tout, le cocontractant de l'auteur n'a pas forcément intérêt à le léser), tout en étant rassuré par la disponibilité de ces outils.

Ensuite, on pourrait envisager d'imposer une renégociation de la rémunération de l'auteur par palier⁴⁶³. Dès que l'œuvre atteint un certain seuil de rendement (en terme de chiffre d'affaire ou de nombre d'exemplaires écoulés), les parties se verraient dans l'obligation de se réunir et de rediscuter les conditions de la rémunération de l'auteur. A nouveau, cela permettrait d'être moins vigilant dans la phase de conclusion du contrat⁴⁶⁴. Si les parties ne l'ont pas prévue dans le contrat, le juge pourrait, selon nous, imposer cette obligation de lui-même. Il va nous être opposé que le juge ne peut pas s'immiscer de la sorte dans le contrat en raison du principe d'intangibilité. Nous répondrons que, quoiqu'il en soit, le juge n'en serait pas à son coup d'essai : faut-il rappeler la jurisprudence

⁴⁶¹ Sauf accord des parties, mais ce qui sous-entend surtout la volonté du cessionnaire des droits de partager ses bénéfices avec l'auteur. Faut-il parier sur sa bonne volonté ?

⁴⁶² Cf. F. Gaullier et G. Vercken, *op. cit.*, qui énoncent, suivant la même idée : « moins de formalisme pour l'assiette elle-même, contrebalancé par une possibilité de rectifier l'équilibre du contrat pendant toute la durée de son exécution ».

⁴⁶³ Cf. par exemple : F. Pollaud-Dullian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 986, qui parle de la « possibilité d'instituer une possibilité légale d'imposer une renégociation du prix par périodes ».

⁴⁶⁴ Il faudrait tout même s'assurer que l'auteur touche bien une rémunération minimale. Ce qui renvoie à la question de l'obligation d'exploitation (si l'œuvre ne rapporte rien, pas de renégociation, pas de révision...). Cf. *supra* n° 182.

« Huard »⁴⁶⁵ par laquelle les juges du droit ont considéré que, parce que la mauvaise foi de l'une des parties avait conduit à des conditions d'exécution du contrat non satisfaisantes, les parties avaient l'obligation d'adapter (autrement dit de renégocier) le contrat ? La logique nous apparaît transposable ici : on peut en effet considérer que le cocontractant de l'auteur fait preuve d'un certain manque de loyauté lorsqu'il continue à le rémunérer sur la base de ce qui était prévu lors de la conclusion du contrat, alors que l'œuvre a connu un succès tel que la rentabilité est bien meilleure qu'escomptée. En conséquence, si, de ce point de vue, l'exécution du contrat n'est plus satisfaisante, le juge pourrait forcer les parties à en renégocier les modalités, notamment celles relatives à la rémunération⁴⁶⁶. On le voit bien, il existe d'autres solutions pour protéger l'auteur que de recourir à un formalisme excessif et bien souvent contre-productif.

209. Ainsi, il nous apparaît important que le droit d'auteur français reconnaisse une possibilité pour l'auteur rémunéré de manière proportionnelle (ce qui est érigé en principe par le Code de la propriété intellectuelle) de voir sa rémunération révisée. Il faut qu'elle puisse être adaptée effectivement au succès de son œuvre. Nous pourrions, dans ce domaine nous inspirer de la législation de nos voisins allemands. Leur droit offre en effet à l'auteur la possibilité d'exiger une rémunération supplémentaire lorsqu'il y a « disproportion manifeste » entre le niveau de la rémunération initialement convenu et les recettes d'exploitation « empochées » par son cocontractant⁴⁶⁷. Voilà qui nous apparaît comme une bonne solution et qui pourrait servir de base à une réflexion sur l'évolution des règles applicables en matière de rémunération de l'auteur français.

L'excès de rigueur au stade de la cession des droits n'apporte que des difficultés. Pire, cela ne protège même pas les intérêts de l'auteur. Alors que si l'on décide d'être plus souple dans la phase de conclusion, tout en s'assurant certains moyens de contrôle dans la phase d'exécution, les difficultés disparaissent.

⁴⁶⁵ Cf. arrêt « Huard », Cass. Com., 3 novembre 1992 : *JCP*, 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *Deffrénois*, 1993, 1377, obs. J.-L. Aubert ; *RTD Civ.*, 1993, 124, obs. J. Mestre. Voir aussi l'arrêt « Chevassus-Marche », qui va dans le même sens : Cass. Com., 24 novembre 1998 : *Deffrénois*, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP*, 1999, I, 143, note C. Jamin ; *JCP* 1999, II, 10210, note Y. Picod. Ces arrêts posent ainsi un tempérament à la jurisprudence « Canal de Craponne » (Civ., 6 mars 1876, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, n° 165), respectueuse à l'extrême du principe de force obligatoire des contrats.

⁴⁶⁶ Il est, en outre, déjà arrivé à certains juges du fond d'aller plus loin encore en « refaisant » eux-mêmes le contrat. Cf. par ex. TGI Paris, 6 janvier 1993 : les juges ont annulé la clause prévoyant les modalités de rémunération et ont eux-mêmes décidé d'un nouveau taux et d'une nouvelle assiette. C'est peut-être un peu excessif...

⁴⁶⁷ Cf. § 32a UrhG, alinéa 1^{er}.

L'introduction d'une dose de souplesse dans les règles encadrant la détermination de la rémunération de l'auteur apparaît comme une bonne chose. Ce qui pourrait l'être également, c'est une nouvelle approche du système, qui passerait par un article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle rendu supplétif.

B/ Beaucoup de souplesse : l'article L. 131-4 supplétif

210. La solution présentée ici s'avère beaucoup plus radicale que la précédente, puisqu'il s'agit, en quelque sorte, de remettre toute une partie du système à plat. L'idée serait de laisser les parties régler la question de la rémunération comme elles l'entendent.

Toutes les difficultés, on l'a vu, se posent en raison du caractère d'ordre public, de l'extrême impérativité de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de cassation. Les règles, parce qu'elles sont trop strictes, s'avèrent inadaptées. Ainsi, pourquoi ne pas laisser le règlement de cette question à la discrétion des parties ? Autrement dit, il faudrait donner à l'article L. 131-4 un caractère supplétif. Il ne serait là que pour pallier l'éventuelle absence d'accord entre les parties. Mais la clause contraire devrait être possible et, au-delà, largement favorisée.

211. Sur le terrain du principe de la rémunération proportionnelle, pourquoi ne pas autoriser les parties à décider d'une autre méthode de calcul ? Ainsi, si elles préfèrent prévoir une rémunération forfaitaire, pourquoi les en empêcher ? Evidemment, cette solution pourrait s'avérer davantage favorable au cessionnaire des droits qu'à l'auteur. Il faudrait donc s'assurer du consentement libre et éclairé de ce dernier⁴⁶⁸. Il faudrait veiller à ce que ce choix en soit véritablement un pour l'auteur, que ce type de rémunération ne lui soit ni imposé, ni trop défavorable. Le droit commun est largement en mesure de régler les éventuelles difficultés : c'est l'objectif de la théorie des vices du consentement que de veiller à ce que chaque partie ait donné un accord libre et éclairé à l'opération envisagée. Dans le cas de la rémunération de l'auteur, si une rémunération forfaitaire lui est imposée (par le biais de pressions notamment), le vice de violence pourrait être caractérisé. Si le cessionnaire des droits lui fait croire à tort que le forfait constitue pour lui la meilleure

⁴⁶⁸ Voir par exemple M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 673, qui se demandent : « que décider en effet en présence d'un contrat stipulant un forfait important au profit de l'auteur en dehors des cas autorisés par la loi ? On pourrait penser qu'il n'y a pas de difficultés. L'important est que ce forfait soit consenti et ne se traduise pas par un déséquilibre injustifié ».

option, c'est le dol qui pourrait être invoqué. Et si, tout simplement, l'auteur n'a pas bien compris les implications de son choix, l'erreur serait en mesure de jouer tout son rôle.

Si l'auteur a consenti de manière libre et éclairée, mais que l'œuvre a finalement davantage de succès que prévu et que, par conséquent, la rémunération qui était prévue initialement n'est plus en adéquation avec les résultats d'exploitation, alors, diverses possibilités se présentent. Déjà, puisque dans notre hypothèse le choix s'est porté sur le forfait, les mécanismes de révision pour imprévision et de rescision pour lésion s'appliquent. En outre, rien n'interdit non plus ici de recourir à la théorie du vil prix issue du droit commun. L'auteur pourrait alors voir sa rémunération réadaptée. La solution passe donc par une confiance envers les parties et surtout par une confiance envers le droit commun.

212. Sur le terrain de l'assiette ensuite, pourquoi ne pas laisser la possibilité aux parties de choisir une autre donnée de référence que le prix public hors taxe ? On a vu que cette dernière présentait un grand nombre de difficultés. Là aussi, le recours à la clause contraire nous semble pouvoir être d'un grand secours. Par exemple, le chiffre d'affaire du cessionnaire des droits constituerait, d'après certains auteurs⁴⁶⁹, une assiette intéressante. Déjà, parce que c'est une donnée qui est aisée à connaître (qui évite donc les problèmes de contrôle⁴⁷⁰) et qui existe toujours (contrairement au prix public⁴⁷¹). De même, puisque l'accès « gratuit » aux œuvres tend à se généraliser, on pourrait concevoir que les recettes publicitaires servent d'assiette à la rémunération proportionnelle de l'auteur. Ce qui est indispensable pour pouvoir rémunérer proportionnellement un auteur, c'est d'être en mesure d'identifier les œuvres qui sont « consommées » par le public. Avec le numérique, qui est appelé à devenir le mode d'exploitation le plus répandu des œuvres, cela ne pose aucune difficulté.

On pourrait aussi imaginer un système réunissant différentes assiettes. Par exemple, M. Gautier propose d'admettre que puisse être proposé à l'auteur « un pourcentage sur le prix de vente public et un autre (plus élevé) sur les recettes effectivement encaissées par l'entreprise. Libre à lui, alors, de choisir ce qui lui conviendrait le mieux »⁴⁷². On pourrait même imaginer une combinaison : telle assiette jusqu'à un certain niveau de rentabilité,

⁴⁶⁹ Cf. par exemple : A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op.cit.*, n° 748.

⁴⁷⁰ Cf. *supra* n° 196.

⁴⁷¹ Cf. *supra* n° 198 et suivants.

une autre (plus avantageuse pour l'auteur) au-delà. Bref, laisser de la marge aux parties. Les laisser imaginer toutes les figures contractuelles qu'elles souhaitent. A condition, toujours, de s'assurer du consentement de l'auteur.

213. Introduire de la souplesse. Faire confiance aux parties, qui sont les mieux à même de savoir ce qui est bon pour elles. Cela nous amène à songer à la négociation collective, qui pourrait être une piste de réflexion intéressante. Il s'agirait de faire en sorte, comme nous le défendons ici, que les règles posées par le Code de la propriété intellectuelle deviennent supplétives et ne servent simplement que de guide aux parties. Il s'agirait aussi de reconnaître la force des accords passés entre les auteurs et leurs cocontractants. Branche par branche, secteur par secteur, les organisations représentatives négocieraient les modalités de la rémunération. Ainsi, ces dernières seraient mieux adaptées, parce que discutées et acceptées par les acteurs directs de la matière. Dans le secteur audiovisuel, par exemple, le chemin semble tracé puisque la loi du 1^{er} août 2006 a introduit un alinéa 3 à l'article L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *les accords relatifs à la rémunération des auteurs conclus entre les organisations professionnelles d'auteur ou les sociétés de perception et de répartition des droits (...) et les organisations représentatives d'un secteur d'activité peuvent être rendus obligatoires à l'ensemble des intéressés du secteur d'activité concerné par arrêté du ministre chargé de la culture* ». Si le texte incite indubitablement à la négociation collective, cela ne va toutefois pas aussi loin qu'espéré par certains acteurs du secteur : en effet, les professionnels auraient voulu un texte reconnaissant la force des accords qui prévoient des modalités de fixation de la rémunération différentes de ce que prône la loi⁴⁷³. Le législateur a accepté de reconnaître la force de ces accords, mais n'a pas souhaité aller jusqu'à admettre formellement qu'ils puissent contredire les dispositions légales. Quoiqu'il en soit, ces accords existent, et ne respectent pas toujours les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle⁴⁷⁴. Est-il bon de

⁴⁷² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 501.

⁴⁷³ Le projet rédigé par les professionnels voulait en effet que le législateur introduise une disposition prévoyant qu'« une assiette et des modalités différentes peuvent être fixées par voie d'accord conclu entre les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et les organisations représentatives des producteurs d'œuvres audiovisuelle ».

⁴⁷⁴ Par exemple, un accord signé en 2005 entre la SCAM et des syndicats de producteurs audiovisuels prévoit un taux compris entre 3 et 6 % (on tourne d'ordinaire davantage autour de 0,5 %) et énonce que l'assiette utilisée réside dans le chiffre d'affaires de l'éditeur. Cf. *infra* n° 243 et suivants.

laisser les choses échapper de la sorte au contrôle de la loi ? Autoriser pour mieux contrôler : ce leitmotiv pourrait peut-être servir de base à la réflexion pour une évolution de notre droit d'auteur.

214. Ainsi, en matière de rémunération de l'auteur, le bilan est le même que pour la détermination des droits cédés : l'objectif de protection de l'auteur n'est pas atteint (il n'a pas davantage les moyens de peser sur le contenu du contrat, parce que l'équilibre contractuel n'est pas restauré) et les incidences négatives sont au rendez-vous (la rémunération réellement octroyée à l'auteur est déconnectée du succès de son œuvre). Il faut faire évoluer les choses. Nous l'avons démontré, toutes les difficultés présentées plus haut semblent mises à mal dès lors que le système de rémunération de l'auteur laisse place à la souplesse. L'absence de certitude quant au succès de l'œuvre n'est plus un problème dès lors que le prix n'a plus tant besoin d'être fixé lors de la conclusion que d'être renégocié en cours d'exécution du contrat. Les problèmes de prix inconnu, d'absence de prix ou de prix inapplicable n'en sont plus dès lors que l'on décide de laisser les parties choisir l'assiette qui leur semble la plus appropriée. On le sait, le droit d'auteur français a peur de la souplesse, peur que cela ne profite à la partie forte et que cette dernière n'abuse de sa position pour flouer l'auteur. Entre la peur de la partie forte et le manque de confiance en notre droit commun, le législateur et le juge sont décidément enfermés dans leurs appréhensions. Au détriment, le plus souvent, de la partie que l'on veut pourtant protéger.

Conclusion de la première partie

215. Nous avons, dès les premières lignes de notre travail, exposé les limites du consensualisme : il ne permet pas aux parties de prendre conscience de l'importance et de l'étendue de l'opération qu'elles concluent. Pour contrecarrer ces faiblesses, le législateur a décidé, en droit d'auteur comme dans bon nombre d'autres matières, de recourir au formalisme, jugé plus efficace. En cela, et parce que le consensualisme reste la pierre angulaire de notre système juridique, le législateur a donc décidé d'imposer le recours à un mécanisme dérogatoire, exceptionnel. Il s'agit de parvenir à un objectif qui n'est pas atteint en appliquant le droit commun, c'est à dire en situation normale. Dès lors, le législateur va imposer certains efforts aux contractants : il faut recourir à un écrit, entourer précisément le contenu de l'accord. En tout état de cause, l'on est plus exigeant en situation exceptionnelle qu'en situation normale. Cela ne se justifie que par la finalité : rendre l'opération contractuelle plus sûre. Si l'objectif est atteint, l'utilisation d'un procédé dérogatoire et les efforts subséquents se trouvent légitimés ; si l'objectif n'est pas atteint en revanche, la distance prise avec le droit commun n'est pas comprise, n'est pas admise.

Précisément, nous avons démontré qu'en droit d'auteur l'objectif recherché par le législateur lorsqu'il a pris l'initiative d'imposer le recours au formalisme n'est pas atteint :

- Conscient que l'opération de cession des droits est importante, il a décidé d'attirer l'attention des parties en exigeant la rédaction d'un écrit ; si nous considérons que le choix d'imposer un écrit constitue une bonne initiative, nous ne sommes pas certains en revanche que l'objectif d'attirer l'attention soit complètement réalisé. En ne prétendant réclamer un écrit (acte) qu'à titre de preuve et uniquement pour certains contrats d'auteur, le formalisme passe en partie à côté de sa fonction de mise en lumière du danger de l'opération contractuelle. Selon nous, la difficulté provient ici d'une règle en demi-teinte, mal assumée. Pour que l'objectif soit atteint, nous avons plaidé pour une généralisation du recours à l'écrit, qui devrait être requis à titre de validité (ce qui d'ailleurs n'apparaît pas si éloigné que cela de la volonté des rédacteurs de la loi de 1957).

- Conscient que le rapport entre l'auteur et son cocontractant présente un risque de déséquilibre, le législateur a décidé de protéger le premier (en ce qu'il est une partie faible) en exigeant que certains éléments (objet de la cession et rémunération) soient particulièrement déterminés dans le contrat. En encadrant trop strictement le contenu de l'acte (mentions), le formalisme passe à côté de sa fonction de protection de la partie faible parce que la règle devient incompréhensible, parce que l'information se perd, parce que les prescriptions légales sont parfois déconnectées de la réalité. Tant et si bien qu'il n'est pas rare de constater que le non respect de la règle formaliste n'enlève en pratique strictement rien à l'auteur. Or, il est évident que si la partie faible n'est pas défavorisée alors même qu'une règle censée la protéger a été violée, c'est que cette règle est inefficace et, partant, inutile. Ainsi, si le formalisme rate son objectif ici, cela s'explique, cette fois, non pas par une règle insuffisamment affirmée, mais au contraire par une règle excessive.

216. A ce propos, une question nous semble devoir être soulevée : si le formalisme de la mention est excessif en droit d'auteur et qu'en cela il contribue à exacerber les effets pervers de la technique contractuelle, à qui est-ce la faute ? Nous avons montré tout au long de notre première partie (et spécialement dans les chapitres consacrés à la détermination de l'objet et à la rémunération de l'auteur) que les vraies difficultés apparaissent suite à une application rigide et non compréhensive des prescriptions du Code de la propriété intellectuelle par les juges. Il nous semble, en effet, que les exigences du législateur ne sont finalement pas si démesurées que cela. Certes, c'est bien à lui qu'il faut imputer le choix en faveur du formalisme, et particulièrement du formalisme de la mention. Pour autant, il apparaît que c'est la façon dont les juges ont appliqué la règle qui conduit à une impression de rigueur exagérée. En effet, si l'on revient quelques instants sur ce que prévoit le Code de la propriété intellectuelle en matière de détermination de l'objet, l'on comprend vite que les attentes du législateur n'étaient pas au niveau de ce que recherche le juge. Si l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} impose bien des mentions relatives à la détermination des droits cédés, à leurs modalités d'exploitation et au cadre spatio-temporel de la cession, il n'impose pas la rédaction de clauses parfaitement complètes, pas plus qu'il n'interdit le recours à l'adverbe. C'est le juge qui a décidé d'être particulièrement exigeant et de sanctionner les clauses non exhaustives. Le constat est le même sur le terrain de l'article L. 131-4 en matière de rémunération de l'auteur : le texte n'impose pas que celle-ci soit calculée en fonction du prix public hors taxe. C'est le juge qui a procédé à cet ajout, dont on a vu qu'il était à la source de la plupart des difficultés en la matière. Ce qui doit nous amener à la conclusion que si les excès du formalisme en droit d'auteur sont en partie imputables au législateur en ce que c'est bien lui qui a opéré le choix de cette technique contractuelle, ils sont surtout imputables au juge qui a fait une application stricte, rigide et souvent inadaptée des règles. Dès lors, les magistrats (à tout le moins une partie d'entre eux, nous y reviendrons) font mentir Flour en droit d'auteur : ils n'ont pas adapté la règle, ils l'ont rigidifiée.

Face au bilan des excès du formalisme et des effets pervers subséquents, il faut s'interroger sur la façon dont les sources du droit d'auteur ont réagi. Le constat que nous allons faire sera plus positif, chacune ayant décidé, à sa manière, de limiter l'application du formalisme.

PARTIE II – LES REACTIONS FACE AUX EXCES DU FORMALISME

217. Le choix opéré en faveur de la mise en œuvre du formalisme de la mention en droit d'auteur français s'avère source d'un certain nombre de difficultés et ne parvient pas à remplir son objectif de protection de la partie faible. Face à ce constat, les différentes sources du droit d'auteur ont réagi en tentant, chacune à leur manière, d'assouplir quelque peu les choses, afin de faciliter l'opération contractuelle entre l'auteur et le cessionnaire des droits.

Les premiers concernés par les fortes exigences formalistes résultant pour partie de la loi et pour partie de l'interprétation qu'en ont faite certains juges sont bien évidemment les praticiens, professionnels du monde artistique et cocontractants de l'auteur. Si certains craignent les sanctions du formalisme et tentent dès lors de s'approcher au maximum de son respect, la plupart n'hésitent pas cependant à inscrire

leurs relations avec les auteurs en marge de la loi. Nous verrons en effet que la pratique a développé une sorte de droit parallèle, basé sur les usages. Ainsi, les praticiens réagissent en niant le formalisme (Chapitre 1). Face à l'échec du dispositif formaliste d'une part et face au constat d'une prise de distance par les praticiens d'autre part, les deux sources essentielles du droit d'auteur ont dû réagir à leur tour. Ainsi, le législateur, alors même qu'il est à l'origine du choix de recourir au formalisme en droit d'auteur semble s'être rendu compte des inefficiences de son dispositif. A tel point qu'il a mis en place différentes exceptions qui font plus ou moins reculer le formalisme. Ces aménagements sont imparfaits et sans doute incomplets, mais la démarche doit être soulignée. Ainsi, le législateur réagit en amorçant une réforme du formalisme (Chapitre 2). Le juge, de son côté, et alors même que l'on a souligné qu'il était pour partie à l'origine de la rigidité constatée dans notre matière, semble aussi se poser quelques questions. Si la majeure partie de la jurisprudence est « pro-formaliste », sans doute davantage encore que le législateur, un autre courant existe et se développe ces derniers temps. Il convient de l'étudier avec attention, en ce qu'il constitue peut-être la clé de nos difficultés. Ainsi, le juge réagit en interprétant le formalisme (Chapitre 3).

Chapitre 1 – Les usages du professionnel

218. Le droit d'auteur français est entièrement tourné vers la défense des intérêts des auteurs. Le destin des professionnels, pourtant partenaires de ces derniers ne l'intéresse que très peu. Face à cette absence de considération, les professionnels ont développé une réelle méfiance à l'égard du Code de la propriété intellectuelle, outil qu'ils ont du mal à appréhender et dans lequel ils ne se reconnaissent pas. A tel point que certains d'entre eux le craignent tellement qu'ils font leur maximum pour en respecter les prescriptions, quitte à aller parfois au-delà de ce que le texte impose (Section 1). Si cette tendance est clairement visible dans les contrats, il n'en reste pas moins que la réaction la plus conséquente des professionnels face aux lourdes exigences du droit d'auteur français consiste en une inscription de leurs rapports contractuels avec les auteurs en marge des frontières du Code de la propriété intellectuelle (Section 2).

Section 1 – Les raisons de la méfiance des professionnels

219. Le Code de la propriété intellectuelle a été rédigé en vue de protéger les intérêts de l'auteur, partie faible. Aussi, il n'a que peu d'égards quant au sort du professionnel, cessionnaire des droits, en position, quant à lui, de partie forte. Le législateur a estimé que ce dernier avait les moyens de se défendre par lui-même et qu'il n'était pas nécessaire de lui accorder une attention particulière. La lecture de notre loi sur le droit d'auteur est très révélatrice de cet état de fait : si l'auteur fait l'objet de toutes les attentions, le professionnel est quant à lui l'objet de toutes les exigences. Il a toutes les raisons de se méfier du Code de la propriété intellectuelle, voire même de le craindre. Deux éléments nous apparaissent prépondérants : lors de la conclusion du contrat d'auteur, le Code de la propriété intellectuelle impose au professionnel d'être extrêmement prévoyant, ce qui a parfois pour conséquence un respect exagéré du formalisme (§1) ; lors de l'exécution du contrat d'auteur, le professionnel est en proie à d'importants risques (§2).

§1 - A priori : trop de prévisions

220. Au stade de la formation du contrat de cession des droits d'auteur, le Code de la propriété intellectuelle est particulièrement exigeant avec le professionnel, cessionnaire et rédacteur du contrat. En effet, ce dernier doit être précis quant au contenu du contrat (A) ; les prescriptions du droit d'auteur français sont tellement fortes que le professionnel est même parfois « trop » précis (B).

A/ Les prévisions exigées

221. Nous avons déjà eu l'occasion de mettre en lumière les éléments qui doivent, pour qu'il soit valide, figurer dans le contrat. Il nous semble cependant important de les reprendre rapidement ici pour mettre en lumière, de manière efficace, la charge que fait peser notre législation sur les épaules du cocontractant de l'auteur. Ces rigueurs viennent essentiellement de l'article L. 131-3 du code, siège par excellence du formalisme,

interprété strictement par les juges. Le fait à déjà été exposé mais revenons-y rapidement pour bien marquer les difficultés rencontrées par les professionnels :

- le professionnel doit prévoir dans le contrat toutes les modalités selon lesquelles il souhaite exploiter l'œuvre. Le professionnel doit délimiter les contours de l'exploitation assez précisément. Entendons-nous bien : si le contrat ne dessine pas correctement les contours de la cession, certaines difficultés pourraient apparaître. Par exemple, si le cessionnaire des droits sur un roman souhaite, dans le temps de l'exécution, sortir une édition illustrée, il ne pourra le faire que si ce type d'exploitation est précisément visé par le contrat. A défaut, il se retrouve bloqué et doit demander une nouvelle autorisation à l'auteur, en prenant bien soin de respecter l'imposant formalisme du droit d'auteur français. S'il décide de procéder à l'exploitation alors que le contrat ne l'y autorise pas expressément, il prend le risque de s'exposer à une action de la part de l'auteur⁴⁷⁵.
- autre point tout aussi important, la détermination de la durée de la cession des droits. Le professionnel doit, lors de la conclusion du contrat, penser à fixer celle-ci. On a vu, cependant, que la jurisprudence se montrait assez souple quant à cette exigence : elle valide en effet les clauses du type « *les droits sont cédés pendant toute la durée de la propriété intellectuelle* »⁴⁷⁶. Ce n'est donc pas tellement de ce point de vue que les professionnels doivent se méfier. Il faut simplement qu'ils pensent à bien faire figurer une clause de durée dans le contrat.
- enfin, l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle impose au professionnel de délimiter géographiquement la cession. Cela passe nécessairement par une liste des pays concernés. Si le professionnel oublie un pays lors de la rédaction de cette clause, il ne pourra pas exploiter l'œuvre sur ce territoire, sauf à entrer en contradiction avec les termes du contrat et à risquer une action en justice de la part de l'auteur.

⁴⁷⁵ Cf. *infra* n° 226 et suivants.

222. L'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle (tel qu'il est interprété par les juges, nous l'avons vu ⁴⁷⁷) est ainsi très exigeant avec le professionnel et requiert de sa part une extrême précision. Si ce texte est sans conteste le plus contraignant pour le cocontractant de l'auteur, d'autres articles du Code viennent ajouter à sa tâche.

Exemples :

- l'article L. 131-4 impose que le contrat précise les modalités de la rémunération de l'auteur⁴⁷⁸. Il faut, notamment, viser l'assiette et le taux. Au-delà de la précision imposée par la loi, c'est surtout ici la prévision qui rend les choses excessivement compliquées pour le professionnel. Il est difficile de savoir, au stade de la conclusion du contrat, sur quelles bases rémunérer l'auteur puisque l'on n'a aucune idée des retombées économiques de l'œuvre.
- l'article L. 131-6 exige que le professionnel qui souhaite exploiter l'œuvre, en cours d'exécution du contrat, selon des modalités qui n'existent pas lors de la conclusion, prévoit ce principe dans le contrat. Non seulement il faut anticiper cette éventuelle exploitation, mais il faut aussi viser une rémunération corrélative. De manière caricaturale, ce texte impose donc au professionnel de prévoir l'imprévisible.

Au total, lors de la conclusion du contrat de cession des droits d'auteur, le professionnel doit prévoir un grand nombre d'éléments avec beaucoup de précision. A défaut, les problèmes se présenteront à lui à l'avenir, d'une façon ou d'une autre : nullité du contrat ou condamnation pour contrefaçon, nous y reviendrons. Le professionnel n'a donc a priori d'autre choix que de respecter autant que possible les exigences du Code de la propriété intellectuelle. Pour ce faire, s'il veut être protégé efficacement, il devra recourir aux conseils de juristes, d'avocats. Ce qui est évidemment une charge, une contrainte pour lui.

⁴⁷⁶ Cf. *supra* n° 216 notamment.

⁴⁷⁷ Cf. *supra* n° 172 et suivants.

⁴⁷⁸ Cf. *supra* n° 172 et suivants.

223. A ce propos, il semble que la responsabilité du rédacteur des contrats doit nous retenir un instant, en ce qu'elle peut apparaître comme un nouvel effet pervers du formalisme du contrat d'auteur⁴⁷⁹. En cas de difficultés dans le temps de l'exécution du contrat, si l'auteur se décide à saisir la justice et qu'il obtient gain de cause (à travers l'annulation du contrat par exemple), le cessionnaire des droits peut en effet se retourner contre le rédacteur du contrat et tenter d'engager sa responsabilité civile. Il est acquis que le professionnel qui concourt à la rédaction des actes doit veiller à ce qu'ils soient « juridiquement efficaces », c'est à dire qu'ils comportent toutes les mentions indispensables à sa validité. Il a ainsi été décidé que l'intermédiaire est tenu de « *s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à l'efficacité juridique de la convention* »⁴⁸⁰. A défaut, ce professionnel peut voir sa responsabilité civile engagée, et ce à l'égard des deux parties, même si une seule l'a engagé⁴⁸¹ et même si la partie qui a demandé son intervention reçoit dans le même temps l'assistance d'un juriste⁴⁸². Ainsi, la rigueur du formalisme se fait aussi sentir pour le rédacteur du contrat, non partie à la relation contractuelle : c'est finalement sur lui que pèse la responsabilité de la rédaction ; c'est lui qui assume le risque d'une contrariété avec la législation ; c'est lui qui devra en supporter la charge financière, à travers l'indemnisation de son client. Ainsi, si le cessionnaire des droits supporte le risque de voir le contrat disparaître et avec lui toute l'opération, tant artistique qu'économique, le rédacteur du contrat supporte le risque financier d'un manquement au formalisme. Mais ne soyons pas naïfs, ce risque sera inclus dans la facturation de ses honoraires à son client, le cessionnaire des droits. Le recours à un professionnel entraîne donc un coût particulièrement élevé pour le cocontractant de l'auteur. Coût qui, finalement, pourra être répercuté, à tout le moins en partie, sur l'auteur. D'où l'existence d'un nouvel effet pervers.

In fine, le professionnel doit donc être extrêmement prévoyant et présenter à l'auteur un contrat très complet, donc long, et complexe que ce dernier ne comprendra (voire ne lira) probablement pas. Nous ne voyons pas l'aspect positif de l'excès de prévisions.

⁴⁷⁹ Sur la question de la responsabilité du professionnel, cf. notamment : P.-Y. Gautier « Le devoir de compétence de l'avocat ou l'invitation à être à jour des manuels et revues juridiques », *RTD Civ.*, 2009, p. 744.

⁴⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, *Bull. Civ.*, I, n° 29.

⁴⁸¹ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 1997, *Bull. Civ.*, I, n° 321.

⁴⁸² Civ. 3^{ème}, 13 janvier 1999, *Bull. civ.*, III, n° 9.

D'autant que les importantes exigences du Code de la propriété intellectuelle en la matière entraînent encore un effet pervers : certains professionnels ont tellement peur de ne pas respecter les textes, de s'inscrire en marge de la loi et donc de voir le contrat tomber qu'ils vont parfois au-delà des prescriptions législatives, en faisant figurer dans le contrat des clauses qui ne sont pourtant pas exigées.

B/ Les prévisions ajoutées

224. Il s'agit ici de relater la pratique des professionnels qui craignent de devoir subir les conséquences d'une inscription en marge de la loi, à savoir une annulation du contrat qu'ils ont passé avec l'auteur ou une condamnation en contrefaçon⁴⁸³. Ceux-ci se méfient du Code de la propriété intellectuelle, se méfient des sanctions et vont, de ce fait, jusqu'à « gonfler » les contrats plus que de nécessaire. En effet, il arrive assez fréquemment que les rédacteurs des contrats, dans un souci de prévoyance et de prudence, aillent au-delà de ce qu'indique la loi⁴⁸⁴. C'est, comme il l'a été écrit, « le vieux réflexe de prévoir un maximum de situations »⁴⁸⁵. L'intérêt pour les contractants est de se rassurer⁴⁸⁶, de se dire que leur contrat ne risque rien, que tout est prévu. Lorsque le contrat est rédigé par un professionnel du droit, il s'agit aussi pour lui de mettre à l'abri sa responsabilité⁴⁸⁷. Pour se protéger, pour éviter les contestations, pour prévenir les litiges, ils font entrer dans le contrat ce qui n'est pas censé y figurer. Ils sont ainsi fidèles à la maxime « mieux vaut trop que pas assez ».

Pour illustrer notre propos, prenons des exemples concrets, en nous reportant à un contrat d'édition littéraire que nous nous sommes procuré⁴⁸⁸. Nous trouvons dans ce contrat un article relatif aux garanties, ainsi rédigé :

« L'auteur garantit à l'éditeur la jouissance des droits cédés et conférés par le présent contrat contre tous troubles, revendications et évictions quelconques. »

⁴⁸³ Cf. *infra* n° 226 et suivants.

⁴⁸⁴ Cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 249, qui écrit à propos du droit d'auteur que : « pour respecter le pointillisme de l'art. L. 131-3, les parties ont tendance à chercher à tout prévoir, ce qui gonfle leurs contrats ».

⁴⁸⁵ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 51.

⁴⁸⁶ Voir par exemple : C. Caron, *op. cit.*, n° 403.

⁴⁸⁷ Cf. *supra* n° 223.

⁴⁸⁸ Cf. annexe n° 3.

Cet article nous fait songer aux garanties d'éviction du fait personnel et du fait du tiers, présentes dans le Code civil dans le cadre du contrat de vente⁴⁸⁹. Ces garanties sont dues par chaque vendeur à chaque acheteur en vertu du droit commun. Elles ont donc vocation à s'appliquer naturellement dans le cadre d'un contrat d'auteur. Le Code de la propriété intellectuelle y fait référence à l'article L. 132-8 relativement au contrat d'édition (*« L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé. Il est tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées »*). Mais notre droit d'auteur ne prescrit à aucun moment que le contrat de cession mentionne l'existence de ces garanties. Et pourtant, il n'est pas rare de croiser, dans les contrats d'auteur, une clause telle que celle que nous avons reproduite. Il s'agit donc là d'un formalisme purement pratique, qui n'est en rien imposé par la loi, ni par le droit commun du Code civil, ni par le droit spécial du Code de la propriété intellectuelle.

Autre clause qu'il est fréquent de croiser dans les contrats d'édition littéraire et dont la présence n'est en rien imposée par notre législation : celle relative aux exemplaires d'auteur. Il s'agit d'une clause qui indique le nombre d'exemplaires que l'éditeur remet à titre gracieux à l'auteur et dont celui-ci peut disposer comme il l'entend. Aucune disposition du Code de la propriété intellectuelle ne prescrit la rédaction d'une telle mention et pourtant elle figure régulièrement dans ce type de contrat. Encore un exemple de formalisme purement pratique.

Si nous continuons l'étude de notre contrat d'édition, nous rencontrons une clause relative aux obligations de l'éditeur. L'intitulé ne nous surprend pas ; le contenu davantage. En effet, le rédacteur du contrat a cru bon de préciser certains éléments qui paraissaient pourtant évidents et dont la formalisation dans l'écrit n'est en rien imposée par le Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, on trouve les formulations suivantes :

- *« l'éditeur s'engage à n'apporter au texte aucune modification sans l'accord de l'auteur ».*

⁴⁸⁹ Cf. les articles 1626 et suivants du Code civil. Sur la question, cf. également : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2011, n° 342 et suivants ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2011, n° 247 et suivants ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012, n° 349 et suivants.

- « *il s'engage à faire figurer, sur chacun des exemplaires tirés de l'ouvrage, le nom de l'auteur, le pseudonyme ou la marque que celui-ci aura indiqué au moment de la signature du présent contrat* ».

Cette clause renvoie aux obligations de l'éditeur quant au respect des droits moraux de l'auteur. Etait-il besoin de viser ces devoirs dans l'*instrumentum* ? La loi ne l'impose pas et l'on s'en satisfait : le Code de la propriété intellectuelle reconnaît à l'auteur des droits moraux, qui sont perpétuels et inaliénables. Nécessairement, leur respect s'impose au cessionnaire des droits patrimoniaux. Il n'est nul besoin de viser ces prérogatives dans le contrat pour qu'elles s'imposent à l'éditeur et pour que l'auteur puisse en jouir. La loi suffit à imposer au cessionnaire de respecter l'œuvre en ne la modifiant d'aucune façon sans l'accord préalable de l'auteur ; elle suffit également à ce que l'éditeur soit obligé de respecter le droit à la paternité et, par conséquent, à apposer systématiquement le nom de l'auteur sur son œuvre. La présence d'une clause qui reprend ces éléments ne leur donne pas davantage de force ; réciproquement, leur absence ne leur enlèverait rien. Encore un exemple de clause parfaitement inutile et inutilement formaliste.

225. Une certaine partie des professionnels est ainsi « sur-formaliste », en gonflant le contrat inutilement. En effet, le contrat de cession des droits ne risque pas l'annulation si la clause de garantie, celle relative aux exemplaires d'auteur, ou encore celle relative aux droits moraux n'est pas rédigée. Et pourtant, les cocontractants de l'auteur les font entrer dans le contrat. Parfois, les choses vont même encore plus loin puisqu'il est un domaine où les professionnels, lors de la conclusion du contrat, respectent scrupuleusement la philosophie de l'article L. 131-3 alors même que cela n'est pas censé être nécessaire. Il faut ici faire référence au contrat de production audiovisuelle. Nous aurons l'occasion d'y revenir, l'article L. 132-24 du code pose, en la matière, une présomption de cession des droits en énonçant que « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) emporte, sauf clause contraire (...) cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ». Le texte, dans sa rédaction intégrale, est particulièrement confus⁴⁹⁰, mais il n'en demeure pas moins qu'il pose une véritable présomption de cession des droits au profit du producteur de l'œuvre. Il comporte ainsi en son sein une exception notable au formalisme. Les professionnels devraient dès

⁴⁹⁰ Cf. *infra* n° 326.

lors pouvoir profiter pleinement de cet espace de souplesse que leur offre la législation. En pratique, il n'en est absolument rien. Les professionnels, par habitude des rigidités du droit d'auteur français et par esprit sécuritaire, rédigent systématiquement les contrats qui constatent la cession des droits des auteurs d'une œuvre audiovisuelle au producteur de cette dernière. Tout se passe comme si l'article L. 132-24 n'existait pas. Ainsi, dans le contrat de production audiovisuelle que nous nous sommes procuré⁴⁹¹, l'article 2 concerne la cession des droits et est rédigé comme suit :

« L'Auteur cède irrévocablement au Producteur, pour le monde entier, à titre exclusif et pour la durée précisée à l'article 4 ci-dessous, les droits d'exploitation ci-après définis :

I – Exploitations primaires

Les droits d'exploitation primaires cédés au Producteur comprennent :

A/ Le droit de reproduction

Le droit de reproduction comporte :

- 1. Le droit de faire réaliser, distribuer, diffuser le Film (...)*
- 2. Le droit d'enregistrer ou de faire enregistrer (...) les images en noir en blanc ou en couleurs, les sons originaux et doublages (paroles, musiques, bruit, etc.), les titres ou sous-titres du Film, ainsi que des photographies fixes représentant des scènes du Film.*
- 3. Le droit de numériser, moduler, compresser et décompresser, digitaliser ou reproduire le Film (...)*
- 4. Le droit d'établir ou de faire établir en tel nombre qu'il plaira au Producteur ou à ses ayants droit, tous originaux, doubles ou copies, sur tous supports (...)*
- 5. Le droit de mettre ou de faire mettre en circulation ces originaux, doubles ou copies (...)*
- 6. Le droit d'enregistrer ou de synchroniser avec les images toutes compositions musicales (...)*
- 7. Le droit d'établir ou de faire établir toutes bandes-annonces, teasers (...) du Film (...).*

B. Le droit de représentation

Le droit de représentation comporte notamment :

- 1. Le droit de représenter et/ou de faire représenter publiquement le Film (...)*
- 2. Le droit d'exploiter le Film, en version originale doublée ou sous-titrée, par télédiffusion (...)*
- 3. Le droit d'exploiter le Film sous forme de vidéogramme (...)*
- 4. Le droit d'exploiter le Film en vidéo à la demande (...)*
- 5. Le droit d'exploiter le Film par tous procédés audiovisuels, connus ou encore inconnus à ce jour, conformément à l'article L. 131-6 du CPI. »*

⁴⁹¹ Le document se trouve en annexe n° 2 : il s'agit du contrat conclu entre la société Yume-Quad Film et Olivier Nakache, relativement au scénario du film à succès « Intouchables ».

Les professionnels respectent ainsi l'article L. 131-3 là où, théoriquement il ne devrait pas trouver à s'appliquer⁴⁹². Tous les modes d'exploitation sont visés, alors même que le producteur bénéficie d'une présomption de cession⁴⁹³. A cet égard, M. Montels va jusqu'à écrire que « les dispositions du Code de la propriété intellectuelle ont très peu d'incidence en pratique et ont avant tout une portée que l'on pourrait qualifier de symbolique ». Dans le même ordre d'idée, il souligne « l'inutilité du Code de la propriété intellectuelle » en la matière⁴⁹⁴. La pratique est ainsi en décalage avec les prescriptions législatives, et, étrangement, elle l'est ici dans un sens « sur-formaliste ».

Ce mouvement « sur-formaliste » apparaît comme un nouvel effet pervers des exigences du droit d'auteur. Mais nous pouvons comprendre les craintes exprimées par certains professionnels qui n'ont pas le choix : a priori, ils doivent prévoir, s'ils ne veulent pas, a posteriori, avoir à faire face à certaines difficultés.

§2 - A posteriori : trop de responsabilités

226. Si le professionnel ne respecte pas les nombreuses exigences du Code de la propriété intellectuelle, il risque de devoir affronter certaines difficultés. Elles sont de deux ordres : si le professionnel n'a pas respecté les exigences formalistes du droit d'auteur, il peut devoir faire face à l'annulation du contrat de cession (A) ; s'il exploite les œuvres pour lesquelles il a obtenu les droits en ne respectant pas les dispositions légales et contractuelles, il peut voir sa responsabilité civile et/ou pénale engagée sur le terrain de la contrefaçon (B).

A/ Les risques de nullité

227. La conclusion du contrat d'auteur est entourée de règles très formalistes. Leur non respect doit conduire au prononcé de la nullité du contrat. Ainsi, dès lors que le contrat

⁴⁹² Sur la question, cf. *infra* n° 322.

⁴⁹³ Voir par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 601, qui écrit que « tant dans leur corps même (des contrats de producteurs) que dans de volumineuses et soporifiques annexes, se trouvent énoncés avec un luxe minutieux de détails les droits, sous-droits et sous-sous droits transmis au producteur (toujours l'extraordinaire conservatisme du droit pratique) ».

⁴⁹⁴ Cf. B. Montels, « Pratique des contrats audiovisuels », *Com. com. électr.*, 2003, n° 18.

de cession des droits ne respecte pas scrupuleusement les exigences posées par le Code de la propriété intellectuelle, et à condition que l'auteur s'en plaigne⁴⁹⁵, il est susceptible d'annulation.

C'est évidemment autour du non respect des prescriptions de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code, siège du formalisme, que se cristallise l'essentiel de la question. Ainsi, un contrat de cession des droits qui ne prévoirait pas avec suffisamment de précisions les modalités selon lesquelles les droits peuvent être exploités, qui ne présenterait pas avec assez de détail le cadre spatio-temporel de l'exploitation envisagée encourrait la nullité. Par exemple, on a déjà eu l'occasion de le souligner, les clauses du type « tous droits compris », « cession pour le monde entier / tous les territoires » ou encore « cession pour toute la durée de la propriété littéraire et artistique » ne sont théoriquement pas valables. En l'absence de davantage de précisions, le contrat encourt la nullité puisque les exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} ne sont pas respectées. Le professionnel, dans une telle hypothèse, perdrait ainsi le bénéfice de son contrat et avec lui, celui de ses efforts et de ses investissements. Il a donc tout intérêt à être extrêmement prévoyant lors de la conclusion du contrat.

La sanction encourue est la même sur le terrain des prescriptions relatives à la rémunération de l'auteur. La seule référence aux principes posés par l'article L. 131-4 est inefficace si le contrat ne prévoit pas le montant de la rémunération. Par conséquent, le professionnel doit, lors de la conclusion du contrat prévoir tous les éléments indispensables au calcul de la rémunération qui revient à l'auteur⁴⁹⁶, notamment l'assiette et le taux. A défaut, la nullité est encourue pour contrariété avec les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle. Si le professionnel ne veut pas courir ce risque, il se doit d'être particulièrement vigilant et précis.

D'autres dispositions formalistes prennent place dans le Code de la propriété intellectuelle. Il en va ainsi des articles L. 131-9 (mesures techniques de protection)⁴⁹⁷, L.

⁴⁹⁵ Cf. *infra* n° 233 sur l'absence de procès en droit d'auteur français.

⁴⁹⁶ Cf. *supra* n° 169 et suivants.

⁴⁹⁷ Article L. 131-9 : « Le contrat mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques de protection prévue à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévue à l'article L.331-11 en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation, de même que les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques ou informations sous forme électronique auxquelles le producteur a effectivement recours pour assurer l'exploitation de l'œuvre ».

132-10 (nombre d'exemplaires constituant le premier tirage)⁴⁹⁸ et L. 132-24 alinéa 3 (liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre audiovisuelle)⁴⁹⁹. Dans chacune de ces hypothèses, l'on ne sait pas très bien quelle sanction est encourue en cas de non respect. Les textes semblent tout de même assez impératifs (« le contrat mentionne » ; « le contrat d'édition doit indiquer » ; « le contrat de production audiovisuelle prévoit »). Il faut en déduire qu'en l'absence de ces indications, le contrat est susceptible d'être annulé. Le professionnel doit, à nouveau, veiller au grain s'il ne veut pas subir les effets d'une disparition du contrat.

Dans les hypothèses que nous venons d'énoncer, le professionnel non prévoyant risque de voir le contrat annulé : tous les investissements et les efforts qu'il a engagés seraient alors ruinés. C'est une situation dommageable pour lui. Il en est une autre qui peut l'être sans doute davantage encore : si le professionnel ne respecte pas scrupuleusement les exigences du Code de la propriété intellectuelle, il peut se voir accusé de contrefaçon.

B/ Les risques de condamnation pour contrefaçon

228. L'hypothèse est ici quelque peu différente de celles que nous avons présentées plus haut. Le contrat est valable : les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle ont été respectées. Par exemple, les contours de la cession des droits ont été détaillés avec suffisamment de précision. Le contrat renvoie aux modalités d'exploitation envisagées et il délimite le cadre spatio-temporel de la cession. Seulement le professionnel va, en pratique, aller plus loin que ce qui est formellement inscrit dans le contrat. Par exemple, il va exploiter l'œuvre sous une forme qui n'était pas prévue (nouveau format d'édition d'un roman ; utilisation d'une chanson dans une compilation) ou bien dans un pays qui n'était pas visé (le contrat vise une exploitation sur le territoire européen et l'œuvre est finalement exploitée dans certains états francophones du reste du monde). Dans ces situations, le professionnel, cessionnaire des droits, dépasse le cadre contractuel et peut être considéré comme contrefacteur⁵⁰⁰, parce qu'il exploite une œuvre selon des modalités qui n'ont pas

⁴⁹⁸ Article L. 132-10 : « Le contrat d'édition doit indiquer le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux contrats prévoyant un minimum de droits d'auteurs garantis par l'éditeur ».

⁴⁹⁹ Article L. 132-24 alinéa 3 : « Ce contrat [production audiovisuelle] prévoit la liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre qui sont conservés ainsi que les modalités de cette conservation ».

⁵⁰⁰ A condition, à nouveau, que l'auteur s'en plaigne et décide d'introduire une action en justice. Pour éviter cette action, le professionnel peut bien évidemment, avant de réaliser l'exploitation pour laquelle il n'a pas les droits, solliciter à nouveau l'autorisation de l'auteur. En respectant à ce moment-là les dispositions du Code de la propriété intellectuelle.

été prévues et qu'il n'en a pas le droit. Il pourrait alors être considéré comme n'importe quel autre contrefacteur, qui n'aurait jamais négocié, jamais traité avec l'auteur. D'où, à nouveau, l'impératif de vigilance qui s'impose au professionnel lors de la conclusion du contrat. Il doit prévoir toutes les situations, anticiper ses futures exploitations pour être parfaitement certain que les droits qu'il va obtenir vont couvrir un maximum de situations. En pratique, on se retrouve souvent face à des contrats qui tentent de prévoir toutes les hypothèses : le professionnel obtient les droits de la façon la plus large possible⁵⁰¹. Il ne reste ainsi souvent plus rien à l'auteur. Le professionnel se protège, anticipe les complications. Il est difficile de lui en vouloir quand on connaît les sanctions qui l'attendent au moindre faux pas.

229. Il nous semble d'ailleurs qu'il faudrait faire preuve de souplesse quant à la qualification des agissements du professionnel, cocontractant de l'auteur, en acte de contrefaçon. S'il exploite l'œuvre en dehors des modalités qui étaient contractuellement prévues, il ne faut certes pas le cautionner, dès lors que l'auteur s'en plaint. Mais si les exploitations réalisées sont très proches de ce qui était prévu dans le contrat, pourquoi ne pas, à condition que l'auteur soit rémunéré en conséquence, valider l'opération ? Par exemple, le professionnel qui s'est fait céder les droits en vue de l'exploitation d'un roman en France, en Belgique et au Canada doit-il être traité comme un contrefacteur s'il l'exploite aussi en Suisse ? Ne peut-on pas considérer qu'il s'agit simplement de la « continuité » de l'opération projetée lors de la conclusion du contrat ? Et l'auteur qui se plaindrait de cette exploitation ne ferait-il pas preuve d'une certaine mauvaise foi⁵⁰² ? A cet égard, il pourrait d'ailleurs être utilement fait recours à la notion de gestion d'affaires⁵⁰³, dont on sait qu'elle vise les hypothèses dans lesquelles un individu gère momentanément les affaires d'autrui, sans son avis mais dans son intérêt. Ce quasi-contrat a parfaitement vocation à régler la situation que nous visons : si le contrat ne prévoit pas exactement la modalité que s'apprête à mettre en œuvre le cessionnaire des droits, l'opération pourrait être couverte par la gestion d'affaire. Rien ne semble, a priori, s'opposer à cette application, les juges ayant déjà eu recours à la gestion d'affaires pour

⁵⁰¹ Ainsi, cela revient, *in fine*, au même que si l'on acceptait la référence à une clause « tous droits compris, pour le monde entier et pour toute la durée de la propriété intellectuelle ». Cf. *supra* n° 88 et 89.

⁵⁰² Sauf, bien sûr, s'il dispose d'un motif légitime pour refuser un type d'exploitation particulier.

⁵⁰³ Cf. par ex., F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n° 1031 et suivants. Pour une application en propriété littéraire et artistique, cf. par ex. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 682.

valider un sous-contrat, particulièrement intéressant pour l'auteur, signé entre éditeur et sous-éditeur, alors même que le contrat passé entre auteur et éditeur était résilié⁵⁰⁴.

230. Quoiqu'il en soit, en l'état actuel des choses et pour plus de sécurité, mieux vaut pour le professionnel qui ne veut prendre aucun risque envisager toutes les hypothèses, se faire céder un maximum de droits, quitte à n'en exploiter effectivement qu'une infime partie. A nouveau, nous préférierions la souplesse dans le temps de l'exécution plutôt que l'excès de rigueur au temps de la formation.

A cet égard, l'exemple des modes imprévisibles, sur lequel nous reviendrons⁵⁰⁵, est assez révélateur. Le professionnel doit, s'il veut pouvoir exploiter l'œuvre dans le temps en l'adaptant aux nouveaux modes d'exploitation, prévoir cette possibilité. C'est une certaine facilité qui est ici offerte au professionnel, qui n'a pas à solliciter à nouveau l'accord de l'auteur s'il veut exploiter l'œuvre selon le nouveau mode. Pour autant, s'il veut bénéficier de cette possibilité, il doit la prévoir dans le contrat. Il doit viser l'article L. 131-6 et le principe qu'il consacre⁵⁰⁶. Si cette référence ne figure pas au contrat de cession et que, malgré tout, le professionnel exploite l'œuvre selon un nouveau mode, il sera considéré comme contrefacteur. Prenons un exemple concret : un contrat de cession des droits concernant plusieurs œuvres musicales est signé en 1970. Il vise les exploitations classiques pour l'époque (vinyle notamment), mais ne fait aucune référence aux modes imprévisibles. Si l'on retient une interprétation stricte du contrat, le cessionnaire des droits ne devrait théoriquement pas pouvoir, le moment venu, exploiter les œuvres sous forme numérique. S'il le fait, il risque d'être considéré comme un contrefacteur. La finalité, la logique de l'exploitation est pourtant la même dans tous les cas de figures présentés. Une mention dans le contrat prévoyant l'imprévisible et le professionnel est dans son droit le plus absolu ; pas de mention prévoyant l'imprévisible et le professionnel devient contrefacteur. La différence de traitement nous semble quelque peu démesurée et ne peut, à nouveau, qu'inciter le professionnel à faire figurer dans le contrat cette clause prévoyant l'exploitation selon des modes imprévisibles, même s'il n'est pas certain d'y avoir effectivement recours.

⁵⁰⁴ TGI Paris, 5 février 1977, « Flammarion », *RIDA*, janv. 1978. 190 : il s'agissait d'un éditeur français qui avait conclu un contrat avec un sous-éditeur aux Etats-Unis, alors même que le contrat par lequel l'auteur lui avait cédé ses droits été résilié. Puisqu'il s'agissait finalement d'une bonne opération pour l'auteur, les juges ont validé l'intervention de l'éditeur.

⁵⁰⁵ Cf. *infra* n° 250 et suivants.

Le Code de la propriété intellectuelle est ainsi extrêmement exigeant avec le professionnel. Il lui impose de faire preuve d'une grande prévoyance lors de la conclusion du contrat, d'imaginer toutes les situations susceptibles de se présenter, s'il ne veut pas, dans le temps de l'exécution du contrat, voir ce dernier annulé ou, pire encore, être condamné pour contrefaçon. On constate à nouveau que le droit d'auteur français est entièrement tourné vers la protection des intérêts de l'auteur, au détriment de ceux du professionnel. Le cocontractant de l'auteur a donc toutes les raisons de se méfier du Code de la propriété intellectuelle. Si cette méfiance fait naître une sorte de « zèle » chez certains professionnels, elle engendre, chez les autres, une prise de distance.

Section 2 – La prise de distance des professionnels

231. Le constat est clair : les professionnels se méfient du Code de la propriété intellectuelle. Si chez certains la méfiance entraîne une crainte (et en cascade un respect excessif des prescriptions législatives), chez d'autres, sans doute plus nombreux, elle provoque une prise de distance. Ce comportement ne leur apparaît pas dangereux pour plusieurs raisons : les professionnels ont pu se rendre compte au fil du temps que les contrats sont assez peu souvent remis en cause, et ce même s'ils ne sont pas très bien rédigés (§1) ; du coup, ils ont pris le parti de se détourner petit à petit des règles posées par le code. Ils ont construit au quotidien une sorte de « droit parallèle », qui se veut plus proche des réalités, tout en essayant de concilier du mieux possible les intérêts de chacune des parties. Certains parlent, à son sujet, de « droit d'auteur économique et commercial »⁵⁰⁷. Ainsi, les règles appliquées aux litiges relatifs aux droits d'auteur ne sont pas forcément celles qui devraient l'être si l'on s'en tenait à une lecture stricte de notre législation (§2).

§1 - Absence de remise en cause

⁵⁰⁶ L. 131-6 : « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation ».

⁵⁰⁷ Cf. C. Caron, « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Prop. Intell.*, avril 2003, p. 127. Il note en effet que « à côté d'un droit d'auteur très civiliste, un droit d'auteur économique et profondément commercialiste émerge de plus en plus ».

232. Le Code de la propriété intellectuelle est très exigeant avec le professionnel et peut, de ce fait, susciter certaines inquiétudes chez les praticiens. En réalité, leurs appréhensions disparaissent assez vite lorsqu'ils se rendent compte que les contrats qui ne sont pas parfaitement en harmonie avec les dispositions légales ne sont pas pour autant sources de difficultés. En effet, les professionnels ont deux raisons de ne pas être trop inquiets : l'on note une absence surprenante de procès en droit d'auteur (A) et, dans les rares cas où l'institution judiciaire est saisie, une faiblesse des condamnations (B).

A/ Absence de procès

233. Dans le cadre de notre étude, nous avons déjà eu l'occasion d'apercevoir un bon nombre de problèmes posés en droit d'auteur, liés notamment au transfert des droits ou à la rémunération. Ce ne sont évidemment pas les seuls éléments qui posent des difficultés et qui sont susceptibles d'intéresser le juge (on pense notamment à la contrefaçon). Mais lorsque l'on s'intéresse à la façon dont la jurisprudence règle les difficultés, l'on fait rapidement face à un constat surprenant : il y a très peu de procès en la matière. Au regard du nombre de difficultés qui se présentent et qui concernent tous les aspects de la matière, la faiblesse du nombre des assignations en justice est en effet saisissante⁵⁰⁸. Nous avons déjà rencontré la raison qui explique quasiment à elle seule cet état de fait : l'auteur ne connaît pas ses droits⁵⁰⁹.

Effectivement, si le juge n'est pas davantage sollicité, c'est principalement parce que les auteurs n'ont pas conscience qu'ils ont des droits, n'ont pas conscience que ceux-ci sont violés et n'ont pas conscience du fait que le juge a les moyens de les faire respecter. L'auteur ne sait pas quand le contrat ne respecte pas les dispositions législatives ; il ne peut donc pas se plaindre de leur non respect. D'où l'absence flagrante de procès. Et d'où les largesses dont peuvent faire preuve certains professionnels à l'égard de l'application du formalisme.

⁵⁰⁸ Cette constatation vaut depuis 1957 et sur des sujets comme la contrefaçon (au regard du nombre des méfaits, le nombre de plaintes en justice est extrêmement faible) ; l'atteinte aux droits moraux (le droit à la paternité sur les œuvres est constamment bafoué [surtout dans le domaine des arts appliqués], le droit au respect est souvent mis à mal [il n'est pas rare, par exemple, de voir certains éditeurs littéraires retoucher des textes sans avoir obtenu préalablement l'aval de l'auteur], etc.

234. Une autre raison, beaucoup plus marginale, explique l'absence de procès en droit d'auteur : le recours à l'arbitrage. Ce dernier se pratique essentiellement dans le secteur audiovisuel. En effet, certains contrats-type rédigés en la matière prévoient une clause compromissoire par laquelle les parties s'accordent pour ne pas présenter les éventuels litiges qui pourraient apparaître au cours de leur relation à un juge ordinaire. Ainsi, les différents contrats-types proposés par la SACD intègrent la clause suivante :

« Tout différend qui viendrait à se produire, en suite ou à l'occasion du Contrat concernant notamment sa validité, son interprétation ou/et son exécution, sera réglé par voie de médiation et, s'il y a lieu, d'arbitrage, conformément aux règlements de l'Association de médiation et d'arbitrage des professionnels de l'audiovisuel (AMAPA) que les Parties déclarent accepter, en leur qualité de professionnels.

Les parties acceptent d'ores et déjà qu'il soit fait application des règlements de médiation et d'arbitrage de l'AMAPA dans leur rédaction à la date du litige »⁵¹⁰.

Ainsi, en cas de difficulté relative au contrat, ce n'est pas le juge ordinaire qui sera saisi en premier lieu, mais l'AMAPA⁵¹¹. En outre, ce n'est pas non plus le Code de la propriété intellectuelle en lui-même qui est appliqué, mais des « règlements de médiation et d'arbitrage ». Cette pratique contribue donc elle aussi à expliquer l'absence de procès en droit d'auteur.

Dès lors, au regard de la faiblesse des contestations en la matière, les professionnels peuvent ne pas être incités à respecter les exigences formalistes du Code de la propriété intellectuelle. Et quand remise en cause il y a, la faiblesse des condamnations prononcées n'incite pas davantage à une évolution des comportements.

B/ Faiblesse des condamnations

235. Nous avons dit qu'une partie des juges avaient une tendance certaine à être particulièrement exigeant quant au respect des dispositions formalistes du Code de la propriété intellectuelle. S'il ne faut pas revenir sur cette affirmation, il faut

⁵⁰⁹ Cf. *supra* n° 113.

⁵¹⁰ Cf. annexe n° 4.

néanmoins avoir à l'esprit que les sanctions prononcées ne sont pas toujours très dissuasives. Ainsi, lorsqu'il est saisi, et la chose est assez rare pour les raisons que nous avons évoquées, et qu'il veut prononcer une sanction, le juge dispose de plusieurs options :

- prononcer une nullité : nullité du contrat dans son ensemble si la clause est substantielle (l'hypothèse est assez rare en pratique, mais lourde si elle est retenue) ; nullité de la clause litigieuse simplement dans le cas contraire (plus fréquente, l'hypothèse est aussi beaucoup moins contraignante pour le professionnel qui n'est alors sanctionné qu'à la réécriture de la clause).
- condamner pour contrefaçon : les sanctions prévues par le Code de la propriété intellectuelle sont en théorie très lourdes, mais en réalité peu dissuasives⁵¹². Déjà parce que les demandeurs optent le plus souvent pour l'action civile plutôt que pour l'action pénale. Ensuite, parce que le juge n'utilise pas les sanctions mises à sa disposition par le législateur. De manière générale, le juge ne condamne que très rarement la contrefaçon. Il ne sanctionne que rarement sur ce terrain les cocontractants des auteurs qui dépassent leurs droits (ce qui peut se comprendre ; nous avons dit nous même que ce chef d'accusation nous semblait démesuré pour un individu qui est bel et bien le partenaire de l'auteur), mais il ne sanctionne pas beaucoup plus les pirates, qui nuisent considérablement aux artistes comme aux entreprises. Cela s'explique peut-être par le fait qu'une grande partie de la société reçoit mal les sanctions de la contrefaçon. Il n'y a qu'à voir les débats passionnés provoqués par l'HADOPI pour s'en convaincre. Toujours est-il que les sanctions sont tellement rares et si peu dissuasives qu'il peut être légitime de se demander si la question de la lutte contre la contrefaçon intéresse véritablement le juge.

⁵¹¹ Il s'agit d'une association d'arbitrage composée d'arbitres sélectionnés parmi les professionnels du secteur.

⁵¹² Théoriquement lourdes : le Code de la propriété intellectuelle, en son article L. 335-2 prévoit une peine de prison de 3 ans et une amende de 300 000 €. Pratiquement peu dissuasives. Il faut parler ici de la notion de faute lucrative : les sanctions prononcées à l'encontre des contrefacteurs sont tellement faibles que ceux-ci ne sont pas dissuadés de poursuivre leurs agissements. Malgré la sanction, ils engrangent tout de même un bénéfice substantiel.

Ainsi, alors que les textes laissent craindre la nullité totale du contrat, des amendes et des peines d'emprisonnement très lourdes, la sanction la plus courante est en réalité la nullité partielle. Ce qui ne fait pas disparaître le contrat, ne contraint pas le cocontractant de l'auteur à payer de lourdes amendes et ne l'envoie pas en prison. Cela le contraint seulement à réécrire la clause que les juges auront estimée non conforme aux dispositions législatives. Ce qui peut paraître relativement peu dissuasif.

Au total, on voit bien que la pratique, lorsqu'elle s'inscrit en marge du Code de la propriété intellectuelle n'est pas souvent mise en cause et, lorsqu'elle l'est, n'est pas souvent inquiétée. Les sanctions qui sont prononcées ne sont pas de nature à l'inciter à respecter parfaitement les dispositions du droit d'auteur français. C'est pourquoi l'on a assisté à l'émergence d'une sorte de droit parallèle, quelque peu éloigné des principes posés par le législateur et appliqués par le juge en la matière.

§2 - Respect relatif

236. Les professionnels nourrissent une méfiance non dissimulée à l'égard du Code de la propriété intellectuelle. Ils construisent, jour après jour, une sorte de droit parallèle, plus proche des réalités pratiques. Ces règles constituent des usages, très nombreux et très importants en droit d'auteur français (A). Mais, inévitablement, la question de leur conformité avec la loi se pose (B).

A/ La force des usages en droit d'auteur

237. Le droit d'auteur est, sans aucun doute, l'une des matières qui recourt le plus aux usages. On peut le dire : on assiste à un « foisonnement des usages professionnels en notre matière »⁵¹³. L'usage se définit comme « les règles que les particuliers suivent habituellement dans leurs actes juridiques et auxquelles ils sont censés s'être tacitement référés parce que ces règles dérivent des clauses de styles devenues sous-entendues »⁵¹⁴ ou encore comme une « pratique particulière à une profession »⁵¹⁵. On peut aussi parler, un

⁵¹³ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 649.

⁵¹⁴ Selon la définition du lexique des termes juridique édité par Dalloz.

⁵¹⁵ Selon la définition du Vocabulaire juridique Cornu.

peu plus largement, de « pratique professionnelle » qui renvoie à « un comportement de fait qui est adopté par les acteurs d'une discipline juridique »⁵¹⁶.

Les usages s'expriment au travers des contrats-types et autres accords collectifs. Ce sont eux qui reprennent les principes et témoignent de leur force. En général, et cela montre leur importance, on considère que ces règles s'appliquent dans le silence ou en cas de carence des parties⁵¹⁷.

Il est possible de mettre en lumière deux indices qui montrent, si besoin en était, que ces usages professionnels sont très puissants en droit d'auteur :

- d'abord, il est un certain nombre de « codes » qui regroupent les usages professionnels en la matière. Citons, à titre d'exemple, le code de l'illustration cinématographique, le code des usages de la littérature générale, le code des usages photographiques, le code des usages de la Fédération de l'imprimerie... Le nombre et la diversité témoignent de l'importance du phénomène.
- ensuite, le Code de la propriété intellectuelle renvoie lui-même aux usages à plusieurs reprises. Ainsi, à titre d'exemple, le quatrième alinéa de l'article L. 131-3 dispose que le cessionnaire des droits « *s'engage (...) à rechercher une exploitation (...) conformément aux usages de la profession* ». Au sujet du contrat d'édition, l'article L. 132-11 énonce, en son quatrième alinéa, que « *l'éditeur doit réaliser l'édition dans un délai fixé par les usages de la profession* ». L'article qui suit immédiatement, l'article L. 132-12, affirme, quant à lui, que « *l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ». Le Code de la propriété intellectuelle n'ignore donc pas la force des usages professionnels en la matière⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Selon la définition donnée par C. Caron dans son article relatif à la question, *op. cit.*

⁵¹⁷ Cf. par ex. : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 649 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 456.

⁵¹⁸ Les articles faisant référence aux usages ne sont pas excessivement nombreux, mais il est tout de même loisible d'en repérer quelques-uns : L. 131-3 alinéa 4, L. 132-2 alinéa 3, L. 132-3, L. 132-11 alinéa 4, L. 132-12, L. 132-13, L. 132-27. Ce n'est pas négligeable.

Si le Code de la propriété intellectuelle lui-même fait référence aux usages professionnels, c'est qu'il n'y, a priori, pas forcément d'opposition entre la règle légale et celle retenue par la pratique. Cette affirmation se justifie d'ailleurs parfois : il est des usages qui sont en conformité avec la loi ; d'autres qui ne font que la compléter. Ainsi, certains codes des usages font du respect de la loi sur le droit d'auteur un principe⁵¹⁹. D'autres viennent suppléer la loi quand celle-ci n'a pas les moyens d'être plus précise⁵²⁰.

Dans ces situations de bonne entente entre la loi et les usages, aucune difficulté ne se pose. Mais les choses ne sont pas toujours aussi simples et, en pratique, il arrive fréquemment que l'on constate des divergences entre les dispositions légales et les pratiques professionnelles.

B/ Des usages *contra legem*

238. Les vraies difficultés se posent lorsque les usages utilisés au quotidien par les professionnels s'avèrent en contradiction avec la loi. On parle alors d'usages « *contra legem* ». En pratique, cette contrariété avec la loi se retrouve essentiellement à deux niveaux : celui du transfert des droits (1) et celui de la contrepartie à ce transfert (2).

1) du transfert des droits

239. Lorsque l'on étudie les contrats-types rédigés dans les différents secteurs de « l'industrie artistique », l'on se rend vite compte que les clauses organisant le transfert des droits du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire ne sont pas toujours en phase avec les exigences de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle tel qu'interprété par le juge. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir ces contrats-types.

⁵¹⁹ Cf. par exemple le code des usages de la littérature générale qui vise « le respect des dispositions de la loi du 11 mars 1957 ».

⁵²⁰ Il en va ainsi, notamment, concernant les modalités selon lesquelles le cessionnaire des droits doit exploiter l'œuvre en pratique. Le Code de la propriété intellectuelle renvoie « aux usages de la profession », parce que, concrètement, il ne peut

240. Prenons, pour commencer, l'exemple de l'édition littéraire. La SCAM propose un « modèle de contrat d'édition d'une œuvre de littérature générale ». On trouve ici certains écueils, certains antagonismes avec la philosophie de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Pour ne citer que quelques exemples, l'article I A concernant la durée de la cession est rédigé en ces termes : « *La présente cession, qui engage tant l'auteur que ses ayants droit, est consentie pour la durée de la propriété littéraire telle qu'elle résulte des lois tant françaises qu'étrangères et des conventions internationales, actuelles et futures* ». L'exigence de précision de la durée de la cession n'est ainsi pas respectée. L'article I C 1^o, quant à lui, prévoit la cession du droit de reproduction et d'adaptation graphique et les vise de la sorte : « *droit de reproduire l'œuvre sous d'autres présentations que l'édition principale et notamment en édition club, format de poche, illustrée, de luxe ou dans d'autres collections* » (les expressions « *dans d'autres collections* » et « *notamment* » nous semble manquer de précision au regard de la jurisprudence majoritaire) ; il poursuit : « *droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre sur support graphique et notamment par voie de presse (y compris en pré ou post-publication), de micro-reproduction, ou de reprographie aux fins de vente* ». On voit bien, à nouveau, que les modes d'exploitation ne sont pas clairement déterminés et que l'on est loin de l'extrême précision qui ressort de la lecture que les juges ont décidé de faire de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}.

241. Poursuivons avec l'exemple de la production audiovisuelle. En vertu de l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle et de la présomption de cession qu'il instaure, il est censé être fait exception, en la matière, au respect de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. Sauf que, nous l'avons vu, en pratique tout se passe comme si cet article n'existait pas. L'une des raisons réside dans le fait que l'article L. 132-24 vise, avec plus ou moins de clarté, le respect de la lettre de l'article L. 131-3⁵²¹. Ainsi, les professionnels souhaitent soumettre le contrat de production audiovisuelle au respect de ce texte, par précaution. Pour autant, à la lecture de certains contrats-types, l'on mesure que la pratique est loin de la philosophie du texte. Insistons : il n'y a là aucun problème juridique puisque

pas imposer de règles plus précises. Par exemple, il serait improbable que la loi fixe les délais dans lesquels l'œuvre doit être effectivement exploitée.

⁵²¹ Cf. *infra* n° 326 et 329.

le contrat de production audiovisuelle échappe au formalisme. Mais le constat du fossé entre la rédaction des contrats-types et l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} que les professionnels s'efforcent de respecter est révélateur de l'habitude qu'ils ont prise de faire une application toute particulière du texte.

Prenons ainsi l'exemple du contrat de production audiovisuelle pré-rédigé par la SCAM⁵²². L'article 2 du contrat s'intéresse à l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle. Il commence par viser l'autorisation que donne l'auteur au producteur de reproduire et représenter l'œuvre. L'article dispose que cette autorisation comprend, au bénéfice du producteur, le droit de « *procéder à l'enregistrement par tous procédés techniques, sur tous supports (analogiques ou numériques) et en tous formats, des images en noir et blanc ou en couleurs, des sons originaux et doublages, des titres ou sous-titres de l'œuvre audiovisuelle ainsi que des photographies fixes représentant des plans de celle-ci* ». Cette formulation est loin de la philosophie de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. En effet, les expressions « tous procédés », « tous supports » et « tous formats » ne sont pas des plus transparentes.

Poursuivons, toujours avec le même article. Le point 2.1 vise la première exploitation en ces termes : « *La communication de l'œuvre audiovisuelle au public par télédiffusion (voie hertzienne terrestre, satellite, câble, télévision numérique, Internet, téléphonie mobile ...) à titre gratuit, moyennant un abonnement forfaitaire ou un prix individualisé (paiement à la séance ...)* ». A l'inverse de l'extrait précédent, ici les procédés sont nommément visés. L'on pourrait ainsi penser que l'exigence de précision du Code de la propriété intellectuelle est respectée. Il n'en est rien puisque les listes dressées n'ont en réalité rien de limitatif. En effet, elles ne s'achèvent pas par un point, mais par des points de suspension, ce qui laisse à supposer que d'éventuels autres procédés pourront être utilisés. Sauf qu'ils n'auront pas été expressément visés par le contrat et que ce n'est pas censé être valable.

Les exploitations secondaires sont traitées au point 2.2. du contrat-type. Plusieurs modes d'exploitation sont visés. Le troisièmement a retenu notre attention. Il est rédigé en ces termes : « *l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle à des fins culturelles ou*

pédagogiques (médiathèques, Education nationale, etc.) ». Les points de suspension ont été remplacés ici par la locution « etc. ». Si la forme est différente, le résultat est le même puisque cela sous-entend encore que la liste n'est pas limitative et que d'autres procédés pourront être utilisés. A nouveau, cela heurte l'esprit de notre droit d'auteur. Le quatrième point du point 2.2 se voit adresser le même reproche de par l'utilisation des points de suspension : « *La mise à disposition de l'œuvre audiovisuelle sur un site Internet sécurisé avec ou sans option de téléchargement, à titre gratuit, contre un paiement individualisé ou contre un abonnement (télévision de rattrapage, vidéo à la demande, podcasting...)* ».

242. Nous pourrions multiplier les exemples. Cela ne nous semble pas nécessaire dès lors que l'idée selon laquelle la pratique est loin de respecter les impératifs d'exigence posés par le Code de la propriété intellectuelle et la jurisprudence a bien été comprise. Lorsque nous avons étudié les dispositions de notre loi sur le droit d'auteur, nous avons imaginé que, pour les respecter, le rédacteur du contrat devrait faire preuve d'une grande prudence et d'une infinie précision. Nous ne le remettons pas en cause : le contrat de cession de droits qui se veut parfaitement respectueux des exigences du Code et de l'interprétation qu'en fait la majorité des juges est nécessairement long, précis, minutieux, voire complexe. Il n'en demeure pas moins que la pratique s'éloigne de la théorie. Elle contourne ces règles qu'elle juge trop lourdes et sans doute inutiles⁵²³.

La pratique ne respecte pas toujours les exigences formalistes en ce qui concerne le transfert des droits. Elle ne la respecte pas non plus en ce qui concerne la contrepartie à ce transfert, à savoir la rémunération.

2) de la contrepartie

243. Le Code de la propriété intellectuelle encadre formellement le processus de transfert des droits du patrimoine de l'auteur vers celui de son cocontractant. Si notre droit

⁵²² Contrat de production audiovisuelle – Droits d'exploitation : écriture et réalisation, disponible sur le site internet de la SCAM.

⁵²³ On l'a déjà souligné. Par exemple, pourquoi, lors de la rédaction de la clause concernant l'étendue géographique de la cession, dresser une liste exhaustive de tous les pays du monde alors que la mention de « tous les pays du monde » ou de « l'univers entier » produit exactement le même résultat ?

est particulièrement attentif à ce transfert, il l'est tout autant à l'égard de sa contrepartie : la rémunération de l'auteur. On l'a dit, le législateur et la jurisprudence ont estimé que ses modalités devaient être prévues lors de la conclusion du contrat et qu'elle devait être calculée en fonction du prix public hors taxe. Si tous les contrats-types font bien référence à la rémunération de l'auteur, il n'est rien de dire qu'ils s'arrangent avec les prescriptions, notamment en ce qui concerne l'assiette, pourtant fixée de manière impérative⁵²⁴.

244. Prenons, pour commencer, le contrat-type rédigé en matière d'édition musicale⁵²⁵. C'est l'article 16 qui s'intéresse à la question de la rémunération de l'auteur. Le texte prévoit que deux types de redevances doivent être versés au cédant. La première est calculée en fonction, selon les exploitations, des « *prix de vente en gros H.T.* », des « *recettes nettes perçues par l'éditeur* ». La seconde (exploitation par des tiers), quant à elle, est calculée à partir, à nouveau, des « *recettes nettes perçues par l'éditeur* », mais aussi du « *produit net des recettes perçues pour le compte de l'éditeur* ». L'article envisage aussi l'hypothèse d'une sous-cession à l'étranger⁵²⁶ : dans ce cas, la rémunération est calculée en fonction de « *toutes les sommes nettes perçues par l'éditeur* ». Le prix public hors taxe n'est donc jamais évoqué. C'est la notion de « *prix de vente en gros hors taxe* » qui s'en rapproche le plus, sans être la même chose cependant. D'une manière générale, la rémunération de l'auteur est rattachée aux sommes d'argent que le cocontractant de l'auteur va réellement encaisser. On songe au chiffre d'affaire ; on peut même parler des bénéfices dès lors que c'est le « *produit net* » qui est visé par le contrat-type.

Prenons maintenant l'exemple du contrat-type pour l'édition littéraire rédigé par la SCAM⁵²⁷. L'examen de ce contrat relativement à la question de la rémunération commence de façon assez satisfaisante puisque l'article 5 A relatif aux redevances dues à l'auteur au titre de la première exploitation est rédigé de la sorte : « *L'auteur recevra pour chaque exemplaire vendu un droit calculé sur le prix de vente au public hors taxe* ». Le B de l'article continue sur la même lancée puisque, s'intéressant aux exploitations par l'éditeur des droits dérivés et annexes, il vise trois fois sur quatre le prix public hors taxe : il en fait en effet la base de calcul pour le droit de reproduction et d'adaptation graphique,

⁵²⁴ Sur la rémunération, cf. *supra* n° 169 et suivants.

⁵²⁵ Cf. annexe n° 5.

⁵²⁶ Sur cette question, cf. P.-Y. Gautier, « Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *Dalloz*, 1995, Chron., 262.

⁵²⁷ Cf. annexe n° 1.

le droit de traduction, le droit de reproduction, d'adaptation et de traduction autre que graphique ; mais pour le droit de représentation, l'article fait référence aux « *recettes brutes HT à provenir de la représentation de l'œuvre, de ses adaptations ou traductions* ». Le C de l'article traite de la question de l'exploitation par un tiers des droits cédés : il prévoit que l'auteur sera rémunéré en fonction des « *recettes brutes HT résultant de l'exploitation concernée* ». Inexorablement, la notion de prix public s'éloigne. Précisons néanmoins que, du point de vue de la rémunération, ce contrat n'est pas celui qui respecte le moins les exigences du droit d'auteur français. On l'a dit, du fait de la législation sur le prix unique du livre, les choses sont plus simples à gérer ici. C'est sans doute ce qui explique le respect relatif des prescriptions du législateur et du juge.

Terminons par le contrat de production audiovisuelle. On l'a dit, la situation est, en la matière, quelque peu particulière. Le Code de la propriété intellectuelle autorise en effet une autre assiette que le prix public hors taxe : le chiffre d'affaire du distributeur⁵²⁸. La question qui se pose est alors de savoir si les contrats-types renvoient bien à cette base de calcul. Le contrat-type rédigé par la SACD⁵²⁹ pour le cinéma respecte parfaitement le principe posé par l'article L. 132-25 du code. En effet, l'article relatif à la rémunération pour l'exploitation cinématographique en France dans les salles du secteur commercial est ainsi rédigé : « *Conformément aux dispositions de l'article L.132-25 du code de la propriété intellectuelle, la rémunération de l'Auteur-Réalisateur sera constituée par un pourcentage de ... % sur le prix payé par le public au guichet des salles de spectacle cinématographique assujetties à l'obligation d'établir un bordereau de recettes, sous la seule déduction de la TVA et de la TSA. Afin de tenir compte des tarifs dégressifs de location éventuels accordés par le distributeur aux exploitants, le produit de ce pourcentage sera pondéré, s'il y a lieu, par l'application d'un coefficient calculé en rapportant le taux moyen de location du film depuis le début de l'exploitation, à un taux de référence de 50%* ». Les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle et les aménagements mis en place par ce dernier sont donc parfaitement suivis par le contrat-type. Là où le bât blesse en revanche, c'est que le même contrat prévoit une modalité différente de rémunération pour les autres exploitations. L'article L. 132-25 ne fait pourtant aucune distinction : l'aménagement qu'il prévoit doit valoir dans

⁵²⁸ Cf. *supra* n° 183.

toutes les situations, dès lors que le public paye un prix pour accéder à l'œuvre. Le contrat-type, quant à lui, prévoit que dans les autres hypothèses que l'exploitation dans les salles commerciales françaises⁵³⁰, la rémunération de l'auteur sera calculée en fonction des « *recettes nettes part producteur* ».

Toujours en matière audiovisuelle, le contrat-type rédigé par la SCAM⁵³¹ énonce que la rémunération de l'auteur en cas d'exploitation télévisée à l'étranger, d'exploitation sous forme de vidéogrammes à l'étranger et de mise à disposition de l'œuvre sur un réseau à l'étranger, sera calculée en fonction « *des sommes brutes versées par les exploitants concernés* ». Concernant les exploitations secondaires et dérivées, le contrat vise un pourcentage des « *sommes brutes hors taxes reçues du fait de chaque exploitant* ».

245. Ainsi, on voit bien que les contrats-types respectent difficilement les prescriptions législatives (telles qu'interprétées par la jurisprudence⁵³²) en matière de fixation de la rémunération de l'auteur. Le fameux prix public n'est que rarement visé. La raison est bien simple : il est souvent inconnu ou inexistant⁵³³. Les professionnels n'ont d'autre choix que de contourner ces obstacles pratiques que le législateur et le juge n'ont pas vu (ou n'ont pas voulu voir). Ils sont bien obligés d'adapter la règle. Les usages sont bien *contra legem*. Au regard de l'impérativité de la jurisprudence en la matière, on pourrait même parler d'usages « *contra-jurisdictionem* »⁵³⁴. Mais ils le sont par nécessité. En outre, les dispositions de ces différents contrats-types ne semblent pas contraires aux intérêts des auteurs : déjà parce qu'elles ont le mérite d'exister et ainsi de ne pas laisser à l'abandon les modalités de calcul de la rémunération⁵³⁵ ; ensuite parce qu'elles ne sont pas forcément moins avantageuses que la référence au prix public.

⁵²⁹ Cf. annexe n° 4.

⁵³⁰ On comprend bien les choses pour les exploitations dans des salles non commerciales françaises, puisque dès lors, le public ne paye pas de prix pour avoir accès à l'œuvre. Par contre, le texte de l'article L. 132-25 ne fait pas de l'exploitation dans les salles étrangères une hypothèse dérogatoire.

⁵³¹ Cf. annexe n° 6.

⁵³² Sur l'interprétation par la jurisprudence des exigences en matière de rémunération de l'auteur, cf. *supra* n° 184.

⁵³³ Cf. *supra* n° 193 et suivants et 198 et suivants.

⁵³⁴ En effet, les juges sont plus exigeants en la matière que le législateur lui-même. Cf. *supra* n° 184.

⁵³⁵ Il s'agit là davantage du respect de la philosophie générale de notre droit civil que des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. On l'a dit, même sans les règles impératives du droit d'auteur, les contrats d'auteur devraient prévoir la rémunération de l'auteur en ce qu'ils peuvent s'apparenter à une vente ou à un louage. Cf. *supra* n° 174.

246. A ce propos et relativement à la rémunération des auteurs en matière audiovisuelle, il faut, à ce stade, dire quelques mots d'un autre usage important : la chronologie des médias. C'est un système qui consiste à pré-financer l'œuvre audiovisuelle, en vendant les droits d'exploitation avant même le tournage. Ainsi, les producteurs peuvent verser des avances aux différents auteurs (rien dans la loi ne l'interdit). Mais parfois ces avances sont tellement importantes qu'elles dépassent largement ce qui est officiellement prévu par le contrat sur le terrain de la rémunération proportionnelle, ce qui a pour conséquence que plus rien ne peut être versé aux auteurs par la suite. Cela, bien entendu, ne s'inscrit pas dans le schéma de rémunération prévu par le Code de la propriété intellectuelle. Mais est-ce une mauvaise chose pour les auteurs ? Nous ne le croyons pas. L'essentiel étant que les auteurs soient rémunérés, le plus justement et le plus équitablement possible. Avec ce système, il nous semble qu'ils le sont.

247. De manière plus générale, il apparaît important d'insister sur le fait que le non respect du formalisme, par le recours à des usages notamment, n'est pas forcément source de difficultés pour l'auteur. En effet, le non respect des prescriptions formalistes par le professionnel n'est pas nécessairement préjudiciable à l'auteur. Ce n'est pas parce que ce dernier ne connaît pas ses droits ou, à tout le moins, ne se plaint pas de leur violation, qu'il est, *in fine*, forcément lésé. L'exemple de la rémunération est particulièrement révélateur : le choix d'une autre assiette que celle imposée avec force par le droit d'auteur (et surtout par l'interprétation des juges) n'est pas toujours une mauvaise chose pour les auteurs, qui peuvent même trouver leur compte dans le non respect des dispositions législatives : les usages professionnels peuvent leur être plus avantageux que la loi. Ce qui doit nous conduire une nouvelle fois au constat de l'échec du formalisme : si la violation d'une disposition protectrice est plus bénéfique à l'individu auquel elle est destinée, c'est bien que le dispositif est inefficace.

Ainsi, les usages sont très présents en droit d'auteur français. Ils sont parfois en accord avec le Code de la propriété intellectuelle qui n'ignore pas leur existence ; ils sont souvent en contradiction avec lui, plus par nécessité pratique que par volonté de s'inscrire en marge du droit. Mais quoiqu'il en soit, force est de constater que la pratique fait preuve d'un respect tout relatif du formalisme législatif et

jurisprudentiel. Et, comme nous l'avons souligné, les choses ne sont pas amenées à évoluer dans la mesure où il n'y a que très peu de remise en cause de ces comportements.

248. Que conclure de notre étude de la pratique professionnelle ? Il semble que cette dernière soit écrasée par le poids des règles formalistes du Code de la propriété intellectuelle qui lui sont si peu favorables. On peut d'ailleurs noter, à ce propos, qu'un déséquilibre a sans doute été remplacé par un autre : la partie présumée forte ne l'est plus tant que cela quand on sait à quel point notre droit d'auteur est peu au fait des intérêts du cessionnaire des droits. Quoi qu'il en soit, la pratique semble se reconnaître difficilement dans notre législation qui lui apparaît souvent lourde et parfois dépassée. Le Code de la propriété intellectuelle est sans doute trop compliqué à manipuler pour les professionnels. Il est trop exigeant et ne permet pas à coup sûr de garantir l'effectivité de la protection de l'auteur, pas plus que la sécurité du contrat. Certaines interprétations du code proposées par les juges ne sont pas pour arranger les choses. En outre, la pratique n'est pas très incitée à respecter les règles quand elle sait que les auteurs ne connaissent pas forcément leurs droits et qu'ils n'iront ainsi pas contester en justice certaines dispositions contractuelles (qui, en outre, sans respecter la loi ne sont pas pour autant, insistons sur ce point, défavorables à l'auteur).

Les professionnels ont par conséquent institué une sorte de droit complémentaire du droit officiel résidant dans le Code de la propriété intellectuelle. Les choses semblent se dérouler correctement de la sorte. Les droits des auteurs ne sont pas davantage bafoués que si l'esprit de la loi été scrupuleusement respecté. Une certaine souplesse a repris ses droits dans bons nombres de secteurs. Si les choses semblent relativement bien fonctionner ainsi, il n'en demeure pas moins que l'on ne saurait se satisfaire d'une telle situation : il est en effet fort regrettable que la pratique ait été obligée de créer ses propres règles pour être effective ; et tout à la fois paradoxal que, dans notre ordre juridique, des usages *contra legem* (ou *contra «juridictionnem»*) soient utilisés quotidiennement. Tout ceci apparaît révélateur d'un système malade, inadapté, dépassé. Il s'agit d'une nouvelle illustration de la nécessité d'une évolution. Le droit d'auteur français apparaît très fréquemment comme un modèle du genre : il faut qu'il le reste. Mais il faut qu'il soit en phase avec la réalité, il faut que les auteurs le comprennent et que les professionnels lui fassent confiance, cessent

de se méfier de lui. A nouveau, la clé réside, selon nous, dans la souplesse. Le droit d'auteur ne doit pas être aussi pointilleux, ne doit pas être aussi exigeant avec le professionnel. Il doit servir de guide et ne pas être un fardeau. Il doit donner les lignes directrices qui constitueront les fondations de la relation entre l'auteur et son cocontractant. Mais il doit leur laisser une marge de manœuvre. Il ne doit pas tout imposer. Il doit laisser les parties adapter la règle à la spécificité de leur relation. Autrement dit, il faut gommer les excès du formalisme et renouer davantage avec nos origines consensualistes. C'est ce qu'attendent les professionnels. Les auteurs ne s'en plaindraient pas non plus. Et notre législation gagnerait à être en phase avec ses acteurs principaux, ainsi qu'avec les exigences de notre temps.

Face au constat de l'inefficacité du formalisme et de sa mise à l'écart par les professionnels, les deux sources principales du droit d'auteur français que sont la loi et la jurisprudence ont dû réagir à leur tour, chacune avec ses armes. Avant d'étudier la réaction du juge, voyons celle du législateur : il est intervenu par la réforme, en introduisant dans le Code de la propriété intellectuelle quelques exceptions au formalisme.

Chapitre 2 – Les exceptions du législateur

249. Le formalisme imposé par le droit d'auteur français pour la rédaction des contrats d'auteur est excessif. Le législateur, qui en est pourtant l'un des principaux instigateurs, semble parfois en avoir conscience. D'où certains écarts, certaines libertés avec sa théorie formaliste. On note ainsi, à travers notre Code de la propriété intellectuelle, quelques exceptions à l'extrême rigueur que nous avons dénoncée. L'effort, cependant, reste souvent trop limité. Quoi qu'il en soit, il nous revient d'étudier ce qu'il faut considérer comme trois dérogations au formalisme du contrat d'auteur : nous commencerons par les modes imprévisibles d'exploitation (Section 1) ; nous poursuivrons avec l'œuvre collective (Section 2) ; nous terminerons notre

exposé avec l'admission des cessions automatiques, ce qui nous amènera à poser la question du caractère résiduel du formalisme (Section 3).

Section 1 – Les modes imprévisibles d'exploitation

250. Les modes imprévisibles d'exploitation constituent la première occurrence de la prise de conscience législative qu'il convient d'étudier. Le législateur a ainsi retenu en la matière une solution qui s'éloigne de sa philosophie formaliste (§1). Pour autant, si l'effort est louable, il ne semble pas aller assez loin, d'où la nécessité de creuser cette piste (§2).

§1 – Un recul relatif du formalisme

251. En matière d'exploitation de l'œuvre selon des modes imprévisibles au jour de la conclusion du contrat d'auteur, le législateur a fait le choix d'un formalisme allégé (A). Allégé certes, mais formalisme toujours (B).

A/ Formalisme allégé

252. C'est l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle qui pose le principe retenu par le droit d'auteur français en matière d'exploitation de l'œuvre selon des modes inconnus lors de la conclusion du contrat. L'article dispose en effet que :

« La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation ».

Il s'agit, avec cette disposition, de prévoir l'adaptation du contrat aux évolutions des techniques. En effet, un contrat signé à une certaine époque n'inclut pas les modes d'exploitation qui existeront quelques décennies plus tard. Or, puisque

le Code de la propriété intellectuelle est, on l'a vu⁵³⁶, extrêmement exigeant quant à la détermination des droits cédés et notamment des modes d'exploitation envisagés, à défaut de ce texte le cessionnaire des droits ne pourrait pas exploiter l'œuvre selon un procédé qui ne figurerait pas au contrat, et cela même plusieurs années après sa conclusion.

Pour éviter ces situations parfois curieuses, le législateur a décidé de prévoir un mécanisme d'anticipation, au travers de l'article L. 131-6. Grâce à ce texte, il est possible que les modes d'exploitation inconnus lors de la conclusion du contrat (« *forme non prévisible* ») ainsi que ceux qui existaient à cette époque mais dont les parties n'avaient pas connaissance (« *forme non prévue* ») intègrent le champ de la cession. Précisons toutefois que ce dispositif ne peut évidemment pas servir à exploiter l'œuvre selon des modes qui existaient au jour de la conclusion du contrat, que les parties connaissaient, mais qu'elles avaient simplement oublié de faire entrer dans le champ contractuel. Décider du contraire reviendrait à priver de tout son sens l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que le principe d'interprétation stricte des contrats d'auteur⁵³⁷.

253. Le principe posé par l'article L. 131-6 intéresse directement notre étude en ce qu'il s'agit bien ici d'une brèche ouverte dans le lourd formalisme imposé par le droit d'auteur français. En effet, alors que l'on impose que tous les contours de la cession des droits soient précisés avec une impressionnante rigueur, on autorise que, dans le futur, l'œuvre soit exploitée selon des modes qui, étant inconnus ou ignorés au jour de la conclusion du contrat, n'ont pas été visés par le contrat. Il s'agit bien ici d'une exception au formalisme de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle puisque l'œuvre pourra être exploitée selon des modes qui n'auront pas fait l'objet de longues clauses précises.

Et puisque ces modes sont inconnus, les parties, et notamment l'auteur, n'ont aucune idée de l'ampleur qui sera celle de cette nouvelle forme d'exploitation. L'auteur autorise donc son cocontractant, lorsqu'il cède ses droits, à exploiter son œuvre selon des modalités dont il ne peut absolument pas préjuger. Il s'engage sur

⁵³⁶ Cf. *supra* n° 74 et suivants.

ces modes sans connaître la portée exacte de son engagement. Lorsque l'œuvre sera exploitée selon un mode complètement nouveau, l'auteur n'aura même pas à donner son consentement. Le contrat signé plusieurs années auparavant suffira à légitimer la nouvelle forme d'exploitation. Cette situation est loin d'être théorique, surtout à une époque où le numérique révolutionne la manière dont le public « consomme » les œuvres. Ainsi, par exemple, le contrat d'édition littéraire signé dans les années 1970 ne pouvait pas prévoir l'exploitation sous forme de livre numérique⁵³⁸. Si les parties ont eu recours au principe de l'article L. 131-6 au moment de la conclusion du contrat, l'éditeur peut aujourd'hui exploiter les romans sous forme numérique sans aucune difficulté. De même, un contrat de production audiovisuelle conclu à la même époque ne pouvait pas prévoir l'exploitation sous forme de vidéo à la demande. L'exploitant n'aura pas à demander le consentement de l'auteur pour recourir à cette nouvelle forme d'exploitation si le contrat intègre bien le principe de l'article L. 131-6. Encore, le contrat d'édition musicale signé dans les années 1980 ne pouvait envisager la diffusion des titres sous forme de streaming légal⁵³⁹. Cela ne posera aucune difficulté à l'éditeur, qui pourra envisager cette utilisation de l'œuvre dès lors que le contrat conclu prévoit bien le recours aux modes imprévisibles d'exploitation.

Le principe posé par l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle apparaît donc comme une bizarrerie dans un droit qui lutte de toute ses forces pour que l'auteur s'engage systématiquement en toute connaissance de cause, en ayant pleinement connaissance de la portée de son engagement. Force est de constater que ce n'est plus vraiment le cas avec cette disposition. Mais le législateur du droit d'auteur étant complètement tourné vers la protection de l'auteur partie faible, il a tout de même posé quelques garde-fous à l'application de cette disposition. Garde-

⁵³⁷ Cf. par ex. : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 966.

⁵³⁸ Exploitation au développement exponentiel, notamment grâce au succès rencontré par les tablettes numériques. Il faut préciser qu'en pratique, peu de contrats d'édition littéraire avaient prévu le recours à l'article L. 131-6. Les éditeurs n'avaient pas imaginé (comment auraient-ils pu ?) que l'édition littéraire serait à ce point bouleversée par l'arrivée du livre numérique. Ainsi, ces éditeurs imprévoyants ont-ils dû solliciter l'accord des auteurs pour pouvoir procéder à l'exploitation des ouvrages sous forme numérique. Le problème réside dans le fait que, dans ce cas, rien n'est certain : l'éditeur est en effet soumis au complet bon vouloir de l'auteur, qui peut chercher à négocier certains éléments, voire carrément refuser cette forme d'exploitation. Cela peut être très préjudiciable pour l'éditeur, au vu du succès grandissant des livres numériques. D'où l'intérêt pour les exploitants d'utiliser la souplesse que leur accorde l'article L. 131-6.

⁵³⁹ Exploitation qui prend également une part très importante dans l'industrie du disque. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer le succès rencontré par les plate-formes telles que Deezer.

fous qui nous amène à penser que, finalement, le formalisme n'est peut-être pas si allégé que l'on aurait pu le penser.

B/ Formalisme toujours

254. L'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle permet au cessionnaire des droits d'exploiter l'œuvre selon des modes qui n'existaient pas ou qui n'étaient pas connus des parties au jour de la conclusion du contrat. En cela, on l'a dit, le formalisme est allégé puisque l'œuvre pourra être exploitée selon des modalités qui n'ont pas fait l'objet de clauses détaillées dans le contrat d'auteur. Pour autant, et toujours pour tenter de protéger l'auteur, le législateur a décidé d'entourer cette disposition de certaines précautions.

255. La première consiste à faire intégrer, dans le contrat de cession des droits, une clause prévoyant la possibilité pour le cessionnaire d'exploiter ultérieurement l'œuvre selon des modes inconnus ou ignorés à l'époque de la conclusion du contrat. A défaut de cette stipulation « *expresse* »⁵⁴⁰, la possibilité reconnue au cessionnaire par l'article L. 131-6 n'est pas activée. Autrement dit, pour que le cessionnaire puisse se prévaloir de cette disposition, il faut qu'il fasse intégrer dans le contrat de cession des droits une clause prévoyant le principe. Il s'agit à nouveau d'attirer l'attention de l'auteur, de faire en sorte qu'il ait conscience de l'existence de ces éventuelles futures exploitations dont personne ne connaît, au moment de la conclusion du contrat, les modalités. Encore une clause donc, qui vient s'ajouter aux nombreuses déjà exigées, entre autres, par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Et encore une clause dont on peut douter de l'efficacité : un auteur renoncera-t-il à céder ses droits sous prétexte que le contrat autorise son cocontractant à exploiter l'œuvre dans le futur selon des modes qu'il ne connaît pas ? Compte tenu du fait qu'il est souvent en position de faiblesse, pourra-t-il refuser cette clause ? Rien n'est moins certain. Encore une fois, si l'auteur est au courant⁵⁴¹ de la possibilité offerte au cessionnaire des droits par l'article L. 131-6, il n'est pas protégé pour

⁵⁴⁰ Il s'agit du mot retenu par l'article L. 131-6 qui énonce que « la clause » qui prévoit cette possibilité d'exploiter l'œuvre selon des modes inconnus « doit être expresse ».

⁵⁴¹ A condition, toutefois qu'il lise le contrat. On a vu que la profusion des clauses n'était pas un élément en mesure de l'y inciter. Cf. *supra* n° 111.

autant, puisqu'il n'a d'autres choix que d'accepter cet état de fait. Alors, pourquoi imposer la rédaction d'une telle clause ? Son utilité nous semble réduite.⁵⁴²

Concrètement, on trouve dans les contrats ce genre de clause :

« *L'Auteur cède irrévocablement au Producteur (...) le droit de reproduction [qui comprend] le droit d'exploiter le Film par tous procédés audiovisuels, connus ou encore inconnus à ce jour, conformément à l'article L. 131-6 du CPI* »⁵⁴³.

256. La deuxième précaution imposée par le législateur réside dans la présence, au sein du contrat de cession des droits, d'une clause prévoyant « *une participation corrélative aux profits d'exploitation* »⁵⁴⁴. Cette exigence revient à considérer qu'il faut insérer dans le contrat une clause de rémunération proportionnelle pour tous les éventuels futurs modes d'exploitation. Il s'agit toujours de protéger l'auteur, de faire en sorte que les exploitations qui pourraient se faire dans l'avenir sans qu'elles aient été prévues au contrat donnent systématiquement lieu à rémunération de l'auteur. La question se pose alors de savoir à quelle rémunération l'auteur aura droit : une rémunération proportionnelle conformément aux exigences de l'article L. 131-4 ou une rémunération différente⁵⁴⁵ ? Selon nous, le texte de l'article L. 131-6 ne laisse pas beaucoup de doute : la rémunération devrait être proportionnelle dans tous les cas⁵⁴⁶.

En pratique, on comprend bien à quel point le respect d'une telle disposition s'avère complexe. Par définition, on ne sait absolument rien des modes d'exploitation inconnus. Comment être certain, dans ces conditions, qu'un type d'exploitation dont on ignore tout pourra donner lieu à une rémunération proportionnelle ? Rien ne nous permet de penser que les modes d'exploitations futurs (et inconnus) seront en mesure de donner prise à une telle rémunération. Peut-être cela sera-t-il tout bonnement impossible. Comment respecter la disposition de l'article L. 131-6 dans ces conditions ? Sur le fond, sa prévision n'est pas franchement raisonnable.

⁵⁴² D'autant que le principe posé par l'article L. 131-6 peut apparaître, dans une certaine mesure au moins, logique et ne pas nécessiter la rédaction d'une clause. Cf. *infra* n° 259.

⁵⁴³ Clause issue du contrat de production audiovisuelle concernant le film « Intouchables ». Cf. annexe n° 2.

⁵⁴⁴ A nouveau, ce sont les termes mêmes de l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁴⁵ M. Gautier, s'interroge à ce propos : « il reste à savoir si cette rémunération doit être conforme à l'art. L. 131-4, tel que l'interprète la jurisprudence ou si un simple partage des recettes suffira ». Cf., P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 248.

⁵⁴⁶ L'article L. 131-6 vise en effet « une participation corrélative aux profits d'exploitation ». Le texte n'envisage aucun type de distinction. Sur la rémunération, cf. *supra* n° 169 et suivants.

Prenons un exemple concret pour illustrer notre propos. L'un des « modes imprévisibles » qui a chamboulé l'industrie du disque ces dernières années est le streaming légal, sur des plates-formes comme celle mise en place par Deezer. Le site propose, dans les grandes lignes, deux formules : la première offre à ses membres un accès gratuit à toutes les œuvres dans la limite de cinq heures d'écoute par mois (simple streaming, aucun téléchargement) ; la seconde propose aux membres de payer un abonnement pour accéder en illimité aux œuvres et pouvoir les télécharger sur ordinateur ou sur téléphone portable (la lecture des morceaux est alors possible hors connexion, mais uniquement à partir d'un logiciel fourni par le site ; précisons que les téléchargements s'effacent dès que l'abonnement n'est plus actif)⁵⁴⁷. Dans le premier cas, il n'y a aucun prix payé par le public. La base de la rémunération des auteurs résidera dans les recettes publicitaires du site. Dans le second cas, il y a bien un prix payé par le public, mais c'est un prix global, qui ne vise pas l'accès à une œuvre en particulier, mais à tout le catalogue. Or, en droit français, l'assiette de la rémunération proportionnelle réside dans le prix payé par le public pour avoir accès à l'œuvre⁵⁴⁸. Dans les deux hypothèses présentées, on ne retrouve pas la notion de prix public telle qu'envisagée par notre législation. Ainsi, en pareille circonstance, le recours au forfait semble être privilégié. L'on se trouve en effet dans l'hypothèse visée par l'article L. 131-4 alinéa 2 dans laquelle « *la base de calcul de la rémunération proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée* » puisque soit la base n'existe pas (pas de prix), soit elle est trop générale (prix global pour l'accès au catalogue). Il sera donc facile, pour les exploitants, de recourir au forfait. La loi les y autorise. N'en doutons pas, ce sera souvent le choix opéré par les exploitants. Ainsi, la rémunération proportionnelle à laquelle renvoie l'article L. 131-6 et telle qu'envisagée par notre droit d'auteur n'est pas garantie dans le cadre d'une exploitation selon des modes imprévisibles.

Notons que, pour autant, la situation ne nous paraît pas insurmontable. Il nous semble en effet que, dans un cas comme celui de Deezer, la rémunération proportionnelle des auteurs puisse rester largement envisageable, malgré le fait que le

⁵⁴⁷ Le site propose directement ces abonnements. Depuis peu, il s'est associé à l'opérateur de téléphonie mobile Orange qui propose à ses abonnés, dans certains forfaits, une option permettant d'avoir accès aux offres de Deezer. Ajoutons qu'en vertu d'un accord amiable entre Deezer et Universal signé en septembre 2011, la plate-forme s'est engagée à limiter l'écoute gratuite à cinq fois par titre à compter, au plus tard, de 2013.

⁵⁴⁸ Cf. *supra* n° 183.

public ne paye pas un prix pour avoir accès à une œuvre en particulier, dès lors que l'identification des œuvres est possible⁵⁴⁹. L'assiette à retenir pour calculer la rémunération proportionnelle de l'auteur sera forcément différente⁵⁵⁰ de celle que retient traditionnellement notre droit, mais cela ne doit pas empêcher l'application du principe.

Ainsi, nous le voyons bien avec cet exemple, rien ne permet effectivement d'être certain que le mode imprévisible d'exploitation sera en mesure de donner lieu à une rémunération proportionnelle de l'auteur. En cela, l'article L. 131-6 est sans doute un peu trop exigeant : mais il faut reconnaître que les modes imprévisibles d'exploitation qui apparaissent aujourd'hui permettent d'éloigner cette inquiétude. Les exploitations numériques permettent aisément l'identification des œuvres « consommées » par le public. Et, nous l'avons dit, cette identification est la clé de la rémunération proportionnelle. Cela suppose simplement de faire évoluer les règles de calcul des redevances de l'auteur.

257. Sur la forme, à nouveau, pour respecter cette exigence de l'article L. 131-6, il faut insérer dans le contrat de cession des droits une nouvelle clause relative à la rémunération pour les éventuelles futures exploitations de l'œuvre selon des modalités inconnues. Encore et toujours des clauses. Cependant, si une clause visant une rémunération distincte est bien exigée par le texte, rien n'impose que la rémunération soit, à ce stade, déterminée⁵⁵¹. Il doit donc suffire, lorsque l'on insère dans le contrat la clause prévoyant la rémunération de l'auteur (pour les modes d'exploitations contemporains, connus et envisagés) de préciser qu'en cas d'exploitation de l'œuvre selon les conditions prévues par l'article L. 131-6, l'auteur aura bien évidemment droit à une rémunération, dont le principe sera déterminé le moment venu, en fonction des possibilités offertes⁵⁵². Ou encore, il devrait être possible de simplement préciser dans le contrat que toutes les exploitations de

⁵⁴⁹ Cf. *supra* n° 201.

⁵⁵⁰ Celle-ci consistera, dans le cadre de l'offre gratuite du site, dans les recettes publicitaires ; dans le cadre de l'offre payante, elle consistera dans le prix global payé par les abonnés. Cette solution est d'ailleurs celle pour laquelle a opté le site Deezer (c'est, en tous les cas, ce que prétendent les dirigeants du site. Ils expliquent qu'ils versent une proportion de leurs recettes à la SACEM, qui elle reverse aux auteurs, en fonction des informations données par le site).

⁵⁵¹ Nous renvoyons ici à la philosophie dégagée par les arrêts rendus par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995 : sauf disposition spéciale, le prix n'a pas à être déterminé lors de la conclusion du contrat.

⁵⁵² M. Gautier énonce ainsi que « la mise en œuvre de l'art. L. 131-6 devrait passer par une négociation de bonne foi sur le taux et l'assiette, le moment venu ». Cf. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 248.

l'œuvre donneront lieu à rémunération. On pourrait même aller au-delà et considérer que, quand bien même le contrat ne ferait pas référence à la rémunération des auteurs pour les exploitations selon des modes imprévisibles, ce ne serait pas si grave. L'auteur aurait sans doute les moyens, le moment venu, de faire reconnaître qu'il a droit à une rémunération pour la nouvelle forme d'exploitation utilisée par l'exploitant. Le droit commun lui offre cette possibilité : l'auteur pourrait en effet prétendre que la cession de ses droits pour le nouveau type d'exploitation se trouve privée de cause s'il n'est pas rémunéré. L'exploitant n'aurait alors d'autre choix que de le rémunérer, sous peine de perdre le bénéfice de l'exploitation des droits.

Ainsi, même si le formalisme est allégé au travers de l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle, il ne disparaît pas complètement. L'application de cette disposition est subordonnée à l'insertion dans le contrat de cession des droits d'auteur de deux sortes de clauses : l'une posant le principe même d'exploitation selon des modes inconnus et l'autre prévoyant que l'auteur devra être rémunéré dans le cas où ces exploitations seraient effectives. Nous doutons de l'efficacité de ces deux garde-fous. Voyons s'il ne serait pas possible d'aller au bout de l'idée de départ du législateur et de faire reculer encore un peu le formalisme sur ce terrain.

§2 – Faire reculer davantage le formalisme

258. L'idée de l'article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle est de permettre au cessionnaire des droits d'anticiper l'avenir. C'est une disposition, qu'on le veuille ou non, qui est clairement tournée vers les intérêts du cocontractant de l'auteur. Cela est assez rare pour être souligné. Pour tenter d'équilibrer la situation, le législateur a posé les deux garde-fous que nous avons exposés⁵⁵³.

Quoi qu'il en soit, cette disposition permet au cessionnaire des droits d'éviter d'avoir à conclure un nouveau contrat, ou du moins d'avoir à ajouter un avenant au contrat initial, dès lors qu'un nouveau mode d'exploitation apparaît et qu'il souhaite exploiter l'œuvre sous cette forme. Il n'a pas à demander le consentement de l'auteur, il a simplement, et c'est bien logique, à le rémunérer. L'article L. 131-6 du Code de

⁵⁵³ Cf. *supra* n° 254 et suivants.

la propriété intellectuelle a donc un impact positif sur le formalisme à terme. Mais lors de la conclusion du contrat initial, il faut insérer les deux clauses qui tiennent lieu de garde-fous des droits de l'auteur, et donc l'impact sur le formalisme est plutôt négatif.

Ne serait-il pas possible d'imaginer une solution qui, tout en étant respectueuse des droits de l'auteur et des attentes de son cocontractant, permettrait de continuer à avoir un impact positif sur le formalisme à terme et de réduire l'impact sur le formalisme lors de la conclusion du contrat ?

259. Nous considérons que, dans une large mesure, l'idée défendue par l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle est bonne. Il paraît en effet assez logique de ne pas entraver les exploitations futures et d'autoriser le cessionnaire des droits à les exploiter selon les modalités qui apparaissent au fil des évolutions technologiques. Il faut permettre au contrat de survivre au temps, surtout lorsque l'on sait que la majorité des contrats d'auteur est conclue pour une durée souvent très longue, voire pour toute la durée de la propriété littéraire et artistique⁵⁵⁴. A ce propos, il nous semble qu'il faut envisager deux situations : lorsque la nouvelle forme d'exploitation ne constitue en réalité qu'une adaptation d'une forme déjà existante et lorsque la nouvelle forme d'exploitation est véritablement innovante.

Dans le premier cas, une nouvelle modalité d'exploitation apparaît, mais ne constitue en réalité qu'une adaptation d'une forme préexistante. Les exemples classiques résident dans le passage du vinyle au compact disc, dans le passage de la musique analogique à la musique numérique ou encore dans celui du livre papier au livre numérique. Dans ces situations, il s'agit juste d'adapter l'exploitation de l'œuvre au temps qui passe. A quoi servirait aujourd'hui un contrat conclu dans les années 1950 et prévoyant uniquement une exploitation des chansons sur vinyle ? Evidemment, il ne serait pas d'une grande utilité pour le cessionnaire des droits. Dans ce cas, il paraît tout à fait normal de permettre au cocontractant de l'auteur d'exploiter l'œuvre selon ces nouvelles modalités. Il semble parfaitement logique de ne pas avoir, dans un cas comme celui-ci, à conclure un nouveau contrat et à obtenir

encore une fois l'autorisation de l'auteur. Son œuvre n'est pas modifiée, elle n'a pas à subir d'atteintes de quelque nature que ce soit pour être exploitée selon les nouvelles modalités. Ici, le principe posé par l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle semble parfaitement légitime et cohérent. A tel point que l'on se demande s'il est vraiment nécessaire d'inclure une clause dans le contrat de cession des droits prévoyant un principe aussi logique. Il nous semble que l'exploitation de l'œuvre selon des modalités inconnues, dans les circonstances que l'on vient d'exposer, s'impose d'elle-même. Ainsi, si le cocontractant de l'auteur n'a pas prévu dans le contrat initial le recours à l'article L. 131-6, il nous semble qu'il ne faut pas lui imposer d'obtenir à nouveau le consentement de l'auteur ou le condamner pour contrefaçon à défaut. Il s'agit, selon nous, simplement d'interpréter le contrat initial et de voir que, finalement, la nouvelle forme d'exploitation à laquelle souhaite recourir le cocontractant de l'auteur n'est en réalité que la « continuité » des exploitations initialement prévues. Les nouveaux modes d'exploitations, dès lors qu'ils vont dans le même sens que ceux convenus lors de la signature du contrat, devraient être considérés comme les accessoires des droits cédés. Ainsi, en application de la règle selon laquelle l'accessoire doit suivre le principal, le cocontractant de l'auteur n'aurait pas besoin d'obtenir un nouvel accord de sa part⁵⁵⁵. Dès lors que ces nouvelles exploitations ne présentent aucune difficulté, il ne nous semble pas nécessaire de coucher ce principe par écrit et d'alourdir encore un peu plus le formalisme des contrats d'auteurs. Ici, le recours aux clauses prévues par l'article L. 131-6 nous semble surabondant.

Dans le second cas, par contre, il s'agit de nouvelles formes d'exploitation bien plus innovantes qui apparaissent. Il ne s'agit plus de simples adaptations comme on a pu le voir auparavant, mais de vraies et profondes modifications. Pour exploiter l'œuvre selon ces nouvelles modalités, il faudrait une véritable adaptation de l'œuvre. C'est par exemple le cas d'une bande dessinée du début du siècle dernier que le cessionnaire des droits voudrait exploiter sous forme de jeu vidéo, avec tout le

⁵⁵⁴ La plupart des contrats ont vocation à s'appliquer des décennies puisque la propriété littéraire et artistique dure toute la vie de l'auteur et lui survit soixante-dix ans.

⁵⁵⁵ On peut ici se référer à une jurisprudence ancienne, qui considérait les procédés inconnus comme des accessoires des droits transmis (Arrêt « Halévy », Civ. 10 novembre 1930, *S.*, 1931. 1. 161, note G. Lagarde ; *DP*, 1932. 1. 29, note M.

multimédia et l'interactivité que cela suppose. Dans ce cas, il s'agit bien d'un changement fondamental. L'œuvre a besoin d'être complètement retouchée pour être exploitée selon le nouveau mode. C'est dans ce cas que l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle présente un réel intérêt, parce que l'on ne peut plus comparer la nouvelle exploitation à « un accessoire » de celle initialement prévue. Il apparaît ainsi impératif pour le cocontractant de l'auteur de prévoir le recours à cet article dans le contrat initial qu'il conclut avec lui, à défaut de quoi il n'aurait aucun argument pour se passer de l'accord de l'auteur. L'exploitation nouvelle est en effet ici trop différente de ce qui était prévu à l'origine pour que la théorie de l'accessoire et du principal trouve à s'appliquer.

260. L'article L. 131-6 est donc, dans une telle hypothèse, profitable pour le cocontractant de l'auteur. Mais encore faut-il qu'il ait pensé à l'insérer dans le contrat de départ⁵⁵⁶. Si tel n'est pas le cas, le cocontractant de l'auteur devra conclure avec lui un nouvel accord, prévoyant les modalités de cette nouvelle exploitation. Cela pourra prendre la forme d'un avenant au contrat principal. La question qui se pose alors est celle de la forme que devra prendre cet avenant. Faudra-t-il qu'il respecte le formalisme de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ? Nous ne le croyons pas. Finalement, seule la prévoyance distingue le cocontractant qui a pensé à recourir au principe de l'article L. 131-6 de celui qui n'y a pas pensé. Fondamentalement, ni l'un ni l'autre n'avait en vue les conséquences des exploitations futures selon des modes imprévisibles. Il faut donc récompenser la prévoyance du premier en lui permettant d'exploiter selon les modes nouveaux sans avoir à obtenir l'accord de l'auteur. Nous considérons qu'il ne faut pas pénaliser le second outre-mesure. Il devra, pour sa part, obtenir l'autorisation de l'auteur. Mais les exigences formalistes doivent être réduites. Il ne faut pas appliquer à l'avenant les dispositions de l'article L. 131-3. La constatation du consentement de l'auteur, par le biais d'un écrit simple doit suffire⁵⁵⁷.

Nast). Si nous adhérons à l'idée, il faut néanmoins s'assurer que les nouveaux modes d'exploitation ne sont bien que la continuité des anciens, et qu'ils ne bouleversent pas fondamentalement la façon dont l'œuvre est exploitée.

⁵⁵⁶ Ce qui n'est finalement pas si fréquent. Gageons cependant que le recours à l'article L. 131-6 sera plus systématique à l'avenir, la révolution numérique ayant parfois posé d'épineuses difficultés aux éditeurs littéraires notamment.

⁵⁵⁷ Cf. *supra* n° 60.

Ainsi, c'est surtout lorsque les nouveaux modes d'exploitation apparaissent véritablement novateurs que le recours à l'article L. 131-6 s'avère intéressant. Sans cet article, nous aurions du mal à justifier que le cocontractant de l'auteur exploite l'œuvre selon ces nouveaux modes sans solliciter l'accord de l'auteur. Par contre, si le nouveau mode d'exploitation n'apparaît que comme une adaptation des modes préexistants, la théorie de l'accessoire permet une exploitation sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'autorisation de l'auteur. Dans ce cas, le principe posé par l'article L. 131-6 (et notamment en ce qu'il fait renaître le formalisme à travers les clauses exigées) ne nous paraît pas indispensable.

Au total, cette première occurrence de l'allègement du formalisme en droit d'auteur par le législateur ne nous convainc pas complètement. La tentative de faire reculer le formalisme est louable, mais pas assez aboutie. Peut-être serons-nous davantage convaincus par les autres tentatives d'allègement du formalisme imaginées par le législateur. Penchons-nous dès à présent sur le cas de l'œuvre collective, qui apparaît comme une exception au principe de titularité initiale des droits d'auteur.

Section 2 – L'exception au principe de titularité initiale : l'œuvre collective

261. L'œuvre collective est une construction du droit d'auteur français, qui prend en compte la situation des auteurs qui créent à plusieurs et qui reçoivent, pour ce faire, des directives. Le régime de cette œuvre entraîne certaines conséquences quant au formalisme. Il nous faut, avant d'étudier précisément l'impact de cette catégorie sur notre sujet d'étude (§2), présenter brièvement l'œuvre collective (§1).

§1 – Présentation

262. L'œuvre collective permet d'encadrer la création à plusieurs⁵⁵⁸. Voyons comment cette œuvre est définie par le Code de la propriété intellectuelle (A), avant de nous arrêter un instant sur son régime (B).

⁵⁵⁸ A tout le moins, un type de création à plusieurs, puisqu'il faut distinguer l'œuvre collective de l'œuvre de collaboration. Dans cette dernière, quelques auteurs travaillent ensemble, mais sans recevoir aucune directive de quiconque. L'exemple type d'œuvre de collaboration réside dans une chanson : un auteur se charge du texte, un autre de la mélodie.

A / Notion

263. C'est l'article L. 113-2 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle qui précise ce que recouvre la notion d'œuvre collective en droit d'auteur français. Cette disposition énonce :

« Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

Les exemples classiques d'œuvres collectives sont les suivants : dictionnaire, encyclopédie, revue, site internet, cd-rom, etc.

Ainsi, l'œuvre collective est une œuvre à la production de laquelle ont concouru plusieurs auteurs et ce sous la direction d'un « maître d'œuvre »⁵⁵⁹ qui donne l'impulsion, qui fixe les lignes directrices et qui prend en charge la responsabilité de la publication. Ce dernier peut être une personne physique ou une personne morale nous dit le Code de la propriété intellectuelle. Mais il va bien entendu sans dire que dans la quasi-totalité des cas, il s'agira, en pratique, d'une personne morale. La construction de l'œuvre collective s'adapte en effet à merveille aux hypothèses dans lesquelles une entreprise emploie différents auteurs dans un but de réalisation d'une œuvre finale.

L'œuvre collective est aussi une œuvre globale, dans le sens où les contributions personnelles des différents auteurs doivent « *se fondre dans l'ensemble* », d'après les termes mêmes de l'article L. 113-2 alinéa 3. La jurisprudence est assez floue cependant sur ce point puisque si elle nous apprend que « *si l'œuvre collective suppose la fusion des contributions, celle-ci n'exclut bien*

⁵⁵⁹ Cf. par exemple Cour d'appel de Versailles, chambres réunies, 24 mars 2004, *Légipresse*, 2004, n° 212, III, 103, note C. Alleaume : l'arrêt énonce que « pour qualifier une œuvre collective, il est nécessaire (...) qu'elle soit créée et organisée sous l'autorité d'un maître d'œuvre ».

évidemment pas, pour autant, l'identification des contributions »⁵⁶⁰, dans le même temps elle considère que la qualification d'œuvre collective ne peut pas être retenue lorsqu'il est possible d'individualiser les apports de chacun (en d'autres termes, il doit y avoir fusion parfaite). La question de l'identification des contributions personnelles des auteurs au sein de la masse globale que constitue l'œuvre collective est donc assez délicate.

C'est à travers le régime que supporte l'œuvre collective que celle-ci intéresse directement notre étude, puisqu'elle incarne une certaine forme d'allègement du formalisme voulu par le législateur.

B/ Régime

264. Le régime de l'œuvre collective, tel qu'il est défini par le Code de la propriété intellectuelle, en fait une construction spécifique du droit d'auteur en ce qu'elle déroge au principe de titularité initiale (1). Ce caractère dérogatoire fait que certains nourrissent un sentiment de crainte envers l'œuvre collective (2).

1) titularité dérogatoire

265. Le régime de l'œuvre collective est envisagé par l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle. Le texte est ainsi rédigé :

« L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée ».

Concrètement, cela signifie que les droits d'auteur sur l'œuvre collective ne naissent pas sur la tête des différents auteurs, mais directement dans le patrimoine du maître d'œuvre. Ce qui fait que les droits ne transitent pas par un patrimoine pour ensuite intégrer l'autre. Ils apparaissent immédiatement sur la tête de la personne (physique ou morale) qui a voulu la création de l'œuvre. Il s'agit donc bien, avec

⁵⁶⁰ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 2 juin 1981, *Dalloz*, 1983, IR, p. 96, obs. C. Colombet.

l'œuvre collective, d'une exception au principe de titularité initiale⁵⁶¹. Les auteurs de l'œuvre ne sont à aucun moment titulaires des droits. Cela apparaît comme « une fiction de la loi, forgée dans un souci d'efficacité, un cran au-dessus de la présomption de cession (laquelle irréfragable eût conduit au même résultat) »⁵⁶².

266. Pour autant, il ne faut pas se méprendre. Si la personne physique ou morale qui se trouve à l'origine de l'œuvre collective est investie *ab initio* des droits sur l'œuvre, elle n'a pas pour autant la qualité d'auteur⁵⁶³. On l'a dit, ce sont souvent des entreprises qui donnent l'impulsion aux œuvres collectives et l'on sait à quel point le droit français est hostile à l'idée de reconnaître la qualité d'auteur à d'autres qu'aux personnes physiques. La philosophie de notre droit est extrêmement personnaliste. L'œuvre est l'émanation de la personnalité de son auteur. Comment une personne morale, qui n'est qu'une fiction inventée par le droit, pourrait-elle être titulaire des droits sur une œuvre ? Cela est *a priori* inconcevable pour notre droit d'auteur. Dans le cadre d'une œuvre collective, les droits appartiennent donc à l'entreprise, mais la qualité d'auteur reste bien sur la tête des personnes physiques qui ont effectivement participé à sa réalisation.

Autre précision importante : les droits sur l'œuvre collective appartiennent toujours à la personne physique ou morale qui en a pris l'initiative. La possibilité de « *preuve contraire* » visée par l'article L.113-5 du Code de la propriété intellectuelle ne peut avoir pour effet de modifier la titularité des droits. Il s'agit juste de réserver le cas où une personne physique ou morale s'attribuerait à tort les droits sur l'œuvre. Autrement dit, l'article laisse la possibilité au tiers qui estimerait être la personne réellement à l'origine de l'œuvre collective de revendiquer cette qualité⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Ce principe signifie que les droits naissent dans le patrimoine de l'auteur et que l'on ne saurait tolérer les cessions automatiques, tacites, présumées. Ce principe découle de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁶² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 687.

⁵⁶³ Citons tout de même un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 mars 2012 (pourvoi 11-10132, publié au Bulletin) qui a semé le trouble sur la question. Les juges du droit ont en effet cassé un arrêt d'appel qui avait dénié à une société le droit d'agir sur le fondement de l'atteinte au droit moral, considérant qu'elle n'avait pas la qualité de créateur et était donc insusceptible d'invoquer un droit attaché à la personne. L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que le droit moral est attaché à la personne de l'auteur (cf. par. ex. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 693). La Cour de cassation considère pourtant dans son arrêt que « la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral ». En reconnaissant qu'une entreprise peut être titulaire de droits moraux, la Cour de cassation semble lui reconnaître la qualité d'auteur. Attendons de voir si cette position sera confirmée par les hauts magistrats.

⁵⁶⁴ Cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 687 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 339.

Du fait de son caractère dérogatoire à la règle de la titularité initiale des droits, l'œuvre collective n'est pas forcément très bien accueillie en droit d'auteur français.

2) les craintes suscitées par l'œuvre collective

267. L'œuvre collective est une construction extrêmement pratique au quotidien. Prenons l'exemple d'un dictionnaire : des centaines d'auteurs sont mobilisés pour la réalisation du « produit fini ». Si la notion d'œuvre collective n'existait pas, il faudrait, pour que l'entreprise puisse l'utiliser, qu'elle fasse signer des contrats de cession de droits à chacun des contributeurs. Cela serait excessivement lourd, voire impraticable. L'œuvre collective est, dans ces situations, plus que bienvenue.

Mais cet argument pratique n'a pas convaincu tout le monde. L'œuvre collective est une construction assez mal perçue dans le paysage juridique français. Certains la considèrent comme une « intruse », comme un cheval de Troie. La crainte, évidemment, c'est le « *work made for hire* » américain. Dans ce système, l'entreprise est considérée comme l'auteur. On l'a dit, cela est difficilement concevable dans notre droit. Le législateur français a donc entouré cette construction de garde-fou en protégeant la qualité d'auteur et en la gardant aux seules personnes physiques qui ont participé à la réalisation de l'œuvre collective. Cela pour rassurer les opposants à cette construction.

268. Mais il n'empêche que si en théorie l'entreprise ne peut pas être auteur, l'œuvre collective s'éloigne en pratique du droit d'auteur classique que l'on connaît. Dans ce cadre, le droit d'auteur n'a plus grand chose de personnaliste. Il devient économique. Bonne ou mauvaise chose ? Les avis divergent. Pour notre part, nous considérons que l'œuvre collective n'est pas tant une bizarrerie que cela. Comme l'indique l'article L. 113-2 alinéa 3, ce type d'œuvre intègre diverses participations qui se fondent dans un ensemble plus vaste, le tout sous le contrôle d'une personne physique ou morale qui donne l'impulsion. L'œuvre créée n'a donc plus rien de personnel, de propre à chaque participant. Elle est le résultat d'ordres et de missions données par le maître d'œuvre, de lignes directrices dessinées par ce dernier. L'empreinte de la personnalité des participants est plus que virtuelle. Ils doivent

respecter un cahier des charges. Ce n'est plus leur œuvre, c'est celle voulue par la personne physique ou morale qui donne la dynamique d'ensemble. Il n'est alors absolument pas illogique, dans ces conditions, que ce soit cette personne (souvent une entreprise) qui détienne *ab initio* les droits sur la création. L'œuvre est bien plus la sienne que celle des différents participants.

Prenons un exemple. Un site internet constitue une œuvre collective. Le maître d'œuvre va donner aux web-designers des indications pour que le site ressemble finalement à ce qu'il imagine. Si le résultat ne lui convient pas, ne correspond pas à ses attentes, il ne mettra pas le site en ligne et donc ne publiera pas l'œuvre collective. Pour que l'œuvre corresponde aux souhaits du maître d'œuvre, il faut que ses « réalisateurs » respectent les lignes directrices fixées dans le cahier des charges. Plus ce dernier est précis, moins l'œuvre est le reflet de la personnalité de ses auteurs et plus le régime de l'œuvre collective se justifie.

Autre exemple souvent cité lorsque la question de l'œuvre collective est abordée : celui du journal. On considère volontiers qu'il s'agit d'une œuvre collective au regard de la dynamique insufflée par l'entreprise de presse, de ses investissements, de la ligne éditoriale qu'elle détermine. On peut aussi préciser que les articles (contributions personnelles des journalistes) sont souvent retouchés, réécrits. A nouveau, on retrouve bien l'idée de contrôle de la part de l'entreprise. Ce qui implique un recul du caractère personnaliste de l'œuvre. Et qui justifie le régime de l'œuvre collective.

Au regard de cette logique, nous n'avons pas un regard négatif sur l'œuvre collective et nous pensons même qu'elle est très utile dans notre paysage juridique. Notre opinion quant à ce type d'œuvre s'améliore encore lorsque l'on étudie son impact sur le formalisme.

§2 – L'impact de l'œuvre collective sur le formalisme

269. Ce qui nous intéresse dans le cadre de notre étude, c'est bien entendu l'impact qu'à l'œuvre collective sur le formalisme. En théorie, l'influence est plutôt positive puisqu'à travers l'exception à la titularité initiale des droits, le formalisme

est censé reculer (A). Pour autant, la situation est loin d'être parfaite et l'on se rend vite compte qu'il est nécessaire d'aller plus loin pour lutter contre ce formalisme (B).

A/ Vers moins de formalisme

270. La conséquence directe de la titularité dérogatoire des droits, que nous avons décrite plus haut, réside dans le fait que pour exploiter l'œuvre, la personne physique ou morale qui en est à l'origine n'aura pas besoin d'une quelconque cession des droits. Et ce, parce qu'elle est investie directement des droits sur l'œuvre. « N'ayant rien cédé, l'auteur n'a rien à réserver »⁵⁶⁵. *In fine*, cela signifie donc que les articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle n'ont pas vocation à s'appliquer en présence d'une œuvre collective. Dès lors, et cela nous intéresse directement, l'œuvre collective permet de réduire le champ d'application du formalisme imposé par le droit d'auteur français⁵⁶⁶.

271. Ne nous emballons pas cependant. S'il est vrai qu'en théorie le formalisme n'est pas censé avoir de prise sur l'œuvre collective, il en va autrement en pratique. D'une part parce que les mentalités sont ainsi faites et que par sécurité les contractants préfèrent avoir recours à un écrit détaillé pour éviter les éventuels litiges⁵⁶⁷. Ajoutons que, parce que la qualification d'œuvre collective retenue par les parties ne lie pas le juge⁵⁶⁸, l'auteur peut toujours la contester devant un magistrat et ainsi faire condamner l'entreprise qui aurait exploité l'œuvre sans passer par une cession expresse des droits.

Et d'autre part, parce que si l'auteur n'a aucun droit sur sa contribution lorsqu'elle se fonde dans la masse de l'œuvre collective, il en va autrement lorsque cette contribution est prise individuellement. Ainsi, la jurisprudence décide fréquemment que « *chaque contributeur conservant ses droits d'auteur sur sa contribution, l'exploitation de ladite contribution ne peut se faire sans l'accord de*

⁵⁶⁵ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 691.

⁵⁶⁶ Il faudra tout de même un écrit si l'on veut respecter l'article 1341 du Code civil pour fixer la rémunération des participants. Mais rien de comparable avec le lourd formalisme prescrit par le Code de la propriété intellectuelle. Cf. par exemple P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 691 et M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 339.

⁵⁶⁷ Sur la question, cf. *supra* n° 16 et 224.

⁵⁶⁸ Il faut renvoyer ici à l'article 12 du Code de procédure civile qui prévoit bien que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

son auteur »⁵⁶⁹. Cela rejoint la question de l'identification des contributions personnelles, puisque pour qu'un auteur puisse exploiter librement sa contribution personnelle, encore faut-il que celle-ci soit individualisable. Par exemple, l'article d'un auteur reste identifiable au sein d'un recueil : ainsi, tous les Professeurs de droit qui rédigent des articles pour des revues juridiques telles que le Dalloz ou le JCP signent en pratique des contrats de cession de droit à chacune de leur contribution, alors que ces revues constituent bien des œuvres collectives. Quoiqu'il en soit, dès lors que la possibilité d'une exploitation libre de sa contribution personnelle est offerte à l'auteur, la prudence veut que le cessionnaire des droits se fasse céder, en bonne et due forme, les droits sur les contributions personnelles et individualisables, et ce pour éviter tout risque de concurrence et de litige. Par conséquent, c'est le formalisme qui revient à grand pas.

B/ La nécessité d'aller plus loin

273. C'est la raison pour laquelle il nous semble qu'il est important de clarifier cette question des contributions personnelles des différents participants à l'œuvre collective. Il nous faut distinguer deux cas.

Si la contribution est clairement identifiable, qu'il s'agit d'une véritable création émanant de l'auteur, qu'il disposait d'une marge de manœuvre réelle dans la conception de l'œuvre, il nous semble que le droit d'auteur classique doit effectivement réapparaître pour les utilisations secondaires. La contribution, après avoir été utilisée dans le cadre de l'œuvre collective, doit pouvoir réintégrer le patrimoine de l'auteur parce que le lien entre l'œuvre et son créateur n'est pas artificiel. Et dans ce cas, si le maître d'œuvre souhaite dans un second temps exploiter lui-même cette contribution, il devrait se faire céder les droits (toujours, d'après nous, sous une forme allégée⁵⁷⁰). C'est le cas de l'auteur qui a rédigé un article pour un recueil ou une définition pour une encyclopédie.

⁵⁶⁹ Cf. par exemple Cass., Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1982, *JCP G*, 1983, II, 20102, note A. Françon.

⁵⁷⁰ Cf. *supra* n° 60.

Par contre, si la soi-disant contribution personnelle n'est en réalité que l'application des directives du maître d'œuvre et qu'elle ne reflète en rien la personnalité de son « réalisateur », le droit d'auteur classique ne devrait avoir aucune incidence sur les exploitations secondaires, parce que le lien entre l'œuvre et son créateur est trop distendu. Les droits devraient, dans ce cas, intégrer de manière définitive le patrimoine du maître d'œuvre. Ainsi, il ne devrait pas y avoir besoin de constater des cessions de droits en vue des exploitations futures. C'est le cas des designers ou des stylistes qui appliquent un cahier des charges extrêmement précis pour aboutir à la création.

C'est donc en distinguant clairement les vraies contributions personnelles de celles qui ne le sont pas que l'on peut tenter d'enrayer davantage le formalisme.

274. L'œuvre collective apparaît ainsi comme un assouplissement du formalisme voulu (directement ou indirectement) par le législateur. La solution, si elle a le mérite d'exister, est loin d'être parfaite. Le recours à l'œuvre collective ne règle pas vraiment notre problème d'excès de formalisme. D'autant que la qualification d'œuvre collective ne peut être retenue que pour les œuvres créées par plusieurs auteurs. Cela suppose plusieurs personnes physiques qui exécutent les ordres et réalisent l'œuvre finale : il faut au moins deux auteurs, parce que « le groupe est consubstantiel à la qualification »⁵⁷¹. Il n'y a donc pas œuvre collective lorsqu'une entreprise fixe des lignes directrices à un seul auteur. Dans cette dernière hypothèse, l'entreprise n'est pas titulaire *ab initio* des droits d'auteur et doit passer par la cession en bonne et due forme et les lourdeurs que l'on connaît.

A ce stade, on peut s'interroger : que se passe-t-il quand l'auteur personne physique est seul ? Le formalisme est-il forcément omniprésent ? En réalité, d'autres régimes spécifiques existent et s'appliquent y compris quand l'auteur travaille seul. Ce qui nous amène à poser la question du caractère résiduel du formalisme.

Section 3 - L'admission des cessions automatiques : vers un formalisme résiduel

⁵⁷¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 688.

275. On a vu que l'œuvre collective, parce qu'elle constitue une exception au principe de titularité initiale, est une construction qui permet, dans une certaine mesure, de faire reculer le formalisme. Il existe d'autres solutions, créées par le législateur, qui amènent à un résultat similaire, mais en utilisant un autre procédé : les cessions automatiques de droits. Cette fois-ci, les droits d'auteur ne naissent pas directement dans le patrimoine de l'entreprise, mais bien dans celui des auteurs personnes physiques. Pour autant, le législateur a prévu un transfert automatique des droits, sans qu'il soit nécessaire de passer par le formalisme pointilleux que nous avons décrit⁵⁷². Le résultat est donc, en pratique, le même que si les droits appartenaient *ab initio* à la personne morale⁵⁷³. Résultat identique, mais procédé différent donc. Quoiqu'il en soit, les deux mécanismes trouvent une certaine complémentarité puisque les cessions automatiques sont parfois amenées à jouer leur rôle quand la qualification d'œuvre collective ne peut être retenue⁵⁷⁴.

Le Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi diverses hypothèses de cessions automatiques des droits. Nous avons décidé de les étudier tour à tour, selon qu'elles s'expliquent par la conclusion d'un contrat de travail (§1) ou par d'autres raisons (§2).

§1 – Cessions automatiques et contrat de travail

276. Dans le cadre du contrat de travail, le Code de la propriété intellectuelle prévoit plusieurs hypothèses de cession automatique des droits d'exploitation. Ceci fait exception au principe bien connu du droit français de neutralité du contrat de travail sur la titularité des droits. Pour que l'exposé soit plus lisible, il convient de s'attarder quelque peu sur ce principe, qui constitue la situation normale dans notre ordre juridique (A). Puis, nous verrons que le législateur a fait quelques entorses à la règle (B).

A/ Avant-propos : la situation normale

⁵⁷² Cf. *supra* n° 74 et suivants.

⁵⁷³ A condition toutefois que la présomption soit irréfragable, ce qui n'est pas toujours le cas, nous allons le voir. Ceci dit, les présomptions simples sont, en la matière, rarement démenties. Elles ont donc, dans les faits, la même force.

⁵⁷⁴ Soit qu'il n'y ait pas de mission de contrôle et de direction de la part du maître d'œuvre, soit, surtout, qu'il n'y ait pas la pluralité d'auteurs personnes physiques nécessaire, c'est à dire qu'un auteur a réalisé l'œuvre seul.

277. Le contrat de travail est censé n'avoir aucun effet sur la titularité des droits d'auteurs. Voyons ce qu'il en est (1) et examinons les perspectives d'évolution (2).

1) examen de la situation

278. Il convient ici de voir précisément l'étendue du principe de neutralité du contrat de travail (a), avant d'étudier les problèmes pratiques qu'il suscite (b).

a) le principe

279. Le principe consacré par le droit d'auteur français en matière d'auteur salarié peut être résumé par un terme : neutralité. En effet, la conclusion d'un contrat de travail entre un auteur et une entreprise n'a aucune incidence sur la titularité des droits : ces derniers restent dans le patrimoine de l'auteur. L'existence d'un contrat de travail ne fait en aucun cas exception au principe de titularité initiale des droits d'auteur. C'est l'article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle qui pose la solution :

« L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. »

Ainsi, le principe est clair : l'auteur, même s'il crée dans le cadre d'un contrat de travail, reste le titulaire initial des droits sur son œuvre. L'entreprise qui emploie un créateur n'est pas titulaire automatiquement des droits, qui naissent toujours dans le patrimoine de l'auteur. Pas de cession automatique donc, encore moins de qualité d'auteur pour l'entreprise. La question peut légitimement se poser au regard de ce qui se pratique dans certains pays, notamment aux Etats-Unis, où le principe du « *work made for hire* » fait de l'entreprise l'auteur des œuvres réalisées par ses salariés. En France, ce n'est pas le cas : l'entreprise ne saurait être l'auteur des œuvres⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Sous réserve de ce que nous dit l'arrêt de mars 2012.

280. La neutralité du contrat de travail quant à la titularité des droits d'auteur emporte une conséquence directe : l'entreprise qui souhaite exploiter les œuvres créées par ses salariés dans le cadre de leur contrat de travail doit se faire céder les droits patrimoniaux. Et, ici comme ailleurs, la cession des droits, pour être valable, doit respecter les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle et, bien sûr, celles particulièrement exigeantes de l'article L. 131-3. Si l'entreprise décidait d'exploiter les œuvres de ses salariés sans passer par une cession formelle des droits, elle serait, à condition que le salarié se plaigne de la situation, considérée comme contrefactrice.

281. Depuis l'entrée en vigueur du principe par la loi de 1957, la jurisprudence s'est largement interrogée sur les conditions de son application. Ainsi, il est arrivé aux juges de considérer que le contrat de travail emportait cession des droits d'auteur. Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 21 octobre 1965 a pu considérer que « *le contrat de louage de services a comme conséquence la cession, au profit de l'employeur, des attributs d'ordre patrimonial sur l'œuvre créée par le salarié* »⁵⁷⁶. Un autre arrêt, rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 mars 1969, énonce quant à lui que « *le photographe, lié à l'éditeur d'un journal par un contrat de travail, cède nécessairement à son employeur le droit d'exploiter et de reproduire, dans le cadre de l'activité normale de l'entreprise, les photographies prises dans l'exécution du contrat* »⁵⁷⁷. Ces décisions étaient bien loin de respecter le principe de neutralité du contrat de travail posé par l'actuel article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁷⁸.

Les choses commencent à évoluer avec un arrêt important de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 11 avril 1975⁵⁷⁹. Dans cette décision, les juges du droit estiment que l'existence d'une relation de travail entre un employeur et un salarié ne rend pas inutile la preuve d'une cession des droits d'auteur. Mais c'est l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 16 décembre 1992, l'arrêt « Nortène », qui est considéré comme fixant la position de la jurisprudence sur la question de la création salariée.

⁵⁷⁶ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 21 octobre 1965, *Dalloz*, 1966, 70, note P. Greffe.

⁵⁷⁷ Cour d'appel de Paris, 17 mars 1969, *Dalloz*, 1969, *Jurisp.*, p. 702, note J. F.-P.

⁵⁷⁸ Précisions qu'elles sont, en outre, obsolètes, du fait de la réforme de 2009, dont nous traiterons plus loin (cf. *infra* n° 303).

⁵⁷⁹ Cass., Crim., 11 avril 1975 : *Dalloz*, 1975, *Jurisp.*, p. 759, note H. Desbois ; *JCP G*, 1976, II, 18348, note R. Plaisant.

Les faits étaient les suivants : une entreprise embauche un salarié en qualité d'informaticien. Ce dernier met au point un logiciel que la société exploite et commercialise. Quelques temps plus tard, le salarié revendique la qualité d'auteur du logiciel et assigne son employeur en contrefaçon⁵⁸⁰. La Cour d'appel de Douai estime que le salarié a tacitement cédé ses droits à l'entreprise : elle reconnaît donc qu'il n'y a, en l'espèce, aucune cession expresse. Le salarié forme un pourvoi devant la Cour de cassation, qui lui donne raison. Les juges du droit énoncent que :

« L'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, dont la transmission est subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »⁵⁸¹.

C'est donc une combinaison entre les articles L. 111-1 alinéa 3 et L. 131-3 alinéa 1^{er} qu'a choisie la jurisprudence pour faire connaître sa position sur la question : un respect à la lettre des principes posés par le Code de la propriété intellectuelle.

Malgré une apparente unité, certaines décisions semblent tout de même toujours hésiter sur la position à adopter. Pour preuve, un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 22 novembre 2006. Dans l'affaire soumise ici aux juges du fond, un photographe se plaignait du fait que son ancien employeur continuait à exploiter certains de ses clichés. Si la Cour d'appel condamne la société en contrefaçon, son argumentation laisse perplexe : elle considère que la société ne rapporte pas la preuve que les œuvres ont été créées en exécution du contrat de travail et que l'auteur a perçu un salaire en contrepartie. Si l'on interprète *a contrario* cette décision, cela semble signifier que lorsqu'une œuvre est créée dans le cadre d'un contrat de travail, elle engendre une cession automatique des droits. Comme le souligne M. Lucas qui a

⁵⁸⁰ Précisons que la présomption de cession des droits applicable au logiciel (dont nous traiterons plus loin, cf. *infra* n° 302) n'a pas vocation à jouer ici puisque cette présomption a été insérée dans le Code de la propriété intellectuelle par la loi du 3 juillet 1985. Les faits étant antérieurs, la loi ne s'applique pas ici.

⁵⁸¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992 : *JCP E*, 1993, I, 246, n° 4, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *RIDA*, 1993, n° 156, p. 193, obs. A. Kéréver et note P. Sirinelli.

commenté cet arrêt, « cette lecture heurte de front l'article L. 111-1 alinéa 3, qui dit exactement le contraire »⁵⁸².

Quoi qu'il en soit, il est toujours considéré que la solution de principe est celle rendue par la Cour de cassation en 1992, qui respecte à la lettre le principe posé par le Code de la propriété intellectuelle. Si ce dernier, parfaitement conforme à la philosophie du droit d'auteur français, apparaît simple au premier abord, on se rend rapidement compte, notamment au regard de la difficile prise de position de la jurisprudence, que son application pratique réserve bien des difficultés.

b) les problèmes pratiques

282. On l'a dit, l'entreprise qui souhaite exploiter les œuvres de ses salariés doit, pour ce faire, obtenir les droits patrimoniaux par le biais d'une cession respectueuse du formalisme du Code de la propriété intellectuelle. Si l'on comprend bien ce principe au regard de la philosophie du droit d'auteur français, il faut aussi souligner les lourdeurs pratiques que cela représente pour les employeurs. Les difficultés se présentent à deux niveaux.

283. D'abord, du point de vue de la cession formelle des droits. On a déjà insisté sur ce point, la rédaction d'un contrat de cession respectueuse des dispositions de l'article L. 131-3 s'avère extrêmement fastidieuse⁵⁸³. Mais l'opération s'avère encore plus complexe dans le cadre d'une relation de travail puisque si l'employeur souhaite exploiter toutes les œuvres de ses salariés, il devra se faire céder les droits pour chacune d'entre elles. C'est le principe de prohibition de la cession globale des œuvres futures posé par l'article L. 131-1 qui explique cet état de fait. Le texte énonce en effet que « *La cession globale des œuvres futures est nulle* ». L'employeur ne peut pas se faire céder en une fois toute la production à venir de ses salariés. Il doit donc, pour chaque œuvre, rédiger un contrat de cession des droits patrimoniaux.

⁵⁸² Cour d'appel de Paris, 22 novembre 2006 : *Prop. Intell.*, 2007, p. 83, A. Lucas.

Autrement dit, à chaque œuvre son contrat de cession. Véritablement lourd pour l'entreprise. Dans certains secteurs d'activité, on peut imaginer la conclusion de plusieurs contrats par jour et par employé. Prenons un exemple : un designer automobile. Il est embauché par l'entreprise pour dessiner les futures réalisations de la marque : il peut s'agir des modèles de voitures en eux-mêmes, mais aussi d'éléments plus isolés tels que les tableaux de bord, les sièges, ou encore les phares. Si l'on applique les règles du Code de la propriété intellectuelle, à chaque fois que le designer réalisera un modèle que l'entreprise automobile voudra exploiter, cette dernière devra rédiger un contrat de cession de droits respectueux du formalisme. Et ce tout au long de la carrière du salarié dans l'entreprise. Autrement dit, l'entreprise devra conclure des contrats, et sera ainsi soumise au bon vouloir du designer, pour pouvoir utiliser les éléments qu'il a réalisés, alors même que c'est précisément pour qu'il réalise ces éléments (qui constituent ainsi l'objet du contrat de travail) qu'elle l'a embauché. Il est, de cette façon, parfois compliqué d'expliquer à certaines entreprises (notamment aux plus modestes, celles qui ne disposent pas de service juridique) qu'elles doivent contracter avec leur salarié pour pouvoir exploiter le fruit du travail pour lequel elles ont procédé à son embauche.

284. Ensuite, du point de vue de la rémunération. Le salarié a droit à un salaire en contrepartie du travail qu'il fournit. Mais l'on considère généralement que ce salaire ne saurait constituer une contrepartie suffisante à la cession des droits d'auteur. Autrement dit, l'entreprise qui souhaite exploiter les œuvres créées par ses salariés va devoir, en plus du salaire qu'elle leur verse pour récompenser leur travail, les rétribuer sur le terrain du droit d'auteur. Ainsi, l'auteur salarié a en réalité droit à deux types de rémunération : un salaire pour son travail et des redevances de droit d'auteur pour la cession de ses droits. Encore une fois, cela s'avère particulièrement lourd pour les entreprises. Certaines d'entre elles ont quelques difficultés à saisir qu'elles doivent payer leurs salariés pour qu'ils réalisent une œuvre et qu'elles doivent encore ajouter une certaine somme pour couvrir le transfert des droits indispensable à l'exploitation de l'œuvre. Cela paraît d'ailleurs aller à l'encontre de

⁵⁸³ Cf. *supra* n° 74 et suivants.

la théorie de la cause développée en droit civil⁵⁸⁴. En effet, certains soutiennent que la cause du salaire versé par les entreprises réside dans l'exploitation de l'œuvre commandée. A quoi bon leur servirait de payer un salarié pour qu'il réalise une œuvre qu'elles ne pourraient pas, *in fine*, exploiter ? A vrai dire, pas à grand-chose, on le comprend bien. C'est précisément pour pouvoir exploiter les œuvres créées par ses salariés qu'une entreprise les recrute et les paye. Le salaire est attribué pour récompenser une mission de création. La cause du salaire versé par l'entreprise réside exactement dans ce travail créatif. Prenons un exemple concret : un styliste est embauché par une entreprise de mode. Cette dernière ne l'emploie que pour qu'il crée des vêtements et pour pouvoir, *in fine*, exploiter ses modèles. S'il faut que l'entreprise de mode octroie des redevances au styliste sur le terrain du droit d'auteur, on voit mal à quoi sert son salaire. Il n'est plus causé. Il n'a plus de raison d'être. Notre législation n'a cependant pas retenu cette logique et fait bien la distinction entre le salarié et l'auteur. L'idée est qu'il ne faut pas traiter l'œuvre de l'esprit comme n'importe quelle autre production. Cette philosophie ne facilite pas le quotidien des entreprises⁵⁸⁵.

285. Ces difficultés ne sont pas nouvelles et ont été soulignées depuis bien longtemps, notamment en doctrine. A l'époque de la loi de 1957, déjà certaines plumes s'opposaient sur la question de l'auteur salarié. Citons par exemple Desbois et Plaisant. Le premier défendait la philosophie du texte : pour lui, l'auteur salarié ne saurait échapper à la protection offerte par la loi de 1957 sous prétexte de l'existence d'un lien de subordination⁵⁸⁶. Le second y était plus hostile et aurait souhaité davantage de souplesse : pour lui, « il est de règle que le fruit du travail du salarié appartient à l'employeur. On ne voit pas pourquoi il en serait autrement pour les œuvres protégées par le droit d'auteur, sous réserve du droit moral. »⁵⁸⁷. Autrement dit, pour lui, l'existence du contrat de travail doit entraîner la cession automatique des droits patrimoniaux à l'employeur.

⁵⁸⁴ Sur la cause, cf. par ex. : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n° 331 et suivants ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2012, n° 178 et suivants ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 12^{ème} édition, 2012, n° 315 et suivants.

⁵⁸⁵ Sur cette question, voir par ex. : M. Gautreau « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA*, avril 1975, p. 129.

⁵⁸⁶ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1978.

⁵⁸⁷ R. Plaisant, dans son commentaire de Cass., Crim., 11 avril 1975 : *JCP G*, 1976, II, 18348.

Si ces problèmes pratiques suscités par la création salariée sont récurrents, c'est parce qu'ils viennent de la philosophie même de la loi de 1957, à l'origine de notre droit d'auteur contemporain. On l'a dit, les difficultés résident dans l'application des articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁸⁸. Il est intéressant de voir dans quel état d'esprit et dans quel but le législateur 1957 a rédigé ces dispositions. A-t-il imaginé leur application à la création salariée ? A-t-il imaginé qu'elles pourraient être amenées à régir les relations entre employeur et auteur-salarié au sein de l'entreprise ? Ce n'est pas ce qui ressort de l'étude des travaux préparatoires de la loi. En les parcourant, on se rend vite compte que les rédacteurs de la loi n'avaient pas en tête autre chose que le contrat d'édition. Et l'édition au sens classique du terme : édition littéraire et musicale surtout. Certains considèrent en effet que la notion peut être étendue assez largement : par exemple, la reproduction d'un flacon de parfum par une entreprise de luxe consisterait en « l'édition » de l'œuvre. Ce n'est vraiment pas l'idée en 1957. Pour s'en convaincre, il faut se référer à l'exposé des motifs : on peut ainsi lire que « l'œuvre existe du seul fait qu'elle a été *écrite* » ou encore que « les modalités particulières du droit de cession (...) tiennent compte de la nécessité de défendre *l'écrivain ou l'artiste* »⁵⁸⁹. Les expressions utilisées semblent pour le moins restrictives.

Aujourd'hui le débat continue⁵⁹⁰. Entre intérêts de l'auteur et ceux de l'entreprise, il nous semble difficile de faire un choix. La solution passe nécessairement par l'équilibre entre les attentes de chacun. Voyons, à ce propos, quelles peuvent être les solutions envisageables pour résoudre les difficultés suscitées par la création salariée.

2) les éléments de solution

286. Le principe posé par le Code de la propriété intellectuelle est clair. Mais son application pratique pose de sérieuses difficultés. Face à ce constat, il convient de mettre en lumière des pistes de réflexion pouvant offrir de nouvelles réponses à la

⁵⁸⁸ Anciennement, article 31 dans la loi de 1957.

⁵⁸⁹ Cf. Documents parlementaires – Assemblée Nationale, annexe n° 8612, 2^{ème} législature, session 1954.

⁵⁹⁰ Il suffit, pour s'en convaincre, de voir la liste conséquente d'études menées sur la question par la doctrine. Pour ne citer que les principales : C. Caron, « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », *Légicom*, 2003/1, n° 29, p. 13 ; F. Pollaud-Dulian, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD Com.*, 2000, p. 273 ; P. Gaudrat, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS Editions, 1991, p. 43 ; G. Vercken : « Le

question de la création salariée (b). Pour ce faire, il nous semble qu'il faut, avant toute chose, dresser la liste des différents fils conducteurs qu'il semble important de respecter au regard de la philosophie du droit d'auteur français (a).

a) les fils conducteurs

287. Le premier élément qui s'impose à nous concerne la titularité des droits. Si l'entreprise ne peut en aucun cas être considérée comme l'auteur des œuvres qu'elle exploite, il est cependant nécessaire qu'elle soit cessionnaire des droits. Que cette cession soit automatique, présumée ou qu'elle doive être formellement constatée, là n'est pas encore la question. Mais la cession doit exister, sous peine de voir l'œuvre restée inexploitée. A ce titre, nous considérons qu'un auteur salarié, une fois lié à son employeur par un contrat de travail, ne doit pas pouvoir s'opposer au transfert des droits dès lors que l'œuvre a été réalisée dans le cadre de sa mission. Il ne s'agit ici que de respecter la philosophie de l'article 1134 alinéas 1^{er} et 3 du Code civil. Le contrat d'auteur doit être exécuté, à la même enseigne que tout autre, de bonne foi. Il semble que le salarié qui s'oppose au transfert des droits, alors qu'il sait pertinemment qu'il a été recruté pour que l'entreprise exploite ses créations, fait preuve d'une mauvaise foi qui ne saurait être admise.

Par contre, dès lors que l'œuvre n'est plus exploitée par l'entreprise, l'auteur doit récupérer ses droits patrimoniaux. Ainsi, une fois passé le cycle d'exploitation d'une œuvre créée par un salarié, les droits doivent quitter le patrimoine de l'entreprise et regagner celui de l'auteur. Ce dernier ne doit perdre le contrôle de l'utilisation de son œuvre que durant le temps où son employeur l'exploite réellement.

Il faut aussi s'intéresser à la situation inverse : cette fois-ci, ce n'est pas l'œuvre qui « quitte » l'entreprise, mais le salarié, que ce soit de manière volontaire ou non. L'entreprise peut-elle continuer à exploiter les œuvres ? Aujourd'hui, si l'on s'en tient aux règles du Code de la propriété intellectuelle, la question ne pose pas de difficultés particulières parce que s'il est simplement mis fin au contrat de travail, le contrat d'auteur

perdure. Les modalités d'exploitation des créations (et notamment la question de la durée) sont réglées par le contrat d'auteur. Nous ne sommes pas favorables à la superposition des contrats, nous aurons l'occasion d'y revenir⁵⁹¹, mais il nous semble que la solution en elle-même doit être conservée. L'entreprise qui subit le départ d'un de ses créateurs ne doit pas être exposée au risque de devoir arrêter l'exploitation de toutes les œuvres qu'il a créées. Imaginons qu'une entreprise de luxe voit partir le designer de plusieurs flacons de parfum. Devrait-elle arrêter de les utiliser, de les commercialiser ? Ce serait pratiquement très compliqué (devrait-elle rappeler toutes les flacons qui se trouvent dans les boutiques ?) mais en plus particulièrement nuisible pour l'entreprise (l'identification du produit auprès du public deviendrait délicate). L'entreprise doit donc pouvoir continuer à exploiter les œuvres, sans que le salarié puisse s'y opposer.

288. Ensuite, les droits moraux de l'auteur salarié doivent être préservés. Peut-être allégés, mais en aucun cas déniés. L'auteur qui cède ses droits patrimoniaux à son employeur doit avoir droit à la reconnaissance de sa paternité. De même, il doit pouvoir s'opposer à des dénaturations trop importantes de son œuvre, motivées par autre chose qu'un souci pratique et réel d'adaptation aux besoins industriels. La divulgation et le retrait doivent sans doute être mis entre parenthèses : l'entreprise doit pouvoir être libre de choisir le moment de la communication au public de l'œuvre et elle ne doit pas être soumise au risque de rétraction de la part de ses salariés.

289. Enfin, au sujet de la rémunération, il nous semble qu'il faille revoir la solution actuelle qui accorde à l'auteur salarié une rémunération supplémentaire à son salaire. Nous l'avons dit, la théorie de la cause vient ici défendre la position selon laquelle un salarié employé par une entreprise pour créer ne perçoit son salaire que dans cette optique. Le salaire constitue ainsi la cause-contrepartie de la création. Il nous semble compliqué de justifier l'octroi, en plus du salaire, de redevances de droit d'auteur. Celles-ci doivent être « intégrées » dans le salaire. A défaut, on ne voit pas bien à quoi sert ce dernier. L'entreprise aurait, dans une telle hypothèse, plus d'intérêt à recourir à un créateur indépendant, à qui elle devrait verser des redevances, mais à qui elle ne verserait pas de salaire. L'auteur salarié ne doit donc percevoir que son salaire, cause de son travail créatif.

Gaudrat », *Com. Com. Elect.*, 2002, Chr. n°3.

Notons que, dans le pire des cas, si l'entreprise ne rémunère pas suffisamment l'auteur, ce dernier pourra toujours invoquer l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit une révision pour lésion⁵⁹².

Il est tout de même une situation particulière dans laquelle l'auteur salarié doit toucher de « véritables » redevances sur le terrain du droit d'auteur : il s'agit de l'hypothèse, que nous avons déjà évoquée, de rupture du contrat de travail. L'entreprise qui souhaite continuer à exploiter les œuvres doit pouvoir le faire. Dès lors, sur le terrain de la rémunération, la qualité d'auteur doit prendre le relais de celle de salarié. Un salarié classique ne touche plus rien après son départ de l'entreprise ; il ne lui apporte plus rien non plus. Il ne reste rien de la force de travail du salarié. Celle-ci s'est « consommée » durant le temps de la relation de travail. La situation est différente avec un salarié-auteur : l'entreprise, si elle n'exploite plus sa force de travail, continue tout de même à profiter des résultats de son travail. Elle doit ainsi verser des redevances à l'auteur. Il s'agit aussi d'un gage de sécurité pour les auteurs qui se font recruter par des entreprises pour remplir une mission de création : imaginons un créateur qui est employé quelques mois seulement et qui produit pendant ce laps de temps un nombre conséquent d'œuvres. Quelques mois de salaire peuvent-ils suffire à le récompenser ? Si on l'admet, c'est peut-être inciter les employeurs de mauvaise foi à « utiliser » la force de création de leurs salariés. Cela ne saurait nous satisfaire. Le salarié-auteur doit percevoir des redevances sur le terrain du droit d'auteur après la rupture de son contrat de travail.

290. Nous arrivons à la conclusion suivante : l'entreprise doit être titulaire des droits sur les œuvres créées dans le cadre du contrat de travail ; les droits moraux de l'auteur doivent être sauvegardés ; l'auteur-salarié ne doit toucher, pendant le temps de son contrat de travail, que son salaire. Voilà selon nous les lignes directrices qu'il faut suivre dans la recherche d'une solution au problème de la création salariée.

b) les pistes de réflexion

⁵⁹¹ Cf. *infra* n° 294.

⁵⁹² Cf. *supra* n° 179.

291. Plusieurs pistes de réflexion s'offrent à nous. Certaines ont déjà été évoquées en doctrine. Il faut étudier chacune d'entre elles afin d'espérer trouver celle qui s'avérera être la plus à même de s'insérer dans notre droit d'auteur en respectant, autant que faire se peut, sa philosophie.

Nous avons retenu trois systèmes d'inspirations différentes, en mesure de répondre à la question posée par la question de la création salariée. Dans le premier système, il s'agit d'utiliser les ressources du droit d'auteur (α), dans le second, celles de la propriété industrielle (β) et dans le dernier, celles des systèmes étrangers (χ).

α) système inspiration « droit d'auteur »

292. Ici, il va s'agir simplement de voir quelle solution pourrait être apportée à la question de la création salariée en mobilisant et en aménageant les ressources offertes par le droit d'auteur.

La solution qui s'impose immédiatement au regard des difficultés posées est celle consistant à faire naître une présomption de cession des droits d'exploitation au profit de l'employeur. De par l'existence du contrat de travail, le salarié céderait automatiquement ses droits sur ses œuvres futures à l'entreprise qui l'emploie. Et ce, sans qu'il soit besoin de passer par la cession en bonne et due forme à chaque fois qu'une œuvre est réalisée. Sauf manifestation de volonté contraire au moment de la création de l'œuvre, les droits y afférents seraient directement transférés dans le patrimoine de l'employeur. Nous considérons ici que ce transfert ne devrait être que temporaire et ne durer que le temps de l'exploitation effective de l'œuvre par l'entreprise. Au terme, les droits réintégreraient le patrimoine de l'auteur.

Cette proposition nous semble parfaitement légitime. Il ne s'agirait ni plus ni moins que d'appliquer aux créations salariées le régime des œuvres collectives. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel du Code de la propriété intellectuelle les choses semblent difficilement envisageables : l'article L. 131-1 prohibe en effet les cessions globales d'œuvres futures. Or, en considérant que la conclusion du contrat de travail entraîne implicitement la cession des droits

d'exploitation sur toutes les œuvres que va créer le salarié, il semble que cet article s'en trouve violé. Le styliste employé par une entreprise de mode qui cède automatiquement, par l'effet de son contrat de travail, ses droits afférant à tous ses modèles apparaît effectivement céder toute sa production future à son employeur. A moins de lire l'article L. 131-1 de manière souple. Ce qui est prohibé, c'est la « *cession globale* ». Or, une cession automatique par l'effet du contrat de travail n'entraînerait un transfert des droits que pour les œuvres créées dans le cadre de ce contrat. Les autres créations de notre styliste (créations personnelles, réalisées hors de ses attributions, avec ses moyens personnels) ne seraient pas cédées à son employeur. A proprement parlé, il ne s'agirait donc pas d'une « *cession globale* ». Les juges pourraient ainsi interpréter l'article L. 131-1 différemment et faciliter l'admission de la cession automatique des droits du salarié à son employeur. Cette solution, si elle nous semble intéressante, nous apparaît tout de même très hypothétique. Pour être parfaitement certain que les choses évoluent et donner une réelle efficacité à une présomption de cession des droits en faveur de l'employeur, il apparaît inévitable que le législateur aménage cet article.

293. Précisons que le Code de la propriété intellectuelle paraît offrir un moyen de contourner, à tout le moins en partie, ce principe : l'article L. 132-4 autorise en effet le recours au pacte de préférence⁵⁹³. Avec ce pacte, l'auteur s'engage à proposer en priorité ses cinq prochaines œuvres ou toutes ses œuvres pendant cinq ans à son partenaire. Le code impose que le genre des œuvres soit « *nettement déterminé* ». Si un tel pacte était conclu entre employeur et salarié, le premier aurait la certitude de pouvoir jouir de la production du second, si toutefois l'œuvre correspond à ce que son entreprise souhaite exploiter. Si la solution a le mérite de rassurer l'employeur et de ne pas trop aliéner le salarié qui garde la possibilité d'exploiter personnellement ses œuvres d'un genre différent ou les œuvres qu'aura refusé son employeur⁵⁹⁴, elle ne règle pas le problème de la lourdeur du formalisme. En effet, le salarié a l'obligation de proposer l'œuvre en priorité à son employeur. Si ce dernier est convaincu par l'œuvre, il devra lever l'option et ce n'est qu'à ce moment que le transfert des droits pourra s'opérer, à travers une cession respectant le formalisme de l'article L. 131-3.

⁵⁹³ L'article L. 132-4 alinéa 1^{er} dispose : « Est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genre nettement déterminés ».

⁵⁹⁴ Cf. par exemple L. Drai, « Le droit du travail intellectuel », LGDJ, 2005, n° 401 et suivants.

Intéressante du point de vue de la sécurité, la solution du pacte de préférence l'est nettement moins du côté du formalisme. En outre, elle est, en pratique, difficile à appliquer à la création salariée puisque la limite (temporelle ou matérielle) fixée par le texte la rend irréaliste en la matière. Obtenir un droit de préférence pendant cinq ans ou sur cinq créations n'est pas intéressant pour l'employeur : création salariée rime souvent avec création de masse.

294. La seule solution permettant de lutter contre le formalisme, qui pose beaucoup de difficultés pratiques aux employeurs sans servir les intérêts des auteurs, réside dans l'admission d'une vraie présomption de cession des droits. L'article L. 111-1 alinéa 3 doit être réécrit dans ce sens et l'article L. 131-1 doit être aménagé pour ne plus constituer un obstacle à l'admission de cette présomption. Il faut permettre la cession globale des œuvres futures dans le cadre d'une relation de travail. Cette présomption doit être prévue par le contrat de travail, acte qui doit constituer le contrat unique entre l'employeur et l'auteur-salarié. Il doit être composé de deux parties : la première relative aux conditions de travail (comme n'importe quel contrat de travail) et la seconde relative à la cession des droits. Cette seconde partie doit prévoir le principe de la cession automatique des droits sur les œuvres créées dans le cadre des fonctions du salarié à l'employeur⁵⁹⁵, les conditions d'exploitation des créations, le fait que le salaire constitue la contrepartie du travail créatif, la restitution des droits au salarié en cas d'inexploitation, les effets de la rupture du contrat de travail sur l'exploitation des œuvres (l'entreprise reste titulaire des droits, l'auteur a droit à des redevances).

En outre, il serait possible de prévoir, pour rassurer les plus sceptiques et même si cela nous paraît assez inutile dans les faits, une possibilité de clause contraire⁵⁹⁶. Dès lors, la présomption n'aurait pas vocation à dépasser sa fonction : l'une des parties, et notamment l'auteur, pourrait s'opposer au transfert des droits sur une œuvre particulière⁵⁹⁷. Ainsi, une grande partie de la création de l'auteur serait

⁵⁹⁵ On peut envisager, à l'instar de ce que décide le code en matière de pacte de préférence, d'encadrer qualitativement cette présomption de cession. Seul le genre « nettement déterminé » lors de la conclusion du contrat de travail serait concerné par le transfert automatique.

⁵⁹⁶ Peut-on sérieusement imaginer qu'une telle clause pourrait jouer en pratique, au regard de la position de subordination dans laquelle se trouve le salarié par rapport à son employeur ? Cf. infra n° 311 et suivants et n° 323.

⁵⁹⁷ Au moment de la création d'une certaine œuvre, le salarié pourrait s'opposer au transfert ou demander à discuter les modalités de la transmission des droits. Imaginons la réalisation d'une œuvre particulièrement importante pour l'entreprise,

couverte par la présomption et il n'y aurait pas besoin de rédiger un contrat de cession à chaque fois.

D'autres plaident également pour une solution de la sorte. Ainsi, M. Montels écrit que « le système actuel n'est pas satisfaisant ». Il estime qu' « une présomption de cession des droits d'auteur devrait aussi être organisée (...) en exigeant que l'employeur ait eu pour l'œuvre en question l'initiative et la responsabilité de sa réalisation »⁵⁹⁸. MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter écrivent pour leur part que « la situation actuelle n'est pas saine. (...) Il nous semble qu'une réforme législative serait opportune, qui permettrait d'arbitrer les intérêts légitimes des partenaires. Elle pourrait consister à admettre l'idée d'une présomption de cession dont la portée serait délimitée, ou, à tout le moins, à assouplir le formalisme imposé aux parties, à lever l'obstacle de la prohibition de la cession globale des œuvres futures »⁵⁹⁹. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, qui s'est vu confier la mission de réfléchir à la question de la création salariée en 2001, a aussi suivi la piste de la levée de la prohibition des cessions globales sur les œuvres futures⁶⁰⁰. Cela pourrait, en effet, constituer une solution intéressante au problème de la création salariée que connaît notre législation depuis des décennies.

La solution s'inspirant du droit d'auteur revient ainsi à mettre en place une présomption de cession des droits du salarié à l'employeur. Une intervention législative en ce sens nous semble inévitable. Une interprétation favorable des textes par la jurisprudence ne saurait suffire au regard des difficultés théoriques posées par la rédaction de l'article L. 111-1 alinéa 3. Il faut une loi qui reconnaisse la particularité de la création salariée et qui en aménage le régime. Il faut modifier l'article. Nous proposons une nouvelle rédaction :

le salarié pourrait peut-être discuter plus précisément les modalités de la cession, les conditions de l'exploitation, son association à la création, son salaire...

⁵⁹⁸ B. Montels, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France », in *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 510 et suivantes.

⁵⁹⁹ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^{ème} édition, 2012, n° 177.

⁶⁰⁰ Malgré des discussions animées, en décembre 2001 le CSPLA constate qu'il n'est pas possible de proposer « un avis consensuel, deux logiques s'affrontant, celle du droit d'auteur et celle du droit du travail ».

« L'existence ou la conclusion d'un contrat de travail par l'auteur d'une œuvre de l'esprit emporte, sauf clause contraire, cession au profit de l'employeur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre réalisée dans le cadre de ses fonctions. »

En outre, nous l'avons dit, l'article L. 131-1 doit être aménagé pour ne pas apparaître antinomique avec la présomption de cession. Nous proposons également sa réécriture :

« La cession globale des œuvres futures est nulle. Toutefois, il est fait exception à ce principe en cas de création à l'occasion d'une relation de travail salariée ».

Voilà une modification des textes qui permettrait de résoudre les difficultés que nous avons pointées. Au regard des dernières interventions législatives, on peut peut-être espérer une évolution dans cette direction⁶⁰¹. Intéressons-nous maintenant à la réflexion offerte par les règles de propriété industrielle.

β) système inspiration « propriété industrielle »

295. Avec cette nouvelle piste de réflexion, nous restons dans le domaine de la propriété intellectuelle. Nous franchissons juste une petite frontière pour aller voir quelle perspective pourrait nous offrir le droit de la propriété industrielle. Plus précisément, c'est la solution retenue en matière d'inventions de salariés qui va retenir notre attention. Pouvons-nous nous en inspirer pour régler la question de la création salariée en droit d'auteur ?

En matière d'inventions par des salariés, la question est réglée par l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle de la façon suivante : les inventions dites « de mission » réalisées dans le cadre des fonctions du salarié appartiennent à l'employeur et le salarié bénéficie d'une rémunération supplémentaire ; les inventions

⁶⁰¹ Cf. *infra* n° 303, sur la réforme du droit d'auteur des journalistes.

réalisées par le salarié en dehors de ses fonctions mais avec les moyens de l'entreprise lui appartiennent mais l'employeur peut demander le transfert des droits de propriété contre un juste prix ; les inventions réalisées par le salarié en dehors de ses fonctions et par ses moyens propres lui appartiennent⁶⁰². Ainsi, si l'on appliquait cette règle en droit d'auteur, les créations réalisées par le salarié dans le cadre de ses fonctions reviendraient automatiquement à l'entreprise.

L'idée a déjà été défendue par certains auteurs, notamment Mousseron et Mme Schmidt-Szalewski qui considèrent que la question de la création salariée pourrait être réglée par une transposition adaptée du système des inventions de missions qui existe en droit des brevets⁶⁰³. M. Cottureau s'est aussi intéressé à la question et opte pour une solution qui va également dans ce sens. Il considère qu'il faut distinguer les « créations de fonction » et « les créations hors fonction ».

296. Nous ne sommes en rien opposée à une adaptation en droit d'auteur du système des inventions de missions. Nous considérons en effet que dès lors qu'une œuvre a été créée dans le cadre de la mission du salarié, avec les moyens mis à sa disposition par l'entreprise, les droits d'exploitation doivent être transférés *de facto* à l'entreprise. Le salarié ne doit pas pouvoir s'y opposer. En cela, nous approuvons l'idée d'une distinction entre « les créations de fonctions » et celles « hors fonction ».

C'est, comme souvent, sur le terrain de la rémunération que les choses apparaissent plus délicates. Le droit des brevets, en effet, prévoit que le salarié qui est à l'origine d'une invention a droit à une rémunération supplémentaire. Celle-ci se conçoit plus aisément en matière d'invention de salarié que dans le cadre de la création salariée. Sur le terrain de la propriété industrielle, un salarié est en effet embauché davantage pour occuper un poste de recherche. Les possibilités d'arriver à une véritable invention susceptible d'être brevetée sont finalement assez rares. En toute hypothèse, le salarié est moins souvent à l'origine d'une invention qu'il ne peut l'être d'une création sur le terrain du droit d'auteur. En effet, l'auteur-salarié est embauché non pas pour chercher à créer, mais bien pour créer. On se trouve ainsi face

⁶⁰² Sur la question, cf. par ex. : J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2012, n° 352 et suivants ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ème} édition, 2007, n° 55 et suivants.

à une subtilité qui justifie selon nous que l'inventeur salarié soit récompensé quand il parvient à mener ses recherches à bien. La cause de son salaire est davantage la recherche que l'obtention d'un résultat. Si ce résultat est atteint, le salaire ne saurait suffire à récompenser ses efforts. Nous continuons ainsi à considérer que l'auteur-salarié ne doit pas pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire, son salaire étant la cause de son travail créatif. M. Cottureau partage notre position puisqu'il écrit que « lorsque le contrat de travail a pour objet une fonction de créateur, son salaire doit, sauf stipulation contraire, constituer le prix de cession naturel du droit d'exploitation acquis par l'employeur »⁶⁰⁴. Cette dernière proposition renvoie à l'idée que nous défendons selon laquelle le salaire doit être considéré comme la contrepartie du transfert des droits et qu'ainsi le salarié ne doit pas pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire. Ainsi, ce n'est que dans des hypothèses exceptionnelles que l'auteur-salarié doit pouvoir négocier avec son employeur son traitement financier : par exemple, lorsqu'il est à l'origine d'une création qui s'avère capitale pour l'entreprise, lorsqu'il crée un objet qui devient un produit star, générant un accroissement des bénéfices⁶⁰⁵.

Nous considérons ainsi qu'une adaptation du système des brevets en droit d'auteur est envisageable, à condition de gommer l'exigence de rémunération supplémentaire : une création de fonction entraîne transfert automatique des droits à l'employeur ; une création hors fonction appartient pleinement à l'auteur et si l'employeur souhaite obtenir les droits d'exploitation, il devra passer par la cession classique. Il nous reste à voir si les droits d'auteur étrangers peuvent nous offrir une alternative intéressante.

χ) système inspiration « étrangère »

297. Il va s'agir ici de voir si la solution au problème de la création salariée ne pourrait pas être trouvée dans les règles applicables à l'étranger. Une opposition

⁶⁰³ Cf. J.-M. Mousseron et J. Schmidt, « Les créations d'employés », Mélanges Mathély, Litec, 1990, p. 273 et suivantes.

⁶⁰⁴ V. Cottureau, « L'incitation aux créations salariés », Coll. Montpellier, juin 1987, *L'entreprise, l'information et le droit*, Cah. Dr. Entr., 1988, 1.

⁶⁰⁵ Soit en activant la clause contraire ; soit en faisant jouer l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle.

traditionnelle existe⁶⁰⁶ entre le « copyright » et le « droit d'auteur ». Notre législation prenant place dans le second système, voyons les perspectives que pourrait nous offrir le premier.

Pour illustrer le système du « copyright », prenons l'exemple du droit américain. Aux Etats-Unis, la question de la création salariée est réglée par la doctrine du « *work made for hire* ». On considère que ce n'est pas principalement l'auteur qui doit être récompensé pour sa création, mais plutôt l'investisseur qui a permis la réalisation de l'œuvre. Ainsi, c'est l'entreprise qui doit être privilégiée, au détriment de son salarié auteur. Cette conception est traduite par le § 201 du *Copyright Act* qui dispose que l'entreprise « *is considered the author* ». Les droits d'exploitation afférents à une œuvre réalisée dans le cadre de ses fonctions par un salarié apparaissent ainsi directement dans le patrimoine de l'entreprise. L'entreprise n'est pas cessionnaire des droits, elle en est titulaire *ab initio*⁶⁰⁷.

298. Si un tel système existait en France, l'employeur n'aurait pas besoin de passer par la cession en bonne et due forme des droits d'exploitation, ce qui allégerait considérablement le formalisme. Est-ce pour autant une solution satisfaisante ? Au regard de la philosophie de notre droit d'auteur, il paraît difficilement concevable d'insérer en France un système comparable à celui du « *work made for hire* ». En tous les cas, en tant que tel. Parce que relativement au seul principe de la naissance des droits dans le patrimoine de l'entreprise, un système assez semblable existe déjà au sein de notre Code de la propriété intellectuelle : celui de l'œuvre collective⁶⁰⁸. Certes, le régime de cette œuvre ne fait en aucun cas de l'entreprise l'auteur des œuvres réalisées. Mais en acceptant un transfert automatique des droits, le résultat est identique à ce qui se pratique dans un système de « copyright ». La qualité d'auteur n'est pas sur les mêmes épaules, mais en ce qui concerne l'exploitation des droits, le « *work made for hire* » et l'œuvre collective parviennent au même résultat. De ce point de vue, le système d'inspiration « copyright » ne nous semble pas poser de difficultés particulières d'adaptation en droit français.

⁶⁰⁶ Ou qui existait : M. Caron affirme ainsi dans son manuel (*op. cit.*, n° 36) que si « il existe encore des différences [entre les deux systèmes], elles s'estompent. Osons-le dire : les différences entre le droit d'auteur et le droit du *copyright* appartiennent, au-delà des symboles, assez largement au passé ».

⁶⁰⁷ Sur le système américain, cf. par ex. : M. Ferrara-Santamaria, *RIDA*, avril 1968. 83.

⁶⁰⁸ Cf. *supra* n° 261 et suivants.

D'autre part, l'auteur-salarié américain ne voit pas sa rémunération améliorée du fait de l'exploitation par son employeur de ses créations⁶⁰⁹. Nous l'avons dit, si cette solution est complètement incompatible avec la philosophie de notre droit d'auteur contemporain, elle ne nous choque pas et va dans le sens de la position que nous défendons. Du point de vue de la rémunération aussi, la solution américaine nous semble intéressante.

Ce qui nous pose davantage problème en revanche, c'est que l'auteur-salarié américain voit ses droits moraux réduits. Un aménagement des prérogatives morales doit pouvoir être envisagé pour répondre aux exigences industrielles et économiques. Mais cela ne saurait aller trop loin, au risque de nier complètement le lien qui unit la création de l'esprit à son auteur. Un transfert automatique des droits à l'employeur (ou naissance directement dans son patrimoine, cela revenant au même) présente certes l'avantage d'éviter toutes les difficultés liées aux lourdeurs du formalisme, mais celui-ci ne doit pas avoir pour conséquence de bafouer les droits moraux des auteurs salariés.

La solution proposée par le « *copyright* » américain apparaît ainsi intéressante dans notre recherche de solution au problème de la création salariée. Il faut simplement veiller à ne pas aller trop loin dans le déni des droits moraux des auteurs-salariés.

299. Ainsi, nous avons pu constater que la création salariée n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés en France. Le formalisme, imposé par le Code de la propriété intellectuelle, est particulièrement mal adapté au monde du travail. A tel point qu'il n'est pas rare de rencontrer des entreprises qui, chaque jour, passent outre cette législation⁶¹⁰. Elles auraient finalement presque tort de s'en priver puisque leurs salariés ne s'en

⁶⁰⁹ Si le Copyright Act ne prévoit en effet aucune rémunération spécifique en plus du salaire, les auteurs américains ne sont cependant pas nécessairement moins bien traités en pratique que les auteurs français : ils sont en effet très bien organisés et la négociation collective a, aux Etats-Unis, une toute autre dimension que celle que l'on connaît en France. On se souvient, par exemple, de la grève des scénaristes il y a quelques années qui avait paralysé l'un des secteurs les plus dynamiques de l'économie américaine. Pour rester sur le cas des scénaristes, il faut savoir qu'ils sont organisés en Guilde (*Writers Guild of America*) et négocient avec les producteurs des accords qui font l'objet de nouvelles discussions tous les trois ans. Ainsi, ils ont obtenu des seuils minimaux de rémunération, des rémunérations complémentaires lors des exploitations secondaires des œuvres, des *creative rights* (droit à la paternité notamment), la prise en compte des heures supplémentaires et l'obtention de jours de repos... L'organisation et la solidarité permettent ainsi d'aller bien au-delà de ce qui est accordé par la loi. Sur la question des accords collectifs en France, cf. *supra* n° 213.

⁶¹⁰ Cette affirmation se vérifie surtout dans les petites et moyennes entreprises, qui ne sont pas dotées d'un service juridique et qui, par ignorance ou par facilité, traitent leurs salariés uniquement en tant que tel et ne prennent pas du tout en compte leur qualité d'auteur. Pas de contrat de cession des droits distincts, pas de rémunération supplémentaire, pas de respect des droits moraux...

plaignent pas et qu'elles ne sont pratiquement jamais poursuivies en justice⁶¹¹. Cette constatation renforce l'idée que nous défendons selon laquelle la solution admise aujourd'hui par notre droit doit évoluer. Mais la recherche d'une solution équilibrée entre les intérêts des uns et des autres n'est pas chose aisée. Pour preuve, la question est posée depuis de nombreuses années, mais aucune modification substantielle du principe posé par le Code de la propriété intellectuelle n'a encore été opérée⁶¹². Après avoir étudié diverses pistes de réflexion, nous plaidons pour l'admission des cessions automatiques des droits d'exploitation à l'employeur, qui devra nécessairement s'accompagner d'une remise en cause ou d'un aménagement du principe de prohibition des cessions globales des œuvres futures. Le tout, en sauvegardant les droits moraux de l'auteur et en s'assurant de sa situation une fois qu'il quitte l'entreprise ou que son œuvre n'est plus exploitée. Voilà une solution qui nous semble équilibrée et largement envisageable.

Le principe de la neutralité du contrat de travail n'est ainsi pas adapté. A tel point que le législateur lui-même y a déjà apporté quelques exceptions.

B/ Les « entorses » faites par le législateur

300. Le législateur a inscrit dans le Code de la propriété intellectuelle plusieurs entorses au principe de neutralité du contrat de travail sur la titularité des droits. C'est le cas pour trois types de salariés : les créateurs de logiciels, les journalistes et les agents publics. Pour chacun d'entre eux, le législateur prévoit un transfert automatique des droits, dont il faut étudier le champ d'application (1), la force (2) et l'incidence sur la rémunération (3).

1) champ d'application

301. Pour les créateurs de logiciels, les journalistes et les agents publics, notre législation met en place un transfert automatique des droits d'auteur à l'employeur, par

⁶¹¹ Sur l'absence de procès en la matière, cf. *supra* n° 233.

⁶¹² La seule modification importante concerne les journalistes, cf. *infra* n° 303.

l'effet du contrat de travail. Il faut voir la règle posée par le Code de la propriété intellectuelle pour chaque situation (a), avant d'en observer l'incidence sur le formalisme (b) et de tenter d'en justifier l'existence (c).

a) les règles posées

302. Commençons par étudier le cas du logiciel. C'est l'article L. 113-9 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle qui règle la question des droits d'auteur sur le logiciel créé dans le cadre d'une relation de travail⁶¹³. L'article dispose en effet :

« Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ».

L'alinéa 3 de l'article précise quant à lui :

« Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif ».

Cet article met ainsi en place une dévolution légale. Cela signifie que les droits d'auteur sur le logiciel naissent bien dans le patrimoine de l'auteur, mais qu'ils sont automatiquement transférés à son employeur.

Les droits sur le logiciel créé dans le cadre d'une relation de travail sont donc, en principe, dévolus directement à l'employeur. Il faut noter que cela est en parfaite dérogation avec le principe posé par l'article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, qui énonce que l'existence d'un contrat de travail doit rester sans incidence sur la titularité initiale des droits.

Il faut noter également que ce statut dérogatoire du logiciel vient suppléer celui de l'œuvre collective. En effet, le logiciel pourrait très bien être qualifié d'œuvre collective et ainsi les droits d'auteur naîtraient directement dans le

patrimoine de l'entreprise qui emploie ses créateurs. Mais le logiciel peut être le résultat du travail d'un seul salarié (« *les logiciels [...] créés par un ou plusieurs employés* »), auquel cas la qualification d'œuvre collective ne peut être retenue. De même, le rôle de maître d'œuvre de l'entreprise peut faire défaut (« *dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur* »).

303. Autres salariés concernés par un transfert automatique des droits à leur employeur, les journalistes. Ce transfert automatique n'a pas toujours existé. Il a été mis en place par la loi du 12 juin 2009, consacrée principalement à la protection des œuvres sur internet⁶¹⁴. A ce propos, certains ont pu considérer que cette manière de procéder révélait une certaine gêne de la part du législateur, comme s'il assumait mal sa réforme⁶¹⁵. Avant son intervention, on considérait que le journaliste cédait automatiquement ses droits uniquement pour la première publication de son œuvre. Au-delà, le journaliste conservait ses droits et, par conséquent, toute reproduction de son travail nécessitait son accord, et ce quel que soit le support projeté de la nouvelle publication. Cette analyse s'appuyait sur les articles L. 121-8 du Code de la propriété intellectuelle et L. 761-9 alinéa 2 du Code du travail⁶¹⁶.

Si la solution semblait admise par tous, les difficultés ont commencé à apparaître avec l'avènement de la diffusion des œuvres sur internet et notamment l'apparition des journaux numériques. Le journal qui souhaite reproduire sur son site internet un article déjà publié dans sa version papier doit-il obtenir l'accord de son auteur ? La question a suscité nombre d'interrogations et de débats. Si l'on voulait s'en tenir à l'analyse classique, l'on était obligé de considérer que, très certainement, une cession en bonne et due forme était nécessaire pour l'utilisation numérique. En effet, elle n'était pas expressément visée par les contrats et constituait une forme

⁶¹³ Il va sans dire qu'un auteur qui crée seul un logiciel, en dehors de toute relation de travail, est titulaire des droits et que dans le cas où il envisagerait de céder ses droits, le formalisme de l'article L. 131-3 réapparaîtra.

⁶¹⁴ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

⁶¹⁵ L. Draï s'interroge ainsi « le législateur a-t-il eu honte de sa progéniture au point d'en avoir caché la gestation ? » (L. Draï, « La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 », *Com. com. électr.*, 2009, étude 18).

⁶¹⁶ L'article L. 761-9 du Code du travail (abrogé) était rédigé de la sorte : « Tout travail commandé ou accepté par une entreprise de journal ou périodique et non publié doit être payé. Le droit de faire paraître dans plus d'un journal ou périodique les articles ou autres œuvres littéraires et artistiques dont les personnes mentionnées à l'article L. 761-2 sont auteurs est obligatoirement subordonné à une convention expresse précisant les conditions dans lesquelles la reproduction est autorisée ». Pour une vision générale de la situation avant la dernière réforme, cf. par ex. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 1^{ère} édition, 2006, n° 204.

imprévisible (non couverte par L. 131-6 ; comment les éditeurs auraient-ils pu envisager la révolution numérique ?). Dès lors, le formalisme devait être respecté. Ce qui, bien évidemment, s'avérait extrêmement compliqué pour les éditeurs. Et ce qui n'était pas franchement logique. Devant cette situation, le législateur a dû intervenir. Mais il a fallu attendre une loi de 2009.

La réforme du droit d'auteur des journalistes consacre une cession automatique des droits d'auteur du journaliste à son employeur, et ce par le seul effet du contrat de travail. Le texte clé de la matière dorénavant est l'article L. 132-36 du Code de la propriété intellectuelle, qui est rédigé comme suit :

« Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé au sens des articles L. 7111-3 et suivants du Code du travail, qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées ».

Ainsi, l'article L. 132-36 pose le principe d'un transfert automatique des droits d'auteur du journaliste à son employeur, pour les œuvres réalisées dans le cadre du « titre de presse ». Il convient, bien évidemment, de savoir ce que recouvre précisément cette nouvelle expression. Elle remplace la notion de « journal ou périodique ». D'après M. Pollaud-Dulian, « il ne s'agit plus seulement du journal, mais de l'ensemble des titres et supports dérivés, tels que les suppléments mais aussi les versions diffusées sur internet »⁶¹⁷. Autrement dit, la notion de « titre de presse » renvoie à toutes les exploitations susceptibles d'être pratiquées par l'employeur du journaliste. Elle recouvre le maximum de situations, afin d'éviter les risques de blocages et d'éventuelles actions en contrefaçon.

La cession automatique des droits est ainsi plus large qu'auparavant puisqu'elle ne concerne plus simplement la première publication. En outre, le législateur ne s'est pas arrêté là puisque les alinéas 2 et 3 de l'article L. 132-35 prévoient des assimilations au titre de presse. Ainsi, l'alinéa 2 considère que la

⁶¹⁷ F. Pollaud-Dulian, *RTD Com.*, 2009, p. 730.

« diffusion de tout ou partie [du contenu du titre de presse] par un service de communication au public en ligne ou par tout autre service », et ce dès lors que « cette diffusion est faite sous le contrôle éditorial du directeur de la publication ». L'alinéa 3 prévoit la même assimilation lorsque la communication se fait par l'entreprise ou par le groupe auquel elle appartient ou « édité sous leur responsabilité ». Ces deux alinéas concernent, principalement, l'hypothèse des sites portails.

La logique a encore été poussée un peu plus puisque le Code de la propriété intellectuelle prévoit désormais la possibilité d'exploiter l'œuvre des journalistes en dehors même du titre de presse. Ainsi, l'article L. 132-39 énonce qu'il peut être décidé de diffuser l'œuvre par d'autres titres de la société ou du groupe auquel elle appartient lorsque celle-ci édite plusieurs titres de presse. La seule condition posée est que tous ces titres figurent dans une « famille cohérente de presse ».

Pour prendre acte de cette réforme, il a fallu également modifier le Code du travail. En marge de la détermination relativement large du champ d'application de la présomption de cession des droits d'auteur du journaliste, le législateur a gommé le second alinéa de l'article L. 7113-2 du Code du travail. Ce texte prévoyait que toute nouvelle publication du travail d'un journaliste devait être soumise à son accord exprès. Comme le souligne M. Draï, « cette modification achève la mise en place d'un régime de l'œuvre de presse multisupports »⁶¹⁸.

304. Autre entorse faite par le législateur au principe de la neutralité du lien de subordination, la situation des agents publics. Le principe, rappelons-le, veut que le contrat de travail, de louage ou de service n'ait aucune incidence sur la titularité des droits. L'auteur d'une œuvre doit en être investi, quel que soit sa situation. Ce principe doit s'appliquer aux salariés comme aux agents publics. L'article L. 111-1 alinéa 3 qui l'énonce paraît d'ailleurs insister particulièrement sur la situation des fonctionnaires. Il précise en effet la chose suivante :

« Il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale,

⁶¹⁸ L. Draï, *op. cit.*

d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France ».

Ainsi, par exemple, l'agent territorial qui rédige une notice concernant l'accès à certains services à destination des usagers doit, par principe, conserver ses droits d'auteur. Si la collectivité qui l'emploie souhaite exploiter cette notice, elle devra se faire transférer les droits par le biais d'une cession classique, respectant les exigences de l'article L. 131-3. On l'a déjà dit, on peut avoir du mal à concevoir que la collectivité doive respecter ces exigences pour pouvoir exploiter le fruit du travail du fonctionnaire, alors que c'est précisément dans cette optique qu'elle l'emploie et le rétribue⁶¹⁹. Le formalisme n'est pas réaliste, dans le privé, comme dans le public.

Pour cette raison, la question de la titularité des droits de l'auteur fonctionnaire s'est relativement vite posée. Ainsi, un avis du Conseil d'Etat de 1972 considère que « *l'administration doit être investie des droits d'auteur dans la mesure nécessaire aux nécessités de service* »⁶²⁰. Les usages se sont alors conformés à cet avis, mais étaient *contra legem*.

La solution rendue par le Conseil d'Etat au début des années 1970 a été consacrée par la loi du 1^{er} août 2006. Après avoir inséré dans l'article L. 111-1 alinéa 3 la référence aux agents publics que nous citons un peu plus haut, la loi amène un nouvel article dans le Code de la propriété intellectuelle qui va priver l'auteur fonctionnaire de ses droits patrimoniaux. L'article L. 131-3-1 alinéa 1^{er} est ainsi rédigé :

« Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat ».

Dès lors, notre fonctionnaire agent territorial qui réalise sa notice à destination des usagers dans le cadre d'une mission de service public voit dorénavant les droits sur cette

⁶¹⁹ Cf. *supra* n° 284.

⁶²⁰ Avis « OFRATEME » du Conseil d'Etat du 21 novembre 1972, « Les grands avis du Conseil d'Etat », *Dalloz*, 2^{ème} édition, 2002, p. 105, G. Kuperfils.

œuvre directement cédés à l'Etat. Si les droits naissent bien sur sa tête, et ce en raison de la rédaction de l'article L. 111-1 alinéa 3, il ne peut s'opposer au transfert automatique. On peut d'ailleurs se demander pourquoi l'article L. 111-1 alinéa 3 a été rédigé de cette manière et pourquoi la loi de 2006 est venue apporter cette précision concernant les fonctionnaires alors que quelques articles plus loin les droits patrimoniaux des agents publics se trouvent anéantis. Le procédé nous semble quelque peu hypocrite. Il s'agissait sans doute pour le législateur de respecter l'esprit de la loi de 1957. Cela s'est fait au détriment de la cohérence juridique.

Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle met en place des transferts automatiques des droits d'auteur à l'employeur pour trois catégories de salariés : les créateurs de logiciel, les journalistes et les agents publics. Il faut en étudier l'incidence sur le formalisme.

b) incidence sur le formalisme

305. Dans les trois situations que nous avons présentées, le transfert automatique produit le même effet : un recul du formalisme. Puisque le transfert des droits résulte du contrat de travail qui uni les deux parties, il n'est pas besoin de recourir à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui entoure la cession des droits d'auteur d'un formalisme particulièrement lourd. Il n'est nul besoin de rédiger nombre de longues clauses minutieuses. La simple constatation qu'une relation de travail existe entre les deux parties et que l'œuvre a été créée dans ce cadre suffit à faire de l'employeur le titulaire des droits d'auteur.

Le seul contrat qui doit exister est le contrat de travail, qui constate la relation de subordination entre un employeur et son salarié. Il n'est pas besoin d'un contrat de cessions de droits particulièrement développé. La question qui peut se poser à ce stade est celle relative à la forme que doit prendre ce contrat. Le droit du travail n'impose la rédaction d'un écrit que dans le cadre d'un contrat à durée déterminée⁶²¹.

⁶²¹ Article L. 1242-12 du Code du travail.

Pour les contrats à durée indéterminée, il n'est pas besoin en principe de passer par l'écrit. Mais doit-il en être de même dès lors que le contrat de travail est aussi amené à régler des questions relatives à la gestion des droits d'auteur ? La question n'est pas réglée par le Code de la propriété intellectuelle. Mais, il nous semble qu'en présence d'une relation de « création-salariée », l'on ne doit pas pouvoir faire l'économie d'un écrit. Le Code prévoit le transfert automatique des droits, mais cela ne dispense pas nécessairement de prévoir les conditions dans lesquelles les œuvres créées, et dont les droits sont automatiquement transférés, seront exploitées : le territoire, le devenir des œuvres en cas de rupture du contrat de travail ou en cas d'inexploitation par l'employeur...⁶²² Toutes ces questions doivent être réglées une fois pour toute, au début de la relation de travail. Mais il nous semble indispensable qu'elle le soit par le recours à un écrit. Un contrat de travail comportant une partie relative aux conditions d'exploitations des œuvres doit ainsi être rédigé⁶²³. Il doit aussi suffire. Ainsi, le formalisme, s'il ne disparaît pas, est sans commune mesure avec ce qui se pratiquerait sans ces transferts automatiques.

306. Il faut préciser, ensuite, que les transferts automatiques mis en place par le Code de la propriété intellectuelle pour les logiciels, les travaux des journalistes et les œuvres réalisées par les agents publics n'ont vocation qu'à concerner les créations réalisées dans le cadre de la relation de travail.

Ainsi, en ce qui concerne les logiciels, l'article L. 113-9 dispose bien que le transfert automatique ne concerne que les logiciels créés par des salariés « *dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur* ». Si le salarié crée un logiciel durant son temps libre, sans que cela ait un lien avec son travail, son employeur ne peut pas prétendre au transfert automatique des droits. S'il souhaite exploiter le logiciel, il doit passer par la cession classique.

Les journalistes ne sont plus concernés par le transfert automatique en cas d'exploitation par des tiers à la société éditrice. Dans ce cas, en effet, l'article L. 132-40 du Code de la propriété intellectuelle nous précise que « *l'accord exprès et préalable de [l'] auteur exprimé à titre individuel ou dans un accord collectif* » sera

⁶²² Cf. *supra* n° 287.

exigé. Dans cette situation, le journaliste, s'il veut autoriser la publication, devra céder ses droits en bonne et due forme, conformément à ce qu'exige le droit commun des contrats d'auteur. Dès lors, dans cette hypothèse, le formalisme opère un retour.

La cession des droits des agents publics n'est pas non plus générale. Elle n'intéresse que les droits sur les œuvres qui sont strictement nécessaires à l'accomplissement d'une mission de service public. Autrement dit, le transfert n'a lieu que pour les œuvres que le fonctionnaire a reçu l'ordre de réaliser dans le cadre de son travail. Cela a pour conséquence que l'Etat ne peut exploiter commercialement l'œuvre comme il l'entend. C'est d'ailleurs l'objet de l'alinéa 2 de l'article L. 131-3-1 qui énonce que l'Etat ne dispose alors que d'un pacte de préférence.

Une autre limite concernant les agents publics est également fixée par le Code de la propriété intellectuelle à l'article L. 111-1 alinéa 4 qui dispose que :

« Les dispositions des articles (...) L. 131-3-1 (...) ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique ».

Ainsi, tous les fonctionnaires indépendants, c'est à dire qui ne sont soumis à aucun contrôle de la part de la hiérarchie, ne voient pas leurs droits transférés automatiquement à l'Etat. C'est, notamment, le cas des universitaires⁶²⁴.

c) justifications des transferts automatiques

307. Pourquoi le législateur a-t-il mis en place des transferts automatiques des droits d'auteur au profit de l'employeur dans ces trois situations ? Quels éléments expliquent ces choix ? Comment peut-on apprécier ces situations ?

⁶²³ Cf. *supra* n° 294.

⁶²⁴ Sur la question : cf. notamment C. Bernault, « Le droit d'auteur des enseignants, L'enseignant est-il un fonctionnaire « comme les autres » ? », *Com. com. élect.*, 2010, étude 6.

308. En ce qui concerne le logiciel d'abord. Comment justifier le choix du législateur ? Il faut, pour répondre, chercher du côté de la spécificité du logiciel. En effet, la qualification d'œuvre de l'esprit accordée à cette création a toujours été contestée et contestable⁶²⁵. D'ailleurs, la protection du logiciel par le droit d'auteur n'a été admise que parce que le droit des brevets n'a pas voulu le prendre en charge⁶²⁶. Pour autant, si la décision a été prise de protéger le logiciel par le droit d'auteur, le législateur s'est bien rendu compte que les textes du Code de la propriété intellectuelle ne pouvaient pas leur être appliqués en l'état. Il a donc fallu prévoir un régime spécifique, qui est celui détaillé par l'article L. 113-9. Régime qui écarte le formalisme des contrats d'auteurs, pensé dans une idée de protection de l'auteur d'une œuvre d'art « pur ». Notre législation protège donc moins bien l'auteur d'un logiciel que l'auteur d'une œuvre plus « classique ».

Ainsi, la solution retenue ne semble satisfaisante, ni d'un point de vue juridique (qualification d'œuvre de l'esprit contestable), ni du point de vue de son opportunité (elle ne protège pas très bien l'auteur d'un logiciel). Elle est intéressante du point de vue du formalisme, puisqu'elle le fait reculer, mais cela ne saurait nous suffire. L'impact positif de ce transfert automatique sur le formalisme doit pouvoir être obtenu en passant par une solution plus satisfaisante. Si l'on redéfinissait le critère d'originalité pour décider de la protection ou non par le droit d'auteur⁶²⁷, il nous semble inévitable que le logiciel sortirait du giron de la matière. Pour autant, il ne faut pas laisser ces créateurs sans protection. C'est, selon nous, le droit des brevets qui doit les prendre en charge. La matière est, d'une part, bien mieux adaptée d'un point de vue conceptuel. Elle offrirait, d'autre part, à ces créateurs une meilleure protection. Le système des inventions de missions mis en place à l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle permet en effet de récompenser le salarié qui réalise une invention dans le cadre de son travail⁶²⁸. Certes, l'employeur est le

⁶²⁵ La question s'est longtemps posée et se pose encore, en effet, de savoir ce qu'est un logiciel. Est-ce véritablement une œuvre de l'esprit ? Il n'est, en tous les cas, en rien comparable avec les « œuvres d'art pur » pour la protection desquelles notre droit d'auteur a été imaginé. Chacun s'accorde pour le dire. Ainsi, on peut douter de la légitimité de la protection du logiciel par le droit d'auteur.

⁶²⁶ Voir à ce sujet la décision de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 7 mars 1986 : « Grand arrêts de la propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2003, n° 9, comm. A. Maffre-Baugé ; *JCP E*, 1986, II, 14713 et 14737 bis, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *Dalloz*, 1986, 405, conclusions M. Cabanes et note B. Edelman. Voir aussi la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, qui introduit la protection des logiciels par le droit d'auteur au 13° de l'article L. 112-2.

⁶²⁷ Comme certains y invitent, cf. notamment C. Caron, *op. cit.*, n° 111.

⁶²⁸ Cf. *supra* n° 295.

titulaire des droits sur l'invention, ce qui ne fait pas de différence par rapport à ce que prévoit le droit d'auteur pour les logiciels. Mais l'inventeur a droit à une rémunération supplémentaire si l'invention a été réalisée dans le cadre de son travail. Ce qui n'est pas le cas en droit d'auteur⁶²⁹. Cela ne serait pourtant pas dénué de sens pour le concepteur d'un logiciel qui, comme le chercheur, est embauché davantage pour tenter de parvenir à un produit que pour mettre en œuvre un effort créatif. Selon nous, le logiciel devrait ainsi être protégé par le droit des brevets et être considéré comme une invention de mission dès lors qu'il est créé dans le cadre d'une relation de travail.

309. Ensuite, on l'a vu, la réforme de 2009 a fait exploser le champ d'application de la cession automatique des droits du journaliste à son employeur. Pourquoi cette intervention législative ? Elle est le résultat des nombreux conflits qui opposaient ces dernières années les journalistes et les entreprises de presse. Il était nécessaire de poser des règles claires, pour mettre fin aux litiges⁶³⁰. Comment apprécier le nouveau dispositif qui entoure la transmission des droits du journaliste ? Pour pouvoir jauger de la situation, il faut comparer avec ce qu'il en serait sans cette présomption de cession. Si l'on devait appliquer à la cession des droits du journaliste le droit commun des contrats d'auteur, l'entreprise de presse devrait se faire céder les droits pour chacun des articles rédigés par ses salariés. Dans certains cas, plusieurs contrats de cession devraient être signés chaque jour. A nouveau, n'est-ce pas l'intérêt du contrat de travail pour l'éditeur que de pouvoir exploiter les articles de ses journalistes ? La situation de l'employeur qui devrait rédiger un nouveau contrat de cession à chaque nouvel article nous paraît assez improbable. Précisément, l'employeur qui recrute un journaliste a dans l'idée de pouvoir exploiter ses articles. Encore une fois, ce serait nier la théorie de la cause que d'imposer à cet employeur le respect des dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle⁶³¹. En cela, le transfert automatique instauré par la réforme de 2009 nous semble assez logique.

⁶²⁹ Cf. *infra* n° 313.

⁶³⁰ Il est d'ailleurs intéressant de noter que les rares procès qui ont eu lieu ces dernières années au sujet des droits d'auteur concernaient, pour l'essentiel, les journalistes. L'intervention du législateur ne doit ainsi rien au hasard...

⁶³¹ Cf. *supra* n° 284.

Quoi qu'il en soit, il faudra tout de même veiller à ce que les éditeurs n'essayent pas d'aller plus loin que ce que leur accorde cette loi, en s'assurant que les exploitations de l'article ne dépassent pas la notion du titre de presse et celle de la famille cohérente. Par exemple, il ne faudrait pas qu'un auteur voie son article publié dans une revue qui n'a strictement rien à voir avec la philosophie de son écrit ou avec la ligne éditoriale qu'il suit.

310. Enfin, le législateur a fait en sorte que l'Etat n'ait pas besoin de recourir à une cession respectant les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle pour pouvoir exploiter les créations de ses agents. Le formalisme recule, c'est évident. Mais comment justifier ici cet état de fait ? La philosophie semble assez claire, notamment au regard de l'exclusion des fonctionnaires indépendants. Le législateur a estimé que l'Etat devait se faire transférer automatiquement les droits afférant aux créations qu'il a générées. En effet, le fonctionnaire qui crée dans le cadre de ses fonctions une œuvre nécessaire à une mission de service public ne la crée que parce que sa hiérarchie le lui a demandé. Si nous reprenons l'exemple de notre agent territorial, il est clair qu'il ne rédige sa notice à destination des usagers que parce que son service le lui a réclamé. Il ne dispose, quant à sa création, d'aucune marge de manœuvre (ou alors infime). Ainsi, l'Etat doit recevoir les droits sur les œuvres dont il est l'instigateur. L'idée est ici très proche de celle retenue dans le cadre de l'œuvre collective⁶³². Derrière le transfert automatique des droits, on retrouve l'idée de contrôle, d'œuvre de mission. Le lien entre l'œuvre et son auteur est distendu. Ce constat fonctionne à chaque fois qu'un lien de subordination existe, à chaque fois qu'un auteur crée en respectant des directives précises. Mais le transfert se justifie encore davantage ici au regard de la nature de l'œuvre : elle présente un intérêt général. L'Etat ne doit donc pas avoir à négocier avec ses agents pour en obtenir les droits d'exploitation. Le raisonnement nous paraît assez logique. D'autant que, comme nous le disions plus haut, les fonctionnaires indépendants, c'est à dire qui ne font l'objet d'aucun contrôle dans l'exercice de leur mission, ne sont pas soumis à ce transfert automatique de leurs droits d'auteur. Si l'Etat veut les obtenir, il faudra qu'il passe par un contrat de cession classique. Cela est parfaitement cohérent puisque ici, l'Etat n'a donné aucun ordre à cet agent, ne lui a pas donné la mission de

⁶³² Cf. *supra* n° 261 et suivants.

réaliser une œuvre de service public. La création est plus indépendante. Le lien avec l'Etat est beaucoup plus distendu. La solution nous semble cohérente.

Maintenant que nous avons présenté et apprécié les différentes hypothèses de transferts automatiques des droits de l'auteur-salarié à son employeur imaginées par le législateur, il nous reste à voir quelle force leur est attribuée.

2) force du transfert automatique

311. Il s'agit ici d'étudier la puissance qu'a entendu donner le législateur aux trois transferts automatiques qu'il a posés dans le cadre d'une relation de travail. S'agit-il d'un principe qui ne saurait être contredit par les parties ? Ou, au contraire, s'agit-il d'une simple présomption, ouvrant ainsi la voie à la clause contraire ?

En ce qui concerne le logiciel, l'article L. 113-9 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle fait référence à des « *dispositions statutaires ou stipulations contraires* », ce qui nous amène à l'idée de présomption simple de cession des droits. Le législateur présume que le contrat de travail entre l'auteur du logiciel et son employeur aura pour effet de transférer automatiquement les droits sur les logiciels créés par le premier au second. Pour autant, les parties peuvent en décider autrement. Le législateur laisse une possibilité de clause contraire. Les parties peuvent convenir que le contrat de travail n'entraînera pas automatiquement dévolution des droits à l'employeur.

L'article L. 132-36 du Code de la propriété intellectuelle règle la question s'agissant des journalistes : le texte précise que la convention emporte cession à l'employeur des droits d'exploitation « *sauf stipulation contraire* ». Il en va ainsi de même pour les journalistes que pour les créateurs de logiciels : il s'agit d'une présomption simple et les parties peuvent décider que le contrat de travail n'entraînera pas automatiquement transfert des droits du journaliste à l'éditeur de presse.

En revanche, en matière de cession des droits sur les œuvres réalisées par les agents publics, le premier alinéa de l'article L. 131-1 du Code de la propriété

intellectuelle dispose que : « *le droit d'exploitation (...) est (...) cédé de plein droit à l'Etat* ». La situation des agents publics est ainsi différente de celles des créateurs de logiciels et des journalistes. Il n'y a pas de possibilité de clause contraire ici. Il ne s'agit donc pas d'une présomption, il s'agit d'un véritable principe de cession automatique, qui ne saurait être contourné.

312. Comment analyser cette situation ? Les possibilités de stipulations contraires prévues dans le cadre de la cession des droits concernant les logiciels et les œuvres des journalistes, apparaissent, il faut le dire, très peu réalistes. Ces « clauses contraires » sont, en pratique, extrêmement rares. Le salarié, qui se trouve dans une situation de faiblesse par rapport à son employeur, surtout dans des sociétés comme les nôtres qui ne connaissent pas le plein emploi, n'a pas les moyens de refuser ce transfert automatique et de négocier la cession de ses droits d'auteur. La dévolution légale se réalise donc quasi-systématiquement, sans qu'aucune clause contraire ne vienne perturber les prévisions du législateur. Les dispositions prévoyant ces stipulations contraires apparaissent ainsi largement figuratives.

Partant, le choix du législateur de ne pas passer par la présomption dans le cadre de la cession des droits des agents publics à l'Etat nous apparaît plus réaliste, plus honnête. A quoi bon, en effet, prévoir la possibilité d'introduire des stipulations contraires alors que chacun sait bien qu'il ne s'agit là que de « clauses de style » ? Le contournement de la présomption de cession n'étant pas pratiqué car pas praticable, autant considérer qu'il s'agit d'un principe de transfert automatique, qui ne saurait souffrir d'aucune remise en cause.

Le législateur met ainsi en place trois hypothèses de transfert automatique des droits de l'auteur-salarié à l'employeur, transfert à l'intensité variable. Il faut s'intéresser aux conséquences que ces aménagements entraînent quant à la rémunération.

3) incidence sur la rémunération

313. Le législateur prévoit différentes hypothèses de transfert automatique des droits de l'auteur-salarié à son employeur. Cela a-t-il une incidence sur la

rémunération ? Rappelons que, par principe, l'auteur-salarié a droit à son salaire et à des redevances de droit d'auteur⁶³³. Cette règle s'applique-t-elle toujours en cas de transfert automatique des droits ou bien est-elle aménagée ?

En matière de logiciels, aucune rémunération supplémentaire n'est accordée à l'auteur qui crée un logiciel dans le cadre de son travail. Il perçoit son salaire, mais ne doit pas compter toucher des redevances correspondant à la cession de ses droits et à l'exploitation du logiciel⁶³⁴.

Du point de vue de la rémunération du journaliste cette fois, la réforme indique que dans l'hypothèse d'une exploitation de son travail dans le cadre du titre de presse, la seule contrepartie de la cession automatique des droits doit être, pendant une période de référence, le salaire. Autrement dit, pendant cette période, le journaliste ne touchera aucune redevance pour les exploitations de ses articles. Il touchera simplement son salaire. Une fois la période de référence achevée, le journaliste devra toucher une rémunération supplémentaire, qui consistera soit en des redevances, soit en un salaire. Les textes précisent également qu'en cas d'exploitation dans le cadre d'une famille cohérente de presse, l'auteur a droit à une rémunération supplémentaire, quel que soit la période. Elle consistera ici encore, soit en des redevances, soit en un salaire. En cas d'exploitation par un tiers, la rémunération supplémentaire qui sera due consistera nécessairement en des redevances.

En ce qui concerne les agents publics, le texte ne prévoit aucune rémunération supplémentaire. Le fonctionnaire ne touchera ainsi que son salaire, à défaut de toute redevance sur le terrain du droit d'auteur⁶³⁵.

314. Ainsi, dès lors qu'une cession automatique des droits est mise en place par le législateur, elle s'accompagne d'un aménagement des principes régissant la rémunération des auteurs-salariés. Ils ne perçoivent que leur salaire. Leur qualité de salarié semble prendre l'ascendant sur leur qualité d'auteur. Que penser de cette solution ? On l'a dit, nous considérons que l'auteur-salarié ne doit percevoir qu'un salaire. A quoi bon le

⁶³³ Cf. *supra* n° 284.

⁶³⁴ Cf. par exemple Cour d'appel de Lyon, 26 septembre 1997, *JCP E*, 1999, p. 909, n° 3, obs. M. Vivant et C. Le Stanc : « le salarié auteur d'un logiciel ne saurait prétendre au paiement de redevances pour l'utilisation de son œuvre ».

rémunérer pour l'écriture d'articles, la réalisation d'un logiciel ou la confection d'une notice si, pour pouvoir exploiter ses réalisations, il est nécessaire que l'employeur mette à nouveau la main à la poche ? A nouveau, c'est la théorie de la cause qui vient justifier notre position. On sent, notamment à la lecture des textes sur les journalistes, que le législateur a été confronté à la même interrogation et qu'il a essayé de concilier les intérêts des uns et des autres : il admet qu'il n'y ait pas de rémunération supplémentaire sur le coup (période de référence), mais qu'il y en ait une ensuite (hors période de référence). La solution, équilibrée, nous semble ainsi devoir être appréciée. Nous sommes favorables à l'idée que, lorsque l'œuvre est exploitée dans le cadre du contrat de travail et selon ses modalités, l'auteur-salarié ne touche pas de rémunération supplémentaire à son salaire. Par contre, elle nous semble redevenir légitime dès lors que l'exploitation de l'œuvre a un lien trop distendu par rapport à la relation de travail (œuvre créée hors des missions de l'auteur-salarié, exploitation en dehors des modalités prévues par le contrat, œuvre exploitée après le départ du salarié, etc.).

315. Le principe de neutralité du contrat de travail sur la titularité des droits semble, finalement, dépassé. Nous avons montré les difficultés qu'il suscite. Si plusieurs études ont été menées dans le but de faire évoluer la législation sur ce point, rien ne semble cependant montrer que le droit français est prêt à évoluer. Le principe demeure celui posé par l'article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle. Le législateur a préféré instaurer divers régimes d'exception plutôt que de remettre en cause le principe de neutralité du contrat de travail. Tel est son choix. Pour notre part, nous le regrettons. Nous nous accommodons mal de la diversité des réponses apportée à la question de la création salariée en propriété intellectuelle. Il serait temps d'unifier le régime. Pour preuve, au regard de la diversité des régimes, l'on pourrait presque se demander si le principe de neutralité du contrat de travail ne se transforme pas petit à petit en exception. La règle semblerait presque avoir un caractère résiduel. Il ne faut rien exagérer cependant. S'il est vrai que les exceptions posées par le législateur font sortir du champ d'application de l'article L.111-1 alinéa 3 (et par la même occasion de celui de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}) bon nombre

⁶³⁵ Sur la question, cf. J. Mel, « Les créations de fonctionnaires », *Com. com. élect.*, 2006, étude 31.

d'auteurs-salariés, il n'en reste pas moins que le formalisme garde un rayonnement important en matière de création salariée. Les designers, les stylistes, les créateurs des services « recherche et développement » des grandes entreprises, tous ces auteurs-salariés continuent à être soumis au droit commun des contrats d'auteurs. Et leur nombre est loin d'être insignifiant. Le formalisme, si mal adapté au monde de l'entreprise, garde ainsi un champ d'application conséquent. En théorie du moins, puisque, nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, les entreprises, et notamment les plus petites, ont une tendance certaine à ignorer les règles du Code de la propriété intellectuelle dans leurs relations avec leurs auteurs-salariés. C'est un élément qui achève de nous convaincre de la nécessité de réformer notre droit d'auteur sur la question de la création salariée. Nous avons présenté plusieurs pistes en mesure, à notre sens, de résoudre la problématique, notamment une nouvelle rédaction de l'article L. 111-1 alinéa 3. Il ne reste, pour le législateur, qu'à prendre conscience du fait que sa règle est dépassée.

La dernière réforme en date, celle du droit d'auteur des journalistes, ouvre peut-être la voie à l'évolution plus générale de notre législation que nous espérons. Les principes que pose la loi de 2009 sont forts et vont dans le sens d'une remise en cause du principe de neutralité du contrat de travail. Au regard de l'importance du secteur de la presse et des nombreux conflits que cette question a suscités, l'on se dit que, peut-être, le législateur est en train de prendre conscience du besoin impérieux d'adapter notre Code de la propriété intellectuelle. Le droit d'auteur, s'il veut continuer à régir autant de créations, doit pouvoir s'adapter à son temps. Cela passe par la reconnaissance d'un droit d'auteur plus économique et moins « précieux ».

Ainsi, on rencontre certaines cessions automatiques des droits d'exploitation dans le cadre du contrat de travail. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit d'autres hypothèses de cessions automatiques, non liées (à tout le moins pas directement) à l'existence d'un contrat de travail.

§2 – Les cessions automatiques hors contrat de travail

316. Dans les hypothèses qui vont suivre, les cessions automatiques des droits ne sont pas liées à l'existence d'un contrat de travail. Pas directement, en tous les cas.

Le lien de subordination n'est effectivement pas visé expressément par les textes que nous allons étudier, mais il n'en demeure pas moins qu'il existe fréquemment. C'est le cas de la production audiovisuelle et de la commande publicitaire. Nous allons voir quel est le champ d'application du principe de cession automatique mis en place dans ces deux hypothèses par le législateur (A), avant de s'intéresser à leur impact réel sur le formalisme (B).

A/ Champ d'application des cessions automatiques

317. Il faut présenter les règles posées par le législateur (1), avant de tenter d'apprécier ces situations (3) et de s'intéresser à la force qui leur est attribuée (3).

1) les règles posées

318. La cession automatique des droits d'auteur en matière de production audiovisuelle est posée par l'article L. 132-24 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Le texte est rédigé de la sorte :

« Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ».

L'alinéa 2 vient apporter la précision selon laquelle :

« Le contrat de production audiovisuelle n'emporte pas cession au producteur des droits graphiques et théâtraux sur l'œuvre ».

Nous nous trouvons ainsi devant une présomption de cession des droits patrimoniaux des différents auteurs d'une œuvre audiovisuelle au producteur de cette dernière. La seule existence du contrat de production audiovisuelle entraîne la cession des droits, sans qu'une cession en bonne et due forme soit nécessaire au surplus.

La cession automatique a toutefois un champ d'application limité. D'abord, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-24 fait savoir que les droits de l'auteur de la musique

du film ne sont pas concernés par ce transfert automatique. Cela s'explique par le fait que l'œuvre musicale ayant une existence indépendante de celle de l'œuvre audiovisuelle, ses auteurs ont souvent déjà cédé leurs droits à une société de gestion collective. L'auteur ne pouvant pas céder deux fois ses droits, le législateur a décidé de faire sortir les droits sur l'œuvre musicale de la présomption de cession.

Le deuxième alinéa de l'article précise que les droits graphiques et théâtraux ne sont pas non plus concernés par la présomption de cession. A nouveau, le recours à une stipulation expresse respectant le formalisme des contrats d'auteur est nécessaire si le producteur souhaite obtenir ces droits. Ce sera le cas si, par exemple, le cessionnaire des droits veut adapter l'œuvre cinématographique en pièce de théâtre.

Si le Code de la propriété intellectuelle ne dit mot à ce sujet, il convient également de faire sortir les droits dérivés de la présomption de cession. Il s'agit de tout ce qui concerne les suites, les remakes, mais aussi le merchandising. Ces droits ne sont pas concernés par la présomption de cession en raison de leur lien trop distendu avec l'œuvre qui fait l'objet du contrat de production⁶³⁶. Ainsi, le cocontractant de l'auteur ne dispose pas des droits pour exploiter des produits dérivés, tels que des T-shirts, des porte-clés ou objets divers à l'effigie du film.

Ainsi, la présomption de cession ne concerne que les modes d'exploitation normaux d'une œuvre audiovisuelle⁶³⁷. Les modes d'exploitation indispensables, pourrait-on même dire. Ainsi, le producteur n'est présumé recevoir automatiquement par le seul effet du contrat de production, que les droits absolument nécessaires à l'exploitation de l'œuvre, ceux sans qui toute sorte d'exploitation serait absolument impossible. Pour tous les droits qui ne sont pas parfaitement indispensables à une exploitation normale, la présomption de cession ne joue plus. Si le producteur veut les obtenir, il doit se les faire céder par le biais d'une cession classique.

319. En ce qui concerne la cession automatique des droits en matière de commande publicitaire, la disposition qu'il convient d'étudier est l'article L. 132-31 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Il est rédigé de la manière suivante :

« Dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits

⁶³⁶ Cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 610. ; C. Caron, *op. cit.*, n° 450.

d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support ».

C'est donc bien, encore une fois, une cession automatique des droits d'auteur qui est posée ici par le législateur. L'existence d'un contrat de commande publicitaire entraîne le transfert automatique des droits au producteur⁶³⁸.

De ce point de vue, il faut préciser le champ d'application de cette présomption de cession. Comme nous venons de le dire, elle ne concerne que la commande publicitaire, ce qui exclut les autres types de commandes. En outre, la notion de commande publicitaire est appréciée très strictement, ce qui a pour effet de limiter le rayonnement de la présomption de cession. Ainsi, les éléments de communication tels que les logos par exemple⁶³⁹, ne sont pas considérés comme des créations publicitaires et ne peuvent pas faire l'objet de la présomption de cession.

320. Dans les deux hypothèses visées ici, il faut faire le point sur les relations avec la qualification d'œuvre collective. La question de cette qualification ne se pose pas pour l'œuvre audiovisuelle : elle est incontestablement une œuvre de collaboration. Ainsi, les droits sur l'œuvre naissent bien initialement dans le patrimoine des différents auteurs et non dans celui du producteur. La présomption de cession est donc très utile de ce point de vue. En ce qui concerne la commande publicitaire, cette dernière peut, a priori, parfaitement recevoir la qualification d'œuvre collective. Si tel est le cas, les droits naissent dans le patrimoine de l'entreprise⁶⁴⁰ et le régime de l'article L. 132-31 n'est alors d'aucune utilité. Cela étant dit, les critères de l'œuvre collective ne sont pas nécessairement applicables : tel est le cas si un auteur travaille seul ou si le maître d'œuvre

⁶³⁷ Cf. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 781 et 782.

⁶³⁸ Il faut faire une remarque quant au terme de « producteur » utilisé par le texte. Il faut considérer que c'est l'agence qui est ici visée. C'est elle qui agit : soit, dans la majorité des cas directement pour son compte ; soit, dans des hypothèses plus marginales, en qualité de mandataire de l'annonceur. Le « producteur » n'est donc pas l'annonceur, qui n'est jamais en relation avec l'auteur. En outre, rappelons que dans les rapports entre agences et annonceurs, les dispositions du Code de la propriété intellectuelle ne sont pas applicables puisqu'il ne s'agit pas de contrat d'auteur, et ce en vertu de la jurisprudence « Perrier » (cf. *supra* n°).

⁶³⁹ Cf. par exemple : Cour d'appel de Paris, 30 mai 1991, *Légipresse*, 1992, I, p. 48.

⁶⁴⁰ Cf. *supra* n° 265.

laisse une grande liberté au concepteur. Dans cette hypothèse, la présomption de l'article L. 132-31 retrouve son intérêt. C'est pour ces situations qu'elle a été pensée.

Maintenant que nous avons présenté les règles posées par le législateur, intéressons-nous aux raisons qui ont justifiées leur adoption.

2) justifications

321. La philosophie de la cession automatique des droits mise en place dans le cadre de la production audiovisuelle réside dans la volonté de récompenser le producteur de tous les efforts qu'il fournit pour que l'œuvre audiovisuelle puisse exister. On pense aux efforts financiers. La réalisation d'une œuvre audiovisuelle coûte en effet beaucoup d'argent. Et les producteurs ne seraient pas nécessairement incités à mettre la main à la poche s'ils n'étaient pas certains de pouvoir effectivement exploiter l'œuvre, ce qui serait le cas sans la cession automatique puisque l'œuvre audiovisuelle est une œuvre de collaboration et qu'en cela l'accord de tous les auteurs serait nécessaire pour l'exploitation⁶⁴¹. Le producteur devrait ainsi se faire céder des quantités de droits auprès de plusieurs dizaines, voire centaines d'auteurs. On se retrouverait face à un nombre parfaitement impressionnant de contrats longs et pointilleux. Il a donc fallu trouver un élément de nature à convaincre les producteurs d'intervenir pour mener à bien les projets d'œuvres audiovisuelles. Le moyen que le législateur a trouvé, c'est la cession automatique des droits par la seule existence du contrat de production audiovisuelle.

Cette idée nous paraît parfaitement légitime. D'autant plus que, souvent, la contribution d'un auteur ne servirait pas à grand-chose si elle n'était pas utilisée dans le cadre de l'œuvre audiovisuelle⁶⁴². Finalement, la cession des droits est parfaitement nécessaire, tant du point de vue du producteur qui doit obtenir les droits pour exploiter l'œuvre, que du point de vue de l'auteur qui ne peut pas le plus souvent utiliser son œuvre autrement. La cession est quasi inévitable : autant la présumer et éviter quelques complications. D'autant que la présomption de cession ne porte aucunement atteinte aux

⁶⁴¹ L'œuvre de collaboration n'implique en effet pas de cession automatique des droits à l'instigateur du projet, comme c'est le cas pour l'œuvre collective. Pour une étude du régime de l'œuvre de collaboration, cf. par exemple : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 698 et suivants ; C. Caron, *op. cit.*, n° 222 et suivants.

⁶⁴² Ex. : l'auteur du texte qui sert de conversation à deux personnages d'un film n'a pas de réelle possibilité d'exploiter de dialogue en dehors du film.

droits des auteurs qui sont rémunérés normalement⁶⁴³, qui conservent leurs droits moraux⁶⁴⁴ et gardent même la possibilité d'exploiter par eux-mêmes leur contribution personnelle à côté de l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle⁶⁴⁵.

322. Du côté de la commande publicitaire, la cession automatique des droits est intervenue parce que la pratique des créations publicitaires s'était développée de manière *contra legem*. En effet, un contrat type a été rédigé au début des années soixante⁶⁴⁶ par les professionnels du secteur et prévoyait le transfert automatique des droits de l'auteur au producteur. La jurisprudence ayant décidé d'entériner ces pratiques⁶⁴⁷, le législateur a été obligé de consacrer la situation, d'où l'insertion, par la réforme de 1985⁶⁴⁸, dans le Code de la propriété intellectuelle de l'article L. 132-31. La commande publicitaire dispose donc d'un traitement particulier, distinct de celui des contrats de commande en général.

La justification est moins évidente ici qu'en matière de production audiovisuelle. Elle résulte néanmoins de l'importance de la production artistique en matière publicitaire. En l'absence de cession automatique, les agences devraient, à chaque publicité créée, se faire transférer les droits. Plus envisageable que dans le cadre de la production audiovisuelle, la situation n'en resterait pas moins lourde à gérer. Pour des raisons de facilité, le transfert automatique a été préféré.

Maintenant que nous avons étudié le champ d'application des cessions automatiques mises en place par le législateur en matière de production audiovisuelle et de commande publicitaire, il faut s'intéresser à la force qui leur est accordée.

3) force de la cession automatique

⁶⁴³ Cf. *supra* n° 313 et suivants.

⁶⁴⁴ Il faut noter tout de même que si les coauteurs de l'œuvre audiovisuelle disposent bien de leur droit moral une fois l'œuvre achevée, le Code de la propriété intellectuelle met en place un régime dérogatoire pendant la phase d'élaboration de l'œuvre. Il résulte en effet de l'article L. 121-5 que pendant ce laps de temps, le droit moral des coauteurs est paralysé.

⁶⁴⁵ L'article L. 132-29 dispose en effet que « chacun des auteurs de l'œuvre audiovisuelle peut disposer librement de la partie de l'œuvre qui constitue sa contribution personnelle en vue de son exploitation dans un genre différent et dans les limites fixées par l'article L. 113-3 ».

⁶⁴⁶ Contrat type du 19 septembre 1961, qui prévoit bien dans son article IV le mécanisme de la cession automatique.

⁶⁴⁷ Cf. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 1986 : *RTD Com.*, 1987, p. 198, obs. A Françon ; *JCP G*, 1997, II, 20872, note R. Plaisant.

⁶⁴⁸ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 (article 14) relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

323. Concernant le contrat de production audiovisuelle, c'est une simple présomption qui est posée par l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle. Le texte laisse, en effet, la porte ouverte à une « *clause contraire* ». Comme pour le logiciel par exemple, les parties peuvent donc en décider autrement. Elles peuvent envisager de conclure un contrat qui n'entraînera pas de manière automatique le transfert des droits de l'auteur au producteur. A nouveau, ces clauses sont extrêmement rares en pratique. Les seules qui peuvent exister concernent la durée de la cession, qui se trouve alignée sur la durée des droits à défaut de précision contraire. Les parties peuvent ainsi décider que la cession des droits aura bien lieu, mais qu'elle ne durera que x années, pour réintégrer ensuite le patrimoine des auteurs pour le reste de la durée légale de protection. Autre hypothèse de clause contraire envisageable : « les poids lourds de la profession »⁶⁴⁹ qui peuvent exiger une négociation. Mais pour l'immense majorité des autres auteurs qui ne disposent d'aucun moyen de pression, il n'est pas possible de discuter les modalités de la cession des droits puisque le pouvoir se trouve indiscutablement dans l'autre camp. En pratique, la présomption de cession est donc appelée à jouer tout son rôle.

Concernant la commande publicitaire, c'est, à nouveau, une présomption de cession qui est posée par l'article L. 132-31 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Le texte prévoit, ici encore, la possibilité de rédiger une clause contraire. Pour les mêmes raisons que dans les occurrences précédentes, cette possibilité est extrêmement rare en pratique. Ce qui permet de laisser le champ libre à la présomption de cession.

Au regard de la quasi-impossibilité pratique de recourir à des clauses contraires, l'on peut à nouveau se demander pourquoi le législateur a décidé de poser de simples présomptions plutôt que d'opter pour un principe clair de transfert automatique des droits par l'effet du contrat de production audiovisuelle ou de commande publicitaire. Sans doute n'a-t-il pas voulu entrer en conflit direct avec la philosophie de notre droit d'auteur. Il nous semble que le réalisme aurait été préférable à une certaine mascarade.

B/ Impact sur le formalisme

⁶⁴⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 600.

324. La question étant particulièrement importante, étudions tour à tour les conséquences de la cession automatique dans le cadre de la production audiovisuelle (1) et dans le cadre de la commande publicitaire (2).

1) la production audiovisuelle

325. Les droits sur l'œuvre audiovisuelle étant cédés automatiquement au producteur par la seule existence du contrat de production audiovisuelle, cela n'est évidemment pas sans conséquence sur le formalisme. A la question de savoir si le contrat de production audiovisuelle doit respecter les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle pour délimiter précisément l'étendue de la cession des droits, la réponse est assurément négative. Puisque les droits sont présumés cédés, il n'est pas besoin d'établir de clauses de cession particulièrement détaillées. On se trouve donc face, à nouveau, à une limitation du champ d'application du formalisme des contrats d'auteur. Il n'a pas prise sur le contrat de production audiovisuelle⁶⁵⁰.

326. Il ne faut cependant pas tirer de conclusions trop hâtives. Le formalisme, s'il n'est pas censé s'imposer dans le cadre du contrat de production audiovisuelle, s'y retrouve tout de même, et ce pour au moins trois raisons.

D'abord, parce que, et nous l'avons déjà dit⁶⁵¹, le contrat de production audiovisuelle doit être constaté par écrit en vertu de l'article L. 131-2 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Et dès lors qu'un écrit est requis, l'on songe que c'est le formalisme qui revient. Pour autant, cela ne doit pas nous poser de problème particulier dès lors que l'écrit requis est simple et qu'il ne se perd pas dans un luxe de détails. D'autant que l'écrit qui est exigé ici a précisément vocation à déclencher la cession automatique, et donc à court-circuiter le formalisme. En cela, on pourrait presque parler d'un « écrit non formaliste ».

Ensuite, parce que l'alinéa 3 de l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle énonce que le contrat de production audiovisuelle «*prévoit la liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre qui sont conservés ainsi que les modalités*

⁶⁵⁰ Dans les limites personnelles et matérielles que nous avons déterminées précédemment. Cf. *supra* n° 318.

de cette conservation ». Il n'est pas très aisé de savoir exactement ce que recouvre cette disposition. Quels sont les éléments auxquels le législateur fait référence ici ? S'agit-il des décors, des costumes ? Sans doute, mais rien ne nous permet de l'affirmer. Quant à l'intérêt de cette liste, il semble que le législateur ait voulu s'assurer de la conservation du patrimoine culturel⁶⁵². Quoi qu'il en soit, cette disposition impose la présence d'une clause particulière dans le contrat de production audiovisuelle. Clause qui sera très certainement longue puisqu'elle doit répertorier tous les éléments ayant été utilisés dans l'œuvre. Elle sera aussi vraisemblablement difficile à rédiger parce qu'elle suppose un inventaire minutieux. La clause doit, en outre, préciser les « *modalités de cette conservation* ». Encore une fois, la formulation apparaît assez sombre. Finalement, c'est une clause difficile à rédiger qu'impose l'alinéa 3 de l'article L. 132-24. Pour un objectif assez flou : est-il nécessaire de rédiger une telle clause pour s'assurer de la conservation du patrimoine culturel ? Quoi qu'il en soit, avec cette exigence, c'est le formalisme qui revient, doucement, mais sûrement.

Enfin, la mise à l'écart du formalisme dans le cadre du contrat de production audiovisuelle est à relativiser au regard de la pratique. En effet, les producteurs et auteurs, lorsqu'ils contractent, semblent procéder comme si la présomption de l'article L. 132-24 n'existait tout simplement pas. En pratique, ils rédigent des contrats longs qui prévoient les modalités très précises de la cession des droits, en quasi conformité avec les prescriptions de l'article L. 131-3, alors qu'il n'est pourtant pas censé s'appliquer⁶⁵³. A cela, nous voyons trois raisons :

- La première réside, une fois de plus, dans la nature humaine et son besoin constant de se protéger, de se couvrir en cas de difficulté⁶⁵⁴.
- La seconde tient à la rédaction de l'article L. 132-24 lui-même, en ce qu'il précise que le transfert automatique des droits s'effectue « *sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles (...) L. 131-2 à L. 131-7 (...)* ». Parmi ces articles, on trouve le fameux article L. 131-3

⁶⁵¹ Cf. *supra* n° 41.

⁶⁵² Cf. par exemple : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 777.

⁶⁵³ Sur cette pratique, cf. *supra* n° 225.

qui impose que soient définis avec une grande précision les contours de la cession des droits⁶⁵⁵. Comment concilier la présomption de cession avec le respect de l'article L. 131-3 ? Comme le remarque M. Parisot, « à moins d'interpréter la formule « sans préjudice » comme signifiant « nonobstant », ce qui paraît bien audacieux, force est de constater que la présomption de l'article [L. 132-24] et les exigences de l'article [L. 131-3] sont parfaitement antinomiques »⁶⁵⁶. Il faut bien avouer que la rédaction de l'article n'est pas des plus limpides. Le législateur aurait pu affirmer sa volonté avec plus de transparence. Nous comprenons, de ce point de vue, les hésitations de certains et notamment des professionnels. Cependant, nous estimons que cette réserve introduite dans la rédaction ne doit pas réactiver l'article L. 131-3 dans le cadre des contrats de production audiovisuelle. Le législateur peut visiblement écrire tout et son contraire ; nous espérons qu'il ne peut pas sérieusement penser tout et son contraire. Certains estiment qu'il faut lire cette réserve comme une confirmation de l'application du principe de rémunération proportionnelle aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle⁶⁵⁷. Si le doute existe nécessairement, il faut se forcer à être convaincu par cette analyse. Au-delà de la rémunération, on peut sans doute dire que, par cette réserve, le législateur a entendu affirmer que la présomption de cession ne devait pas nuire aux droits de l'auteur. La rédaction est maladroite, l'article L. 131-3 est englobé à tort. Après tout, nous ne serions pas les premiers à considérer que certaines incohérences n'ont d'autres explications que de simples erreurs de rédaction...⁶⁵⁸

- La troisième explication à la recrudescence pratique du formalisme, sans doute la plus importante, réside dans le texte de l'article L. 132-25 alinéa 1^{er}, qui dispose que « *la rémunération de l'auteur est due pour chaque mode*

⁶⁵⁴ Cf. *supra* n° 224 et suivants.

⁶⁵⁵ Cf. *supra* n° 74 et suivants.

⁶⁵⁶ B. Parisot, « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ? », *Dalloz*, 1992, chron. p. 75.

⁶⁵⁷ Cf. par exemple : A. Françon, « Droit d'auteur et droits voisins, la loi du 3 juillet 1985 », Colloque de l'IRPI, Litec, 1986, p. 89.

⁶⁵⁸ Cf. *supra* n° 63 (erreur de rédaction invoquée concernant la portée de l'exigence du recours à l'écrit).

d'exploitation ». Les praticiens, certains juges⁶⁵⁹ et certains auteurs considèrent, à nouveau ici, que cette disposition renvoie nécessairement à l'article L. 131-3 et à son formalisme. S'il faut prévoir une rémunération pour chacun des modes d'exploitation, c'est bien qu'il faut définir chacun d'eux de manière précise. Voilà l'idée. Certains vont jusqu'à considérer que la rédaction de l'article L. 132-25 alinéa 1^{er} vide de sens la présomption de cession⁶⁶⁰. Cette dernière ne serait finalement qu'un effet de style et ne servirait proprement à rien. Nous considérons qu'il faut raisonner différemment. Encore une fois, si le législateur a pris le soin de prévoir une présomption de cession (ce à quoi il n'était absolument pas obligé), ce n'est certainement pas pour la priver de toute utilité dès l'article suivant. M. Parisot s'interroge à ce sujet : « N'est-ce pas, cependant, faire dire au texte plus que le législateur n'a voulu ? Ne peut-on admettre, au contraire, que l'alinéa 1^{er} de l'article [L. 132-25] vient simplement (...) compléter l'article [L. 132-24] qui pose le principe de la présomption de cession, afin de bien indiquer que cette dernière n'entraîne aucune limitation du droit à rémunération des coauteurs ? »⁶⁶¹. Nous considérons, comme lui, qu'il faut interpréter différemment l'exigence de rémunération pour chaque mode d'exploitation, afin de concilier cette disposition avec la présomption de cession. Il faut lire ce texte comme une confirmation du principe de rémunération des auteurs concernés, malgré la mise en place de la cession automatique. Nous rejoignons également sur ce point M. Gautier qui considère qu'il ne faut pas lire l'article L. 132-25 alinéa 1^{er} avec la même rigueur que l'article L. 131-3. Il propose de raisonner ici en termes de « grandes catégories »⁶⁶². Cela permet de laisser de côté le formalisme « hyper » pointilleux. L'idée est de ne pas détailler outre mesure les exploitations qui seront réalisées, mais simplement de prévoir la rémunération des auteurs en fonction des modes habituels et connus d'exploitation⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Cf. notamment : Cour d'appel de Paris, 17 janvier 1995, *RIDA*, 1995/3, p. 332.

⁶⁶⁰ Cf. C. Caron, *op. cit.*, n° 450 : « quoiqu'il en soit, l'article L. 132-25 précise que la rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation, ce qui, dans les faits, impose de les prévoir dans le contrat, et vide donc largement de son utilité la présomption de cession qui avait justement, pour ambition, de faire l'économie de telles stipulations ».

⁶⁶¹ Cf. B. Parisot, *op. cit.*

⁶⁶² Cf. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 601, qui considère que « quelques tiroirs suffiraient probablement ».

⁶⁶³ Sur la question du formalisme de la rémunération, cf. *supra* n° 169 et suivants.

327. On le voit bien, le formalisme est finalement loin d'être absent du contrat de production audiovisuelle, malgré la cession automatique des droits consacrée par le Code de la propriété intellectuelle. Il devrait être largement enrayé ; il s'impose ici comme ailleurs, quasiment sans distinction, comme si le contrat de production audiovisuelle était un contrat d'auteur classique. Nous regrettons cette situation. Mais cette fois, ce n'est pas le législateur qui est en cause. Mise à part l'exigence de « listage » prévue par l'alinéa 3 de l'article L. 132-24 et l'exigence d'un contrat écrit (mais dont on a dit qu'il y avait des moyens pour ne pas tomber dans les excès), ce n'est pas lui qui exige ici le recours au formalisme, c'est bien la pratique⁶⁶⁴. La peur de l'article L. 132-25 n'est, selon nous, pas justifiée. Ce dernier ne vient pas remettre en cause la présomption de cession. Il faut simplement que l'on s'accorde pour lui donner une autre interprétation. Il y a moyen de respecter son exigence sans remettre en cause la présomption de cession. Reste à en convaincre les auteurs, les juges et surtout les praticiens.

Voyons maintenant les incidences sur le formalisme de la cession automatique en matière de commande publicitaire.

2) la commande publicitaire

328. Comme à chaque fois que le Code de la propriété intellectuelle prévoit une cession automatique, on espère la même conséquence : un recul du formalisme. Dès lors que le législateur a pris le soin de prévoir un transfert automatique des droits, la conséquence doit logiquement être une absence de cession expresse assortie de clauses longues et ultra précises. En théorie, prévoir une cession automatique des droits d'auteur pour un contrat déterminé entraîne la non applicabilité de l'article L. 131-3 et de son lourd formalisme. Voilà qui devrait donc être le cas en matière de commande publicitaire.

329. Mais, ici comme en matière de production audiovisuelle, il ne faut pas se réjouir trop rapidement. Sans doute d'ailleurs la situation est-elle encore plus complexe. Parce que si la rédaction des articles L. 132-24 et L. 132-25 du Code de la propriété

⁶⁶⁴ Sur l'utilisation que fait la pratique du contrat de production audiovisuelle, cf. *supra* n° 225.

intellectuelle⁶⁶⁵ suscite des interrogations, le moins que l'on puisse dire c'est qu'il en est de même en ce qui concerne celle de l'article L.132-31.

Reprenons ce texte. Après avoir énoncé le principe de la présomption de cession, le texte apporte une précision. Il énonce que cette présomption joue :

« Dès lors que le contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support ».

Cela signifie que la présomption de cession n'est amenée à jouer son rôle que si le contrat énonce un certain nombre de précisions tenant à la rémunération, à chaque mode d'exploitation, à la durée de l'exploitation et à la zone géographique. Ceci n'est pas sans nous rappeler une autre disposition importante du Code de la propriété intellectuelle : l'article L. 131-3, siège du formalisme des contrats d'auteur. Autrement dit, il faut donc que le contrat de commande publicitaire présente certaines mentions qui nous font penser à celles de l'article L. 131-3 pour que la présomption de cession des droits puisse fonctionner. Pour le dire d'une autre façon encore, le respect de l'article L. 131-3 apparaît comme une condition au fonctionnement de la présomption de cession. Le raisonnement est absurde ! A quoi, en effet, pourrait bien servir la présomption de cession si, en amont, tous les droits cédés ont été précisés et détaillés dans le contrat ? Strictement à rien. Cela revient à exiger que le producteur se fasse céder les droits avec précision et conformément aux prescriptions de l'article L. 131-3 pour qu'il puisse en demander le transfert automatique. L'article L.132-31 n'a donc bel et bien aucun sens.

Précisons que la jurisprudence a tiré les conséquences de cette rédaction hasardeuse en considérant que la présomption de cession ne pouvait pas fonctionner dès lors qu'un élément visé par l'article n'était pas précisé⁶⁶⁶. Les juges ont donc appliqué à la lettre le texte, sans chercher à lui donner un sens.⁶⁶⁷

D'autre part, au regard de tous les éléments qui doivent être précisés, il ne fait aucun doute qu'un écrit est nécessaire. Cela ne nous poserait pas de problème si l'écrit exigé pouvait être simple. Ici, comme en matière de production audiovisuelle, c'est l'écrit

⁶⁶⁵ Cf. *supra* n° 326.

⁶⁶⁶ Cf. par exemple : Cour d'appel de Paris, 20 septembre 1993, *Légipresse*, 1994, III, p. 74. L'arrêt énonce que la présomption de cession ne peut être retenue en dehors des indications exigées par la loi.

qui est censé déclenché la cession automatique : c'est l'écrit qui est censé dispensé du recours au formalisme. Il pourrait alors s'agir de ce que nous avons appelé un simple « écrit non formaliste ». Mais au regard de ce qui précède, ce n'est vraisemblablement pas le cas. Et nous le déplorons.

330. Au total, si le principe de la présomption de cession devait entraîner un recul du formalisme, il n'en est rien. La rédaction de l'article L. 132-31 est telle qu'elle vide de sens la présomption. Le législateur la pose pour la rendre inefficace dans la foulée. Si le producteur qui souhaite se faire céder les droits sur une œuvre publicitaire qu'il a commandée ne veut pas risquer de se mettre en contrariété avec le Code de la propriété intellectuelle, il doit rédiger un acte de cession très précis et très détaillé, conformément au droit commun des contrats d'auteur. Pourquoi alors cette intervention du législateur ? Sans doute a-t-il voulu concilier les pratiques existantes avec les principes du droit d'auteur. Mais la conciliation entre les deux n'est pas une réussite puisque la rédaction de l'article L. 132-31 est contradictoire. On ne peut pas consacrer le transfert automatique et imposer, dans le même temps, le respect d'un formalisme particulièrement lourd. Le législateur n'a pas voulu choisir et c'est, une fois de plus, la lisibilité du droit qui en fait les frais.

Les cessions automatiques mises en place par le législateur en matière de production audiovisuelle et de commande publicitaire sont censées avoir un impact positif sur le formalisme. Pour les raisons que nous avons exposées, ce n'est pas le cas. Quoiqu'il en soit, il faut voir ce qui justifie le choix du législateur d'avoir inscrit dans le Code de la propriété intellectuelle ces deux principes de cession automatique.

331. A l'issue de notre étude relative aux aménagements réalisés par le législateur, l'on se rend bien compte que ce dernier a conscience des défauts de notre législation. Il sait bien que l'utilisation de la technique du formalisme de la mention n'a pas fonctionné en droit d'auteur et qu'elle est à l'origine de nombreuses difficultés. Sans jamais remettre en cause fondamentalement le principe qui veut que le droit d'auteur français soit formaliste, il ne cesse de mettre en place des exceptions, de distiller quelques espaces de souplesse

⁶⁶⁷ Cf. *infra* n° 159 et suivants et *supra* n° 332 et suivants pour une étude des relations entre le juge et le formalisme.

dans le Code de la propriété intellectuelle. Il en va ainsi de la possibilité offerte au cessionnaire des droits concernant les modes imprévisibles d'exploitation, du régime de l'œuvre collective et de l'admission de certaines cessions automatiques, notamment dans le cadre de la création salariée qui, nous l'avons bien vu, cristallise toutes les difficultés relatives à l'exercice du formalisme en droit d'auteur. Si certains considèrent presque que le principe et l'exception se sont inversés, en ce que le formalisme aurait désormais un caractère résiduel en matière de cession des droits d'auteur, nous remarquons que, si cette première prise de conscience législative est louable et intéressante, elle n'en demeure pas moins insuffisante, tant il est vrai que les exceptions mises en place par le législateur manquent d'unité, de cohérence d'ensemble. Elles nous renvoient en effet l'image d'une matière morcelée, pleine de dérogations, mal à l'aise avec ses principes. Cela ne saurait nous satisfaire. Ainsi, les exceptions mises en place par le législateur sont intéressantes parce qu'elles montrent qu'une dynamique est peut-être en œuvre et qu'elle pourrait éventuellement aboutir, à terme, à une vraie remise en question du formalisme en la matière. Mais elles ne sauraient constituer une fin en soi.

Ainsi, le législateur semble vouloir réagir aux excès, à l'inutilité et à la mise à l'écart du formalisme par la réforme (même si, insistons, elle nous semble bien incomplète). En marge des incertitudes du législateur, le juge montre aussi ses hésitations. Alors que nous avons dit que ce dernier avait sa part de responsabilité dans les excès du formalisme, il nous faut présenter un autre courant jurisprudentiel, plus marginal, qui semble avoir pris conscience des difficultés de la matière. Pour lutter contre les effets pervers de la technique contractuelle, certains juges décident de faire de l'interprétation du contrat et de la loi la pièce maîtresse de leur intervention.

Chapitre 3 – L'interprétation du juge

332. Les juges peuvent être, nous l'avons vu, extrêmement rigoureux quant à l'application des textes du Code de la propriété intellectuelle, et spécialement quant à ceux relatifs au formalisme des contrats d'auteur. Nous avons montré que certains peuvent même parfois être plus exigeants que la loi. Pour autant, il serait inexact de dire que tous les juges s'inscrivent dans cette démarche. Ce mouvement « pro-formaliste » ne représente qu'une partie des décisions rendues par les magistrats. Une autre tendance existe : elle est plus contemporaine et sans doute plus réduite ; mais elle est aussi, selon nous, plus raisonnée, plus adaptée et plus légitime. Les juges, ici, ne se contentent pas d'appliquer mécaniquement les textes qui leur sont soumis. Ils les confrontent systématiquement à la réalité, au cas d'espèce qui leur est présenté. Ils s'assurent de l'équité et de l'opportunité de leur décision. Ils veillent à ce que ne soient sanctionnés que les comportements véritablement répréhensibles. Ils vont ainsi dans le sens des prédictions de Flour et renouent avec la mission initiale du juge,

soulignée par Portalis dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil⁶⁶⁸, qui est d'adapter la loi pour rendre son application conforme aux cas d'espèce qui lui sont présentés. Ce qui est intéressant, de notre point de vue, c'est que cette application raisonnée des textes conduit à un recul du formalisme. Il convient dans un premier temps de mettre en lumière quelques décisions qui illustrent ce mouvement des juges (Section 1), avant d'en apprécier plus précisément la portée (Section 2).

Section 1 – Illustration d'un courant jurisprudentiel pragmatique

333. L'étude du courant jurisprudentiel hostile à une application littérale du formalisme en droit d'auteur nous montre que les juges utilisent deux méthodes.

334. La première consiste pour les magistrats à cantonner le formalisme : en effet, c'est grâce à certains arrêts importants que la technique contractuelle a vu son champ d'application limité. Nous avons déjà croisé ces décisions : les arrêts « Rolland »⁶⁶⁹ et « Perrier »⁶⁷⁰ ont limité le champ d'application personnel du formalisme, en décidant respectivement qu'il n'avait pas vocation à régir les rapports entre les auteurs et qu'il ne trouvait pas davantage à s'appliquer aux relations entre ayants-droit. Les juges ont aussi, plus récemment, limité le champ d'application matériel du formalisme, en décidant avec l'arrêt « Chaussade / EOS » que les mentions exigées par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ne le sont que pour les contrats visés par l'article L. 131-2⁶⁷¹. Puisque nous avons déjà étudié ces arrêts, nous n'y reviendrons pas. Retenons simplement que les juges ont, ainsi, entouré le formalisme contractuel du droit d'auteur de certaines limites.

⁶⁶⁸ Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

⁶⁶⁹ Cour d'appel de Paris, 10 mai 1973 : *Dalloz*, 1973, jurispr., p. 548, conclusions M. Cabannes ; *JCP G*, 1973, II, 17475, conclusions M. Cabannes. Cf. *supra* n° 52.

⁶⁷⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993 : *Dalloz*, 1994, jurispr., p. 166, note P.-Y. Gautier ; *Dalloz*, 1994, Somm., 280, note T. Hassler ; *RTD Com.*, 1994, 272, obs. A. Françon. Cf. *supra* n° 135.

⁶⁷¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006 : *Com. Com. Elect.*, 2007, n° 3, note C. Caron ; *Prop. Intell.*, 2007, n° 22, p. 93, obs. A. Lucas ; *JCP E*, 2007, 1114, §3, obs. A. Lallement ; *RTD Com.*, 2007, 363, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Dalloz*, 2007, 316, note P. Allaey ; *RIDA*, 2007, n° 211, p. 265, P. Sirinelli. Cf. *supra* n° 128 et suivants.

335. La seconde technique utilisée par les juges pour faire reculer le formalisme consiste en un contournement de la technique contractuelle. Lorsque son application mécanique ne leur semble pas judicieuse, certains magistrats font alors appel à quelques mécanismes bien connus du droit commun, qui leur permettent de justifier l'éviction des règles du Code de la propriété intellectuelle. Dans certaines décisions, les juges ont recours à la notion d'usage de l'article 1135 du Code civil (§1). Dans d'autres, ils recherchent la commune intention des parties (§2).

§1 – La recherche de l'usage

336. En cas de conflit entre l'auteur et le cessionnaire des droits, le juge doit se livrer à une lecture méticuleuse du contrat. Lorsque ce dernier n'apporte pas clairement de réponse à la question posée, certains juges considèrent alors, par une application très stricte des textes du Code de la propriété intellectuelle, nous l'avons vu, qu'il n'est pas assez précis et qu'en cela, sa nullité doit être prononcée. D'autres magistrats, préférant la souplesse, utilisent une autre voie : celle de l'interprétation du contrat⁶⁷². Pour ce faire, ils ont souvent recours à l'article 1135 du Code civil, qui permet régulièrement de sauver des contrats qu'une application trop stricte du formalisme du droit d'auteur aurait conduit à annuler. Certains juges, à l'heure de trancher le litige, décident ainsi de rechercher ce que l'usage amène à décider. Voyons, pour appuyer notre démonstration, trois arrêts relativement récents : dans deux d'entre eux, les juges ont clairement appliqué l'article 1135 du Code civil pour résoudre le litige (A) ; dans le dernier, les juges ont eu recours à la notion d'usage (B).

A/ Cession d'une photographie et promotion sur internet

337. Deux affaires sont à étudier ici : l'affaire « Hachette » de 2002 (1) et l'affaire « Sygma » de 2012 (2).

1) l'affaire « Hachette »

⁶⁷² Sur l'interprétation par le juge, cf., notamment : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2012, n° 541 et suivants ; G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007, n° 173 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13^{ème} édition, 2011, n° 127 et suivants.

338. L'affaire « Hachette » a donné lieu à un célèbre arrêt de la Cour de cassation, rendu par sa première chambre civile le 15 mai 2002⁶⁷³. Les faits à l'origine de cette décision sont les suivants : une agence de photographie, titulaire des droits d'exploitation sur plusieurs clichés, cède ces droits à une société de presse. Le contrat de cession précise que les photographies n'ont pas vocation à être exploitées à des fins publicitaires, à moins que l'agence ne donne son accord par écrit. La société de presse utilise un des clichés en couverture d'un magazine. Et pour promouvoir ce dernier, elle reproduit la couverture sur une affiche publicitaire. N'ayant sans doute pas pensé avoir, de ce fait, dépassé le cadre de l'exploitation autorisée par le contrat, la société de presse se retrouve néanmoins assignée en contrefaçon par l'agence. Cette dernière considère en effet que la société de presse, en reproduisant le cliché sur une couverture elle-même reproduite sur une affiche a dépassé le cadre du contrat en réalisant une exploitation publicitaire, pourtant clairement proscrite. La Cour d'appel de Versailles prononce la condamnation de la société de presse en contrefaçon. Elle considère que « *les droits contractuellement cédés se limitent strictement à la reproduction de photographies dans le magazine* » et ajoute que « *toute exploitation de l'œuvre cédée au-delà des termes de la cession intervenue s'analyse en une atteinte aux droits de l'auteur* »⁶⁷⁴. Les juges du fond s'inscrivent donc ici dans le courant classique « pro-formaliste » : toute modalité d'exploitation doit être prévue au contrat ; celle-ci ne l'était pas, les dispositions du Code de la propriété intellectuelle ont été violées et la sanction doit être prononcée.

La société de presse forme un pourvoi en cassation. Les juges du droit cassent et annulent la décision de la Cour d'appel. Pour ce faire, ils se fondent sur les articles 1134 et 1135 du Code civil et considèrent que :

« La prohibition contractuelle de l'emploi publicitaire d'un cliché dont le droit de reproduction avait été acquis pour illustrer la couverture d'un magazine ne s'étend pas, eu égard à la suite que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature et sauf clause contraire spéciale et expresse non relevée en

⁶⁷³ Cass., Civ. 1ère, 15 mai 2002 : *Com. com. élect.*, 2002, Com. 94, note C. Caron ; *Prop. Intell.*, 2002, n° 4, p. 58, note P. Sirinelli.

⁶⁷⁴ Cour d'appel de Versailles, 23 septembre 1999 : *Dalloz*, 2000, jurisp. p. 668, note J. Bigot.

l'espèce, à l'exposition publique de celle-là lorsqu'elle est faite pour la promotion des ventes de celui-ci ».

La Cour de cassation décide ainsi, dans cet arrêt, de recourir à l'article 1135 du Code civil pour rechercher ce qu'il est d'usage de faire dans une telle situation. Selon elle, lorsqu'une photographie pour laquelle une société de presse a obtenu le droit de reproduction se retrouve en une d'un magazine, il est d'usage que la société puisse utiliser la couverture, et donc le cliché litigieux, pour promouvoir la vente du numéro. Et ce, malgré l'interdiction de l'emploi publicitaire du cliché prévue dans le contrat. Autrement dit, les juges du droit considèrent que la prohibition ne peut concerner que tout autre type d'exploitation publicitaire. Mais elle ne saurait s'appliquer lorsqu'il existe un lien particulier entre l'exploitation normale de l'œuvre et la promotion du support dans lequel elle est exploitée. Or, précisément, l'exploitation de la couverture est bien liée à l'exploitation de la photographie. Comment peut-on promouvoir un magazine par voie d'affichage sans en reproduire la couverture ? Ce qui, si l'on suit l'analyse des juges, avait été interdit par le contrat, c'était l'utilisation publicitaire pour vanter tout autre chose, sans lien avec l'autorisation d'exploitation. Dans notre cas d'espèce, le lien est trop fort. La prohibition ne peut pas jouer ici. Telle est la philosophie de cette décision.

339. Sur le fond, il faut approuver l'arrêt. D'ailleurs, les commentateurs se rallient au sens de la décision de la Cour de cassation. Ainsi, M. Caron écrit qu'« il est possible de penser du bien cette solution. (...) Elle paraît fort pragmatique et conforme à la réalité économique. Empreinte de bon sens, elle permet d'éviter une application absurde du droit d'auteur. Il peut paraître, en effet, contradictoire d'autoriser à titre onéreux la reproduction d'une œuvre sur la couverture d'une revue tout en s'opposant à ce qu'une publicité soit faite, dans les seuls kiosques, pour vendre ce journal »⁶⁷⁵. M. Sirinelli, quant à lui, explique que « la vérité oblige à dire que (...) l'on est peu choqué par le résultat concret (l'utilisateur n'est pas contrefacteur) ». Il ajoute que « c'est, en quelque sorte, une réponse juridique à ceux qui se réfugient derrière un formalisme excessif pour nier des solutions de bon

⁶⁷⁵ C. Caron, dans son commentaire de la décision, *op. cit.*

sens »⁶⁷⁶. Nous rejoignons bien évidemment ces avis : la société de presse n'est pas contrefactrice ici, puisqu'elle a obtenu contractuellement le droit de reproduire le cliché sur la couverture de son magazine. L'exploitation publicitaire était certes prohibée, mais encore une fois, le lien est tellement fort entre la publicité (affiche) et l'exploitation autorisée qu'il paraît improbable de lui en tenir rigueur. Le raisonnement de l'agence selon lequel elle aurait autorisé la reproduction en couverture, mais pas la reproduction de la couverture sur une affiche ne tient pas. D'autant que l'affiche sert à promouvoir le magazine et, du même coup, l'œuvre en elle-même. A nouveau, le lien entre les deux est trop fort pour que l'on puisse imaginer une condamnation de la société de presse en contrefaçon. La solution est donc, pour reprendre les mots des deux auteurs que nous avons cité, « de bon sens ».

340. Sur la forme maintenant, les avis sont plus mitigés. D'abord parce que la Cour de cassation préfère recourir à l'article 1135 du Code civil plutôt que de rester cantonner aux ressources du droit d'auteur. En effet, n'aurait-il pas suffi, pour parvenir au même résultat, qu'elle écarte clairement l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, siège du formalisme ? Cela n'aurait pas été compliqué puisque ce dernier n'a pas vocation à s'appliquer dans les relations entre ayants droit, et ce depuis l'arrêt « Perrier »⁶⁷⁷. Le fait que la Cour de cassation n'y fasse pas référence nous amène à conclure que cela n'a pas été un élément déterminant pour elle. Cela signifie aussi clairement que le même raisonnement pourrait être tenu en présence d'un auteur et alors même, par conséquent, que l'article L. 131-3 serait effectif. En d'autres termes, auteur ou pas, la solution aurait été la même. Et c'est bien ce qui, à notre sens, donne toute sa valeur à la décision. Certains ont tenté de limiter sa portée, justement en raison du fait qu'aucun auteur n'était partie à la relation contractuelle⁶⁷⁸. La Cour de cassation passe cet élément sous silence. Le fait qu'elle ne cherche même pas à écarter l'article L. 131-3 du débat nous semble révélateur de sa philosophie. Il apparaît qu'elle tente d'introduire effectivement le recours à l'article 1135 du Code civil comme une méthode d'interprétation des contrats d'auteur.

⁶⁷⁶ P. Sirinelli, dans son commentaire de la décision, *op. cit.*

⁶⁷⁷ Cf. *supra* n° 135.

⁶⁷⁸ Cf. par exemple P. Sirinelli qui écrit dans son commentaire de l'arrêt qu'« il reste, cependant, pour limiter la portée de la décision rendue par la Cour de cassation, qu'il convient d'observer que cette dernière a tranché un différend dans des relations entre ayants droit et non pas avec un créateur ».

Ensuite, le recours aux articles du Code civil apparaît dangereux à certains commentateurs. M. Caron, assez favorable à la décision, écrit pourtant qu' « il serait dangereux que, sous couvert des usages de l'article 1135 du Code civil interprété de façon extensive, le juge parvienne à créer de nouvelles exceptions prétoriennes au droit d'auteur. (...) Il est donc important que l'intervention de l'article 1135 ne soit que ponctuelle, voire chirurgicale, sauf à ruiner les grands équilibres du droit d'auteur »⁶⁷⁹. De même, M. Sirinelli prévient : « Le mécanisme correctif, systématisé, ne risque-t-il pas d'être dévastateur ? (...) Il ne s'agit pas d'opérer un saut dans l'inconnu en comblant les silences d'un contrat par des solutions favorables aux exploitants mais d'admettre implicitement ce qui se fait normalement »⁶⁸⁰.

341. Pour notre part, nous comprenons ces interrogations. Il est évident qu'il faut veiller à l'utilisation qui sera faite de l'article 1135 du code civil en droit d'auteur. Il ne s'agit pas de trancher systématiquement les litiges en faveur du cessionnaire des droits. Lorsqu'un doute se présente quant à l'application du contrat, le droit d'auteur prône le principe d'interprétation « *in favorem auctoris* » (en faveur de l'auteur). Il ne s'agit pas de remettre en cause ce principe, sous peine de ruiner la philosophie et la raison d'être du droit d'auteur. Mais il ne faut pas non plus que le juge se laisse enfermer dans le giron de ce principe jusqu'à en oublier les méthodes d'interprétation du droit commun. Le juge doit en réalité jongler avec les deux. Il faut, au regard de chaque cas d'espèce, que le juge adapte sa façon de rendre sa solution, et ce en fonction des circonstances, en fonction des intérêts en présence et en fonction de l'opportunité de la décision qu'il s'apprête à rendre. Autrement dit, le juge ne doit pas se laisser enfermer par les règles nécessairement strictes de notre législation sur le droit d'auteur. Les textes ne sont là que pour lui indiquer la marche à suivre, lui servir de repères. Mais ils ne doivent pas constituer un carcan pour lui. Il doit conserver sa liberté d'appréciation de chaque situation qui se présente à lui. S'il lui semble que l'auteur tente d'abuser des règles formalistes qui sont rédigées pour le protéger, il ne faut pas que le juge hésite à recourir à l'article 1135 du Code civil, pour empêcher une application littérale trop stricte et peu heureuse du Code de la propriété intellectuelle. Par contre, si l'auteur lui apparaît dans son droit le plus

⁶⁷⁹ C. Caron, dans son commentaire de la décision, *op. cit.*

complet, alors il doit user des ressources que lui offre le droit d'auteur pour condamner le comportement de son cocontractant. L'article 1135 ne doit pas, à notre sens, être appliqué systématiquement. Mais il est d'un secours infini lorsque l'application des dispositions formalistes du droit d'auteur amène à une solution inopportune, inadaptée et injuste. Il permet d'apporter de la souplesse dans un droit qui en manque décidément.

Dix ans après l'arrêt « Hachette », les juges du droit ont de nouveau eu à trancher une question similaire.

2) l'affaire « Sygma »

342. Il s'agit ici de présenter l'arrêt « Sygma » rendu le 30 mai 2012 par la première chambre civile de la Cour de cassation. Les faits sont les suivants : un reporter photographe était salarié d'une agence de presse. Il a été licencié pour motifs économiques. A cette occasion, les parties ont conclu un protocole transactionnel qui prévoyait pour l'agence la possibilité de continuer à exploiter les clichés réalisés par le photographe, en contrepartie d'une rétrocession à ce dernier de 25% des sommes récoltées par son ancien employeur. Face aux difficultés rencontrées pour connaître l'état des exploitations réalisées de ses œuvres, l'auteur demande une expertise judiciaire qui révèle que l'agence a numérisé les photographies afin de les mettre en ligne sur son site internet. L'auteur n'ayant jamais consenti à cette forme d'exploitation, il décide donc d'agir en contrefaçon contre son ancien employeur.

Lorsque l'affaire se présente devant la Cour d'appel de Paris⁶⁸¹, les juges admettent qu'il y a bien contrefaçon, en ce que l'agence a clairement outrepassé ses droits en numérisant les clichés sans avoir obtenu l'autorisation de l'auteur. Les juges énoncent en effet que « *ces initiatives s'analysent en des reproductions non consenties d'œuvres de l'esprit et en des transmissions de droit d'auteur non contractuellement prévues et délimitées* ». En d'autres termes, les juges du fond ont ici à nouveau opté pour une application littérale des textes du Code de la propriété

⁶⁸⁰ P. Sirinelli, dans son commentaire de la décision, *op. cit.*

intellectuelle : le contrat de cession ne vise aucunement la numérisation des photographies, ni leur mise en ligne sur internet, par conséquent l'agence ne dispose pas de ces droits, qui sont restés dans le patrimoine de l'auteur. Le comportement de l'agence doit dès lors être sanctionné.

Après que l'agence ait formé un pourvoi, les parties se retrouvent devant la Cour de cassation. Les juges du droit décident de casser le raisonnement de la Cour d'appel de Paris. Au visa des articles L. 122-4 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle et des articles 1134 et 1135 du Code civil, la Cour de cassation considère que :

« en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi que l'agence l'y avait invitée, si les numérisations et mises en ligne litigieuses – ces dernières seulement en basse définition et avec la protection d'un système anti-piratage interdisant leur appréhension par des tiers – n'étaient pas impliquées, en l'absence de clause contraire, par le mandat reçu de commercialiser ces images et le besoin d'en permettre la visualisation par des acheteurs potentiels, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés »⁶⁸².

343. Ainsi, la Cour de cassation fait à nouveau ici preuve d'interprétation. Si elle s'était contentée d'une application littérale et mécanique des textes du Code de la propriété intellectuelle, elle aurait dû, comme la Cour d'appel, conclure à la contrefaçon, les droits de numérisation et de reproduction sur internet n'ayant effectivement pas été expressément cédés à l'agence. Pour autant, cela aurait-il été logique au regard des circonstances de l'espèce ? L'on sait que lors du licenciement du photographe, un accord a été signé entre les parties, prévoyant la possibilité pour l'agence de continuer à exploiter les clichés, autrement dit à les vendre. Finalement, la numérisation et la mise en ligne des photographies n'avaient d'autre but pour l'agence que de promouvoir le « produit », de permettre aux éventuels acheteurs de le connaître. A travers cette démarche, il en allait donc aussi de l'intérêt de l'auteur : la

⁶⁸¹ Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 5, 8 avril 2010.

⁶⁸² Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012 : *Dalloz*, 2012, p. 1798, note C. Alleaume ; *JCP G*, 2012, Somm. 694, note F. Masure ; *Com. Com. Elect.*, 2012, Caron, com. 89.

numérisation et la mise en ligne permettent de faire connaître ses œuvres et créent ainsi la rencontre avec le public, susceptible d'acheter les clichés et donc d'assurer la rémunération du photographe. Or, la vente des œuvres était bien l'objectif assigné à l'agence par l'auteur. Comme l'écrit M. Alleaume dans son commentaire de la décision : « Comment l'agence pouvait-elle commercialiser les photographies si elle n'avait pas la possibilité juridique de les montrer ? ». Il poursuit : « Il y aurait une contradiction à admettre la validité du mandat d'exploitation et à le priver d'effet dans le même instant pour cause d'imprécision ou d'absence de cession de droits d'auteur. Ajoutons que, si la cession de droits d'auteur était exigée, elle n'aurait pas d'autre finalité que de redire ce qui a déjà été dit dans le mandat d'exploitation (« Exploitez mes photographies ») ». Ainsi, il allait de soi que l'agence puisse utiliser tous les moyens à sa disposition pour promouvoir les œuvres et permettre leur acquisition par des acheteurs potentiels. La numérisation et la mise en ligne étaient ainsi la suite logique du contrat de cession. On retrouve ici la philosophie de l'article 1135 du Code civil. Clairement, « cet arrêt rappelle que le droit contractuel d'auteur ne saurait s'abstraire de son écrin naturel qu'est le droit commun des contrats, y compris lorsque ce dernier (...) consacre l'implicite dans des contrats d'auteur dominés traditionnellement par l'explicite. Autrement dit, l'auteur ne vit pas sur une île déserte juridique et l'autonomie du droit d'auteur relève de l'utopie »⁶⁸³.

Dans les affaires « Hachette » et « Sygma », les juges ont clairement eu recours à l'article 1135 du Code civil pour trancher le litige. Etudions maintenant un autre cas, dans lequel, sans avoir directement recours à l'article, les juges ont utilisé sa philosophie.

B/ Cession d'une photographie et utilisation dans la version numérique du magazine

344. Dans l'affaire « Madame Figaro », qui a donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 28 février 2007⁶⁸⁴, les juges ont eu recours à une logique similaire à celle suivie dans les affaires que nous venons d'étudier. Pour autant, la

⁶⁸³ C. Caron, *Com. Com. Elect.*, 2012, comm. 89.

⁶⁸⁴ Cour d'appel de Paris, 28 février 2007 : *RIDA*, avril 2007, 221 et 308, chron. P. Sirinelli ; *Prop. Intell.*, 2007, 327, obs. A. Lucas ; *RTD Com.*, 2007, 362, obs. F. Pollaud-Dulian.

démarche semble ici moins assumée puisqu'il n'est pas fait clairement référence à l'article 1135 du Code civil et la notion d'usage est à peine effleurée.

Les faits à l'origine de l'arrêt sont relativement simples. Un photographe réalise des clichés et cède ses droits sur ces œuvres en vue de leur reproduction en première de couverture de plusieurs numéros d'un magazine. La société de presse, par ailleurs, reproduit certaines photographies sur le site internet du magazine. Estimant que cette exploitation n'était pas prévue au contrat et qu'il n'a donc pas donné son autorisation pour qu'elle ait lieu, le photographe assigne la société de presse en contrefaçon. Le tribunal de grande instance de Paris se prononce en 2006 et considère que la société a effectivement commis des actes de contrefaçon (encore l'approche littérale, « pro-formaliste »). Cette dernière interjette appel. Devant la Cour d'appel de Paris, le photographe ne conteste pas avoir cédé les droits de reproduction sur les clichés en cause, mais considère que l'exploitation réalisée est « sans rapport avec l'usage dont les parties étaient convenues ». Les juges considèrent que la reproduction des clichés sur le site internet du magazine avait pour objectif la promotion du magazine. La question était donc de savoir si l'autorisation de reproduire les clichés en couverture valait également autorisation de les reproduire dans un objectif de promotion du magazine. La Cour d'appel de Paris tranche la question en faveur de la société. Elle infirme le jugement des magistrats de première instance en résolvant le litige de la façon suivante :

« La cession des droits de reproduction des photographies en couverture des magazines incluant nécessairement leur représentation pour la promotion de ceux-ci, la société était en droit de les utiliser sur le site internet critiqué, sans solliciter l'autorisation préalable de l'auteur ».

345. Dans cet arrêt, les juges refusent de condamner pour contrefaçon une société de presse qui a reproduit sur son site internet les clichés pour lesquels elle avait obtenu les droits relativement à une reproduction en première de couverture. Les magistrats considèrent que l'autorisation de reproduire les photographies sur les couvertures intégrait nécessairement celle de les utiliser sur un site internet pour assurer la promotion du magazine. La Cour d'appel ne fonde ici son raisonnement sur aucun texte. Mais on reconnaît bien la philosophie de l'article 1135 du Code civil. Il

est d'usage qu'un auteur qui autorise la reproduction en couverture de ses œuvres, autorise dans le même temps la société cessionnaire des droits à utiliser les œuvres à des fins de promotion du magazine sur lequel elles sont reproduites. Les juges utilisent ici, comme dans l'affaire « Hachette » ou dans l'affaire « Sygma », la philosophie de l'article 1135 du Code civil pour interpréter le contrat. Mais le fait que cela ne soit pas mentionné par l'arrêt nous indique que la méthode n'est pas spécialement assumée par la Cour d'appel. Pour autant, il est indéniable que c'est bien la logique qu'elle suit et qu'elle n'applique pas à la lettre les dispositions du Code de la propriété intellectuelle.

D'ailleurs, les juges ne font aucune référence aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Si une clause de cession a été rédigée (l'arrêt n'en dit rien)⁶⁸⁵, les juges ne l'ont pas confrontée aux exigences formalistes du droit d'auteur, ils n'ont pas cherché à vérifier si l'exploitation publicitaire était bien expressément visée, qu'elle avait intégré le patrimoine de la société et que l'auteur ne pouvait pas se plaindre d'une telle pratique. On sent bien la logique de la démarche : s'intéresser davantage au contexte contractuel qu'aux mots du contrat. A défaut, ils auraient dû retenir une application stricte des prescriptions législatives. Ils auraient peut-être été contraints de condamner la société pour contrefaçon. Cela aurait-il été bien logique ? Nous ne le pensons pas. Cela nous paraît toujours inconcevable de condamner une entreprise pour contrefaçon alors que celle-ci avait obtenu les droits de reproduction et que, si l'exploitation mise en œuvre n'est pas scrupuleusement ce qui était prévu, elle reste tout de même conforme à l'esprit du contrat. Evidemment, si le cessionnaire des droits dépasse largement les limites prévues contractuellement, il convient de retenir la contrefaçon et de sanctionner en conséquence. Mais, dans un cas comme dans celui de l'affaire « Madame Figaro », nous pensons que la sanction n'aurait absolument pas été adaptée. Les juges ont adopté la même réflexion. Ils n'ont pas retenu une application littérale des textes du Code de la propriété intellectuelle. Ils ont, en suivant la logique de l'article 1135 du Code civil et en faisant preuve d'interprétation, adopté une solution bien plus raisonnable que ne l'aurait été la condamnation en contrefaçon.

⁶⁸⁵ Cela nous montre une nouvelle fois que la priorité des juges est ici de sauvegarder la situation. Il est en effet étonnant que l'arrêt ne reprenne pas la clause de cession. Cela signifierait-il qu'il n'y en avait pas ? Auquel cas il y aurait indéniablement

346. Certains objecteront à coup sûr que la solution va tout de même un peu loin. Peut-on laisser passer toute sorte d'exploitation sous prétexte que l'objectif est la promotion du support dans lequel l'œuvre est reproduite ? En l'occurrence, ce n'était pas vraiment la promotion des numéros en couverture desquels les clichés étaient reproduits qui était recherchée, mais plutôt la promotion du magazine en lui-même. Ainsi, n'est-ce pas exagéré de conclure, en l'espèce, que l'autorisation de reproduire les clichés en couverture du magazine engendrait celle de les reproduire pour promouvoir le magazine dans son ensemble, et pas seulement les numéros dans lesquels les œuvres étaient effectivement exploitées ? Nous ne le pensons pas. En l'espèce, il nous semble que le lien existe encore entre l'exploitation de l'œuvre et la promotion du magazine : les deux ont une histoire commune ; le cliché a peut-être été pris spécialement pour convenir au magazine et ce dernier a peut-être rencontré son public grâce à la photographie. Il y a donc bien un lien entre les deux. Et, insistons, même s'il fallait considérer que la société avait bel et bien dépassé le cadre de ce qui était prévu, la condamnation en contrefaçon ne nous semblerait pas adaptée⁶⁸⁶.

Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater la souplesse dont ont fait preuve les juges dans l'affaire « Madame Figaro ». Une application littérale des textes du Code de la propriété intellectuelle aurait pu conduire soit à une annulation du contrat, soit à une condamnation en contrefaçon de la société⁶⁸⁷. Eu égard au comportement reproché au cessionnaire des droits par l'auteur, les juges n'ont pas jugé cela utile. Ils ont donc eu recours à une approche beaucoup plus souple, inspirée de la philosophie de l'article 1135 du Code civil et de la notion d'usage. Le formalisme, une fois encore, est contourné.

Avec les arrêts « Hachette », « Sygma » et « Madame Figaro », nous avons présenté trois affaires dans lesquelles les juges ont contourné le formalisme imposé

non respect des articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Les juges auraient alors eu un argument imparable pour annuler la cession des droits. Or, il n'en est rien.

⁶⁸⁶ Précisons que la question soulevée par cet arrêt ne se poserait plus aujourd'hui : la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, consacre en effet une cession automatique des droits d'auteur du journaliste à son employeur, et ce par le seul effet du contrat de travail. On voit bien l'apport bénéfique de la loi. Cf. *supra* n° 303.

⁶⁸⁷ Sur les sanctions, cf. *supra* n° 226 et suivants.

par le droit d'auteur français, en ayant recours à la logique de l'article 1135 du Code civil. Voyons désormais un autre exemple, dans lequel le contournement des règles formalistes est passé par la recherche de la commune intention des parties.

§2 - La recherche de l'intention

347. Le contournement du formalisme des contrats d'auteur ne passe pas simplement par le recours à la notion d'usage. Il peut aussi passer par la recherche de la commune intention des parties. C'est la voie qu'a choisi d'emprunter le Tribunal de grande instance de Paris dans un jugement relativement récent du 26 août 2009⁶⁸⁸. Dans l'affaire soumise ici aux juges, un photographe engagé par l'Agence France Presse (AFP) en 1974 conteste l'utilisation par l'agence de la version numérisée de plusieurs de ses clichés, sur internet notamment. Il utilise, à l'appui de son argumentation, la clause qui figure dans sa lettre d'engagement et qui énonce que « *la rémunération qui lui est accordée comporte la cession forfaitaire à l'Agence du droit de reproduire et de diffuser par quelque moyen que ce soit, sous quelque forme et en quelque langue que ce soit aussi souvent qu'elle l'estime utile, les articles et documents photographiques qu'il a réalisés dans l'exercice de ses fonctions* ». Le photographe tente dans un premier temps de la faire annuler en raison de son manque de précision. La demande est rejetée par les juges pour cause de prescription de l'action. Le demandeur utilise alors l'argument de la contrefaçon : les exploitations réalisées par l'AFP auraient dépassé le cadre de ce qui était contractuellement prévu. La question qui se pose alors aux juges est de savoir si l'AFP, en réalisant des exploitations numériques des clichés, s'est rendue ou non coupable de contrefaçon en dépassant le champ d'application de la clause.

Pour résoudre le litige, les juges du fond considèrent que « *pour délimiter le champ d'application de la clause de cession de droits, il convient de rechercher la commune intention des parties en prenant en compte les contraintes légales imposées à l'AFP, contraintes connues [du photographe]* ». Après avoir analysé l'objet et les objectifs de l'AFP, les juges continuent en énonçant que « *eu égard à cette situation*

⁶⁸⁸ Tribunal de grande instance de Paris, 3^{ème} chambre, 3^{ème} section, 26 août 2009 : *JCP E*, 2010, 1143, note A. Bories.

particulière la commune intention des parties concernant la cession de droits d'auteur était d'autoriser l'AFP à exploiter l'ensemble des reportages photographiques réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail [du photographe] pour tout mode d'exploitation permettant à son employeur de remplir son objet légal à savoir donner aux usagers français et étrangers, de façon régulière et ininterrompue une information impartiale et digne de confiance ». Les juges en concluent que « *cette mission impose à l'AFP d'utiliser toutes les technologies du moment (...) et notamment aujourd'hui les possibilités données par la numérisation des photographies* ». L'action en contrefaçon intentée par le photographe à l'encontre de l'AFP est ainsi rejetée par le Tribunal de grande instance de Paris.

348. C'est à nouveau une approche très souple qui est choisie ici par les juges. S'ils avaient voulu, ils auraient pu faire une application stricte et littérale des textes du Code de la propriété intellectuelle et de son formalisme. En effet, un recours à l'article L. 131-3 aurait permis aux juges de conclure qu'eu égard au manque de précision de la clause, le droit de numériser les œuvres n'était pas expressément cédé par le photographe à l'AFP. En d'autres termes, les juges auraient largement pu soutenir que ce droit était resté dans le patrimoine de l'auteur, qui pouvait ainsi tout à fait légitimement agir en contrefaçon contre son cocontractant. Juridiquement, la solution aurait été parfaitement fondée.

Ce n'est pas la solution pour laquelle ont opté les juges. L'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle n'est même pas visé par le jugement. Pour résoudre le litige, le tribunal fait appel à une toute autre notion : celle de la « commune intention des parties ». La logique des magistrats est ici la suivante : il n'y a, selon eux, pas de doute à avoir sur la nature de ce qui était effectivement convenu entre les parties quant à l'exploitation des œuvres, et ce malgré la généralité de la clause. Autrement dit, le photographe ne peut se réfugier derrière une clause imprécise pour prétendre qu'il n'avait pas consenti à une exploitation sous forme numérique, alors qu'en réalité il savait que l'AFP serait amenée à utiliser tous les modes d'exploitation s'offrant à elle pour accomplir ses missions et qu'il avait cédé ses droits sans restriction particulière. Il est ainsi vraisemblable pour les juges que les deux parties s'étaient entendues pour que la cession des droits soit la plus large possible. Puisqu'il n'y a pas de doute sur cette « commune intention des parties », il n'est nul besoin de

chercher à confronter le contrat aux prescriptions légales du Code de la propriété intellectuelle. Y procéder aurait été nier la réalité de l'engagement initial entre les deux parties. Cela aurait conduit à remettre en cause un contrat auquel chacun avait consciemment et librement consenti. Et ceci uniquement parce que l'auteur, pour une raison que l'on ignore, n'approuvait plus une pratique qu'il avait pourtant tolérée pendant plusieurs années. D'une manière générale, appliquer strictement le formalisme du droit d'auteur à un contrat de cession (et aboutir à la nullité du contrat ou à la condamnation en contrefaçon du cessionnaire des droits) alors que le consentement était libre et éclairé, revient à faire la part belle aux comportements empreints de mauvaise foi⁶⁸⁹.

Ainsi, il nous semble que la décision des juges du Tribunal de grande instance de Paris est parfaitement opportune, logique et pragmatique. Les juges ont cherché à savoir ce qu'il en était réellement du consentement des parties (et notamment de celui de l'auteur) avant de procéder à une application mécanique des textes du Code de la propriété intellectuelle qui aurait été nuisible en l'espèce, puisqu'elle aurait conduit à condamner en contrefaçon un cessionnaire des droits qui n'avait rien d'un contrefacteur.

Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris est un nouvel exemple du mouvement de souplesse dont font preuve certains juges. Il s'inscrit dans un courant jurisprudentiel incontestablement favorable à un recul, à un allègement du formalisme.

A ce stade, il convient de tirer les enseignements de notre étude de ce courant jurisprudentiel qui ne se satisfait pas d'une application littérale des textes du Code de la propriété intellectuelle et qui contourne le formalisme quand son utilisation s'avère inopportune.

Section 2 – Appréciation d'une jurisprudence « libérale »

⁶⁸⁹ Cf. *supra* n° 151.

349. Nous venons d'étudier plusieurs arrêts caractéristiques d'un mouvement jurisprudentiel, sinon hostile au formalisme, à tout le moins raisonnable quant à son application. En effet, dans les affaires que nous avons présentées, les juges n'ont pas appliqué mécaniquement les textes du Code de la propriété intellectuelle, contrairement à l'autre courant jurisprudentiel dont nous avons dénoncé les excès. Ici, les juges ont cherché à savoir si l'application du formalisme était justifiée et quelles en seraient les conséquences. Ils ont apprécié le contexte, la relation contractuelle entre l'auteur et le cessionnaire des droits, le comportement de l'un et de l'autre. Ils ont tenu compte de ce que la logique, l'équité, l'usage imposaient. Ils ont, pour ce faire, utilisé des outils bien connus du droit commun des contrats, au premier rang desquels l'article 1135 du Code civil. Ce mouvement, qui nous fait songer à la théorie du « réalisme juridique » (§1), nous semble constituer l'une des pistes les plus intéressantes, fondées sur le droit commun, pour permettre de contourner le formalisme et ses nombreux effets pervers (§2), d'autant que la démarche apparaît relativement proche de la solution mise en place par le droit d'auteur allemand (§3).

§1 - La voie du « réalisme juridique »

350. L'interprétation par les juges des textes dans l'optique de parvenir à une application raisonnée de la règle et d'obtenir des solutions plus cohérentes est rapprochée de la théorie du « réalisme juridique ». Inspiré du « *Legal realism* » américain, ce mouvement de pensée considère que les textes ne peuvent être appliqués littéralement, sans avoir fait l'objet préalablement d'une interprétation par les magistrats et donc d'une adaptation au litige qui leur est soumis. Holmes écrivait ainsi : « Les théories générales n'apportent pas de solutions aux cas particuliers »⁶⁹⁰. La règle a besoin d'être adaptée aux circonstances, au contexte. Il s'agit de tenir compte des réalités concrètes plutôt que d'appliquer des principes abstraits. James donne une définition intéressante du réalisme juridique : il s'agit selon lui d'une « attitude qui consiste à détourner nos regards de tout ce qui est chose première, premier principe, catégorie, nécessité supposée, pour les tourner vers les choses dernières, vers les résultats, les conséquences, les faits »⁶⁹¹. Posner déclare, quant à

⁶⁹⁰ Olivier Wendell Holmes a été juge à la Cour Suprême des Etats-Unis au début du 20^{ème} siècle. Concernant son opinion, cf. notamment l'arrêt « *Lochner v. New York* » 1905, reproduit dans Fischer III et al. , 1993, p. 26.

⁶⁹¹ W. James, *Le pragmatisme*, Flammarion, 1995.

lui, que « le droit n'est pas un texte sacré (...) mais une pratique sociale habituellement monotone vaguement bornée par des convictions éthiques et politiques. La solidité des interprétations du droit (...) est ainsi susceptible d'être évaluée avec justesse par l'examen de leurs conséquences dans le monde des faits »⁶⁹². Plus clairement encore, M. Troper écrit que le réalisme renvoie « aux cas où la décision résulte non de l'application rigoureuse d'un principe juridique abstrait, mais d'une interprétation de ce principe en fonction des réalités économiques ou sociales, voire de sa mise à l'écart. Le réalisme est en ce sens un refus du formalisme »⁶⁹³.

351. Cette théorie rejoint la vision de Portalis. Elle rejoint également celle de Flour⁶⁹⁴. Gény s'y reconnaîtrait aussi puisqu'il écrivait que le « fétichisme de la loi écrite et codifiée » conduit les juges à commettre l'erreur fondamentale de considérer que toutes les réponses aux questions qui leur sont soumises se trouvent dans la loi, parce que le législateur a nécessairement tout prévu⁶⁹⁵. Cela conduirait, selon l'auteur, à appliquer des textes à des situations qu'ils n'ont pas vocation à régir, tout simplement parce que les rédacteurs ne les avaient pas en tête. C'est exactement ce qui se passe en droit d'auteur avec le mouvement « pro-formaliste » : certains juges appliquent le formalisme à des hypothèses que les rédacteurs de la loi de 1957 n'avaient pas imaginées. En effet, les rédacteurs du texte ont à l'époque essentiellement pensé au modèle du contrat d'édition lorsqu'ils ont décidé de la mise en place du formalisme contractuel. Les auteurs à qui ils ont songé lors de l'élaboration de cette protection n'étaient donc autres que les écrivains, les musiciens, les artistes, etc. Ainsi, pour les rédacteurs de la loi, le formalisme avait vocation à protéger un romancier, un compositeur ou un peintre des abus de son cocontractant. Or, force est de constater que notre matière a beaucoup évolué ces dernières décennies, en ne se consacrant plus uniquement aux « beaux-arts », mais en s'ouvrant également aux « arts appliqués » (arts industriels). Dès lors, faut-il appliquer littéralement le droit contractuel d'auteur lorsque d'autres situations que celles qu'avaient à l'esprit les rédacteurs de 1957 sont en cause ? Par exemple, faut-il appliquer littéralement les exigences formalistes de la loi à une situation dans laquelle un designer, un concepteur de site internet ou un dessinateur industriel est aux prises

⁶⁹² R. Posner, *Overcoming law*, Harvard University Press 1995.

⁶⁹³ M. Troper, « Le réalisme en droit constitutionnel », in Cahier du conseil constitutionnel, Juin 2007, n° 22.

⁶⁹⁴ Cf. *supra* n° 26.

avec son cocontractant ? Assurément, la réponse doit être négative. Le juge doit, pour que la loi puisse s'appliquer aux hypothèses non anticipées par ses rédacteurs, faire preuve d'interprétation. Il doit faire preuve de « réalisme juridique ».

352. A ce sujet, il est intéressant de noter que, en droit d'auteur français, les juges ont, dans un premier temps et avant d'hésiter sur la position à adopter, fait application de ce réalisme juridique. Ainsi, bien avant l'entrée en vigueur de notre droit positif, les magistrats avaient le souci d'interpréter la règle, de l'adapter au litige à trancher. Par exemple, la Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 24 août 1863 avait fait preuve d'une interprétation particulièrement souple des textes alors en vigueur (les lois de 1791 et 1793) en allant jusqu'à « créer, de toutes pièces, un droit nouveau : le droit moral »⁶⁹⁶. Les juges énoncent en effet que la cession des droits sur l'œuvre « ne donne pas au cessionnaire le droit d'en disposer de la manière la plus absolue, par exemple d'y faire des changements, additions ou suppressions, susceptibles d'en altérer la forme et la valeur »⁶⁹⁷. Plus tard et plus significativement, par un arrêt de 1930, la Cour de cassation fera elle aussi preuve d'interprétation et de réalisme juridique en considérant que la cession des droits sur une partition musicale consentie au XIXe siècle emportait celle du droit de reproduire l'œuvre sur disques, alors même que ce mode d'exploitation était parfaitement inconnu au jour de la conclusion du contrat⁶⁹⁸.

L'entrée en vigueur du texte de 1957 a chamboulé l'état d'esprit des magistrats. La loi s'est faite plus précise, plus exigeante, dans l'optique de protéger l'auteur partie faible. Dès lors, les juges, sans doute par volonté de seconder la loi dans cette mission, ont semblé laisser de côté ce réalisme juridique et préférer une application littérale des textes, oubliant leur mission première et renforçant ainsi les excès du formalisme en droit d'auteur. Mais le courant jurisprudentiel contemporain que nous avons présenté plus haut semble de nouveau prendre à son compte ces considérations d'interprétation, d'adaptation et de pragmatisme. Au cours de nos

⁶⁹⁵ F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} édition, 1919.

⁶⁹⁶ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 8.

⁶⁹⁷ Cour d'appel de Bordeaux, 24 août 1863 : *DP*, 1864. 2. 77.

⁶⁹⁸ Civ., 10 novembre 1930, « Halevy » : *S.* 1931. 1. 161, note G. Lagarde ; *DP*, 1932. 1. 29, note M. Nast. Sur la possibilité reconnue par le droit positif d'exploiter selon des modes imprévisibles, cf. *supra* n° 250 et suivants.

recherches, nous avons rencontré Mme Courboulay, magistrat à la troisième chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris et spécialisée en propriété intellectuelle. Nous lui avons posé la question du rapport du juge au formalisme : d'après elle, si le juge doit garder à l'esprit que le formalisme a été pensé dans le but de protéger l'auteur et qu'il doit dès lors conférer à ce dernier un certain avantage, il ne doit pas moins prendre en compte le contexte, la situation du cessionnaire des droits (grosse maison d'édition ou petit éditeur isolé et débutant), celle de l'auteur, la volonté initiale des parties... Bref, faire une application adaptée des textes et ne certainement pas les appliquer mécaniquement. Ces propos illustrent parfaitement le courant jurisprudentiel que nous présentons dans ce chapitre, mouvement qui semble ainsi faire sienne la théorie du « réalisme juridique ». Sans doute est-ce là une réaction à plusieurs décisions malheureuses et à plusieurs décennies d'application mécanique, rigoureuse des prescriptions du Code de la propriété intellectuelle. Une partie des magistrats semble s'être rendue compte des effets pervers engendrés par une application aveugle des textes et avoir pris la mesure des conséquences peu opportunes de certains arrêts. Face à ce constat, ces juges ont pris l'initiative de remettre l'interprétation, la prise en compte des circonstances et l'équité au cœur des débats.

Mais précisons que l'interprétation mise en œuvre par les juges dans ce mouvement hostile au formalisme est une interprétation du contrat et non directement de la loi. En réalité, par la recherche de l'usage et de l'intention des parties (interprétation du contrat), les juges réussissent à mettre de côté l'application du formalisme, ce qui nous apparaît comme un bon résultat. Mais ils auraient pu décider d'une autre méthode d'interprétation : celle de la loi. En effet, nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, les juges favorables au formalisme retiennent une application littérale et très exigeante des textes. On a d'ailleurs souligné que la rigueur venait davantage de cette interprétation que de la loi elle-même⁶⁹⁹. Ainsi, ne pourrait-on pas imaginer que les juges hostiles au formalisme agissent directement sur le terrain de l'interprétation de la loi ? Ne pourraient-ils pas, au lieu de l'écartier des débats, appliquer l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle et en déduire qu'il n'impose pas la rédaction de clauses de cession de droits parfaitement

⁶⁹⁹Cf. *supra* n° 159 et suivants et n° 216.

exhaustives ? Ainsi, les juges pourraient en déduire que les comportements litigieux (exploitation de l'œuvre sous une forme non expressément visée au contrat) ne sont pas répréhensibles au regard de ce que prescrit le Code de la propriété intellectuelle. Le résultat ne serait pas différent de celui auquel ils parviennent grâce à l'interprétation du contrat, mais la démarche aurait une signification bien plus forte encore.

Pour l'heure, les juges hostiles au formalisme n'ont pas osé franchir le pas de l'interprétation souple des textes du Code de la propriété intellectuelle. Ils se contentent, et c'est déjà considérable au regard de l'ampleur et des conséquences malheureuses du mouvement « pro-formaliste », d'une interprétation du contrat. Pour ce faire, ils n'ont pas trouvé meilleur allié que le droit commun du Code civil.

§2 - Le recours au droit commun comme élément de solution

353. Nous avons vu dans les affaires que nous avons présentées que le juge a eu recours, pour faire une application raisonnée du formalisme et parvenir à des solutions plus opportunes, aux outils offerts par le droit commun. Essentiellement, c'est l'article 1135 du Code civil qui lui a servi d'appui dans sa démarche. Ce texte prône le respect de l'économie générale du contrat, de sa philosophie. L'article précise en effet que chacune des parties doit exécuter son engagement en fonction de ce qui a été précisément défini dans le contrat, mais également en fonction des « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ainsi, il ressort de l'esprit de ce texte que le contrat doit être exécuté conformément à ce qui a été convenu entre les parties, de manière équitable et « normale ». Avec la bonne foi contractuelle prônée par l'article 1134 du Code civil, il s'agit là de l'un des principes essentiels du droit commun en matière d'exécution des conventions.

Cet outil apparaît bien utile au juge qui se trouve face à des situations dans lesquelles une application littérale des textes du Code de la propriété intellectuelle conduirait à une solution que la logique et l'opportunité ne prescrivent pas : on l'a vu, le respect strict du formalisme devrait parfois conduire à condamner pour contrefaçon un cessionnaire des droits dont le comportement n'est pas véritablement répréhensible. L'interprétation du contrat, l'observation du contexte, l'analyse des

comportements doivent permettre d'éviter ce genre d'écueils. L'article 1135 du Code civil offre cette possibilité au juge. Et certains, nous l'avons vu, ne se gênent pas pour l'utiliser.

354. Cette démarche des juges de recourir au droit commun des contrats à travers l'article 1135 du Code civil est intéressante. Elle constitue selon nous une piste de réflexion séduisante pour permettre de lutter contre les effets pervers du formalisme. Grâce à cet article, le droit commun offre les moyens d'imposer le respect de la philosophie générale, de l'économie du contrat. L'on peut même se demander pourquoi vouloir à tout prix, à travers le formalisme, s'assurer que la partie forte ne va pas abuser de sa position, ne va pas profiter de la situation de dépendance et d'ignorance de la partie faible pour la faire consentir à des contrats qui sont contraires à ses intérêts. Pourquoi imposer toutes ces formalités, pourquoi rendre les contrats si lourds et si longs quand le Code civil impose le respect de la philosophie générale du contrat ? En effet, l'interprétation du contrat, la prise en compte des circonstances doivent suffire à déterminer si le type d'exploitation qui fait l'objet d'un litige entre auteur et cessionnaire des droits était inclus ou non dans la cession. Cela doit suffire à déterminer si l'inclusion de ce mode d'exploitation dans le cadre de la cession est logique d'après ce que stipule le contrat, d'après ce qu'avaient en tête les parties, d'après ce que l'usage prescrit. Si l'on peut comprendre que la loi, pour des raisons de sécurité juridique, ne puisse se satisfaire de la simple référence à la volonté commune et qu'elle ait besoin, à travers le formalisme, d'imposer que la relation contractuelle soit davantage précisée, le juge ne doit pas perdre de vue le fait que la philosophie générale reste essentielle, centrale dans l'application du contrat et dans la détermination d'une sanction en cas d'éventuel manquement. Elle en est même le pilier. Autrement dit, il ne faut pas considérer ce qui est inscrit dans le contrat comme gravé dans le marbre, mais s'autoriser une interprétation du contrat à travers les outils du droit commun. Parce que le fond importe plus que la forme.

Ainsi, le droit commun offre des outils qui permettent d'assurer le respect de ce que les parties avaient projeté lors de la conclusion du contrat : en respectant cette philosophie générale du contrat, l'auteur ne peut pas abuser du dispositif de protection qui lui est dédié en prétendant ne pas avoir cédé certains droits ; de même, son cocontractant ne peut pas abuser des textes en prétendant disposer d'un droit qui

n'était pas l'objet de la cession. Nous considérons que ce recours à l'interprétation, à l'article 1135 du Code civil et à la notion d'usage constitue l'une des clés de nos difficultés. Nous sommes confortés dans cette position quand nous observons le droit allemand, qui retient une solution proche de cette idée.

§3 - Parallèle avec la solution allemande

355. Le recours aux outils du droit commun et spécialement à l'article 1135 nous paraît une piste de réflexion d'autant plus intéressante que sa mise en œuvre se rapproche de l'idée développée par le droit allemand. Présentons rapidement la manière dont nos voisins d'outre-Rhin règlent la question de la cession des droits d'auteur.

Alors que d'une manière générale le droit allemand est particulièrement formaliste⁷⁰⁰, il l'est étrangement peu pour le droit d'auteur. En effet, les textes n'imposent aucun formalisme particulier pour la cession par un auteur de ses droits d'exploitation. On constate ainsi une vraie différence avec le droit français. Comment expliquer cette situation ? On a vu que le formalisme français s'expliquait par un souci de protection de l'auteur, partie faible. Le droit allemand se moque-t-il de cette considération ? Le défaut de formalisme correspond-il à un défaut d'inquiétude quant aux intérêts de l'auteur ? A la lecture des textes, notamment de l'« Urheberrechtsgesetz »⁷⁰¹, la réponse apparaît évidemment négative. Le législateur allemand est, légitimement, préoccupé par la protection de l'auteur. Mais à cette question, il a apporté une réponse qui se veut rationnelle.

Pour se faire une idée précise du dispositif mis en place par le droit allemand, il convient d'étudier les textes d'un peu plus près. Et l'étonnement du juriste français est grand lorsqu'il se rend compte que la loi allemande sur le droit d'auteur ne comporte aucune disposition exigeant la rédaction d'un écrit lors de la conclusion d'un contrat de cession. Ce qui signifie qu'un contrat de droit d'auteur peut être passé

⁷⁰⁰ Cf. L. Gerstner, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Com. Com. Elect.*, 2006, n° 10, Alerte 198, qui cite par exemple le droit des biens immobiliers, la constitution de dettes foncières, le droit des sûretés immobilières, etc.

oralement en Allemagne⁷⁰². La conséquence, et c'est là encore une différence fondamentale avec notre système, c'est qu'aucune mention n'est requise pour encadrer, pour délimiter la cession des droits d'auteurs. Le droit allemand n'impose ainsi aucun formalisme particulier.

Pour autant, la cession des droits d'auteur n'est pas complètement libre en Allemagne. Il existe un tempérament qui pose une certaine limite et tente de concilier les intérêts de chacun avec beaucoup de pragmatisme. C'est le § 31 alinéa 5 UrhG qui est visé ici. Ce texte dispose que *« lorsque les modes d'exploitation ne sont pas expressément désignés chacun dans l'acte de concession d'un droit d'utilisation, l'étendue des droits concédés doit être déterminée en fonction du but assigné au contrat par les deux parties »*⁷⁰³. Cette disposition pose le principe appelé de « cession limitée à la finalité du contrat ». La philosophie de ce texte est bel et bien la protection de l'auteur, comme le souligne une décision de justice allemande qui estime que les prérogatives de l'auteur doivent *« rester dans toute la mesure du possible entre les mains de l'auteur pour lui permettre de percevoir une participation équitable aux recettes provenant de l'exploitation de son œuvre »*⁷⁰⁴. L'idée est clairement de sauvegarder les « intérêts de l'auteur, lequel doit être protégé contre la tentation, par ignorance ou par nécessité économique, de céder ses droits en bloc »⁷⁰⁵. Ainsi, en application de la règle posée par le § 31 alinéa 5 UrhG, l'auteur allemand, à défaut de stipulations contractuelles précises, n'autorise que les exploitations strictement nécessaires à l'exécution du contrat. Il n'y a que ces droits qui sont transmis tacitement. Il n'y a que pour ces droits que le contrat oral suffit. Cette vision du contrat nous rappelle clairement la philosophie de notre article 1135 du Code civil. Au total, le droit allemand considère que la cession comporte tous les droits qu'il est logique que le cessionnaire recueille dans l'optique de réaliser l'exploitation prévue.

⁷⁰¹ L'Urheberrechtsgesetz (UrhG) est la loi allemande relative au droit d'auteur et aux droits voisins. La version initiale date du 9 septembre 1965. Les dernières modifications ont été apportées par la loi du 22 mars 2002, loi relative au renforcement de la position contractuelle des auteurs et artistes-interprètes.

⁷⁰² Cf. L. Gerstner, *op. cit.* : « il suffit de préciser oralement des modes d'exploitation pour lesquels les droits sont concédés. Non seulement il n'y a aucune sanction en cas d'absence d'écrit, mais le principe est tout à fait admis. C'est donc tout le contraire de notre article L. 132-3 du CPI ».

⁷⁰³ L. Gerstner, *op. cit.* Une précision quant à la terminologie : on ne peut parler que de « concession de droit d'utilisation » en droit allemand, puisque tout le droit d'auteur (et pas seulement le droit moral comme c'est le cas en France) est considéré comme inaliénable. L'auteur allemand ne peut donc pas céder ses droits, il ne peut qu'autoriser une utilisation.

⁷⁰⁴ BGH, 23 février 1979, White Christmas, notamment.

⁷⁰⁵ A. Lucas-Schloetter, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Prop. Intell.*, 2005, p. 408.

Le cessionnaire doit recevoir tous les droits qu'il est d'usage qu'il reçoive dans une telle hypothèse. Dès lors que le cocontractant de l'auteur souhaite aller plus loin, souhaite réaliser une exploitation qui n'est pas absolument nécessaire à la réalisation de l'objectif contractuel, il devra obtenir l'accord exprès de l'auteur, et donc, en pratique, recourir à un écrit⁷⁰⁶.

C'est en effet la conséquence nécessaire de ce principe de cession limitée à la finalité du contrat : en pratique, le cocontractant de l'auteur est incité à rédiger un écrit qui précise les modes d'exploitation qui sont autorisés. Il s'agit là d'un réflexe naturel de protection pour l'exploitant, puisqu'en cas de litige et en l'absence de stipulations écrites, le juge interprétera le contrat en faveur de l'auteur et estimera qu'il doit être limité à ce qui est strictement nécessaire à son exploitation. Le cocontractant de l'auteur a donc tout intérêt à coucher sur papier tous les modes d'exploitation auxquels il a l'intention de recourir. Ainsi, « la règle du §31 alinéa 5 UrhG incite (...) les parties en pratique à fixer par écrit les modes d'exploitation visés par la concession. (...) Il est donc permis de considérer que le § 31 alinéa 5 UrhG consacre d'une certaine manière un certain formalisme des contrats d'auteur, quoique sanctionné moins sévèrement que celui prescrit par le législateur français »⁷⁰⁷. Et c'est là toute la différence : le formalisme allemand n'est pas une contrainte. Il est simplement utilisé par les exploitants pour se protéger. Mais il n'est pas un facteur d'alourdissement des contrats, de complexité des contrats, ni de fragilité des contrats⁷⁰⁸.

356. La solution de cession limitée à la finalité du contrat retenue par le droit allemand peut constituer pour nous une bonne piste de réflexion. Les textes n'imposent aucun formalisme de la mention. Ils n'imposent pas la rédaction de contrats lourds et longs. Le principe de cession limitée à la finalité du contrat est une bonne idée qui se veut avant tout pragmatique. Il s'agit d'assurer tant la protection de l'exploitant que celle de l'auteur. Ce dernier, on l'a dit, ne peut pas se démunir complètement. Tout ce qui n'est pas absolument nécessaire à la finalité du contrat

⁷⁰⁶ Sur cet aspect du droit contractuel d'auteur allemand, cf. par ex. : B. Montels, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France », in *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 509 et 510.

⁷⁰⁷ A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, p. 408.

⁷⁰⁸ Cf. *supra* n° 105 et suivants.

reste dans le patrimoine de l'auteur. Ainsi, à défaut de stipulation contractuelle particulière, son cocontractant ne peut pas aller trop loin. De l'autre côté, l'exploitant est lui aussi protégé, contre les éventuelles instabilités de l'auteur. Ce dernier ne pourra plus, dès lors que le contrat est conclu, s'opposer à l'exploitation de certains droits, strictement nécessaires à la réalisation de l'objectif contractuel. L'auteur ne pourra pas, de cette façon, faire preuve de mauvaise foi, comme cela est possible en droit français⁷⁰⁹.

L'objectif du législateur allemand est donc la recherche de l'équilibre entre les intérêts de chacun, tout en laissant place à une bonne dose de liberté contractuelle. Le droit allemand fait confiance au juge en lui permettant de régler les difficultés grâce à son analyse, à son interprétation des contrats. Ainsi, la position du droit allemand nous conforte dans l'idée qu'une partie de la solution aux problèmes rencontrés par le droit d'auteur français réside dans un recours au droit commun et spécialement à l'article 1135 du Code civil. L'utilisation de ce texte permet par ailleurs au juge de retrouver sa « vraie » mission. Il n'est pas censé appliquer mécaniquement des textes sans prendre en compte le contexte, sans étudier les conséquences de la décision. C'est, à nouveau, les pensées de Flour, de Portalis et du réalisme juridique que nous devons mobiliser ici. Le juge doit adapter la règle parce qu'elle ne peut être qu'abstraite et détachée des réalités pratiques. C'est le juge qui doit l'adapter aux situations concrètes. C'est lui qui doit lui donner un sens, à travers son interprétation, son adaptation. Il doit modeler la règle pour que son application soit la plus juste et la plus opportune possible.

357. Dans notre matière, deux mouvements jurisprudentiels coexistent ainsi : l'un fait une application stricte des textes du Code de la propriété intellectuelle et va même parfois au-delà des prescriptions législatives ; l'autre adopte une approche beaucoup plus souple et utilise les ressorts du droit commun pour écarter le formalisme⁷¹⁰. Lequel prend le pas sur l'autre ? Il est assez difficile de répondre à

⁷⁰⁹ Cf. *supra* n° 151.

⁷¹⁰ Le mouvement a aussi été noté de façon beaucoup plus générale. Des auteurs considèrent ainsi que le juge n'est pas très enclin à respecter le formalisme traditionnel (écrit, publicité, preuve). Dans ce cas, le juge ferait prévaloir la morale individuelle et le respect de la parole donnée. Ils notent que le juge est, en revanche, davantage favorable au formalisme

cette question et finalement de dire si Flour avait ou non vu juste. Le mouvement « strict » apparaît sans doute comme le plus important d'un point de vue quantitatif et il est clair qu'il a contribué aux rigidités que nous connaissons. Mais le mouvement « souple », plus contemporain, engendre une petite révolution dans notre matière et, en cela, son importance ne doit pas être négligée. Il constitue, peut-être, l'avenir du rapport entre juge et formalisme des contrats d'auteur.

C'est, en tous les cas, la solution qui reçoit notre préférence. Elle nous paraît beaucoup plus rationnelle et pragmatique. Il ne s'agit pas ici d'écarter de manière définitive le formalisme protecteur instauré par le droit d'auteur. Il s'agit d'en faire une application raisonnée, adaptée, opportune. Nous considérons que les solutions les plus justes et les plus équilibrées naissent de cette approche souple des juges, et certainement pas d'une application mécanique et littérale des règles de forme. Encore une fois, le formalisme a été pensé pour défendre les intérêts de l'auteur partie faible. Mais il faut en faire une application raisonnée, de manière à ce que l'auteur n'en devienne pas la victime et qu'il ne soit pas appelé non plus à abuser des moyens de défense qui lui sont offerts par le législateur. Il faut, nous semble-t-il, que le juge parvienne à un juste équilibre : rigueur face à des cessionnaires de droits très laxistes ; souplesse face à des auteurs qui abusent des textes. L'analyse de chaque situation, de chaque cas d'espèce, doit permettre au juge de choisir la méthode de résolution du litige. Cela suppose que le législateur ne nie pas le rôle du juge en le privant de toute marge de manœuvre ; cela suppose également que le juge se saisisse des espaces de liberté et d'appréciation qui lui restent pour remplir sa véritable fonction.

Conclusion de la deuxième partie

358. Alors que le formalisme choisi par le législateur et renforcé par le juge présente un bilan plus que mitigé en ce qu'il ne remplit pas la fonction qui lui était assignée, qu'il induit de nombreux effets pervers, nous ne sommes finalement pas très étonnée de voir que les praticiens, utilisateurs essentiels de ce formalisme, ont décidé de ne pas y adhérer. Il ne faut tout de même pas être trop catégorique : nous avons vu qu'une partie des praticiens tentent de respecter les exigences formalistes, craignant tellement le Code de la propriété intellectuelle et sa lecture par le juge qu'ils font entrer dans le contrat des informations dont personne n'exige la présence. Nous avons dit à ce propos qu'une partie des praticiens étaient « sur-formalistes ». Dans le même temps, les règles imposées par la loi et interprétées par le juge sont mal respectées : ainsi, notre étude des contrats types nous a montré que certaines libertés sont prises avec les exigences légales et

Savaux, *Les obligations, l'acte juridique*, 15^{ème} édition, Sirey, 2012, n° 320.

jurisprudentielles. Au total, nous pouvons affirmer que la pratique est « mal-formaliste ». Au-delà ou en-deçà, jamais les exigences formalistes du droit d'auteur ne sont réellement respectées. Si le professionnel se permet de se comporter ainsi, c'est qu'il sait bien que l'auteur ne connaît pas ses droits et qu'il ne risque donc pas de se plaindre en justice d'une mauvaise rédaction du contrat. Nous avons dit qu'il ne fallait pas s'offusquer outre mesure de cet état de fait, dans le sens où l'auteur n'est pas nécessairement moins bien protégé dans ce cas de figure. Le non respect du formalisme ne lui est souvent pas préjudiciable, ce qui nous a amené à confirmer l'inutilité du dispositif. Pour autant, nous ne nous satisfaisons pas d'une pratique si éloignée du droit. Cela nous semble être révélateur d'un malaise profond et d'une inadaptation de notre système.

359. Face à ce bilan, les deux sources essentielles du droit d'auteur français ont semble-t-il cherché des solutions. Chacune a décidé de réagir avec les moyens à sa disposition : le législateur a opté pour une amorce de réforme ; le juge pour l'interprétation.

Le législateur a ainsi montré ces derniers temps qu'il avait bien conscience des difficultés conséquentes à son choix de recourir à la méthode formaliste. Il a d'ailleurs décidé d'instaurer dans le Code de la propriété intellectuelle quelques exceptions, de mettre en place quelques espaces de souplesse. Il n'a pas fait le choix d'une réforme profonde ; il a préféré régler ponctuellement certains problèmes (créateur de logiciel, journaliste, création publicitaire, etc.). En d'autres termes, il a créé des régimes dérogatoires dans un droit qu'il l'est déjà. Finalement, il a fait du droit contractuel d'auteur une matière complexe, non unitaire, et qui manque par conséquent de clarté et de lisibilité. L'intervention du législateur a certes eu le mérite de régler certaines difficultés et de faire reculer quelque peu le formalisme ; mais il nous semble que cela s'est fait au détriment de la qualité du droit d'auteur. Nous aurions préféré qu'il fasse le choix d'une réflexion d'ensemble sur la question de la cession des droits d'auteur.

Le juge a montré à travers quelques décisions importantes qu'il était capable d'autre chose que d'une application mécanique et aveugle des exigences du Code de la propriété intellectuelle. Il a, à travers les outils mis à sa disposition par le droit commun, fait preuve d'interprétation. Les décisions rendues à cette occasion nous ont semblé plus pertinentes que celles rendues par le courant « pro-formaliste ». Une partie de la jurisprudence fait ainsi le choix d'une application plus raisonnée, plus pragmatique des

textes. S'il faut se féliciter de l'existence de ce courant jurisprudentiel, il faut dans le même temps souligner que la cohabitation chez les juges des deux tendances – pro et anti-formalisme – n'est pas une bonne chose. La jurisprudence nous renvoie elle aussi l'image d'un corps qui a du mal à se positionner. Incontestablement, c'est la sécurité juridique qui en pâti.

Quoi qu'il en soit, à travers les réactions de ces sources du droit d'auteur, c'est le formalisme qui recule. Au regard des excès que nous connaissons, nous ne pouvons que considérer qu'il s'agit là d'une bonne chose. Mais si le résultat est intéressant, il n'est pas certain que la méthode soit des plus appropriées. En effet, le fait que chaque source décide de son côté d'un subterfuge pour contourner le formalisme dont elles ont chacune, dans une certaine mesure, contribué à exacerber les effets pervers, peut apparaître dérangeant. A tout le moins, cela ne donne pas une bonne lecture de la position du droit d'auteur français.

Conclusion générale

360. Le formalisme du contrat d'auteur a finalement plusieurs sources : la loi (formalisme « théorique », issu du choix opéré par les rédacteurs de la loi de 1957) et le

juge (formalisme « supplétif », renforcement des exigences légales). Le choix du formalisme a été fait pour protéger l'auteur, partie faible au rapport contractuel. Au départ, l'idée était noble, mais à l'arrivée les résultats le sont beaucoup moins. En premier lieu parce que la mission qui avait été assignée à la technique contractuelle n'a pas été réussie, mais également parce que ce choix a entraîné quantité d'effets pervers, d'incidences négatives : lourdeur des contrats, fragilisation des parties, faveur à la mauvaise foi, inadaptations aux réalités économiques et aux évolutions de la matière... Tout cela, ajouté au fait que l'auteur ne comprend pas mieux son engagement, n'a pas davantage connaissance de ses droits et ne bénéficie pas d'un rapport mieux équilibré avec son partenaire, nous amène nécessairement à la conclusion selon laquelle le choix, opéré par le législateur et renforcé par une partie des juges, en faveur du formalisme s'avère être discutable.

Cette idée s'impose à nous avec davantage de force encore lorsque l'on étudie de près les réactions de chacune des sources du droit d'auteur français. Le professionnel oscille entre tentative (désespérée) de respect du Code de la propriété intellectuelle et ignorance de ses prescriptions, avec pour conséquence des contrats bien éloignés de ce prescrit notre droit positif. Le législateur, qui a fait le choix de la technique, s'en détache un peu plus à chaque intervention : la récente réforme du processus de cession des droits d'auteur des journalistes est à cet égard très révélatrice et suscite d'ailleurs quelques espoirs. Mais la démarche est inachevée et ne conduit qu'à un morcellement malvenu de la matière. Le juge, quant à lui, est incapable de se positionner clairement : certains sont plus formalistes encore que la loi ; d'autres n'hésitent pas à recourir aux outils du Code civil pour justifier une mise à l'écart du formalisme. A nouveau, l'image du morcellement, de la division s'impose à nous. Une telle dispersion des principaux acteurs du droit d'auteur ne peut s'expliquer qu'en raison d'une inadaptation des principes directeurs de la matière. En effet, il nous semble que les principes fondamentaux d'une matière ne doivent pas être autant source d'incertitude : si tel est le cas, comme au sujet du formalisme en droit d'auteur, c'est que le principe en cause n'est pas le bon. Une telle division, un tel désaccord, un tel malaise ne sauraient en effet satisfaire les juristes, tant il est vrai que cela contribue à dresser un bilan négatif d'une législation. Le droit contractuel d'auteur devient illisible et insécurisant. La division des sources, la difficulté qu'elles ont à se positionner renvoie incontestablement une mauvaise image de notre matière.

361. Nous considérons que les choses ne peuvent pas rester en l'état et plaidons ainsi pour une évolution. Quelle doit en être la consistance ? C'est tout l'enjeu de la question. Deux possibilités se présentent à nous : réformer pour de bon la matière ou creuser la voie de l'interprétation. La réforme aurait cela d'intéressant qu'elle permettrait de repartir sur de nouvelles bases et qu'elle donnerait une nouvelle direction, de nouveaux principes directeurs à chacun des acteurs de la matière. Ainsi, le législateur pourrait décider de réformer clairement le droit contractuel d'auteur en allant au bout de la démarche qu'il a entamé ces dernières années. Il pourrait décider de rendre le formalisme résiduel, d'en faire une exception plutôt qu'un principe, de lui donner un caractère supplétif. Le juge n'aurait pas le choix que d'intégrer cette nouvelle position et le courant « pro-formaliste » ne pourrait que reculer. Le praticien serait sans doute plus à l'aise avec les nouvelles règles et le respect des dispositions du Code de la propriété intellectuelle serait plus envisageable car plus aisé. La réforme apparaît incontestablement comme une solution intéressante.

Mais faut-il réellement aller jusque-là ? La loi de 1957 est-elle vraiment à bout de souffle ? Est-elle si inadaptée à notre époque ? Est-elle arrivée en fin de vie ? Nous considérons que cette loi, devenue notre Code de la propriété intellectuelle, n'est pas mal rédigée, mal adaptée au point de rendre une réforme absolument inéluctable. Nous avons vu dans notre première partie que les difficultés venaient essentiellement, non pas de la loi elle-même, mais bien davantage de l'application qui en était faite par une partie des juges. Nous avons montré que, finalement, la loi n'était pas si exigeante que cela, qu'elle n'était pas si directive qu'on aurait pu l'imaginer : par exemple, nous avons souligné que rien dans les textes n'impose la rédaction d'une clause parfaitement exhaustive quant à la délimitation des frontières de la cession des droits (« notamment », le recours à l'adverbe n'est pas interdit) ; nous avons aussi montré que la loi n'impose pas que la rémunération de l'auteur soit calculée en fonction du prix de vente de l'œuvre au public (donnée choisie par le juge et à l'origine de toutes les difficultés relatives à la question). Finalement, la loi ne fait qu'imposer un écrit (de manière à peine plus exigeante que le Code civil) comprenant certaines mentions : mais elle n'impose pas particulièrement le contenu des mentions, pas plus qu'elle n'impose une méthode de calcul précise de la rémunération de l'auteur. C'est l'interprétation qui a été faite des exigences législatives qui a conduit à exacerber les effets pervers du formalisme. L'interprétation doit donc être la clé pour revenir à une application raisonnée, pragmatique, opportune des textes du Code de la propriété intellectuelle.

L'interprétation est d'ailleurs au cœur de toutes les pistes de réflexion que nous avons soulevées au cours de notre étude : interprétation de la loi (rédaction de clauses synthétiques, puisque la loi n'exige pas textuellement la rédaction de clauses exhaustives) et interprétation du contrat (appui sur l'article 1135 du Code civil, prise en compte de la qualité de l'auteur ou mise en place d'une obligation d'information préalable de l'auteur). Toutes ces propositions ne nécessitent pas une intervention législative pour voir le jour. Ce n'est donc, selon nous, pas la loi qu'il faut changer, mais la façon dont elle est appliquée. Les juges ont su renforcer le formalisme, en allant au-delà de l'esprit de la loi de 1957 ; à eux d'appliquer raisonnablement la loi pour gommer, à tout le moins en partie, les effets pervers que nous avons dénoncés dans notre étude.

362. L'interprétation semble donc être la solution aux effets pervers du formalisme en droit d'auteur. A cet égard, il faut saluer le mouvement contemporain des juges qui semble avoir pris conscience des limites d'une application littérale de la loi et a déjà mis en œuvre cette solution en faisant preuve d'interprétation et en ayant recours au besoin aux outils du Code civil (et spécialement son article 1135). Ce mouvement des juges doit être généralisé, il doit s'étendre à l'ensemble du corps des magistrats. Le droit contractuel d'auteur a besoin d'une vraie révolution de la part des juges. Pour cela, ils doivent sans doute « désacraliser le contrat d'auteur et, à travers lui, le Code de la propriété intellectuelle »⁷¹¹. Le texte vise à la protection de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, empreinte de sa personnalité. Il ne vise pas à faire du contrat de cession des droits un carcan, il ne vise pas à faire de l'auteur un assisté, il ne vise pas à la condamnation systématique du cocontractant de l'auteur. Et si le droit d'auteur considère que l'interprétation doit se faire « *in favorem auctoris* » (en faveur de l'auteur), rien ne dit qu'elle doit être faite systématiquement en sa faveur. L'auteur doit être privilégié en cas de doute. Il ne doit pas l'être s'il apparaît clairement qu'il est de mauvaise foi et qu'il cherche à instrumentaliser le formalisme pour échapper à ses engagements. L'interprétation raisonnable des juges est essentielle pour permettre une application optimale des contrats et un règlement serein des conflits.

363. Quelle que soit la méthode employée, réforme par le législateur ou interprétation par le juge, une évolution du droit contractuel d'auteur apparaît

indispensable. Nous avons eu l'occasion de souligner que notre droit d'auteur a, dans un certain nombre de domaines, souvent été considéré comme un véritable chef de file. Il a montré la voie et influencé nombre de législations étrangères. Sur certains points, il nous semble encore avoir de l'avance : tel est le cas en matière de droits moraux par exemple. Le droit d'auteur français ne saurait par conséquent être à la traîne en ce qui concerne l'opération essentielle qui est celle de la cession des droits. Il faut envisager une évolution des règles ou de leur application : les solutions ne manquent pas. Ce qui semble manquer, en revanche, c'est une véritable volonté de se saisir du problème. A moins que les difficultés qui sont celles du droit contractuel d'auteur français n'apparaissent pas suffisamment aux yeux des décideurs : dans ce cas, nous espérons que ce travail aura contribué, à sa mesure, à la mise en lumière des soucis provoqués par le formalisme en droit d'auteur.

⁷¹¹ P. Allaëys, O. Bustin et J.-H. de Mitry, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Legipresse*, oct. 2003,

II, 117, p. 119, qui citent l'intervention orale de M. Gautier.

Bibliographie

I/ Ouvrages généraux, traités et manuels

ANTONMATTEI P. et RAYNARD J.

- Droit civil Contrats spéciaux, Litec, 6^{ème} édition, 2008.

AZEMA J et GALLOUX J.-C.

- Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 7^{ème} édition, 2012.

BENABENT A.

- Les obligations, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2012.
- Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2011.

CABRILLAC M, MOULY C., CABRILLAC S et PETEL P.

- Droit des sûretés, Litec, 9^{ème} édition, 2010.

CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H.

- Droit de la consommation, Dalloz, 8^{ème} édition, 2010.

CARON C.

- Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 2^{ème} édition, 2009.

COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P.

- Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 9^{ème} édition, 2011.

CORNU G.

- Introduction, Les personnes, Les biens, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007.

DESBOIS H.

- Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3^{ème} édition, 1978.

DEROUSSIN D.

- Histoire du droit des obligations, Economica, 2007.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.

- Les obligations, l'acte juridique, tome 1, Sirey, 15^{ème} édition, 2012.

GAUTIER P.-Y.

- Propriété littéraire et artistique, PUF, 8^{ème} édition, 2012.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE MAGNAN M.

- Traité de droit civil, Introduction générale, Montchrestien, 4^{ème} édition, 1994.

LEVY J.-P. et CASTALDO A.

- Histoire du droit civil, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2010.

LUCAS A., LUCAS H.-J. et LUCAS-SCHLOETTER A.

- Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 4^{ème} édition, 2012.

MALAURIE P.

- Les successions Les libéralités, Defrénois, 5^{ème} édition, 2012.

MALAURIE P, AYNES L et GAUTIER P.-Y.

- Les contrats spéciaux, Defrénois, 6^{ème} édition, 2012.

MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P.

- Les obligations, Defrénois, 5^{ème} édition, 2011.

MALINVAUD P.

- Introduction à l'étude du droit, Litec, 13^{ème} édition, 2011.

MALINVAUD P. et FENOUILLET D.

- Droit des obligations, Litec, 12^{ème} édition, 2012.

MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS F.

- Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2001

PELESSIER J, AUZERO G. et DOCKES E.

- Droit du travail, Dalloz, 27^{ème} édition, 2012.

PICOD Y. et DAVO H.

- Droit de la consommation, Armand Colin, 2^{ème} édition, 2010.

POLLAUD-DULIAN F.

- Droit d'auteur, Economica, 2005.

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L.

- Droit de la propriété industrielle, Litec, 4^{ème} édition, 2007.

SIMLER P.

- Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires, Litec, 4^{ème} édition, 2008.

SIMLER P. et DELEBECQUE P.

- Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012.

TERRE F.

- Introduction générale au droit, Dalloz, 9^{ème} édition, 2012.

TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.

- Les obligations, Dalloz, 10^{ème} édition, 2009.

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M.

- Droit d'auteur, Dalloz, 2009.

II/ Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

BLANC N.

- Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, Dalloz, 2010.

BEIGNIER B.

- L'honneur et le droit, Paris 2, 1991.

DENOIX DE SAINT MARC S.

- Le contrat de commande en droit d'auteur français, Litec, 1999

DRAI L.

- Le droit du travail intellectuel, LGDJ, 2005.

GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA T. et ROLIN F.

- Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002.

GENY F.

- Science et Technique en droit privé positif, T III, Sirey.

GOLDIE-GENICON C.

- Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, 2009.

GUERRIERO M.-A.

- L'acte juridique solennel, LGDJ, 1975.

JAMES W.

- Le pragmatisme, Flammarion, 1995.

KANT E.

- Fondements de la métaphysique des mœurs, 1785.
- Critique de la raison pratique, 1788.

LACORDAIRE H.

- Du double travail de l'Homme, 52^{ème} conférence de Notre-Dame, tome IV, 1848.

MAFFRE-BAUGE A.

- Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz, 2004.

MOENECLAËY P.

- De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, 1914.

MONTELS B.

- Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, PUAM, 2001.
- Contrats de l'audiovisuel, Litec, 2^{ème} édition, 2010.

POSNER R.

- Overcoming law, Harvard University Press 1995.

RAULT J.

- Le contrat d'édition en droit français, Dalloz, 1927.

ROLAND H. et BOYER L.

- Adages du droit français, Litec, 4^{ème} édition, 1999.

ROUSSEAU J.-J.

- Du contrat social ou Principes du droit politique, Livre 1, Chapitre VII, 1762.

ROUXEL R.

- Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques, Thèse Caen, 1934.

SCHMIDT A.

- Les sociétés d'auteurs, SACEM-SACD. Contrats de représentation, LGDJ, 1971.

SIRINELLI P.

- Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, Thèse Paris II, 1985.

SMITH A.

- Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776.

TERRE F. et LEQUETTE Y.

- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Dalloz, 12^{ème} édition, 2008.

VERNEAUX R.

- Le vocabulaire de Kant, tome II, Paris 1973, p. 224.

III/ Articles de doctrine, chroniques

ALLAËYS P., BUSTIN O et DE MITRY J.-H.

- « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Legipresse*, oct. 2003, II, 117, p. 119.

AYNES L.

- « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, n° 8.

BACACHE M. et LEROYER A.-M.

- « Acte d'avocat : acte sous seing privé contresigné par l'avocat – Acte authentique », *RTD Civ.*, 2011, p. 403.

BATTEUR A.

- « La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages », *Dalloz*, 1996, Chron., p. 82.

BERNAULT C.

- « Le droit d'auteur des enseignants, L'enseignant est-il un fonctionnaire « comme les autres » ? », *Com. com. élect.*, 2010, étude 6.

CARBONNIER J.

- « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, LGDJ.

CARON C.

- « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », *Légicom*, 2003/1, n° 29, p. 13.
- « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Prop. Intell.*, avril 2003, p. 127.

CATALA P.

- « Le droit d'auteur sur les logiciels : protection banale ou spéciale », in *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, p. 263.

COLOMBET C.

- « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », in *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 63.

COTTEREAU V.

- « L'incitation aux créations salariés », Coll. Montpellier, juin 1987, *L'entreprise, l'information et le droit*, *Cah. Dr. Entr.*, 1988, 1.

DESBOIS H.

- « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *Dalloz*, 1957, *Législation* p. 350.

DRAI L.

- « La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 », *Com. com. élect.*, 2009, étude 18.

FLOUR J.

- « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », Mélanges Rippert, Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle, Tome 1, LGDJ, 1950.

FRANÇON A.

- « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *Dalloz*, 1976, Chron. XII, p. 55.
- « Le contrat de production audiovisuelle », *RIDA*, janvier 1986, p. 71.
- « Droit d'auteur et droits voisins, la loi du 3 juillet 1985 », Colloque de l'IRPI, Litec, 1986, p. 89.

GAUBIAC Y.

- « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », in Mélanges Françon, *Dalloz*, 1995, p. 163.

GAUDRAT P.

- « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS Editions, 1991, p. 43.

GAULLIER F. et VERCKEN G.

- « Rémunérations proportionnelles des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette prix public hors taxes », *Prop. Intell.*, 2006, n° 19, p. 165.

GAUTIER P.-Y.

- « Contre Bentham ; l'inutile et le droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 825.
- « Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *Dalloz*, 1995, Chron., 262.
- « Le devoir de compétence de l'avocat ou l'invitation à être à jour des manuels et revues juridiques », *RTD Civ.*, 2009, p. 744.
- « Du contreseing de l'avocat « simili authenticité » le jeu avec le feu », *RDC*, 2010, 754.

GAUTIER P.-Y. et LINANT DE BELLEFONDS X.

- « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP G*, 2000, I, 236.

GAUTREAU M.

- « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA*, avril 1975, p. 129.

GERSTNER L.

- « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Com. Com. Elect.*, 2006, n° 10, Alerte 198.

JOBARD-BACHELIER M.-N.

- « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD. Civ.*, 1985.1.

LAGARDE X.

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, 1999, I, 170.

LEPAGE A.

- « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597.

LUCAS-SCHLOETTER A.

- « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis le réforme du 22 mars 2002 », *Prop. Intell.*, 2005, p. 408.

MALAURIE P.

- « L'effet pervers des lois », *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 309.

MEL J.

- « Les créations de fonctionnaires », *Com. com. élect.*, 2006, étude 31.

MONTELS B.

- « Pratique des contrats audiovisuels », *Com. com. élect.* 2003, étude 18.
- « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France », in *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 510.

MOUSSERON J.-M. et SCHMIDT J.

- « Les créations d'employés », *Mélanges Mathély*, Litec, 1990, p. 273.

PARISOT B.

- « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ? », *Dalloz*, 1992, chron. p. 75.

PASSA J.

- « Commerce électronique et protection du consommateur », *Dalloz*, 2002, p. 555.

POLLAUD-DULIAN F.

- « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD Com.*, 2000, p. 273.
- « Téléchargement illicite. Suspension d'accès à Internet. Droit d'auteur des journalistes », *RTD Com.*, 2009, p. 730.

RIPERT G.

- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges Gény*, 1934, tome 2.

SALATI O.

- « Présentation de la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées », *Droit et Procédure*, 2011, p. 110.

SARGOS P.

- « L'opération « Glanost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 1988, I, Doctr. 209.

SAVATIER R.

- « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *JCP G*, 1957, I, 1398, n° 70.

TERRE F.

- « Le texte et le contexte », *RDC*, 2010, 762.

TERRY P.

- « Libres propos sur l'acte d'avocat », *RDC*, 2010, 773.

TOURNIER J.-L.

- « Le bilan de la loi », *RIDA*, 1958, n° 19, p. 73.

TROPER M.

- « Le réalisme en droit constitutionnel », in Cahier du conseil constitutionnel, Juin 2007, n° 22.

VERCKEN G.

- « Le rapport "La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création" du Professeur P. Gaudrat », *Com. Com. Elect.*, 2002, Chr. n°3.
- « Les clauses de cession de droits – Durée », *Prop. Intell.*, n° 41, octobre 2011.

VERCKEN G. et VIVANT M.

- « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvre protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *Cah. Dr. Entr.*, 2000, n° 2, p. 18.

VILBOIS J.

- Commentaire de la loi de 1957, *RIDA*, 1958, n° 19, p. 29.

IV/ Notes et chroniques de jurisprudence

ALLAEYS P.

- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, section A, 16 février 2005, *Dalloz*, 2005, p. 2523.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *Dalloz*, 2007, 316.

ALLEAUME C.

- Cour d'appel de Versailles, chambres réunies, 24 mars 2004, *Légipresse*, 2004, n° 212, III, 103.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, *Dalloz*, 2012, p. 1798.

AUBERT J.-L.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, *Dalloz*, 1989, somm., p. 338.
- Cass. Com., 3 novembre 1992, *Defrénois*, 1993, 1377.

AVENA-ROBARDET V.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, *Dalloz*, 2009, AJ, 2859.

AVRIL Y.

- Cass. Com. 13 octobre 2009, *Dalloz*, 2009, 2842.

AYNES L.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, *Dalloz*, 1987, Somm. 442.
- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, *Dalloz*, 1996, 13.

BIGOT J.

- Cour d'appel de Versailles, 23 septembre 1999, *Dalloz*, 2000, jurisp. p. 668.

BORIES A.

- Tribunal de grande instance de Paris, 3^{ème} chambre, 3^{ème} section, 26 août 2009, *JCP E*, 2010, 1143.

BUREAU D. et MOLFESSIS N.

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, *LPA*, 27 décembre 1995, p. 11.

CABANNES M.

- Cour d'appel de Paris, 10 mai 1973, *Dalloz*, 1973, jurisp., p. 548 ; *JCP G*, 1973, II, 17475.
- Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Dalloz*, 1986, 405.

CARON C.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, *Com. Com. Elect.*, 2001, com 34.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *Com. com. élect.*, 2002, Com. 94.
- Cour d'appel de Paris, 28 février 2003, *Com. com. élect.* 2003, comm. 68.
- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, A, 28 mai 2003, *Com. Com. Elect.*, 2003, n° 103.
- Cour d'appel de Paris, 16 janvier 2004, *Com. com. élect.*, 2004, comm. 38.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 15 février 2005, *Com. Comm. Elect.*, 2005, com. n° 61.
- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, section A, 16 février 2005, *Com. Com. Elect.*, 2005, n° 169.
- Cass., Civ ; 1^{ère}, 13 juin 2006, *Com. Com. Elect.*, 2007, com. n° 20.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *Com. Com. Elect.*, 2007, n° 3.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 2007, *Com. com. élect.* 2007, com. 53.
- Cass. Com., 16 février 2010, *Com. com. élect.*, 2010, com. n° 33.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, *Com. Com. Elect.*, 2012, com. 89.

CHARTIER Y.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 février 1995, *JCP G*, 1995, II, 22402.

COLOMBET C.

- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 2 juin 1981, *Dalloz*, 1983, IR, p. 96.
- Cour d'appel de Paris, 28 novembre 1984, *Dalloz*, 1985, IR 316.
- Cour d'appel de Versailles 1^{ère} chambre, 20 janvier 1987, *Dalloz*, 1988 somm. 27.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, *Dalloz*, 1993, somm. p. 91.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, *Dalloz*, 1998, somm., p. 195.
- Cour d'appel de Paris, 14 mai 1997, *Dalloz*, 1998, Somm. 194.

DALEAU J.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, *Dalloz*, 2003, AJ, p. 559.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Dalloz*, 2006, AJ, 1819.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, *Dalloz*, 2006, p. 2313.

DESBOIS H.

- TGI Paris, 28 février 1973, *RTD Com.*, 1975. 99.
- Cass., Crim., 11 avril 1975, *Dalloz*, 1975, *Jurisp.*, p. 759.

DRAI L.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *JCP S*, 2007, 1202.

DREYER E.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, *Dalloz*, 1999, 306.

EDEMAN B.

- Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Dalloz*, 1986, 405.

FRANÇON A.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1982, *JCP G*, 1983, II, 20102.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 1986 : *RTD Com.*, 1987, p. 198.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *RTD Com.*, 1994, 272.

GAUTIER P.-Y.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Dalloz*, 1994, *jurisp.*, p. 166.
- Civ. 3^{ème}, 6 juillet 2011, *RTD Civ.*, 2011, 776.

GHESTIN J.

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, *JCP G*, 1996, II, 22565.

GREFFE P.

- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 21 octobre 1965, *Dalloz*, 1966, 70.

GOURIO A.

- Cass., Chambre mixte, 29 juin 2007, *JCP G*, 2007, II, 10146.

GUILLEMAIN C.

- Cour d'appel de Paris, 16 janvier 2004, *JCP E*, 2005, n° 1216, §5.

HASSLER T.

- Cour d'appel de Paris, 15^{ème} chambre, B, 7 décembre 1989, *Dalloz*, 1990, somm. p. 352.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Dalloz*, 1994, Somm., 280.

HORN J.

- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, section A, 16 février 2005, *Décideurs juridiques et financiers*, 2005, n° 71, p. 124.

JAMIN C.

- Cass. Com., 24 novembre 1998, *JCP*, 1999, I, 143.

JOURDAIN P.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, *RTD Civ.*, 2010, 109.

KEREVER A.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, *RIDA*, 1993, n° 156, p. 193.
- Cour d'appel de Paris, 13 octobre 1995 : *RIDA*, 1996, n° 168, 325.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, *RIDA*, 2003, n° 196, p. 415.
- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, section A, 16 février 2005, *RIDA*, 2005, n° 205, p. 323 et p. 473.

LAGARDE G.

- Civ. 10 novembre 1930, *S.*, 1931. 1. 161.

LALLEMENT A.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *JCP E*, 2007, 1114, §3.

LE STANC C.

- Cour d'appel de Lyon, 26 septembre 1997, *JCP E*, 1999, p. 909, n° 3.

LEGEAIS D.

- Cass., Chambre mixte, 29 juin 2007, *JCP E*, 2007, 2105.

LEVENEUR L.

- Civ. 3^{ème}, 6 juillet 2011, *Cont. Conc. Cons.*, 2011, n° 232.

LUCAS A.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, *JCP E*, 1993, I, 246.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 février 2002, *Prop. Intell.*, oct. 2002, n° 5, p. 53.
- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 11 septembre 2002, *Prop. Intell.*, avril 2003, p. 173, 2^{ème} espèce.
- Cour d'appel de Paris, 16 janvier 2004, *Prop. Intell.*, 2005, n° 14, p. 64.
- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 17 septembre 2004, *Prop. Intell.*, janv. 2005, p. 63.
- Cour d'appel de Paris, 10 décembre 2004, *Prop. Intell.*, 2005, n° 15, p. 175.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, *Prop. Intell.*, 2006, p. 446.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *Prop. Intell.*, 2007, n° 22, p. 93.
- Cour d'appel de Paris, 22 novembre 2006 : *Prop. Intell.*, 2007, p. 83.
- Cour d'appel de Paris, 28 février 2007, *Prop. Intell.*, 2007, 327.

LUCAS H.-J.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 15 octobre 1996, *JCP E*, 1997, I, 683, n° 5.

MALAURIE P.

- Civ., 28 mai 1963, *JCP*, 1963, II, 13347.

MARTIN R.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juin 1999, *JCP G*, 1999, I, n° 22.

MASURE F.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, *JCP G*, 2012, Somm. 694.

MAZEAUD D.

- Cass. Com., 24 novembre 1998, *Defrénois*, 1999, p. 371.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juillet 2001, *Dalloz*, 2002, 71.

MESTRE J.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, *RTD Civ.*, 1989, 742.
- Cass. Com., 3 novembre 1992, *RTD Civ.*, 1993, 124.
- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, *RTD Civ.*, 1996, 153.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, *RTD Civ.*, 1996, 384.

MOULY C.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1989, *Dalloz*, 1990, jurisp. p. 177.

MOUSSERON J.-M.

- Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *JCP E*, 1986, II, 14713 et 14737 bis.

NAST M.

- Civ. 10 novembre 1930, *DP*, 1932. 1. 29.

PIEDELIEVRE S.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 février 1995, *Dalloz*, 1995, jurisp. p. 340.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, *Dalloz*, 1995, jurisp. p. 621.
- Cass., Chambre mixte, 29 juin 2007, *Dalloz*, 2007, 2081.

PICOD Y.

- Cass. Com., 24 novembre 1998, *JCP* 1999, II, 10210.

PLAISANT R.

- Cass., Crim., 11 avril 1975, *JCP G*, 1976, II, 18348.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 1986, *JCP G*, 1997, II, 20872.

POLLAUD-DULIAN F.

- Cour d'appel de Paris, 4 mars 2005, *RTD Com.* 2005, p. 495.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *RTD Com.*, 2007, p. 363.

- Cour d'appel de Paris, 28 février 2007, *RTD Com.*, 2007, 362.
- Cour d'appel de Paris, 28 mars 2008, *RTD Com.*, 2008, p. 313.
- Cass. Com., 16 février 2010, *RTD Com.*, 2010, p. 314.

RAYMOND G.

- Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, *Cont. Conc. Cons.*, 1995, n° 211.

SIRINELLI P.

- Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, *RIDA*, 1993, n° 156, p. 193.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *Prop. Intell.*, 2002, n° 4, p. 58.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, *Prop. Intell.*, 2003, n° 7, p. 165.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *RIDA*, 2007, n° 211, p. 265.
- Cour d'appel de Paris, 28 février 2007, *RIDA*, avril 2007, 221 et 308.

TEYSSIE B.

- Cass. Ass. Plen., 7 mars 1986, *JCP E*, 1986, II, 14713 et 14737 bis.

VIRASSAMY G.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, *JCP*, 1991, II, 21632.
- Cass. Com., 3 novembre 1992, *JCP*, 1993, II, 22164.

VIVANT M.

- Cass. Ass. Plen., 7 mars 1986, *JCP E*, 1986, II, 14713 et 14737 bis.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, *JCP E*, 1993, I, 246.
- Cour d'appel de Lyon, 26 septembre 1997, *JCP E*, 1999, p. 909, n° 3.

Table des annexes

<i>Annexe 1</i>	36 <i>Erreur ! Signet non défini.</i>
<i>Annexe 2</i>	371
<i>Annexe 3</i>	396
<i>Annexe 4</i>	402
<i>Annexe 5</i>	412
<i>Annexe 6</i>	417

Annexe 1 – Contrat d'édition d'une œuvre de littérature générale proposé par la SCAM

ARTICLE I - ETENDUE DE LA CESSION

A – Dans le temps :

La présente cession, qui engage tant l'auteur que ses ayants droit, est consentie pour une durée de années, à compter de la signature du présent contrat.

Variante : [La présente cession, qui engage tant l'auteur que ses ayants droit, est consentie pour la durée de la propriété littéraire telle qu'elle résulte des lois tant françaises qu'étrangères et des conventions internationales, actuelles et futures].

B – Dans l'espace :

La présente cession prendra effet en tous lieux, à l'exclusion des pays et territoires mentionnés ci-après :
.....

C – Quant aux droits cédés :

L'auteur cède à l'éditeur, à titre exclusif, pour la durée et le territoire prévus au présent contrat, le droit de reproduire, publier et vendre l'ouvrage X en édition courante, ce qui constitue l'exploitation principale.

L'auteur cède à titre exclusif à l'éditeur le droit d'imprimer, de reproduire, de publier et de vendre dans une édition courante, et d'exploiter, dans les limites définies à l'article I du présent contrat, l'ouvrage de sa composition qui a pour titre :

« »

Toute prérogative d'ordre patrimonial non expressément cédée à l'éditeur dans les conditions et formes prévues à l'article I est réputée demeurer la propriété de l'auteur.

L'auteur garantit l'éditeur contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques.

De son côté, l'éditeur s'engage à assurer à ses frais la publication en librairie de cet ouvrage, et à lui procurer par une diffusion dans le public et auprès des tiers susceptibles d'être intéressés, les conditions favorables à son exploitation, dans la limite des droits qui lui sont cédés par le présent contrat.

Il lui cède également, pour ces mêmes durée et territoire, les droits d'exploitation dérivée ci-après énumérés :

a – Droit de reproduction et d'adaptation graphique

- droit de reproduire l'œuvre sous d'autres présentations que l'édition principale et notamment en édition club, format de poche, illustrée, de luxe ou dans d'autres collections ;
- droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre sur support graphique et notamment par voie de presse (y compris en pré ou post-publication), de micro-reproduction, ou de reprographie aux fins de vente (visé à l'article L 122-10 alinéa 3 du Code de la Propriété Intellectuelle) ;
- droit d'adapter tout ou partie de l'œuvre pour tous publics et sous toutes formes modifiées, abrégées ou étendues, et notamment édition condensée ou destinée à un public particulier, roman photo, bande dessinée, pré ou post-publication, et de reproduire ces adaptations sur support graphique.

b – Droit de traduction

- droit de traduire en toutes langues, à l'exception de, tout ou partie de l'œuvre et de ses adaptations et de reproduire ces traductions sur tout support graphique, actuel ou futur

c – Droit de reproduction, d'adaptation et de traduction sur support autre que graphique :

- droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre et de ses adaptations et traductions visées ci-dessus, sur tout support d'enregistrement phonographique, magnétique, optique, numérique, à l'exception d'une intégration dans un programme interactif, qui est traitée à la rubrique : *e) Droit d'exploitation multimédia* ;
- droit d'adapter et de traduire, dans les langues visées au paragraphe b) ci-dessus, tout ou partie de l'œuvre en vue de son exploitation sonore, visuelle, radiophonique à l'exception toutefois des adaptations audiovisuelles, et de reproduire ces adaptations sur un support d'enregistrement phonographique, magnétique, optique, numérique, à l'exception d'une intégration dans un programme interactif, qui est traitée à la rubrique : *"e) Droit d'exploitation multimédia"*.

d – Droit de représentation et de communication

- droit de représenter tout ou partie de l'œuvre et de ses adaptations et traductions, à l'exception des adaptations audiovisuelles, par tout procédé de communication au public, notamment par récitation publique, représentation dramatique, exécution lyrique, transmission radiophonique ou télévisuelle, diffusion par Internet.

e – Droit d'exploitation multimédia

- droit de reproduire tout ou partie de l'œuvre dans un support multimédia et d'apporter à l'œuvre, sous réserve de l'accord de l'auteur, les adaptations nécessaires à son intégration dans une œuvre multimédia.

Cette cession est subordonnée à l'accomplissement des formalités déclaratives et au paiement par l'organisme responsable des actes d'exploitation auprès de SESAM, des redevances en vigueur au jour de la signature de l'acte validant ces formalités.

Lorsque l'auteur doit lui-même procéder à des adaptations de l'œuvre en vue de son adaptation sous forme multimédia, un avenant au présent contrat fixe les conditions de cette adaptation.

Ce droit ne comprend pas celui d'adapter l'œuvre sous forme audio-visuelle, c'est-à-dire de séquences animées d'images sonorisées ou non.

L'éditeur est habilité à exploiter les droits dérivés ci-dessus énumérés, soit directement, soit par voie de cession à des tiers. Il devra informer régulièrement l'auteur, dans les trois mois, de toute cession consentie à un tiers.

Il est rappelé que tous les droits non énumérés ci-dessus demeurent la propriété de l'auteur. Si l'auteur souhaite céder lesdits droits, ou certains d'entre eux à l'éditeur (ou à des tiers), cette cession ne pourra avoir lieu que par acte distinct pour chacune de ces autres exploitations.

Notamment le droit d'exploitation audiovisuelle fera l'objet d'un contrat séparé conformément aux dispositions de l'article L 131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle.

ARTICLE II - REMISE DU TEXTE ET CORRECTIONS

A – Remise du texte

L'auteur s'engage à remettre à l'éditeur à la date du un exemplaire du texte définitif et complet de son ouvrage, accompagné s'il y a lieu des documents d'illustration.

Ce texte devra être dactylographié au recto, soigneusement revu et mise au point pour l'impression, de façon à réduire au minimum les frais de correction.

L'auteur déclare conserver un double de son texte.

Le manuscrit de l'œuvre demeure la propriété de l'auteur. L'exemplaire qui aura été remis à l'éditeur ainsi que les documents originaux fournis par l'auteur, seront restitués à ce dernier par l'éditeur dans les trois mois suivant la parution de l'ouvrage.

Les clichés réalisés aux frais de l'éditeur resteront la propriété de celui-ci.

B – Corrections

La correction des fautes de composition ou de saisie est à la charge de l'éditeur.

L'éditeur s'engage à envoyer à l'auteur, en double exemplaire, deux épreuves successives, dont la première pourra être mise en placards.

L'auteur s'engage à les lire, à corriger chacune d'entre elle dans un délai maximum de et à retourner la dernière revêtue de son bon à tirer.

Toutefois, si l'état de la deuxième épreuve s'avérait tel qu'il ne permette pas à l'auteur de donner son bon à tirer, l'auteur devrait en aviser l'éditeur par lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai précité de

Au cas où l'auteur ne s'acquitterait pas de ces obligations, l'éditeur pourrait confier les épreuves à un correcteur de son choix, et procéder au tirage après en avoir averti l'auteur par lettre recommandée avec accusé de réception, les frais occasionnés par cette correction étant à la charge de l'auteur.

Si l'ensemble des frais de correction d'auteur (c'est-à-dire autres que les corrections typographiques) dépassent 10% des frais de composition, le surplus des frais de correction sera à la charge de l'auteur.

Les frais relatifs à la modification demandée par l'auteur de tout élément de texte ou d'illustration déjà revêtu de son "bon à tirer", ou à "clicher" seront à la charge de l'auteur, sauf si cette modification est motivée par des événements imprévus.

ARTICLE III - PRESENTATION, TIRAGE ET EXEMPLAIRES D'AUTEUR, MISE EN VENTE ET PRIX DE L'OUVRAGE

A – Présentation

L'éditeur se réserve expressément de déterminer pour toutes éditions :

- le format des volumes,
- leur présentation, laquelle ne doit pas porter atteinte au droit moral de l'auteur.

A l'exclusion des textes des campagnes publicitaires, les textes promotionnels relatifs à l'ouvrage, verso de couverture, rabat et prière d'insérer, devront être soumis à l'auteur.

L'éditeur n'apportera aucun ajout ou modification à l'ouvrage. Il s'engage à faire figurer sur chaque exemplaire le nom de l'auteur ou le pseudonyme que celui-ci lui aura indiqué. Ce nom sera également mentionné à l'occasion de chaque opération de promotion de l'ouvrage.

B – Tirage et exemplaires d'auteur

a) Tirage

Le chiffre des tirages sera fixé par l'éditeur. Il devra être au minimum de exemplaires pour le premier tirage.

L'éditeur informera l'auteur, dans le délai maximum de un mois, de chaque tirage auquel il aura procédé, par l'envoi de la photocopie de la fiche du dépôt légal.

b) Exemplaires d'auteur

L'éditeur remettra à l'auteur, à titre gracieux, exemplaires du premier tirage.

Il lui remettra également à titre gracieux, exemplaires de chaque tirage ou réédition ultérieurs de l'édition principale ainsi que de chaque édition réalisée en application de l'article I – C du présent contrat.

Les exemplaires que l'auteur désirerait en plus lui seront facturés avec % (au moins 40 %) de remise sur le prix de vente au public hors taxes.

Tous ces exemplaires sont incessibles.

C – Mise en vente

Les dates de mise en vente sont fixées par l'éditeur, sous réserve de ce qui est dit à l'article IV – A du présent contrat. L'éditeur devra en informer l'auteur.

D – Prix de vente

Le prix de vente des volumes sera déterminé par l'éditeur et pourra être modifié par lui en fonction de la conjoncture économique. L'éditeur devra informer l'auteur de tout changement de prix.

ARTICLE IV - EXPLOITATION DE L'OUVRAGE

A – Délai de publication

L'éditeur s'engage à publier l'œuvre dans un délai de à compter de la remise du texte définitif et complet, sauf retard imputable à l'auteur.

Passé ce délai, le présent contrat serait résilié de plein droit et sans formalité judiciaire si l'éditeur ne procédait pas à la publication de l'œuvre dans un délai de (six mois maximum) à compter de la mise en demeure par lettre recommandée qui lui serait faite par l'auteur.

En ce cas, une somme de € bruts HT serait versée à l'auteur, à titre de dédit forfaitaire, étant précisé que toutes sommes versées en acompte sur les droits d'auteur viendraient en règlement du dédit ou en déduction du montant de celui-ci.

B – Exploitation permanente et suivie de l'œuvre

L'éditeur s'engage à assurer à l'ouvrage une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale conforme aux usages de la profession.

Il est notamment tenu d'assurer toutes les demandes de livraison et s'engage à avoir en permanence en stock un nombre d'exemplaires suffisant à cette fin.

Si, l'ouvrage étant épuisé, l'éditeur ne procédait pas à un nouveau tirage dans les six mois suivant une mise en demeure de l'auteur par lettre recommandée avec avis de réception, le présent contrat serait résilié de plein droit et sans formalité judiciaire.

L'auteur recouvrerait alors l'intégralité de ses droits d'exploitation de l'ouvrage. Toutefois, les cessions ou autorisations antérieurement consenties par l'éditeur à des tiers demeureront valables à condition

qu'elles aient été portées à sa connaissance dans les trois mois de leur signature et que l'éditeur en confirme l'état dans les trois mois suivant la résiliation du présent contrat.

L'édition est considérée comme épuisée lorsque deux demandes de livraison d'exemplaires *de l'édition principale* adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois.

C – Vente en solde et mise au pilon

a) Vente en solde et mise au pilon partielle

Si après (deux) ans à dater de la publication, l'éditeur a en magasin un stock d'exemplaires de l'ouvrage plus important qu'il ne juge nécessaire pour assurer les demandes courantes pour la vente, il aura le droit, sans que le contrat soit pour autant résilié, de vendre en solde ou de détruire une partie de ce stock.

L'éditeur devra informer l'auteur par lettre recommandée avec accusé de réception de son intention de vendre en solde ou de détruire une partie des exemplaires de l'ouvrage.

L'auteur pourra dans les 30 jours suivant cet avis, indiquer à l'éditeur, par lettre recommandée avec accusé de réception s'il préfère racheter lui-même tout ou partie des volumes en stock à un prix qui ne saurait être supérieur au prix de vente au soldeur en cas de solde ou au prix de facturation en cas de mise au pilon.

S'il achète effectivement ce stock, l'auteur ne pourra mettre en vente les volumes, lui-même ou par mandataire, qu'après avoir fait disparaître du titre de la couverture le nom de l'éditeur.

En cas de mise en solde, le produit de la vente restera acquis à l'éditeur sans droits d'auteur si les ouvrages sont revendus à moins de 20 % du prix fort de vente hors taxes et, dans le cas contraire, l'auteur percevra ses droits quel que soit le montant du prix de vente au soldeur.

En cas de mise au pilon, l'éditeur devra remettre à l'auteur un certificat précisant la date à laquelle l'opération a été accomplie et le nombre de volumes détruits. Aucun droit d'auteur ne sera dû.

b) Vente en solde ou mise au pilon totale

En cas de mévente, c'est-à-dire si (cinq) ans après la publication de l'ouvrage la vente annuelle est inférieure à % des volumes en stock, l'éditeur sera en droit de solder ou de pilonner la totalité du stock de l'ouvrage.

L'éditeur devra informer l'auteur par lettre recommandée avec accusé de réception deux mois au moins à l'avance. L'auteur pourra, dans ce délai, indiquer à l'éditeur, par lettre recommandée avec accusé de réception, s'il préfère racheter lui-même tout ou partie des volumes en stock à un prix qui ne saurait être supérieur au prix de vente au soldeur en cas de solde ou au prix de fabrication en cas de mise au pilon.

L'auteur qui aura exercé cette faculté de rachat ne pourra remettre les exemplaires en cause dans le commerce, lui-même ou par mandataire, qu'après avoir fait disparaître le nom de l'éditeur sur chaque exemplaire.

En cas de mise en solde, le produit de la vente restera acquis à l'éditeur sans droits d'auteur si les ouvrages sont revendus à moins de 20 % du prix fort de vente hors taxes et, dans le cas contraire, l'auteur percevra ses droits quel que soit le montant du prix de vente au soldeur.

En cas de mise au pilon, l'éditeur devra remettre à l'auteur un certificat précisant la date à laquelle l'opération a été accomplie et le nombre de volumes détruits. Aucun droit d'auteur ne sera dû.

En conséquence de la mise en solde totale ou du pilonnage total (et indépendamment de l'exercice ou non de la faculté de rachat réservée par l'auteur), le présent contrat sera résilié de plein droit et sans formalité judiciaire.

L'auteur recouvrera alors l'intégralité de ses droits d'exploitation de l'ouvrage. Toutefois, les cessions ou autorisations antérieurement consenties par l'éditeur à des tiers demeureront valables à condition qu'elles aient été portées à sa connaissance dans les trois mois de leur signature et que l'éditeur en confirme l'état dans les trois mois suivant la résiliation du présent contrat.

Le compte de l'auteur devra être liquidé et les redevances de droits d'auteur à lui revenir devront lui être réglées dans les trois mois suivant la mise en solde totale ou le pilonnage total de l'ouvrage.

c) Exemplaies défectueux ou défraîchis

A tout moment, l'éditeur pourra faire détruire les exemplaies défectueux ou défraîchis, à charge pour lui d'en adresser un justificatif à l'auteur dans les 30 jours.

D – Détérioration, destruction ou disparition des exemplaies

En cas d'incendie, inondation ou dans tous cas accidentels ou de force majeure ayant pour conséquence la détérioration, la destruction ou la disparition de tout ou partie des exemplaies en stock, l'éditeur ne pourra être tenu pour responsable et il ne sera dû par lui à l'auteur aucun droit ni indemnité relatifs aux exemplaies détériorés, détruits ou disparus.

L'éditeur devra informer l'auteur de cette diminution du stock et de son importance, dans les 30 jours suivant la survenue du sinistre.

Si, par suite des éventualités ci-dessus envisagées, le stock ne permettait plus à l'éditeur de répondre à la demande, l'édition serait considérée comme épuisée et l'auteur serait en droit de mettre l'éditeur en demeure de procéder à une réimpression dans les termes et suivant les modalités et sanctions prévues à l'article IV – B.

ARTICLE V - DROITS D'AUTEUR

A – Exploitation principale

L'auteur recevra pour chaque exemplaire vendu un droit calculé sur le prix de vente au public hors taxe et fixé comme suit :

- % de à exemplaies
- % de à exemplaies
- % sur les exemplaies suivants.

Les droits précités ne porteront pas :

- sur les exemplaies destinés au dépôt légal (soit au maximum exemplaies)
- sur les exemplaies destinés au service de presse, à la promotion et à la publicité (soit au maximum exemplaies, l'éditeur devant justifier auprès de l'auteur des exemplaies ainsi distribués)
- sur les exemplaies d'auteur mentionnés à l'article III – B b) du présent contrat.
-

B – Exploitation par l'éditeur lui-même des droits dérivés et annexes

Pour toute exploitation par lui-même des droits dérivés et annexes visés à l'article I – C, l'éditeur devra verser à l'auteur les rémunérations suivantes :

a) Droit de reproduction et d'adaptation graphique :

- 1) édition cartonnée et de luxe :
 - % du prix de vente au public hors taxe sur chaque exemplaire vendu (ou bien : pourcentage progressif)
- 2) édition de grande diffusion :

- % du prix de vente au public hors taxe sur chaque exemplaire vendu (ou bien : pourcentage progressif)

Les droits ci-dessus ne porteront pas sur les exemplaires gratuits tels qu'énumérés à l'article IV – A ci-dessus.

3) autres droits de reproduction et d'adaptation graphique :

- % du prix de vente au public hors taxe de chaque exemplaire vendu lorsque la reproduction ou l'adaptation concerne l'ensemble de l'œuvre
- un droit fixé d'accord entre l'auteur et l'éditeur si l'adaptation ou la reproduction ne concerne qu'une partie de l'œuvre.

b) Droit de traduction

- % du prix de vente au public hors taxe de chaque exemplaire vendu lorsque la traduction concerne l'ensemble de l'œuvre
- un droit fixé d'accord entre l'auteur et l'éditeur si la traduction ne concerne qu'une partie de l'œuvre.

c) Droit de reproduction, d'adaptation et de traduction autre que graphique

- % du prix de vente au public hors taxe de chaque exemplaire vendu lorsque la reproduction concerne l'ensemble de l'œuvre
- un droit fixé d'accord entre l'auteur et l'éditeur si la reproduction ne concerne qu'une partie de l'œuvre.

d) Droit de représentation

- % des recettes brutes HT à provenir de la représentation de l'œuvre, de ses adaptations ou traductions.

Lorsqu'une reproduction, une adaptation ou une traduction sont réalisées par l'éditeur dans le seul but de permettre l'exercice du droit de représentation, il est entendu que seuls les droits prévus pour la représentation sont dus.

C – Exploitation par un tiers des droits cédés

Pour chaque exploitation, l'éditeur versera à l'auteur % de ses recettes brutes HT résultant de l'exploitation concernée.

Dans toute la mesure du possible, la recette brute de l'éditeur devra avoir pour assiette le prix de vente au public de chaque exemplaire vendu ou le prix payé par le public pour avoir communication de l'œuvre.

D – Gestion collective

a) Primauté de la gestion collective

Certains des droits cédés à l'éditeur font l'objet, ou sont susceptibles de faire l'objet, d'une gestion collective dont les parties acceptent l'application et les effets.

En conséquence, il est expressément convenu que toute disposition du présent contrat qui serait contraire aux règles fixées, ou qui viendront à être fixées, dans le cadre de cette gestion collective serait réputée non écrite.

L'auteur déclare être membre de la Scam qui est habilitée à le représenter dans le cadre de la gestion collective de ses droits.

b) Exploitation multimédia

Les rémunérations dues à l'auteur lui seront versées par la Scam, dans le cadre de la gestion collective confiée à Sesam.

c) Droit de reprographie

L'auteur percevra la rémunération à lui revenir du fait de la reprographie de ses œuvres, autre que celle prévue à l'article I – C a), selon les modalités résultant de l'article L 122-10 du Code de la Propriété Intellectuelle.

d) Droit de copie privée

L'auteur percevra la rémunération à lui revenir au titre du droit de copie privée, selon les modalités résultant de l'article L 311-1 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle.

e) Droit de prêt

L'auteur percevra la rémunération à lui revenir au titre du droit de prêt, selon les modalités résultant de l'article L 133-1 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle.

E – A-valor

L'éditeur verse à l'auteur, à la signature du présent contrat, la somme de € bruts HT, à titre d'à-valor sur les sommes à lui revenir du fait de l'exploitation de l'œuvre.

Il est convenu que cet à-valor constitue un minimum garanti à l'auteur et qu'il restera définitivement acquis à ce dernier.

Cet à-valor sera versé à l'auteur selon les modalités suivantes :

- 1/3 à la signature du présent contrat
- 1/3 à la remise du manuscrit définitif et complet
- 1/3 à la publication.

ARTICLE VI - REDDITION DES COMPTES ET INFORMATION DE L'AUTEUR

Les comptes de l'ensemble des droits dus à l'auteur seront arrêtés une fois par an, le de chaque année. Ils seront transmis à l'auteur dans les mois suivant la date d'arrêt des comptes et réglés le même jour.

Les comptes feront apparaître distinctement les droits provenant de l'édition courante et ceux provenant de chaque exploitation dérivée.

Les relevés des comptes débiteurs seront, quant à eux, adressés aux auteurs dans les six mois de cette même date.

Les comptes seront accompagnés d'un état mentionnant :

- le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice
- le nombre des exemplaires en stock
- le nombre des exemplaires vendus
- le nombre des exemplaires inutilisables ou détruits.

ARTICLE VII - DROIT DE PREFERENCE (FACULTATIF)

A. Définition

L'auteur accorde à l'éditeur un droit de préférence dans le ou les genre(s) suivant(s) :
.....

..... pour les œuvres qu'il se proposerait de publier dans l'avenir soit sous son nom, soit sous son pseudonyme.

Ce droit est limité :

- à la production de l'auteur pendant 5 années à compter de la signature du contrat
- ou
- à un maximum de 5 ouvrages y compris la première œuvre, objet du contrat initial.
(barrer la mention exclue)

B – Application

L'auteur recouvre immédiatement et de plein droit sa liberté à la suite de deux refus (successifs ou non) d'ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le cadre de ce pacte de préférence et sans qu'il soit nécessaire que les refus portent sur des ouvrages du même genre.

Chacune des œuvres couvertes par le pacte de préférence doit faire l'objet d'un contrat distinct. Ce contrat précisera les modalités d'application du pacte de préférence qui fait l'objet du contrat initial, et notamment, le nombre d'œuvres futures pour lesquelles l'auteur reste encore lié à l'éditeur.

Aucune nouvelle clause de préférence ne pourra intervenir avant expiration des effets de celle stipulée au premier contrat même si les conditions ont été modifiées. Cette interdiction ne vise que les clauses portant sur les genres prévus au contrat initial.

ARTICLE VIII – RESILIATION

Indépendamment des hypothèses prévues à l'article IV, la résiliation du contrat pourra survenir à défaut par l'une ou l'autre des parties d'exécuter l'une des obligations mises à sa charge par le présent contrat et à défaut d'y remédier dans les trente jours suivant la mise en demeure qui lui en serait faite par l'autre partie.

Dans tous les cas visés à l'alinéa précédent, le présent contrat sera résilié de plein droit et sans formalité judiciaire.

En conséquence de cette résiliation, l'auteur reprendra l'intégralité de ses droits sur son ouvrage. Toutefois, les cessions ou autorisations antérieurement consenties par l'éditeur à des tiers demeureront valables à condition qu'elles aient été portées à sa connaissance dans les trois mois de leur signature et que l'éditeur en confirme l'état dans les trois mois suivant la résiliation du présent contrat.

ARTICLE IX – TVA

Les droits d'auteur issus de l'exécution du présent contrat sont assujettis à la TVA au taux de 5,5 %, payable par l'éditeur. En conséquence, les sommes précisées dans le contrat s'entendent nettes.

Dans le cas où l'auteur est assujetti à la TVA selon le régime de droit commun et non le régime optionnel, les sommes nettes seront augmentées d'un remboursement forfaitaire de 0,8 %.

ARTICLE X – LITIGES

Pour toute contestation pouvant naître à l'occasion de l'interprétation, de l'exécution ou de la résiliation du présent contrat, attribution de juridiction est faite aux Tribunaux compétents de Paris.

Fait à

le

en **exemplaires**

Annexe 2 - Contrat de production audiovisuelle / "Intouchables"

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

Requête: 2010/4417

Film : « INTOUCHABLES »

CONTRAT DE CESSION DE DROITS D'AUTEUR SCENARIO

ENTRE LES SOUSSIGNES :

La société YUME - QUAD FILMS

SAS au capital de 45.000 euros, inscrite au RCS de Nanterre B sous le n° 451 112 593, dont le siège social est situé au 31-33, rue Madame de Sanzillon - 92110 Clichy, représentée par sa Présidente, la société NPC, elle-même représentée par Monsieur Philippe BENSOUSSAN,

Ci-après dénommée : le "Producteur",

D'une part,

ET :

Monsieur Olivier NAKACHE, domicilié pour les présentes 17, Rue Sedaine 75011 Paris

Ci-après dénommé « L'Auteur » ou « Monsieur Olivier NAKACHE »,

Le Producteur et l'Auteur étant ci-après dénommés collectivement « les Parties »

D'autre part,

PN *on*

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

ETANT PREALABLEMENT EXPOSE CE QUI SUIV :

1 – Le Producteur envisage la production d'un film de long-métrage, intitulé provisoirement ou définitivement :

« INTOUCHABLES »
(ci-après dénommé « le Film » ou « l'œuvre »)

adapté de la vie de Monsieur POZZO DI BORGO (ci-après « l'Histoire Originale »).

Le titre du film sera déterminé par l'Auteur et Monsieur Eric TOLEDANO en concertation avec le producteur. Toutefois, il est précisé que le Producteur pourra modifier et traduire le titre du Film, en fonction des impératifs liés à l'exploitation commerciale du Film à l'étranger.

2 –Il est précisé que la mise en scène du film sera confiée à l'Auteur en collaboration avec Monsieur Eric TOLEDANO

4 – Le présent accord a pour objet de définir les modalités de collaboration de l'Auteur à l'écriture du scénario (titre I) et les conditions de la cession au producteur des droits afférents à son travail.(titre II)

EN CONSEQUENCE IL EST CONVENU ET ARRETE CE QUI SUIV :

TITRE I – CONVENTION D'ECRITURE

Le producteur commande par les présentes, à l'Auteur qui l'accepte, l'écriture du scénario du Film, c'est-à-dire sa continuité dialoguée complète en collaboration avec Monsieur Eric TOLEDANO .

ARTICLE 1 – ETAPES D'ECRITURE

- a) Il est entendu que l'Auteur s'engage à remettre la première version du scénario le 15 mars 2010.
- b) A compter de cette remise, le Producteur fera part à l'Auteur de ses remarques et commandera à l'Auteur la seconde version du scénario qui sera remise par l'Auteur le 15 avril 2010.
- c) A compter de cette remise, le Producteur fera part de ses remarques à l'Auteur sachant que l'Auteur remettra une nouvelle version du scénario, et ce, ainsi de suite jusqu'à l'acceptation du scénario définitif.

Par « scénario définitif », il faut entendre la version arrêtée par le Producteur et l'Auteur et communiquées aux artistes interprètes envisagés pour le film.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-COAD FILMS / Olivier NAKACHE

ARTICLE 2 - REMUNERATION

En rémunération du travail remis et de la cession des droits correspondants, le Producteur versera un à-valoir fixé à la somme brute hors taxes de 180.000 € (cent quatre vingt mille euros),

payable comme suit :

- a) 20.000 € (vingt mille euros) pour l'Auteur à la signature des présentes,
- b) 20.000 € (vingt mille euros), pour l'Auteur, à la remise de la première version du scénario, le 15 mars 2010
- c) 20.000 € (vingt mille euros), pour l'Auteur, à la remise de la deuxième version du scénario, le 15 avril 2010
- d) 20.000 € (vingt mille euros), pour l'Auteur, à la remise de la version définitive du scénario

Le solde soit 100.000 € (cent mille euros) pour l'auteur sera payé au premier jour de tournage du film, si le film est mis en production. A défaut aucun solde ne sera dû.

Il est entendu que l'ensemble de ces sommes constitueront un à- valoir sur la rémunération proportionnelle telle que celle-ci est définie à l'Article 5 I à 5 VIII du titre II des présentes

ARTICLE 3 - DECISION DU PRODUCTEUR

A chaque étape d'écriture, le Producteur aura la possibilité sur notification écrite adressée à l'Auteur :

- a) soit de décider de poursuivre le projet avec la collaboration de l'Auteur d'après le travail remis.

Dans ce cas, le contrat de cession de droit prendrait son plein effet.

- b) soit de renoncer à poursuivre le projet et donc sa collaboration avec l'Auteur :

Dans ce cas, l'Auteur conserverait purement et simplement sans formalités ni réserves, les sommes versées au titre du travail remis et dues jusqu'à la date d'envoi de la notification, étant précisé que ce travail redeviendrait la propriété de l'Auteur.

En cas de nouvelle cession ou d'apport par l'Auteur de ses droits sur le scénario à un tiers, l'Auteur devra impérativement obtenir de la production qui reprendrait le projet qu'elle rembourse le producteur de toutes les sommes dépensées au titre du présent projet de Film, et ce dans les conditions à déterminer d'un commun accord entre le tiers et le producteur.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

ARTICLE 4 - INCAPACITE PHYSIQUE

En cas d'incapacité physique de l'Auteur empêchant ce dernier d'honorer la commande d'écriture, objet des présentes, il devra prévenir immédiatement le Producteur qui aura la faculté de le faire remplacer par un tiers choisi d'un commun accord dans des conditions à déterminer d'un commun accord.

Dans le cas où l'Auteur serait remplacé par un tiers, le Producteur conservera, sur la contribution inachevée de l'Auteur, le bénéfice du contrat de cession. La rémunération de l'Auteur sera réduite de la façon suivante :

- * les sommes versées à titre d'à-valoir seront réduites aux sommes déjà perçues au moment où la collaboration de l'Auteur cesserait.
- * la rémunération proportionnelle sera réduite en fonction de la collaboration réelle de l'Auteur à la réalisation du Film objet des présentes.

ARTICLE 5 - CONDITIONS GENERALES

- 1) A chaque étape d'écriture, le Producteur aura la faculté de demander à l'Auteur d'apporter au scénario toutes modifications, suppressions ou additions qu'il jugerait utiles.
- 2) L'Auteur s'engage d'ores et déjà, dans la mesure du possible, à procéder aux remaniements qui pourraient lui être demandés par le Producteur –notamment pour permettre au Producteur de ne pas excéder les limites du budget de réalisation-y compris lors de l'établissement du découpage et au cours de la réalisation du Film, sans toute fois pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire quelconque.
- 3) Les parties confirment qu'en aucune manière le présent contrat ne s'entend comme un engagement quelconque de produire le projet. Par conséquent, l'Auteur renonce dès à présent à toute revendication, liée à une non production du présent projet.

TITRE II - CESSION DE DROITS

ARTICLE 1 : OBJET

L'Auteur cède au Producteur, pour le monde entier et à titre exclusif, les droits d'exploitation ci-après définis.

Ces droits comprennent le droit de reproduction et de représentation du Film, les droits dits secondaires, ainsi que les droits d'utilisation dérivée.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

ARTICLE 2 : DROITS CEDES

L'Auteur cède irrévocablement au Producteur, pour le monde entier, à titre exclusif et pour la durée précisée à l'article 4 ci-dessous, les droits d'exploitation ci-après définis :

I – Exploitations primaires

Les droits d'exploitation primaires cédés au Producteur comprennent :

A. Le droit de reproduction

Le droit de reproduction comporte :

1. Le droit de faire réaliser, distribuer, diffuser le Film en version originale de langue française et/ou étrangère, de la sous-titrer et/ou de la doubler en toutes langues.
2. Le droit d'enregistrer ou de faire enregistrer par tous procédés techniques connus ou inconnus à ce jour, sur tous supports, en tous formats, en utilisant tous rapports de cadrage, les images en noir et blanc ou en couleurs, les sons originaux et doublages (paroles, musique, bruits, etc.), les titres ou sous-titres du Film, ainsi que des photographies fixes représentant des scènes du Film.
3. Le droit de numériser, moduler, compresser et décompresser, digitaliser ou reproduire le Film, éventuellement adapté sous forme d'une œuvre multimédia, par les procédés ci dessus, ainsi que de le stocker, en vue de son transfert ou sa diffusion.
4. Le droit d'établir ou de faire établir en tel nombre qu'il plaira au Producteur ou à ses ayants droit, tous originaux, doubles ou copies, sur tous supports, notamment pellicule film, vidéo, numérique ou tout autre support connu ou inconnu à ce jour, en tous formats et par tous procédés connus ou inconnus à ce jour, à partir des enregistrements ci-dessus.
5. Le droit de mettre ou de faire mettre en circulation ces originaux, doubles ou copies, pour l'exploitation cinématographique du Film ainsi que pour les exploitations secondaires ci-après définies.
6. Le droit d'enregistrer et de synchroniser avec les images toutes compositions musicales avec ou sans paroles, originales et/ou préexistantes.
7. Le droit d'établir ou de faire établir toutes bandes-annonces, teaser, promo real, etc... du Film et d'y intégrer tout commentaire ou slogan publicitaire.

B. Le droit de représentation

Le droit de représentation comporte notamment :

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

1. Le droit de représenter et/ou de faire représenter publiquement le Film dans le monde entier, en version originale, doublée ou sous-titrée, et ce dans toutes les salles d'exploitation cinématographique, payantes ou non-payantes, tant dans le secteur commercial que dans le secteur dit "non commercial".

2. Le droit d'exploiter le Film, en version originale doublée ou sous-titrée, par télédiffusion, c'est-à-dire par un éditeur de services de télévision dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons, en version originale, en version doublée ou en version sous-titrée, par voie hertzienne terrestre, en mode analogique ou numérique (chaines TNT, etc.) , par satellite, par câble, par voie électronique notamment les chaines gratuites ou payantes (chaîne à péage, pay per view), ou par tous autres moyens de diffusion, notamment par tous moyens de communications électroniques tels que les réseaux satellitaires, les réseaux fixes ou mobiles, les réseaux de fibre optique, le réseau ADSL, le réseau Internet, le réseau WIFI, les réseaux 3G ou 3.5G indépendamment des technologies ou normes de diffusion utilisées pour se connecter aux réseaux (notamment GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA), en vue de sa communication au public intégralement ou par extrait, en simultanée ou en différée, par l'intermédiaire d'un service de télévision de rattrapage (ou catch up TV) ou non, à titre gratuit ou contre paiement d'un abonnement forfaitaire ou d'un prix individualisé, tant aux fins de réception individuelle que collective, et pour visualisation sur tout terminal de réception, fixes ou mobiles, à la seule charge pour le Producteur de rappeler aux télédiffuseurs avec lesquels il traitera en France, Belgique, Suisse, Canada d'expression française, Principauté de Monaco, Luxembourg, Espagne, Bulgarie, Italie, Pologne, Argentine ainsi que tout autre territoire dans lequel la SACD, ou toute autre société d'auteurs la représentant interviendrait ultérieurement, que l'exécution des obligations souscrites à son égard ne les dégage pas des obligations qu'ils ont ou devront contracter avec les sociétés d'auteurs (SACD et SDRM, ou toute société les représentant).

Le Producteur pourra autoriser les organismes de télédiffusion à insérer lors des diffusions, des séquences publicitaires entrecoupant le Film, et à y incruster tout logo dans le cadre de la réglementation en vigueur.

L'Auteur est également avisé, et y consent par anticipation, que le Film ainsi que toutes œuvres adaptées ou dérivées pourront faire l'objet d'opérations de parrainage ou « sponsoring ».

3. Le droit d'exploiter le Film sous forme de vidéogrammes (vidéocassettes, vidéodisques, DVD, DVD-HD, Blu ray, DVD Rom, ou tous autres supports audiovisuels connus ou à venir) destinés à la vente ou à la location pour l'usage privé du public.

4. Le droit d'exploiter le Film en vidéo à la demande » (VoD) c'est-à-dire de le mettre à la disposition du consommateur final, à sa demande et à l'heure de son choix, par tous réseaux de communications électroniques connus ou inconnus à ce jour, et notamment, sans que cette liste soit limitative les réseaux satellitaires, les réseaux fixes ou mobiles, les réseaux de fibre optique, le réseau ADSL, le réseau Internet, le réseau WIFI, les réseaux 3G ou 3.5G indépendamment des technologies ou normes de diffusion utilisées pour se connecter aux réseaux (notamment GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA), par voie hertzienne terrestre, par câble,

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QOAD FILMS/ Olivier NAKACHE

par satellite, par tous procédés de diffusion, par tous moyens ou procédés, connus ou inconnus à ce jour, incluant notamment le « streaming » (diffusion linéaire) ou « downloading » (téléchargement) ainsi que le procédé technique défini sous le terme « Electronic Sell Through » ou « E.S.T. », sur des récepteurs de télévision, sur tout support fixe (télévision, ordinateur, etc.) ou portatif (téléphone, ordinateur portable, agenda électronique, assistants personnels électroniques, console de Jeu (PSP, etc.) et ce que le Film soit accessible au consommateur final à titre gratuit (free VOD, etc.) ou onéreux (SVOD, offres groupées de films, paiement à l'acte, etc.)

5. Le droit d'exploiter le Film par tous procédés audiovisuels, connus ou encore inconnus à ce jour, conformément à l'article L. 131-6 du C.P.I.

II - Exploitations secondaires

1. Le droit d'autoriser la duplication des éléments visuels du Film suivants : photographies, affiches, dessins, et de tous les éléments sonores du Film, y compris la musique et/ou les dialogues (en vue d'une exploitation notamment par disques, cassettes, CDI, CD-Rom, DVD, DVD-ROM...) sur tous supports et par tous procédés connus et inconnus, non prévus ou non prévisibles à ce jour : procédés analogiques, numériques, opto-numériques ou autres, sur tout réseaux, notamment informatiques, télématiques (y compris internet), radiodiffusion, etc... et plus largement par tout mode de communication au public (notamment les services de téléphonie mobile), pour visualisation sur tout matériel de réception (notamment ordinateurs, téléviseurs, terminaux mobiles tels que téléphones portables, agendas, et assistants personnels, etc.), quelles que soient les normes de diffusion utilisées (telles que ADSL, GPRS, UMTS, etc.) et les fonctionnalités des systèmes d'accès conditionnel utilisés.

2. Le droit d'autoriser la présentation publique du Film dans tout marché, festival ou manifestation de promotion.

3. Le droit d'exploiter le Film dans le secteur cinématographique non commercial (tel que ce secteur est défini par le Code du Cinéma et de l'Image Animée), ce droit comprenant pour le Producteur la faculté de céder le Film au Ministère des Affaires Etrangères en vue notamment d'une exploitation dans le circuit des ambassades françaises à l'étranger, dans les avions, et dans le cadre de manifestations culturelles diverses.

III - Exploitations dérivées

1. Le droit de making-of, c'est-à-dire le droit exclusif d'entreprendre la production d'une œuvre audiovisuelle et/ou audio et/ou littéraire, intégrant le cas échéant des extraits ou des photographies du Film, et ayant pour objet de décrire, analyser, commenter le processus de création du Film présentement concerné et de l'exploiter sur tous supports par tous moyens, à toutes fins commerciales ou en vue d'assurer la promotion du Film.

2. Les droits de « remake », c'est-à-dire le droit de produire, réaliser et exploiter une ou plusieurs nouvelles œuvres audiovisuelles (et notamment cinématographiques) ou autres,

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

lesquelles reprennent en substance tout ou partie des thèmes, intrigues, situations, personnages, dialogues, voire découpage, cadrage, mise en scène, etc. du Film initial, objet de la présente convention.

3. Les droits de « prequel »/« sequel », c'est-à-dire le droit d'adapter, reproduire réaliser et exploiter une ou plusieurs nouvelles œuvres audiovisuelles (et notamment cinématographiques) ou autres, plaçant les mêmes personnages que ceux du Film initial, ou certains d'entre eux, dans une histoire et des situations nouvelles censées précéder ou suivre le temps et l'action du Film initial.

4. Les droits de « spin-off », c'est-à-dire les droits de produire, de réaliser et d'exploiter une ou plusieurs nouvelles œuvres audiovisuelles (et notamment cinématographiques) ou autres, dont l'action ne comporterait pas nécessairement de lien direct avec celle du Film initial, mais qui en reprendraient un ou plusieurs personnages, principaux ou secondaires, pour le(s) placer dans une histoire et des situations entièrement originales, antérieures, contemporaines ou postérieures à l'action du Film initial.

Du fait de la présente cession, le Producteur disposera, concernant les éventuels making-of, remake, prequel, sequel et spin-off, des mêmes droits que ceux dont il bénéficie au titre du Film, et tels que ces droits sont énumérés en vertu des présentes.

5. Il est précisé, s'agissant du droit d'exploiter le Film sous forme d'extraits de moins de 6 (six) minutes (représentant seuls moins de 10% (dix pour cent) ou au total moins de 15% (quinze pour cent) de la durée du Film), par intégration et sans modification, dans un programme multimédia interactif pouvant être exploité sur tous supports destinés à la vente, à la location ou au prêt pour l'usage privé du public ou par télédiffusion par voie hertzienne terrestre, par câble, satellite ou en réseau, ce droit est cédé par l'Auteur aux conditions et moyennant le respect des dispositions du protocole en date du 12 octobre 1999 signé entre la SACD et la PROCIREP.

6. Le droit d'autoriser la reproduction et la représentation, en toutes langues, par extraits, du scénario ou du récit du Film, illustré ou non, à condition que ceux-ci ne dépassent pas 3.000 (trois mille) mots et soient destinés exclusivement à la publicité et/ou à la promotion du Film. Pour les besoins de cette publicité et/ou promotion, ces extraits pourront être publiés dans les revues, journaux, magazine, sans qu'une telle publication ne donne lieu à recettes.

7. Le droit d'édition graphique du scénario du Film, sous forme d'une édition type « scénario complet » d'avant tournage ou modifié d'après le montage du Film, illustré ou non. Il est précisé que préalablement à l'exercice de ce droit d'édition graphique, les parties devront négocier de bonne foi une rémunération spécifique pour l'Auteur et formaliseront leur accord par la signature d'un contrat d'édition distinct des présentes.

8. Le droit de reproduire tout ou partie des images extraites du Film ou des photographies effectuées à l'occasion de la réalisation :

- en vue de l'illustration du texte, avec ou sans adaptation, sous l'une des formes de publication prévues aux alinéas ci-dessus,

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

- en vue de la réalisation de cartes postales, posters ou affiches,
- comme élément publicitaire du Film

9. Le droit de "merchandising", (licensing et promotion), c'est-à-dire le droit d'utiliser tout ou partie des éléments du Film (titre, thèmes personnages, décors, costumes, accessoires, musique, bande originale du Film etc.) en vue de réaliser des produits commerciaux, de quelque nature que ce soit, et de les distribuer dans le monde entier :

- en vue de la fabrication, de la distribution, de la vente et de la commercialisation de tous objets ou produits : jeux, jouets, objets ou œuvres d'art plastique ou arts appliqués,
- en vue de la fabrication ou de la décoration de tous articles, notamment dans les secteurs suivants : papeterie, articles de bureau, habillement, ameublement, toilette, hygiène, alimentation, etc,
- en vue de la création et l'exploitation d'attractions dans le cadre de parc à thèmes,
- comme élément publicitaire du Film.

10. Le droit d'utiliser le titre du Film, ainsi que les noms des personnages du Film, pour toutes les exploitations dérivées énumérées ci-dessus, ce droit comprenant la faculté de déposer et d'exploiter ce titre et/ou ces noms en tant que marques et/ou en tant que noms de domaine.

11. Le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du Film de tous extraits et/ou arrangements du Film, en toutes langues, et ce, sous réserve du droit moral de l'Auteur, pour la publicité et/ou la promotion du Film. Il est également précisé que ces extraits, photographies, images ou enregistrements pourront être librement utilisés pour la promotion et la publicité du Film par les opérateurs ayant acquis les droits de diffusion du Film, ainsi que pour la promotion desdits opérateurs et/ou de leurs partenaires, sur tous supports et par tous moyens.

12. Le Producteur est autorisé à céder des extraits du Film à des tiers en vue de leur utilisation dans des émissions de plateau, magazines télévisés et en général toutes émissions en hommage à un auteur, réalisateur, artiste-interprète ou autre professionnel du cinéma et dans le cadre des émissions consacrées en tout ou partie au cinéma ainsi qu'en vue de leur insertion dans des œuvres audiovisuelles ou cinématographiques nouvelles (film, téléfilm, série télévisée, court-métrage etc.) ou dans des émissions de plateau compilant des extraits de quelque nature que ce soit, à l'exclusion de leur exploitation à des fins publicitaires, laquelle demeure subordonnée à l'agrément préalable de l'Auteur.

La réponse de l'Auteur devra être donnée dans un délai de 3 (trois) jours ouvrés suivant la réception de la demande écrite d'accord préalable. A défaut de réponse de l'Auteur dans ce délai, son accord sera réputé acquis.

13. Le droit d'éditer la bande sonore du Film et de l'exploiter par radiodiffusion sonore ou sous la forme de phonogrammes, CD ou cassettes audio, et, d'une manière générale, sur tout support (notamment analogique, numérique, opto-numérique, linéaire ou non) connus ou inconnus à ce jour.

*

PR ON

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ olivier NAKACHE

* *

Par ailleurs, il est convenu entre les parties que l'Auteur autorise tout compactage, compression ou autre technique nécessaire à la digitalisation du Film, à son stockage, à son transfert.

En raison de cette cession et de l'accord exprès de l'Auteur sur la digitalisation du Film envisagée ci-dessus par les Parties, l'Auteur ne pourra invoquer une atteinte portée à l'intégralité des images et sons du Film suite à d'éventuelles altérations imperceptibles mais néanmoins réelles provoquées par les opérations de compression ou autres techniques équivalentes.

Au cas où la protection et/ou la gestion des droits afférents au Film nécessiteraient l'encryptage ou l'encodage d'informations relatives à l'Auteur, au Producteur et à ses ayants droit, l'Auteur autorise dès à présent le Producteur à y procéder. Toutefois, la version définitive (copie standard) ne devra pas être modifiée, hors des incrustations imperceptibles des informations susvisées.

ARTICLE 2 bis : DROITS RESERVES

Tous les droits qui ne sont pas cédés par les présentes restent, sous réserve des droits des co-auteurs, la propriété de l'Auteur, sous réserve du droit de préemption et de priorité dont bénéficie le Producteur telle que défini ci-après.

Pour tous les droits non cédés aux présentes par l'Auteur, le Producteur bénéficie d'un droit de préemption qui s'exercera comme suit : l'Auteur devra transmettre au Producteur toute proposition qu'il recevrait pour l'exploitation de droits non cédés par les présentes et le Producteur disposera d'un délai de (1) un mois à compter de la réception de ladite proposition pour la préempter, toute absence de réponse dans ce délai valant renonciation de la part du Producteur à son droit de préemption. L'Auteur pourra alors conclure librement avec le tiers concerné, sous réserve de traiter à des conditions identiques à celles transmises au Producteur.

Le Producteur bénéficie également d'un droit de priorité qui s'exercera comme suit : l'Auteur, s'il souhaite exploiter un droit non cédé par les présentes, devra proposer au Producteur en priorité l'exploitation envisagée et le Producteur disposera d'un délai de (1) un mois à compter de la réception de la dite proposition pour l'accepter ou la refuser, toute absence de réponse dans ce délai valant renonciation de la part du Producteur au dit droit de priorité. L'Auteur pourra alors conclure librement avec un tiers, sous réserve de traiter à des conditions identiques à celles transmises au Producteur.

Il est entendu que dans l'un et l'autre cas, toute modification de la proposition initiale sera transmise au Producteur, sachant que cela reportera le délai précité d'autant.

PM ON

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS / OLIVIER NAKACHE

ARTICLE 3 : PROPRIETE

Le Producteur acquiert la qualité d'ayant droit de l'Auteur pour l'exercice des droits cédés qu'il utilisera comme bon lui semblera, notamment en passant tous contrats d'édition, de représentation et de diffusion, utiles à l'exploitation du Film.

Le Producteur demeure entièrement libre de réaliser ce Film en coproduction et/ou de rétrocéder à un tiers tout ou partie des bénéfices et des charges du présent contrat sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, à condition de transmettre à ses cessionnaires les obligations du présent contrat à l'égard de l'Auteur.

Par ailleurs, le Producteur aura par l'effet des présentes le droit de poursuivre toute contrefaçon ou toute exploitation du Film, sous quelque forme que ce soit, dans la limite des droits cédés en vertu des présentes.

Outre l'obligation de dépôt légal qui lui incombe, le Producteur s'engage à conserver le scénario et l'adaptation dialoguée.

Le Producteur est également habilité à effectuer toutes démarches et à procéder à toutes formalités, y compris leur renouvellement éventuel, en vue du dépôt et de l'enregistrement du Film, de chacun de ses éléments ainsi que de toutes œuvres dérivées ou adaptées, réalisées en vertu des présentes, auprès de tout organisme habilité.

ARTICLE 4 : DUREE

La présente cession est conclue pour une durée de 30 (trente) ans à compter de la première représentation commerciale du Film, et ne pouvant excéder 33 (trente trois) ans à compter de la signature des présentes.

Toutefois, dans l'hypothèse de la réalisation du Film en langue anglaise ou de la réalisation et de l'exploitation dans le monde entier de tout remake, sequel, prequel et/ou spin-off, la durée du présent contrat sera portée à la durée légale de protection des droits d'auteur actuellement accordée et qui sera accordée à l'avenir, notamment du fait de toute prorogation ou extension, aux auteurs, à tous leurs successeurs, héritiers ou ayants droit, par les dispositions législatives et réglementaires, les usages, les décisions judiciaires et arbitrales de tous les pays ainsi que par tous les traités, conventions, décisions, directives et règlements ou arrangements internationaux.

Le Producteur informera l'Auteur du changement de durée des droits dans les meilleurs délais, et par précaution, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Au cas où, dans un délai de 5 années à dater de la remise de l'acceptation de la version définitive du scénario, le Film n'aurait pas été mis en production - le Film étant réputé mis en production dès lors que les principaux techniciens ont été engagés - la présente convention sera résiliée de plein droit par la simple arrivée du terme du délai précité, et sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure ou formalité judiciaire quelconque. L'Auteur reprendra alors

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

la pleine et entière propriété de tous ses droits, les sommes déjà reçues lui restant, en tout état de cause, définitivement acquises. En cas de nouvelle cession ou d'apport par l'Auteur de ses droits sur le scénario à un tiers, l'Auteur devra impérativement obtenir de la production qui reprendrait le projet qu'elle rembourse le producteur de toutes les sommes dépensées au titre du présent projet de Film, et ce dans les conditions à déterminer d'un commun accord entre le tiers et le producteur.

ARTICLE 5 : REMUNERATIONS PROPORTIONNELLES

(Toute mention, dans le présent article, des recettes nettes part producteur, fait référence à leur définition selon les différents modes d'exploitation considérés, contenue dans l'annexe I des présentes.)

En contrepartie de la présente cession, l'Auteur recevra les rémunérations proportionnelles suivantes :

I - Exploitation cinématographique

1) En France

a) dans les salles de cinéma du secteur commercial

Le Producteur versera un pourcentage H.T. fixé à :

- **0,25% (zéro virgule vingt cinq pour cent) pour l'Auteur**

sur le prix payé par le public aux guichets des salles de spectacle cinématographique assujetties à l'obligation d'établir un bordereau de recettes, sous la seule déduction de la TVA, de la TSA, ou de tout autre prélèvement parafiscal ou professionnel effectué par l'Administration.

Afin de tenir compte des tarifs dégressifs de location éventuels accordés par le distributeur aux exploitants, le produit de ce pourcentage sera pondéré, s'il y a lieu, par l'application d'un coefficient calculé en rapportant le taux moyen de location du Film depuis le début de l'exploitation, à un taux de référence de 50 % (cinquante pour cent).

Par "taux moyen de location du film", on entend, aux termes des présentes, le rapport de la recette distributeur à la recette exploitant, telles qu'apparentes sur les bordereaux du CNC (sous les titres "encaissements distributeurs" et "recettes hors TVA").

b) dans le secteur non commercial

Le Producteur versera un pourcentage H.T. fixé à :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**

sur les recettes nettes part producteur.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

2) A l'étranger

Le Producteur versera un pourcentage de :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**
sur les recettes nettes part producteur.

II - Exploitation vidéographique

1) En France

Conformément aux dispositions de l'article L.132-25 du C.P.I. et dans la mesure où le prix payé par le public pour l'acquisition ou la location de vidéogrammes pourra être déterminé et contrôlable, le Producteur versera une rémunération proportionnelle au montant hors taxe de ce prix fixée à :

- **0.15% (zéro virgule quinze pour cent) pour l'Auteur**

Toutefois, le prix public pouvant varier, selon les détaillants, et dans la mesure où il a été constaté que le prix public est fréquemment proche du prix de gros catalogue, il est convenu de retenir pour base du pourcentage ci-dessus le prix de gros hors taxes tel qu'il figure au catalogue de toute société assurant la commercialisation des vidéogrammes du Film en France et à l'étranger.

En ce qui concerne la location, si le prix de location au public ne peut être connu avec exactitude, sera pris comme base du pourcentage ci-dessus le chiffre d'affaires de l'éditeur vidéographique dans ce domaine.

2) A l'étranger :

L'article L.132-25 du Code de la Propriété Intellectuelle institue au bénéfice de l'Auteur une rémunération proportionnelle au prix payé par le public chaque fois que le public paie un prix déterminé et individualisable pour recevoir communication d'une œuvre audiovisuelle.

Toutefois, le prix payé par le public ne pouvant être en pratique déterminé et contrôlé par le Producteur, la rémunération sera constituée par un pourcentage de :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**
sur les recettes nettes part producteur.

III - Exploitation par télédiffusion

La rémunération versée sera constituée par un pourcentage de :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**
sur les recettes nettes part producteur.

PB

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NARACHE

Il est toutefois expressément entendu, en ce qui concerne l'exploitation du Film par télédiffusion, que le pourcentage ci-dessus ne sera pas dû par le Producteur dans les territoires où la SACD et la SDRM interviennent directement ou indirectement auprès des télédiffuseurs pour percevoir ou faire percevoir les redevances dues à raison de l'utilisation des œuvres inscrites à leur répertoire, la rémunération de l'Auteur étant alors constituée par lesdites redevances, réparties conformément aux règles de la SACD.

Il appartiendra à l'Auteur de faire le nécessaire auprès de la société d'auteurs à laquelle il est adhérent pour percevoir directement de cette dernière sa rémunération, le Producteur ne pouvant en aucun cas être recherché en cas de difficultés.

En ce qui concerne la télédiffusion par câble simultanée, intégrale et inchangée, les droits y afférents sont et seront gérés dans le cadre des accords conclus directement ou indirectement par les sociétés d'auteurs auxquelles l'Auteur est affilié.

IV – Exploitation en Vidéo à la Demande (VOD ou VaD) – Pay Per View

Au titre de l'exploitation du Film en France par tout moyen de télécommunication, moyennant paiement par le public d'un prix déterminé et individualisable pour en recevoir communication (« pay per view », « video on demand », etc.), les Parties conviennent que l'Auteur percevra du Producteur, conformément à l'article L. 132-25 du C.P.L, une rémunération proportionnelle H.T. fixée à:

- **0,25% (zéro virgule vingt cinq pour cent) pour l'Auteur .**

du prix H.T. payé par le public pour obtenir communication du Film.

Toutefois, si le prix payé par le public ne pouvait être pratiquement déterminé ou si les moyens de contrôler l'application de la participation proportionnelle faisait défaut, le Producteur verserait un pourcentage de :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**

sur les recettes nettes part producteur.

La rémunération définie ci-dessus s'appliquera également pour les exploitations du Film en free VOD.

V – Exploitation commerciale du making of audiovisuel

En cas de commercialisation du making of audiovisuel, la rémunération sera constituée par un pourcentage calculé sur les assiettes légales en vigueur en fonction du type d'exploitation utilisé, étant entendu que cette rémunération sera équivalente à :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**

sur les recettes nettes part producteur.

SB on ✓

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

Il est toutefois expressément entendu, en ce qui concerne l'exploitation du making of audiovisuel par télédiffusion, que le pourcentage ci-dessus ne sera pas dû par le Producteur dans les territoires où la SACD et la SDRM interviennent directement ou indirectement auprès des télédiffuseurs pour percevoir ou faire percevoir les redevances dues à raison de l'utilisation des œuvres inscrites à leur répertoire, la rémunération de l'Auteur étant alors constituée par lesdites redevances, réparties conformément aux règles de la SACD.

Il appartiendra à l'Auteur de faire le nécessaire auprès de la société d'auteurs à laquelle il est adhérent pour percevoir directement de cette dernière sa rémunération, le Producteur ne pouvant en aucun cas être recherché en cas de difficultés.

En ce qui concerne la télédiffusion par câble simultanée, intégrale et inchangée, les droits y afférents sont et seront gérés dans le cadre des accords conclus directement ou indirectement par les sociétés d'auteurs auxquelles l'Auteur est affilié.

Il est également précisé que toute exploitation non commerciale, toute exploitation dans le cadre d'un bonus DVD et toute exploitation au titre d'un partenariat visant à aider l'élaboration du Film (type partenariat avec des opérateurs de téléphonie), ne donnera pas lieu au versement d'une rémunération.

VI - Exploitation du Film dans un programme multimédia

Pour l'exploitation du Film sous forme d'extraits de moins de six minutes [représentant seul moins de 10% (dix pour cent) ou au total moins de 15% (quinze pour cent) de la durée de l'œuvre] par intégration et sans modification dans un programme multimédia interactif pouvant être exploité sur tous supports destinés à la vente, à la location ou au prêt pour l'usage privé du public ou par télédiffusion par voie hertzienne terrestre, par câble, satellite ou en réseau, les Parties s'en remettent au Protocole du 12 octobre 1999 signé entre la SACD et la PROCIREP.

Il appartient à l'Auteur de faire le nécessaire auprès de la SACD pour percevoir directement sa redevance, le Producteur ne pouvant en aucun être recherché en cas de difficultés.

Le Producteur n'aura en aucun cas à intervenir s'agissant de la répartition entre co-auteurs, ces derniers s'engageant en cas de désaccord entre eux à ne prendre aucune mesure qui soit susceptible d'entraver l'exploitation.

VII - Exploitation du Film on line

Exploitation du Film par tous moyens électroniques dits "on line" à l'exclusion des exploitations entrant dans le cadre du Protocole d'accord en date du 12 octobre 1999 signé entre la SACD et les organisations professionnelles de producteurs.

Conformément aux dispositions de l'article L 132-25 du Code de la Propriété Intellectuelle, pour la communication du Film ou pour la reproduction du Film par des moyens autorisés

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ olivier NAKACHE

moyennant paiement par le public d'un prix déterminé et individualisable, à l'exclusion des exploitations entrant dans le cadre du protocole d'accord précité, l'Auteur percevra du Producteur une rémunération proportionnelle fixée à :

- **0,25% (zéro virgule vingt cinq pour cent) pour l'Auteur**
du montant hors taxe de ce prix. Toutefois, si la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être déterminée ou si les moyens de contrôler l'application de la participation proportionnelle font défaut, l'Auteur percevra du Producteur une rémunération proportionnelle fixée à :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**

des Recettes Nettes Part Producteur.

VIII - Autres exploitations

Pour toutes les exploitations du Film autres que celles visées aux paragraphes ci-dessus et à l'article 7 ci-dessous, et sauf dispositions contraires les concernant, conformément aux dispositions de l'article L. 131-4 du C.P.I., la rémunération proportionnelle de l'Auteur sera exclusivement constituée des redevances allouées par la ou les sociétés d'auteurs compétentes.

Pour toutes les exploitations ne pouvant donner lieu à versement direct de redevances par le biais de la gestion collective, le Producteur versera une rémunération proportionnelle fixée à :

- **0,25% (zéro virgule vingt cinq pour cent) pour l'Auteur**

du prix H.T. payé par le public, étant précisé que le produit de ce pourcentage ne pourra être ni inférieur ni supérieur au produit du pourcentage basé sur les recettes nettes part producteur, tel que défini ci-après.

Toutefois, si la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ou si les moyens de contrôler l'application de la participation proportionnelle font défaut, le Producteur versera une rémunération proportionnelle fixée à :

- **0,50% (zéro virgule cinquante pour cent) pour l'Auteur**

sur les recettes nettes part producteur.

IX - Rémunération supplémentaire après amortissement du coût du Film

Indépendamment de ce qui est prévu aux autres dispositions du présent article, le Producteur s'engage à verser, après amortissement du coût du Film - c'est-à-dire lorsque le montant des Recettes Nettes Part Producteur aura atteint une somme égale au coût du Film -, une rémunération supplémentaire en un pourcentage fixé à :

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

- **3% (trois pour cent) pour l'Auteur**

sur les Recettes Nettes Part Producteur et ce, sans limitation de sommes ni de durée.

Le pourcentage mentionné ci-dessus s'appliquera sur les Recettes Nettes Part Producteur à provenir de l'exploitation totale et sans réserve du Film dans le monde entier, par tous moyens, pour l'ensemble des droits cédés au titre de l'article II de la présente convention à l'exclusion des exploitations visées à l'article 7 ci-après.

Les recettes encaissées par le Producteur pour tous modes d'exploitation autorisés aux présentes seront prises en compte pour le calcul de l'amortissement du coût du Film et des Recettes Nettes Part Producteur pour l'application du présent paragraphe.

La rémunération après amortissement du coût du Film ne se cumulera pas avec les rémunérations proportionnelles visées aux articles 5-I à 5-VIII ci-dessus qui seront majorées de telle sorte que le total de la rémunération représente :

- **3% (trois pour cent) pour l'Auteur**

des Recettes Nettes Part Producteur.

Pour le calcul du point d'amortissement du coût du Film, sera également considéré comme Recettes Nettes Part Producteur, l'équivalent comptable de toutes les sommes qui pourront être attribuées au Film par le Soutien Financier de l'Etat à l'Industrie Cinématographique créé par le Décret du 16 juin 1959, modifié par les textes subséquents notamment le Décret du 24 février 1999 tant pour l'exploitation en salles cinématographiques que pour la télédiffusion et l'exploitation du Film par vidéogramme.

Cet équivalent comptable sera pris en compte que pour le calcul de l'amortissement du coût du Film et ce concomitamment aux recettes d'exploitation, au fur et à mesure de leur inscription au compte de soutien du Film.

Cette clause est essentielle et déterminante de l'accord et de la volonté de l'Auteur, sans laquelle il n'aurait pas contracté.

De plus, pour le calcul des sommes revenant à l'Auteur au titre du présent paragraphe, seront également considérées comme Recettes Nettes Part Producteur toutes les sommes non remboursables, encaissées par le Producteur, qui pourraient être attribuées au Film en France et à l'étranger à raison de sa production ou de son exploitation, soit en vertu de textes instituant une aide à l'Industrie Cinématographique ou tendant à favoriser son développement, soit à titre de prime ou de subvention, cette énumération étant indicative et non limitative, à l'exclusion toutefois du crédit d'impôt.

En conséquence, le Producteur autorise expressément l'Auteur ou son mandataire, à s'informer à tout moment auprès du CNC du montant desdites sommes.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

Les définitions des " Recettes Nettes Part Producteur " et du "Coût du Film" sont jointes à la présente convention en annexes 1 et 2.

X – Droit à rémunération pour copie privée

Pour autant que de besoin, il est rappelé que l'Auteur conservera intégralement sa part de redevances à lui revenir au titre du droit à rémunération pour copie privée institué par l'article L. 311-1 du C.P.I.

XI – Rémunération en qualité d'Auteur – Réalisateur

Sous réserve de l'entrée effective du film en production, le début de la production étant matérialisé par l'engagement des principaux artistes et techniciens, le Producteur s'engage à établir une convention d'engagement de l'Auteur en sa qualité d'Auteur de la réalisation en vertu de laquelle le Producteur versera à l'Auteur les rémunérations suivantes, sachant que les assiettes de calcul des rémunérations seront les mêmes que celles prévues aux présentes :

Rémunérations proportionnelles

Les Rémunérations proportionnelles seront identiques à celles prévues au présent contrat

A valoir

L'à-valoir sur les rémunérations proportionnelles à revenir à l'Auteur est fixé à la somme brute de **60.000 euros** (soixante mille euros) pour l'Auteur, qui sera payée selon un échéancier à déterminer d'un commun accord à compter de la mise en production du film.

Remake – Sequel – Prequel – Spin Off – Merchandising

Les rémunérations seront identiques à celles fixées à l'article 7 des présentes

XII – Rémunération en qualité de technicien/metteur en scène

Sous réserve de l'entrée effective du film en production, le Producteur versera à l'Auteur, pour son travail en qualité de technicien/metteur en scène un salaire brut de **60.000 euros** (soixante mille euros).

Il est précisé que ces sommes seront payées selon des modalités à déterminer d'un commun accord lors de l'établissement des conventions se rapportant à son engagement en qualité de technicien /metteur en scène.

ARTICLE 6 : A VALOIR

En contrepartie du travail d'écriture et de la cession des droits y afférent, le Producteur versera à l'Auteur, à titre d'Avaloir sur le produit des rémunérations et des pourcentages prévus aux articles 5I à 5VIII, une somme brute hors taxes dont le montant et l'échéancier de paiement sont définis à l'article 2 du titre I des présentes.

PB dr

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NARACHE

Le Producteur se remboursera du montant de cet à-valoir par compensation sur l'ensemble des sommes revenant à l'Auteur par le jeu des pourcentages précités ci-dessus, jusqu'à complet remboursement. Si l'ensemble des sommes revenant à l'Auteur par les jeux des pourcentages étaient inférieur au montant de cet à-valoir, le Producteur ne pourrait pas exercer de recours contre l'Auteur pour la différence.

Les sommes versées au titre de l'à-valoir ne seront pas productives d'intérêts.

Les rémunérations prévues au présent contrat sont majorées de la TVA au taux en vigueur, et subiront les déductions sociales obligatoires.

ARTICLE 7: REMUNERATION EN CAS DE REMAKE, PREQUEL, SEQUEL, SPIN-OFF ET MERCHANDISING

Indépendamment de ce qui est prévu à l'article 5 ci-dessus, concernant le droit de remake, prequel, sequel, spin-off, merchandising la rémunération versée sera la suivante :

1. Remake, Prequel, Sequel, Spin-off, Merchandising, produit ou coproduit par le Producteur

Le Producteur versera une rémunération qui sera déterminée d'un commun accord entre les parties.

2. Cession à un tiers du droit de Remake, Prequel, Sequel, Spin-off, Merchandising,

En cas de cession des droits à un tiers, la rémunération due à l'Auteur par le Producteur sera exclusivement constituée d'un pourcentage de :

- 5 % (cinq pour cent) pour l'Auteur

des sommes brutes H.T. à revenir au Producteur y compris toutes rémunérations qui pourraient être allouées au Producteur à titre personnel ou à une société de production en qualité de producteur délégué ou exécutif, cette liste n'étant pas limitative.

Il est cependant entendu que seront déduits desdites sommes une commission forfaitaire qui ne pourra excéder 25% (comprenant les frais d'avocats, d'agents de vente).

Il est précisé que cette rémunération inclut la rémunération due à l'Auteur en sa qualité de co-auteur de l'œuvre initiale.

Handwritten signatures: "PB" and "RN" with a checkmark.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

ARTICLE 8 : REDDITION DES COMPTES

Le Producteur établira des redditions des comptes semestriellement la première année d'exploitation (au 30 juin et au 31 décembre) et annuellement ensuite, au 31 décembre de chaque année.

Les comptes seront envoyés à l'Auteur dans les trois mois de leur date d'arrêté, accompagnés, le cas échéant, de la rémunération correspondante.

Le Producteur tiendra dans ses livres une comptabilité d'exploitation qui sera organisée de telle sorte que les opérations s'y rapportant se distinguent de l'ensemble des comptes du Producteur.

A la demande de l'Auteur, le Producteur fournira toutes justifications propres à établir l'exactitude des comptes.

L'Auteur ou toute personne mandatée par lui pourra effectuer, sous réserve d'un préavis de 30 (trente) jours, au siège social du Producteur, pendant les heures d'ouverture des bureaux toutes vérifications qu'il jugera utiles.

Tous les règlements seront effectués par chèques barrés établis à l'ordre de l'Auteur, et seront envoyés à l'adresse de l'Auteur mentionnée en tête des présentes.

Tous les paiements revenant à l'Auteur seront majorés de la TVA au taux en vigueur de 5,5%, étant précisé qu'en application de l'article 285 bis du Code Général des Impôts, et sauf renonciation expresse de l'Auteur au dispositif de retenue à la source prévue par ce texte, 4,70% seront acquittés par le Producteur au Trésor Public, et 0,80% seront versés à l'Auteur.

ARTICLE 9 : GARANTIES

L'Auteur s'engage d'ores et déjà, dans la mesure du possible, à faire tous ses efforts, pour procéder aux remaniements (modifications, suppressions ou additions) qui pourraient lui être demandés par le Producteur - notamment pour permettre au Producteur de ne pas excéder les limites du budget de réalisation - y compris lors de l'établissement du découpage et au cours de la réalisation du Film, sans toutefois pouvoir prétendre à une rémunération supplémentaire quelconque.

De plus, l'Auteur garantit au Producteur l'exercice paisible des droits cédés et notamment :

- Qu'il est seul propriétaire sous réserve des droits des coauteurs et des éléments directement tirés de l'Idée Originale, de tous les droits attachés à sa collaboration à la réalisation du Film et qu'il a plein pouvoir et qualité pour accorder les droits cédés par les présentes et que ces droits ne sont ni ne seront en aucune manière, cédés, hypothéqués, grevés, ni d'une façon quelconque dévolus en faveur d'un tiers.

PD *an*

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

- Qu'il n'a fait et ne fera, par le fait d'une cession à un tiers ou par tout autre moyen, aucun acte susceptible de compromettre la présente cession de droits, ou susceptible d'empêcher ou de gêner la pleine jouissance par le Producteur des droits qui lui sont accordés par les présentes.

- Qu'il n'a introduit ou n'introduira dans son œuvre aucune reproduction ou réminiscence susceptible de violer les droits des tiers et de donner lieu à des attaques pour plagiat et/ou contrefaçon ou de troubler la réalisation ou l'exploitation du Film produit.

- Qu'aucun litige ou procès ne sont en cours ni sur le point d'être intenté mettant en cause les droits de l'Auteur sur l'œuvre ou sur le titre de celle-ci tels que définis et cédés par les présentes.

L'Auteur reconnaît au seul Producteur l'utilisation exclusive du titre et ce pour l'ensemble de l'exploitation des droits qui lui sont conférés au sein des présentes.

Le titre du Film pourra être modifié, d'un commun accord par le Producteur et l'Auteur. Toutefois, il est précisé que le Producteur pourra modifier et traduire le titre du Film, en fonction des impératifs liés à l'exploitation commerciale du Film à l'étranger.

L'Auteur s'engage d'ores et déjà à fournir au Producteur, à première demande et dans un délai de 15 (quinze) jours suivant la demande du Producteur, tout document ou toute attestation, qui seraient exigés par des organismes français ou étrangers.

L'Auteur s'engage formellement à ne troubler en rien la bonne marche de l'exploitation du Film et à ne se livrer, par quelque moyen que ce soit, à aucune déclaration risquant de porter un préjudice quelconque à cette exploitation.

A l'appui des garanties susvisées, l'Auteur donne dès à présent au Producteur, en tant que de besoin, pouvoir général et irrévocable pour agir en toute circonstance, notamment contre toute contrefaçon, imitation ou exploitation non autorisées, sous quelque forme que ce soit, du Film et de toutes œuvres dérivées ou adaptées réalisées en vertu des présentes, en vue de sauvegarder les droits dont ce dernier est devenu cessionnaire.

L'Auteur s'engage, à chaque fois qu'il y aura lieu, à assister le Producteur et à lui apporter son concours, sous réserve (sauf dans le cas où l'Auteur serait personnellement garant) de la prise en charge par la production des frais afférents éventuels, pour établir et protéger la validité de l'un quelconque des droits cédés aux termes du présent contrat, et s'oblige à signer et à remettre au Producteur tous actes de cession confirmatifs, attestations et autres documents supplémentaires qui pourraient s'avérer nécessaires ou appropriés.

ARTICLE 10 : PUBLICITE

Dans l'ensemble de la publicité éditée ou réalisée sous le contrôle du Producteur : générique de début du Film, s'il en existe un, générique de fin du Film, affiches, placards corporatifs,

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS / Olivier NAKACHE

film-annonce, lumineux (dans la mesure du possible), l'Auteur sera cité de la façon suivante :

**SCENARIO – ADAPTATION- DIALOGUES
DE
Eric TOLEDANO et Olivier NAKACHE**

Toutefois, en dehors de la publicité standard énumérée ci-dessus, le Producteur se réserve la possibilité d'effectuer une publicité spéciale dite "d'accrochage" ne comportant que certaines mentions ayant trait au Film telles que, notamment mais non limitativement, son titre, le nom des interprètes principaux, et/ou le nom du réalisateur.

Aucune communication à la presse, à la radio ou à la télévision ne devra être faite par l'Auteur avant la sortie du Film sans l'accord ou la collaboration du service de publicité du Producteur.

Le Producteur s'engage à communiquer ces obligations publicitaires à toutes les firmes qui distribueront ou éditeront le Film mais ne saurait être tenu responsable de leurs manquements. En conséquence l'Auteur est autorisé, dès maintenant, à agir vis-à-vis des ayants droit du Producteur en cas de manquement aux présentes dispositions.

Indépendamment des obligations publicitaires propres à l'exploitation du Film, telles que précisées ci-dessus, le Producteur s'engage à mentionner le nom de l'Auteur, à chaque fois que cela sera compatible avec les exploitations secondaires et dérivées du Film.

L'inexécution par le Producteur des obligations publicitaires mises à sa charge par le présent article constituera exclusivement une cause de dommage intérêts en faveur de l'Auteur mais ne pourra en aucun cas permettre la mise en œuvre de la clause de résiliation prévue à l'article 13 ci-après et de toute mesure susceptible d'empêcher l'exploitation du Film ou de toutes œuvres dérivées ou adaptées autorisées par le présent contrat.

ARTICLE 11 : CESSION A UN TIERS

Le Producteur aura la faculté de rétrocéder les bénéfiques, droits et obligations résultant du présent contrat sous quelque forme et à quelque titre que ce soit à toutes personnes morales ou physiques qu'il lui plaira de désigner mais à la condition qu'il n'en découle aucune modification aux droits de l'Auteur aux présentes, et qu'il en informe l'Auteur dans les meilleurs délais.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux accords de coproduction susceptibles d'être conclus par le Producteur pour les besoins de la production du Film.

ARTICLE 12 : CONDITIONS GENERALES

Les présentes lient l'Auteur et ses ayants cause et ayants droit.

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS/ Olivier NAKACHE

Sous réserve du respect de son droit moral, l'Auteur donne son accord aux coupures et modifications de montage mineures qui pourront être nécessitées, après achèvement du Film, par l'exploitation dans certains territoires, par certains procédés, ainsi que par les exigences des censures. De même, le Producteur pourra modifier le format scope du Film en format plein écran ou autres, pour les besoins des exploitations du Film autre que cinématographiques.

La conclusion des présentes n'entraîne pas pour le Producteur l'obligation de réaliser ou de faire réaliser ou d'achever le Film, l'Auteur reconnaissant que cette circonstance n'est pas potestative pour le Producteur. De même, le Producteur ne peut garantir la divulgation du Film, n'étant tenu à cet égard que d'une obligation de moyens qui l'oblige à faire son possible, conformément aux usages de la profession, pour que le Film soit effectivement exploité. L'Auteur reconnaît expressément qu'en cas de non réalisation du Film ou de non divulgation de celui-ci, il serait, par la perception des sommes encaissées, entièrement rémunéré de la cession de ses droits d'auteur et indemnisé du préjudice résultant pour lui du défaut d'exploitation du Film, sans pouvoir prétendre à aucune réparation complémentaire ou sanctionner de façon quelconque le Producteur.

ARTICLE 13 : RESILIATION

1) A défaut d'exécution par l'Auteur de ses obligations, et 15 (quinze) jours après présentation d'une mise en demeure sous pli recommandé avec accusé de réception restée infructueuse, les présentes seront résiliées aux torts et griefs de l'Auteur, si bon semble au Producteur, sous réserve de tous dommages et intérêts.

2) A défaut d'exécution par le Producteur de ses obligations, et 15 (quinze) jours après présentation d'une mise en demeure sous pli recommandé avec accusé de réception restée infructueuse, les présentes seront résiliées aux torts et griefs du Producteur, si bon semble à l'Auteur, sous réserve de tous dommages et intérêts.

En cas de défaut de paiement, il est entendu que le placement en séquestre des sommes litigieuses interrompra le cours du délai.

ARTICLE 14 : CAS DE FORCE MAJEURE - CAS FORTUIT

Si par suite de cas de force majeure ou cas fortuit, non imputable au Producteur, celui-ci était amené à interrompre le travail à un moment quelconque ou à suspendre son activité dans le domaine de la production, la faculté lui est réservée soit de résilier le présent accord, soit d'en suspendre l'exécution.

La suspension éventuelle de l'exécution des présentes serait d'une durée égale à celle de l'événement qui aurait motivé l'arrêt de l'activité de la production. Par voie de conséquence, tous les délais prévus au présent accord seraient augmentés d'autant.

OK ON

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS / Olivier NAKACHE

En cas de résiliation du présent accord dans les cas visés ci-dessus, l'Auteur ne pourrait faire valoir contre le Producteur aucun droit à percevoir une somme supplémentaire à celles qu'il aurait déjà perçues en exécution des présentes et/ou à être indemnisé à quelque titre que ce soit et/ou à rendre responsable le Producteur de la perte de la rémunération proportionnelle aux recettes d'exploitation qui en résulterait pour lui.

ARTICLE 15 : INSCRIPTION AU RCA

Le Producteur s'engage à inscrire à ses frais le présent contrat au Registre de la Cinématographie et de l'Audiovisuel conformément aux articles L 123-1 à L 124-2 dudit Code 32 et 33 du Code du Cinéma et de l'Image Animée.

ARTICLE 16 : CONSERVATION DU FILM

En application de l'article L.132-24 alinéa 3 du Code de la Propriété Intellectuelle, le Producteur s'engage à prendre, tant auprès des laboratoires que de tout organisme habilité (Archives du Film, Cinémathèque Française, etc.), toutes mesures nécessaires à la sauvegarde et à la conservation permanente :

- du négatif image et son du Film,
- d'un internégatif du Film ou, à défaut, d'une copie positive en parfait état.

ARTICLE 17 : ELECTION DE DOMICILE

A l'effet des présentes, élection de domicile est faite aux adresses visées en tête des présentes.

ARTICLE 18 : CORRESPONDANCES

Toutes correspondances et communications entre les parties seront envoyées aux adresses mentionnées en tête des présentes.

Tout changement de domiciliation de l'une des parties devra être notifié à l'autre partie par lettre recommandée avec avis de réception.

Dans le cas où l'Auteur n'informerait pas le Producteur de son changement de domicile et où celui-ci se trouverait en conséquence dans l'impossibilité d'exécuter certaines de ses obligations contractuelles et notamment celles relatives à la reddition des comptes, la résiliation prévue aux termes des présentes ne pourra être obtenue par l'Auteur.

PP *ON*

Film : «INTOUCHABLES» YUME-QUAD FILMS / Olivier NAKACHE

ARTICLE 19 : LITIGES

En cas de litiges, attribution de juridiction est faite aux Tribunaux compétents de Paris, lieu d'exécution de la présente convention, la loi applicable étant la loi française.

Fait à Clichy, le 02/02/2010

En trois exemplaires originaux,

LE PRODUCTEUR
Monsieur Philippe BENSOUSSAN

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, sweeping lines.

L'AUTEUR
Monsieur Olivier NAKACHE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Olivier Nakache' with a flourish at the end.

Annexe 3 - Contrat d'édition d'une œuvre de littérature

CONTRAT D'EDITION

Entre les soussignés :

~~#####~~, demeurant ~~#####~~ 75004 Paris

ci-après dénommé l'Auteur, d'une part ;

et **BERNARD PASCUITO EDITEUR**, SARL au capital de 20 000 euros, dont le siège social est au 40 avenue Bosquet, 75007 Paris, représentée par Bernard Pascuito, son gérant.

ci-après dénommé l'Editeur, d'autre part ;

il a été convenu ce qui suit :

ARTICLE PREMIER - REALISATION DE L'ŒUVRE

L'Editeur confie ~~#####~~ qui accepte, le soin de collaborer à la rédaction d'un livre d'entretiens réalisés par ~~#####~~ et Bernard Pascuito portant pour titre provisoire :

Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur moi

Le texte original sera sous forme de document écrit au recto seulement de chaque feuille ; chaque feuille ou page portera 25 lignes comportant chacune 60 caractères, lettres ou signes.

Le texte devra être remis prêt à l'impression **le 3 juillet 2006**.

Le texte ne devra être remis à l'Editeur pour impression qu'après relecture et accord des trois co-auteurs.

ARTICLE 2 - OBJET DE LA CESSION

L'Auteur cède à l'Editeur, à titre exclusif, et pour la durée du présent contrat, le droit de reproduire, publier et exploiter l'œuvre sous forme de livre, ainsi que les droits de reproduction et de représentation afférents à l'œuvre de sa composition, qui a pour titre provisoire ***Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur moi***, à l'exception toutefois des droits d'adaptation audiovisuelle qui font l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct conformément aux articles L 131-2 et L 131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle.

Les droits de reproduction et de représentation cédés pourront être exploités en toutes langues et tous pays, sous toutes formes et présentations et par tous procédés tant actuels que futurs.

De son côté, l'Editeur s'engage à assurer, à ses frais, risques et périls, la publication de l'œuvre sous forme de livre et s'emploiera à lui procurer, par une diffusion dans le public et auprès des tiers susceptibles d'être intéressés, les conditions favorables à une exploitation sous d'autres formes.

ARTICLE 3 - ETENDUE DE LA CESSION

La présente cession est faite pour avoir effet en tous lieux et pour tout le temps que durera la propriété littéraire de l'Auteur et de ses héritiers, ayants droits ou représentants, d'après les législations tant française qu'étrangères et les conventions internationales actuelles ou futures sur la propriété littéraire et artistique, y compris toutes les prolongations qui pourraient être apportées à cette durée.

L'Auteur garantit à l'Editeur la jouissance des droits cédés contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques.

BP

###

Il déclare notamment que son œuvre est entièrement originale et ne contient aucun emprunt à une autre œuvre de quelque nature que ce soit, qui serait susceptible d'engager la responsabilité de l'Éditeur.

ARTICLE 4 - PRIX DE LA CESSION

Pour prix de cession du droit d'édition, l'Éditeur verse à l'Auteur, pour chaque exemplaire vendu de l'ouvrage édité en application du présent contrat, un droit correspondant, sur le prix public hors taxes, à :

- 5 % pour les exemplaires brochés de l'édition ordinaire jusqu'à 10.000 exemplaires
- 6 % au-delà.
- 50 % de la vente aux éditions de vulgarisation – notamment en format de poche - si l'Éditeur les entreprend lui-même.

Si l'édition, ou une partie de l'édition, s'avérait reliée ou cartonnée, les droits sur ces exemplaires ne porteront que sur 70 % du prix public hors taxes.

Les droits d'auteur ne portent pas sur les exemplaires de publicité, ni sur ceux distribués gratuitement, ni sur les exemplaires prévus à l'article 12 ci-après.

Sans avoir de droits à verser à l'Auteur, l'Éditeur, en vue d'assurer la publicité de l'ouvrage, a le droit de tirer des exemplaires séparés d'extraits de l'œuvre sur divers supports et de faire reproduire certains extraits en réimpression.

ARTICLE 5 - MARCHES SPECIAUX

Si l'ouvrage donne lieu, après accord préalable de l'Auteur, à un marché spécial, telle une vente directe par l'Éditeur, ou conclu à un taux de remise égal ou supérieur à 60 % sur le prix public, la redevance définie en 6 sera calculée sur le prix de cession, hors taxes, fixé dans ce marché.

ARTICLE 6 - OBLIGATIONS DE L'AUTEUR

Il sera envoyé à l'Auteur, avant publication, un jeu d'épreuves que celui-ci s'engage à lire et à corriger dans un délai de dix jours et à retourner revêtu de son bon à tirer et de sa signature. Les frais de correction des fautes typographiques seront à la charge de l'Éditeur, mais, dans le cas où des corrections personnelles de l'Auteur sur l'ensemble des éditions dépasseraient 20 pour cent des frais de la composition typographique de la première édition, l'excédent de ces frais serait déduit des sommes dues à l'Auteur par l'Éditeur.

Au cas où l'Auteur, pour quelque cause que ce soit, ne retourne pas son bon à tirer dans le délai indiqué ci-dessus, l'Éditeur pourra confier les épreuves à un correcteur de son choix et procéder au tirage ; ces frais supplémentaires seront à la charge de l'Auteur et prélevés sur les sommes à lui dues.

Toute modification de titre, l'incorporation dans un nouvel ouvrage de quelque nature que ce soit de tout ou partie des textes régis par le présent contrat, et la publication de toute autre version, ne pourront être entreprises par l'Auteur qu'en plein accord avec l'Éditeur.

ARTICLE 7 - OBLIGATIONS DE L'ÉDITEUR

Il est convenu que la première édition devra être réalisée dans un délai de dix-huit mois à compter de la date de l'acceptation du texte définitif.

Passé ce délai, sauf avenant particulier, le contrat pourra être résilié de plein droit si l'Éditeur ne procède pas à la publication de l'ouvrage dans les douze mois de la mise en demeure que lui ferait l'Auteur par lettre recommandée. Celui-ci, à titre de dommages intérêts forfaitaires, conservera les avances qui lui auront été versées par l'Éditeur et qui, ainsi, lui resteront acquises.

L'Éditeur s'engage à n'apporter au texte aucune modification sans l'accord de l'Auteur.

SP

#####

Il s'engage à faire figurer, sur chacun des exemplaires tirés de l'ouvrage, le nom de l'Auteur, le pseudonyme ou la marque que celui-ci aura indiqué au moment de la signature du présent contrat.

Il s'engage également à assurer à l'ouvrage une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale conforme aux usages de la profession.

En conséquence, dans le cas où les volumes tirés de l'ouvrage viendraient à être épuisés dans toutes les éditions existantes en librairie, le présent contrat serait résilié de plein droit si l'Éditeur, sauf cas de force majeure, ne procédait pas à une réimpression dans les douze mois de la mise en demeure que lui ferait l'Auteur par lettre recommandée.

ARTICLE 8 - PREROGATIVES DE L'ÉDITEUR

L'Éditeur, qui déterminera seul la fabrication de l'oeuvre, tiendra à la disposition de l'Auteur toutes les informations suivantes :

- le format des volumes tirés de l'ouvrage cédé,
- leur titre, couverture et leur présentation intérieure,
- la nature et le nombre des illustrations,
- le chiffre des tirages selon les besoins des ventes,
- le prix public, hors taxes, des volumes, qui pourra toujours être modifié,
- enfin, les dates de mise en vente, sous réserve du délai ci-dessus fixé pour la première édition, en tenant compte de l'intérêt commun des parties.

Tous ces points sont déterminés par l'Éditeur pour toutes éditions.

ARTICLE 9 - DROITS SUR LES FILMS ET LES CLICHES

L'Éditeur restera, en tout état de cause, propriétaire des films et des clichés de toute nature qu'il fera réaliser lui-même pour illustrer l'ouvrage. Il se réserve donc le droit, soit de les utiliser comme bon lui semblera dans ses autres publications, soit de les céder. En conséquence, les sommes qui proviendraient de l'usage ou de la vente de ce matériel seront la propriété de l'Éditeur.

ARTICLE 10 - EXEMPLAIRES D'AUTEUR

L'Éditeur remettra à l'Auteur, à titre gracieux, **400 exemplaires du premier tirage de l'ouvrage.**

ARTICLE 11 - EXERCICE DE DIVERS DROITS D'ADAPTATION, DE REPRODUCTION ET DE REPRÉSENTATION

En raison du champ d'exploitation accru que l'édition de l'oeuvre en librairie donne aux droits patrimoniaux de l'Auteur, du risque pris par l'Éditeur en procédant à l'édition initiale et de l'intérêt de centraliser la direction de l'exploitation de tous droits se rapportant à l'oeuvre, il est convenu ce qui suit :

L'Auteur cède, à titre exclusif, à l'Éditeur, avec faculté de les transférer aux tiers, la totalité des droits patrimoniaux d'adaptation, de reproduction et de représentation afférents à l'oeuvre.

Cette cession est faite dans les mêmes conditions de lieu et de durée que celles fixées à l'article 4 ci-dessus. Les droits ainsi cédés directement à l'Éditeur sont notamment les suivants :

- 1°) Pour les droits de reproduction et d'adaptation graphique :
 - le droit de publier l'oeuvre sous toutes formes d'édition, notamment les éditions de vulgarisation et les éditions club, et le droit de distribuer ou de faire distribuer toutes ces éditions sous toutes formes et par tous les moyens
 - le droit de reproduire tout ou partie de l'oeuvre en prépublication ou en post publication et de l'adapter et reproduire en condensés dans les journaux, périodiques ou livres
 - le droit de l'adapter et de la reproduire par dessins ou photographies ; le droit de l'adapter, notamment, en bandes dessinées

- le droit de la reproduire par photocopies, microfiches, microfilms, et tous procédés électroniques (notamment disquettes)

2° Pour les droits de traduction :

- le droit de traduire et de faire traduire l'ouvrage en toutes langues et de reproduire ou faire reproduire les traductions qui seront ainsi faites pour les vendre en tous pays ;

3° Pour les droits de reproduction et d'adaptation autres que graphiques :

- le droit de l'adapter pour le théâtre ou toute exploitation sonore et musicale, visuelle, radiophonique, informatique et de reproduire ces adaptations sur tout support ;

- le droit de représenter tout ou partie de l'oeuvre et ses adaptations et traductions (à l'exception des adaptations audiovisuelles) par tout procédé actuel ou futur de communication au public et, notamment, par récitation publique, représentation dramatique, exécution lyrique, présentation publique et télédiffusion ;

- le droit de percevoir et de faire percevoir en tous pays les droits dus à l'occasion de la reprographie, privée ou non, de tout ou partie de ces adaptations ou traductions ;

- aux termes des articles L 311-1 à L 311-8 du Code de la Propriété intellectuelle, il est prévu une rémunération pour copie privée des phonogrammes. Les parties conviennent pour la durée du présent contrat, de partager cette rémunération par moitié, en raison du préjudice commun qui leur est causé par l'utilisation privée des techniques de reproduction des oeuvres sonores.

L'Editeur représentera l'Auteur dans toutes les négociations relatives au droit de rémunération pour copie privée et lui versera la rémunération convenue.

L'Editeur, cessionnaire des droits susvisés, s'emploiera, dans la mesure de ses moyens, à les exploiter au mieux de l'intérêt réciproque des parties. A défaut de cet intérêt, la non exploitation de l'un ou plusieurs de ces droits ne peut, en aucun cas, être cause de résiliation du présent contrat, lesdits droits étant cédés irrévocablement à l'Editeur, non seulement en vue d'une exploitation, mais aussi à raison de l'engagement pris par lui de publier l'oeuvre en librairie et pour le couvrir éventuellement du risque qu'il encourt en procédant à cette publication.

L'Editeur assurera l'exploitation des droits dans des conditions propres à permettre à l'Auteur la protection de son droit moral.

L'Auteur garantit à l'Editeur, et au bénéfice de tous cessionnaires, la jouissance des droits énumérés ci-dessus contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques.

Il s'engage à communiquer à l'Editeur toute demande qui lui serait adressée en vue d'une acquisition des droits sur l'oeuvre pour toute adaptation, reproduction, traduction ou représentation.

Les droits énumérés au présent article peuvent être exploités soit personnellement et directement par l'Editeur (art. 14), soit indirectement par des tiers cessionnaires (art. 15).

ARTICLE 12 - EXPLOITATION DIRECTE PAR L'EDITEUR DES DROITS VISES À L'ARTICLE 11

Au cas où l'Editeur jugerait opportun d'exploiter personnellement certains droits d'adaptation, de reproduction, de traduction ou de représentation de l'ouvrage autres que le droit d'édition visé à l'article 3, les conditions d'exploitation et la rémunération de l'Auteur seront déterminées d'un commun accord entre les parties, ou, à défaut, conformément aux conclusions de l'expert désigné par elles.

ARTICLE 13 - EXPLOITATION PAR DES TIERS DES DROITS VISES À L'ARTICLE 11

Sous réserve de l'obligation de procéder lui-même à une publication de l'oeuvre en librairie, l'Editeur est habilité à accorder à des tiers, au besoin par voie de cession, toutes les autorisations d'exploitation qu'il jugera nécessaires, y compris celles de publication en librairie autre que l'édition courante.

BP

###

L'Éditeur devra verser à l'Auteur 50 pour cent des sommes - nettes de toute commission d'agent, de tous frais, et hors toutes taxes - à provenir de la cession de tous droits consentie par lui à des tiers en vertu de l'article 13.

ARTICLE 14 - ARRETE ET REMISE DES COMPTES

Les comptes de l'ensemble des droits dus à l'Auteur sont arrêtés le 31 décembre de chaque année. Ils lui sont adressés, à sa demande, par l'Éditeur, en même temps que le solde créditeur, à partir du quatrième mois suivant l'arrêté des comptes.

En raison de la faculté, ouverte aux libraires, de retourner les ouvrages envoyés d'office, il sera constitué une provision pour retour sur le compte de l'Auteur qui n'excédera pas le montant des droits qui seraient dus pour les quantités mises en place. Cette provision sera totalement réintégrée, au plus tard dans les deux ans après la date de mise ou remise en vente des volumes.

Au terme de la cinquième année d'exploitation de l'ouvrage, si le nombre d'exemplaires vendus annuellement est inférieur à cinquante, le compte de l'Auteur lui sera adressé dans les trente jours suivant sa demande.

ARTICLE 15 - EDITION SECONDE

Au terme de la cinquième année d'exploitation du dernier tirage de l'oeuvre sous sa forme première et si le nombre des exemplaires vendus annuellement est inférieur à cinquante, l'Auteur ou ses ayant droits pourront demander le bénéfice d'une édition seconde conformément aux termes du protocole du 5 juin 1981 entre le SNE et le CPE.

Une copie des stipulations relatives à cette édition seconde sera remise à l'Auteur sur sa demande.

ARTICLE 16 - VENTES EN SOLDE ET MISES AU PILON

Si, à quelque époque que ce soit, après deux ans à dater de la publication, l'Éditeur a en magasin un stock plus important de l'ouvrage qu'il ne le juge nécessaire pour assurer les demandes courantes de vente, il aura le droit, sans que le contrat soit pour autant résilié et tant que les demandes de livraison pourront être satisfaites, de détruire ou de vendre en solde tout ou partie de ce stock, au prix qu'il pourra obtenir.

En cas de destruction, aucun droit ne sera dû.

En cas de vente en solde, les droits, au taux minimum, seront calculés sur le prix obtenu, à moins que celui-ci ne soit inférieur au quart du prix public, auquel cas aucun droit ne sera dû.

L'Éditeur informera l'Auteur de ces décisions.

L'Éditeur sera, sans restriction de délais, en droit de détruire, aux conditions stipulées ci-dessus, les exemplaires de l'ouvrage qui, retournés par les libraires et autres canaux de vente, lui sembleront impropres à une vente normale.

ARTICLE 17 - REGIME DE SECURITE SOCIALE

Les stipulations du présent contrat rendent applicable la loi n° 75-1348 du 31 décembre 1975, relative à la Sécurité Sociale des artistes-auteurs ; ce régime fonctionne sous l'égide de l'Association pour la Gestion de la Sécurité Sociale des Auteurs (AGESSA).



ARTICLE 18 - INCIDENCE DE LA RESILIATION DU PRESENT CONTRAT

La résiliation du présent contrat sera sans influence sur la validité des cessions de droits antérieurement consenties à des tiers par l'Editeur.

CLAUSE PARTICULIERE

Toutes les sommes et tous les droits dus à ##### aux termes du présent contrat et du contrat audiovisuel qui y est annexé seront versés à ##### dont l'adresse est : #####

Fait à Paris, en 3 exemplaires originaux, le 30 avril 2006.

L'AUTEUR

X

L'EDITEUR

BP
JL

Annexe 4 – Contrat de production audiovisuelle (cinéma) proposé par la SACD

IL A ETE ARRETE ET CONVENU CE QUI SUIT :

Article 1er - OBJET DE LA CONVENTION

1. Le Producteur charge l'Auteur-Réalisateur, qui l'accepte, d'écrire le scénario, l'adaptation et les dialogues du film cinématographique de long métrage que le Producteur se propose de produire, provisoirement ou définitivement intitulé :

« »

dénommé ci-après par le terme « le film ».

2. Ces textes seront écrits par l'Auteur-Réalisateur en collaboration avec M. / Mme
3. Dans le cas où le titre du film ne serait pas celui mentionné ci-dessus, le titre définitif serait choisi d'un commun accord entre l'Auteur-Réalisateur et le Producteur et, s'il y a lieu, les autres coauteurs.
4. Le Producteur engage M. / Mme, ce que ce dernier /cette dernière accepte, en qualité de Réalisateur pour l'exécution des services artistiques énumérés ci-après, se rapportant à la production du film cinématographique de long métrage précité.
5. Les services artistiques dont il est question ci-dessus sont les suivants :
 - collaborer à la préparation de la production ;
 - réaliser le film ;
 - établir le découpage technique, assurer la direction artistique, diriger les enregistrements ;
 - diriger le montage et tous travaux de finition jusqu'à l'établissement de la version définitive du film.
6. Il est précisé que :
 - le film sera tourné en couleur, dans tous lieux à choisir d'un commun accord et par un procédé à choisir également d'un commun accord entre le Producteur et l'Auteur-Réalisateur ; le cas échéant, il sera fait usage d'une technique permettant la présentation du film sur écran large ou panoramique ;
 - le film sera réalisé en version originale de langue française.
7. Le présent contrat s'appliquera de la même manière à la cession des droits d'auteur de M. / Mme en sa qualité d'auteur du scénario, de l'adaptation et des dialogues et à la cession des droits d'auteur de M. / Mme..... en sa qualité de réalisateur du film.
Son engagement en qualité de technicien-metteur en scène salarié fait l'objet d'un contrat distinct.

Article 2 - CESSION DE DROITS

Sous réserve de l'exécution intégrale du présent contrat, et du parfait paiement par le Producteur des rémunérations ci-après mises à sa charge, l'Auteur-Réalisateur, en accord avec la SACD, cède au Producteur dans les conditions et sous les réserves ci-après stipulées, pour le monde entier, à titre exclusif, et pour la durée précisée à l'article 3 ci-dessous, les droits d'exploitation ci-après définis :

I - Exploitation Cinématographique

Les droits d'exploitation cinématographique cédés au Producteur comprennent :

A. Le droit de reproduction

Le droit de reproduction comporte :

1. Le droit de faire réaliser le film en version originale de langue française ;
2. Le droit d'enregistrer ou de faire enregistrer par tous procédés techniques et sur tous supports analogiques ou numériques, en tous formats, les images en noir et blanc ou en couleur, les sons originaux et doublages, les titres ou sous-titres du film, ainsi que les photographies fixes représentant des scènes du film ;
3. Le droit d'établir ou de faire établir, en tel nombre qu'il plaira au Producteur, tous originaux, doubles ou copies de la version définitive du film sur tous supports analogiques ou numériques ;
4. Le droit de mettre ou de faire mettre en circulation ces originaux, doubles ou copies, pour l'exploitation cinématographique du film et toutes exploitations ci-après énumérées.

B. Le droit de représentation

Le droit de représentation comporte :

Le droit de représenter ou de faire représenter le film en version originale, doublée ou sous-titrée, et ce dans toutes les salles d'exploitation cinématographique payantes ou non-payantes, tant dans le secteur commercial que non-commercial.

II - Exploitations secondaires

L'Auteur-Réalisateur cède au Producteur :

A. Le droit d'exploitation par télédiffusion

Ce droit comporte :

Le droit de représenter ou de faire représenter le film, en version originale doublée ou sous-titrée, par télédiffusion par voie hertzienne terrestre, par satellite, par câble ou par les moyens de transmission en ligne tels que les réseaux et notamment internet et téléphonie mobile, en vue de sa communication au public, à titre gratuit ou contre paiement d'un abonnement forfaitaire ou d'un prix individualisé, à destination de terminaux fixes ou mobiles, à charge pour le Producteur de rappeler aux télédiffuseurs (et plus généralement tous fournisseurs de service de média) installés ou dont les programmes sont télédiffusés en France, Belgique, Suisse, Canada, Principauté de Monaco, Luxembourg, Espagne, Italie, Argentine, Bulgarie, Lettonie, Estonie, Pologne, Principauté de Liechtenstein ainsi que dans tout autre territoire dans lequel la SACD, à laquelle l'Auteur-Réalisateur est affilié, ou toute société d'auteurs la représentant interviendrait ultérieurement, que l'exécution des obligations souscrites à son égard ne dégage pas lesdits télédiffuseurs (et plus généralement tous les fournisseurs de service de média susvisés), des obligations qu'ils ont ou devront contracter avec les sociétés d'auteurs susmentionnées.

La SACD fournira au Producteur, sur simple demande écrite, la liste mise à jour de ces nouveaux territoires d'intervention.

Il est expressément précisé que :

- Les droits de l'Auteur-Réalisateur afférents à la retransmission par câble simultanée, intégrale et sans changement sont et seront gérés dans le monde entier par la SACD dans le cadre des accords généraux qu'elle a conclus ou sera amenée à conclure directement ou indirectement avec les câblo-distributeurs.
- Pour l'exploitation pay per view et vidéo à la demande, la cession par l'Auteur-Réalisateur au Producteur du droit d'exploiter le film par tout moyen de télécommunication permettant au public d'y avoir accès moyennant le paiement d'un prix individualisé, et notamment en pay per view et vidéo à la demande, lui est consentie aux conditions prévues au protocole en date du 12 octobre 1999 signé entre la SACD et les Organisations Professionnelles de Producteurs. Dans le cas où le présent protocole viendrait à expiration sans être renouvelé, les conditions de ladite cession seraient définies par avenant conclu de bonne foi entre les parties.

B. Autres exploitations secondaires

Les droits d'exploitation secondaire comportent :

- L'exploitation par vidéogrammes (ou tous autres supports matériels reproduisant le film)
 - L'Auteur-Réalisateur cède au Producteur le droit de reproduire le film objet du présent contrat sur tous supports matériels connus ou inconnus à ce jour et destinés à la vente, à la location ou au prêt pour l'usage privé du public.*
- L'exploitation des « making of » et exploitations en complément du film sous forme de bonus
 - . Le droit de produire et d'exploiter en toutes langues, une ou plusieurs œuvres audiovisuelles dénommées « making of » ayant pour objet de décrire, analyser et commenter le processus créatif du film objet des présentes.

Le « making of » pourra être exploité séparément du film, conformément et par les modes d'exploitation tels que prévus à l'article 2.I et 2.II.A et B et/ou sous forme de « bonus » en exploitation complémentaire du film pour les exploitations sous forme de vidéogrammes destinés à la vente, à la location ou au prêt pour l'usage privé du public.

. Le droit de reproduire et de représenter, sous forme de « bonus » en exploitation complémentaire du film pour les exploitations sous forme de vidéogrammes et/ou au sein des « making of » précités, les œuvres ou les éléments suivants : les extraits du film, les prises et séquences ne faisant pas partie de la version définitive du film, des scènes montrant le tournage du film, les photographies du film, les commentaires audio et le story board.

. Plus généralement l'adjonction de bonus et la réalisation de making of se feront sans préjudice du droit moral de l'Auteur-Réalisateur, et de tous autres droits attachés à sa personne.

Le Producteur s'engage à faire son affaire personnelle de tout autre accord qui pourrait s'avérer nécessaire pour l'exploitation du making of et autres éléments ou œuvres exploités sous forme de bonus, ainsi que des réclamations qui pourraient être formulées à ce titre par des tiers, de sorte que l'Auteur-Réalisateur ne puisse être inquiété ou recherché à ce titre.

- L'exploitation dans un programme multimédia interactif

L'Auteur-Réalisateur cède au Producteur le droit d'exploiter le film sous forme d'extraits de moins de 6 (six) minutes (représentant seuls moins de 10% (dix pour cent) ou au total moins de 15% (quinze pour cent) de la durée du film), par intégration et sans modification, dans un programme multimédia interactif pouvant être exploité sur tous supports destinés à la vente, à la location ou au prêt pour l'usage privé du public ou par télédiffusion par voie hertzienne terrestre, par câble, satellite ou en réseau. Cette cession lui est consentie aux conditions et moyennant le respect des dispositions du protocole en date du 12 octobre 1999 signé entre la SACD et la PROCIREP.

Dans le cas où le présent protocole viendrait à expiration sans être renouvelé, les conditions de ladite cession seraient définies par avenant conclu de bonne foi entre les parties.

- Le droit de reproduire et de représenter, sous réserve du droit moral de l'Auteur-Réalisateur, tous extraits du film ainsi que toutes les photographies dans un but de promotion du film ou par les modes d'exploitation tels que prévus au présent contrat, à l'exclusion de l'exploitation dans un programme multimédia interactif laquelle devra être effectuée conformément à l'alinéa précédent. L'accord préalable et écrit de l'Auteur-Réalisateur est requis pour toute exploitation du film par extrait ou de ses éléments (titres, personnages, décors, costumes, accessoires, affiches, photogrammes, photos...) à des fins publicitaires. La rémunération y afférente sera déterminée de bonne foi entre les parties.
- Le droit d'exploiter tout ou partie de la bande sonore du film sur phonogrammes (supports analogiques ou numériques).
- Le droit d'autoriser la présentation publique du film dans tout marché, festival ou manifestation de promotion.
- Le droit d'exploiter le film par tous moyens et procédés audiovisuels dans les circuits non commerciaux.
- Le droit de reproduire ou de faire reproduire, en toutes langues, des récits du film, illustrés ou non, à condition que ces récits ne dépassent pas 5000 (cinq mille) mots et ne soient destinés qu'à seule fin de publicité et de promotion du film.

C. Le droit de « merchandising »

Le droit d'utiliser tout ou partie des éléments du film (titres, personnages, décors, costumes, accessoires, affiches, photogrammes, photos...) pour réaliser des éléments de merchandising, commerciaux ou non, et de les distribuer :

- en vue de la réalisation de cartes postales, posters ou affiches ;
- en vue de la fabrication de jouets, d'objets ou d'œuvres des arts plastiques ou arts appliqués ;
- en vue de la fabrication ou de la décoration de tous articles, notamment dans les secteurs suivants : papeterie, article de bureau, habillement, ameublement, alimentation, etc.

Pour la réalisation et l'exploitation dans le monde entier des éléments dérivés ci-dessus, et sans préjudice du droit moral de l'Auteur-Réalisateur, le Producteur aura seul qualité pour conclure tout contrat nécessaire à l'exploitation.

III - Droits réservés

Tous les droits non expressément visés au présent article demeurent l'entière propriété de l'Auteur-Réalisateur avec le droit d'en disposer à son gré et sans restriction aucune. L'Auteur-Réalisateur conserve notamment, sans que cette énumération soit limitative, tous ses droits sur le film en vue de représentations théâtrales, d'adaptations radiophoniques et d'éditions littéraires et graphiques sous toutes formes et en toutes langues.

Les droits d'adaptation du film sous une autre forme audiovisuelle (tels le droit de remake ou le droit de suite) sont expressément réservés par l'Auteur-Réalisateur.

Article 3 - DUREE

1. Les droits énumérés à l'article 2 ci-dessus sont cédés à titre exclusif au Producteur pour une durée de ... (.....) années à dater de la signature des présentes.
2. Au cas où dans un délai de ... (.....) années à compter de la signature des présentes, le film n'aurait pas été réalisé - le film étant réputé réalisé au moment de l'établissement de la version définitive prévue à l'article L.121-5, alinéa 1er du code de la propriété intellectuelle - le présent contrat sera résolu de plein droit par la simple arrivée du terme et sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure ou formalité judiciaire quelconque ; l'Auteur-Réalisateur reprendra alors la pleine et entière propriété de tous ses droits, les sommes déjà reçues lui restant, en tout état de cause, définitivement acquises.

Article 4 - REMUNERATION**A - Rémunération proportionnelle****1. Exploitation cinématographique en France dans les salles du secteur commercial**

Conformément aux dispositions de l'article L.132-25 du code de la propriété intellectuelle, la rémunération de l'Auteur-Réalisateur sera constituée par un pourcentage de :

- ... % (..... pour cent)

sur le prix payé par le public au guichet des salles de spectacle cinématographique assujetties à l'obligation d'établir un bordereau de recettes, sous la seule déduction de la TVA et de la TSA.

Afin de tenir compte des tarifs dégressifs de location éventuels accordés par le distributeur aux exploitants, le produit de ce pourcentage sera pondéré, s'il y a lieu, par l'application d'un coefficient calculé en rapportant le taux moyen de location du film depuis le début de l'exploitation, à un taux de référence de 50%.

Par « taux moyen de location du film », on entend, aux termes des présentes, le rapport de la recette distributeur à la recette exploitant, telles qu'apparentes sur les bordereaux du Centre national du cinéma et de l'image animée (sous les titres « encaissement distributeur » et « recettes hors TVA »).

2. Autres exploitations

Pour toutes exploitations du film en France - autres que celle prévue au paragraphe 1 ci-dessus - et dans le reste du monde, l'Auteur-Réalisateur recevra du Producteur, conformément aux articles L.131-4 et L.132-25, 1er alinéa, du code de la propriété intellectuelle, une rémunération proportionnelle en un pourcentage fixé à :

- ... % (..... pour cent) sur les « recettes nettes part producteur ».

Il est toutefois expressément entendu que :

- En cas d'exploitation par télédiffusion telle que définie à l'article 2-II-A ci-dessus
 - a) Pour l'exploitation du film par télédiffusion, le pourcentage ci-dessus ne sera pas dû par le Producteur dans les territoires (mentionnés à l'article 2-II-A ci-dessus) où la SACD intervient directement ou indirectement auprès des télédiffuseurs (et plus généralement de tous fournisseurs de service de média) pour percevoir ou faire percevoir les redevances dues à raison de l'utilisation des œuvres inscrites à son répertoire, la rémunération de l'Auteur-Réalisateur étant alors constituée par lesdites redevances réparties conformément aux règles de la SACD.
 - b) *Pour l'exploitation du film sous forme de pay per view / vidéo à la demande dans le cadre du protocole conclu le 12 octobre 1999, la rémunération de l'Auteur-Réalisateur sera constituée des redevances perçues par la SACD auprès des services de communication audiovisuelle concernés. Cette rémunération sera répartie entre les auteurs du film conformément aux règles de la SACD.*

Par ailleurs, le Producteur versera à l'Auteur-Réalisateur un pourcentage supplémentaire fixé à :

- ... % (..... pour cent) du prix public.

Les recettes encaissées par le Producteur auprès de ces services de communication audiovisuelle seront néanmoins prises en compte pour le calcul de l'amortissement du coût du film.

- Au titre de l'exploitation par vidéogrammes

Le Producteur versera à l'Auteur-Réalisateur un pourcentage de :

- ... % (..... pour cent) sur le prix hors taxes payé par le public.

Pour l'exploitation des vidéogrammes à l'étranger et si le prix public n'est pas déterminable, le Producteur versera à l'Auteur-Réalisateur une rémunération proportionnelle en un pourcentage de :

- ...% (.....pour cent) des « recettes nettes part producteur » à provenir de l'exploitation du film par commercialisation de tous supports destinés à l'usage privé du public.

- Au titre de l'exploitation des making of et des exploitations sous forme de bonus
Au titre de l'exploitation par vidéogrammes des œuvres objet du présent paragraphe, le Producteur versera à l'Auteur-Réalisateur un pourcentage de :

- ... % (.....pour cent) sur le prix hors taxes payé par le public.

Pour l'exploitation des vidéogrammes à l'étranger et si le prix public n'est pas déterminable, le Producteur versera à l'Auteur-Réalisateur une rémunération proportionnelle en un pourcentage de :

- ...% (.....pour cent) des « recettes nettes part producteur » à provenir de l'exploitation du film par commercialisation de tous supports destinés à l'usage privé du public.

Au titre de l'exploitation des making of par télédiffusion, le pourcentage ci-dessous ne sera pas dû par le Producteur dans les territoires (mentionnés à l'article 2-II-A ci-dessus) où la SACD intervient directement ou indirectement auprès des télédiffuseurs (et plus généralement de tous fournisseurs de service de média concernés) pour percevoir ou faire percevoir les redevances dues à raison de l'utilisation des œuvres inscrites à son répertoire, la rémunération de l'Auteur-Réalisateur étant alors constituée par lesdites redevances réparties conformément aux règles de la SACD.

L'Auteur-Réalisateur recevra un pourcentage de ...% (...pour cent) sur les « recettes nettes part producteur » pour l'exploitation par télédiffusion dans les territoires autres que ceux mentionnés à l'article 2-II-A ci-dessus.

Au titre de l'exploitation cinématographique en France dans les salles du secteur commercial des making of, les conditions et modalités de rémunération seront identiques à celles fixées à l'article 4.A.1. Pour l'exploitation cinématographique à l'étranger il sera fait application du pourcentage sur les recettes nettes part producteur prévu à l'alinéa précédent.

- Au titre de l'exploitation d'extraits audiovisuels intégrés dans des programmes multimédia tels que définis à l'article 2-II-B et conformément au protocole conclu le 12 octobre 1999, entre la SACD et la PROCIREP, la rémunération de l'Auteur-Réalisateur sera constituée par un pourcentage de :

- ...% (.....pour cent) sur le prix forfaitaire négocié par le Producteur auprès de l'éditeur, auquel s'ajouteront les redevances perçues par la société commune créée par la SACD et la PROCIREP conformément au protocole précité.

- Exploitation de tout ou partie des éléments du film sous forme de phonogrammes du commerce
En toute hypothèse, que sa contribution soit ou non reprise sur les phonogrammes du commerce, l'Auteur-Réalisateur percevra du Producteur une rémunération proportionnelle aux recettes nettes part producteur égale à celle fixée à l'article 4.A.2. in limine ci-dessus.

Indépendamment de cette rémunération et si tout ou partie de sa contribution est reprise sur les phonogrammes du commerce, le Producteur s'engage à informer préalablement l'Auteur-Réalisateur de toute exploitation phonographique afin de lui permettre d'effectuer les formalités nécessaires – notamment de déclaration de l'œuvre – auprès de la SACEM - SDRM qui percevra et répartira les droits revenant à l'Auteur-Réalisateur en sus de la rémunération visée à l'alinéa précédent.

B - Minimum garanti

A titre d'à-valoir minimum garanti sur le produit des pourcentages prévus en A ci-dessus à la charge du Producteur, celui-ci versera à l'Auteur-Réalisateur une somme de :

- ...€ H.T. (.....euros hors taxes).

Cette somme sera payée selon les modalités de versement définies à l'article 5 ci-dessous et répartie comme suit :

- ... € H.T. (.....euros hors taxes) pour l'écriture du scénario, de l'adaptation et des dialogues ;

- ... € H.T. (.....euros hors taxes) pour la réalisation.

Le Producteur se remboursera de ce minimum garanti sur l'ensemble des sommes dont il sera redevable à l'Auteur-Réalisateur par le jeu des pourcentages prévus ci-dessus.

Le Producteur exercera la compensation jusqu'à complet remboursement, étant précisé que si l'ensemble des sommes revenant à l'Auteur-Réalisateur était inférieur au montant du minimum garanti, le Producteur ne pourrait pas exercer de recours contre l'Auteur-Réalisateur pour la différence.

C - Pourcentage supplémentaire après amortissement

Indépendamment de ce qui est prévu aux paragraphes A et B du présent article, le Producteur s'engage à verser à l'Auteur-Réalisateur, après amortissement du coût du film -c'est-à-dire lorsque le montant des recettes nettes part producteur aura atteint une somme égale au coût du film- un pourcentage supplémentaire fixé à :

- ...% (.....pour cent) des recettes nettes part producteur, et ce sans limitation de sommes ni de durée.

Le pourcentage mentionné ci-dessus s'appliquera sur les recettes nettes part producteur à provenir de l'exploitation totale et sans réserve du film dans le monde entier, y compris l'exploitation cinématographique en France dans les salles du secteur commercial et toutes exploitations par télédiffusion.

D - Exploitation sous forme de « merchandising »

Dans tous les cas où l'exploitation des éléments du film tels que définis à l'article 2-II-C donnera lieu à des recettes en faveur du Producteur, ce dernier versera à l'Auteur-Réalisateur un pourcentage de :

- ...% (.....pour cent) sur les « recettes nettes part producteur ».

Ou à chaque fois que le prix public pourra être déterminable :

-...% (.....pour cent) sur le prix public hors taxes.

E - Rémunération pour copie privée - Gestion collective

Il est précisé, pour autant que de besoin, que l'Auteur-Réalisateur conservera intégralement sa part des redevances à lui revenir au titre du droit à rémunération pour copie privée des oeuvres, notamment celle instituée par l'article L.311-1 du code de la propriété intellectuelle, qu'il percevra directement de la SACD, ainsi que tous les droits qui sont ou seront gérés de manière collective.

Article 5 - REDDITION DES COMPTES - PAIEMENTS

1. La rémunération prévue au titre du minimum garanti à l'article 4 - B ci-dessus fera l'objet des règlements suivants de la part du Producteur :

- **Pour l'écriture du scénario, de l'adaptation et des dialogues**

- ...€ H.T. (.....euros hors taxes) payables

- ...€ H.T. (.....euros hors taxes) payables

- **Pour la réalisation**

- ...€ H.T. (.....euros hors taxes) payables

- ...€ H.T. (.....euros hors taxes) payables

2. Les comptes d'exploitation seront arrêtés semestriellement, les 30 juin et 31 décembre, au cours des cinq premières années d'exploitation, et annuellement, le 31 décembre de chaque année, ensuite. Les comptes seront adressés à la SACD dans le mois de leur date d'arrêt, accompagnés s'il y a lieu du produit des pourcentages revenant à l'Auteur-Réalisateur conformément aux stipulations de l'article 4 ci-dessus. Le Producteur tiendra dans ses livres une comptabilité de production et d'exploitation qui devra être tenue à la disposition de la SACD, le Producteur reconnaissant d'ores et déjà à la SACD le droit de contrôler ladite comptabilité à son siège social à quelque moment que ce soit, à des jours et heures ouvrables, sous réserve d'un préavis de 8 (huit) jours.

La SACD aura tous pouvoirs pour demander, au nom de l'Auteur-Réalisateur, justification des comptes qui lui seront fournis ; conformément à l'article L 132-28, 2ème alinéa, du code de la propriété intellectuelle, le Producteur sera notamment tenu de fournir à la SACD, sur simple demande, la copie de tout contrat par lequel il céderait à des tiers tout ou partie des droits dont il dispose relativement au film objet des présentes.

3. Tous les règlements devront être effectués, pour le compte de l'Auteur-Réalisateur, en chèques établis à l'ordre de la SACD, 11 bis rue Ballu, à Paris (75009).

Toutes les sommes dues seront majorées de la TVA, au taux et dans les conditions légales en vigueur.

Aucune déduction ne devra être opérée par le Producteur au titre du précompte de sécurité sociale, de la CSG (contribution sociale généralisée) et du CRDS (contribution remboursement de la dette sociale) sur les sommes versées à l'Auteur-Réalisateur, la SACD ayant elle-même reçu mandat de l'AGESSA pour prélever les cotisations dues à cet organisme ; ce mandat s'étendant à la perception de la contribution des diffuseurs et celle de la cotisation retraite (RACD), toute somme payée à la SACD, pour le compte de l'Auteur-Réalisateur, sera majorée desdites contributions, aux taux en vigueur.

4. Faute par le Producteur de rendre les comptes ou de payer l'une quelconque des sommes dont il est redevable envers l'Auteur-Réalisateur en vertu des présentes aux échéances prévues, et 15 (quinze) jours après l'envoi par la SACD d'une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception restée sans effet, le présent contrat sera résolu de plein droit, si bon semble à l'Auteur-Réalisateur et à la SACD, l'Auteur-Réalisateur recouvrant alors l'entière propriété de tous ses droits d'auteur, et ce sans formalité ni réserve. De plus, l'Auteur-Réalisateur pourra, si besoin est, cesser sa collaboration prévue aux présentes, les sommes déjà reçues lui restant définitivement acquises, et les sommes encore dues par le Producteur devenant immédiatement exigibles, sous réserve de tous dommages-intérêts éventuels.

Article 6 - PUBLICITE

1. Dans toute la publicité du monde entier, quelle qu'elle soit (affiches, panneaux, placards, publicité dans la presse, programmes, dossiers de presse, etc.) ainsi que sur le générique de début et de fin du film et sur le film-annonce, le nom de l'Auteur-Réalisateur sera obligatoirement cité dans les caractères les plus favorisés, de la façon suivante, immédiatement avant ou après le titre du film :
- 2.

SCENARIO - ADAPTATION - DIALOGUES

.....

UN FILM REALISE PAR

.....

Tous les caractères du prénom et du nom de l'Auteur-Réalisateur devront être de même hauteur, même largeur et même grosseur.

Sur le générique de début du film et le film-annonce, les mentions ci-dessus feront l'objet d'un carton seul et fixe si ce procédé est utilisé.

Dans toute la publicité, la mention du nom d'un interprète ou de tout autre collaborateur devra obligatoirement comporter la mention du nom de l'Auteur-Réalisateur dans les conditions prévues ci-dessus.

Toutefois, en dehors de la publicité standard ci-dessus énumérée, le Producteur se réserve le droit de faire une publicité spéciale de lancement dérivant d'un slogan publicitaire ou d'une phrase dite d'accrochage ne comportant, par exemple, que le titre du film, mais ne permettant la mention d'aucun nom.

3. Le Producteur prend la responsabilité de l'exécution des présentes dispositions pour la publicité faite par lui-même ou ses distributeurs et s'engage à en imposer le respect aux exploitants.
Le Producteur ne saurait toutefois être tenu pour responsable de la publicité faite par ces derniers en dehors du matériel publicitaire fourni par lui-même ou ses distributeurs ; en conséquence, l'Auteur-Réalisateur est d'ores et déjà autorisé à agir directement vis-à-vis des ayants droit du Producteur en cas de manquement aux présentes dispositions.

Article 7 - REALISATION

1. Le découpage technique établi par l'Auteur-Réalisateur devra être remis au Producteur de façon telle qu'un plan de travail puisse être établi d'un commun accord entre l'Auteur-Réalisateur et le Producteur.
Une fois ce plan de travail établi, l'Auteur-Réalisateur s'engage, en ce qui le concerne, à ce qu'il soit respecté en cours de réalisation.
2. Le choix des principaux interprètes, techniciens et collaborateurs, du compositeur de la musique, sera fait d'un commun accord entre l'Auteur-Réalisateur et le Producteur.
Les studios, lieux de tournage, lieux d'extérieurs, seront également choisis d'un commun accord entre le Producteur et l'Auteur-Réalisateur. La mise en scène se fera sous la direction exclusive de l'Auteur-Réalisateur.
3. L'Auteur-Réalisateur aura la direction du montage du film ; il assurera donc la direction artistique et technique de tous travaux de finition, montage, enregistrement musical, raccords éventuels, postsynchronisation, mixage, etc. jusqu'à l'établissement de la version définitive du film prévue à l'article L.121-5 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle.

Article 8 - CONSERVATION DES ELEMENTS AYANT SERVI A LA REALISATION DU FILM
(Article L 132-24, dernier alinéa, du code de la propriété intellectuelle)

1. Le Producteur s'engage à assurer la sauvegarde et la conservation permanentes en France, dans un laboratoire ou organisme habilité (Service des Archives Cinématographiques, Cinémathèque Française, INA...) :
 - du négatif image et son du film ;
 - de l'internégatif s'il a été établi ou, à défaut d'une copie positive en parfait état.

Le Producteur sera tenu d'indiquer à l'Auteur-Réalisateur, sur simple demande, le lieu de dépôt de ces éléments.

2. Par ailleurs, le Producteur s'engage à notifier à l'Auteur-Réalisateur, par lettre recommandée avec accusé de réception, son intention de faire procéder à la destruction de tout élément de négatif image et son non intégré dans la version définitive ainsi que de tout élément de montage et de mixage. Faute d'une réponse de l'Auteur-Réalisateur dans un délai de 15 (quinze) jours suivant l'envoi de ladite notification, aux termes de laquelle l'Auteur-Réalisateur proposerait de prendre financièrement à sa charge le stockage de ces éléments, le Producteur pourra procéder à leur destruction.
3. Si le film est exploité sous cette forme, 5 (cinq) exemplaires du film en DVD (ou tout autre nouveau support commercialisé) seront remis à l'Auteur-Réalisateur, gratuitement, pour son usage personnel et privé ainsi qu'un minimum de 5 (cinq) invitations pour la première présentation publique du film.

Article 9 - PROTECTION DES DROITS

1. Sous réserve des apports aux sociétés d'auteurs et des droits propres des coauteurs éventuels, l'Auteur-Réalisateur garantit au Producteur, mais ce sans préjudice des dispositions de l'article 2-III, l'exercice paisible des droits cédés et notamment :
 - qu'il n'introduira dans son travail aucune réminiscence ou ressemblance pouvant violer les droits d'un tiers ;
 - qu'il n'a fait ni ne fera aucun acte susceptible d'empêcher ou de gêner la pleine jouissance par le Producteur des droits que lui confère la présente cession.
2. Le Producteur aura, par le fait des présentes, le droit de poursuivre toute contrefaçon, imitation ou exploitation, sous quelque forme que ce soit de l'œuvre objet des présentes, dans la limite des droits cédés aux termes du présent contrat, mais à ses frais, risques et périls et à sa propre requête.
3. Il est bien entendu que l'Auteur-Réalisateur ne garantit les droits cédés que dans la mesure et les limites où la propriété littéraire et artistique est reconnue et assurée par la législation, les usages et la jurisprudence locale de chaque pays.
4. L'Auteur-Réalisateur accepte de fournir toute attestation qui pourrait être demandée par le Producteur pour les organismes officiels français ou étrangers auxquels le Producteur aurait à remettre ladite attestation.
5. L'Auteur-Réalisateur autorise dès à présent, dans le cadre de l'exercice de son droit moral tel que défini notamment par les articles L.121-1 et L.121-5 du code de la propriété intellectuelle, l'insertion dans le film, à l'occasion de son exploitation et notamment de sa télédiffusion, de messages publicitaires intéressant toutes firmes, marques de produits ou de services et ce, dans le strict respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.
De même, l'Auteur-Réalisateur accepte expressément la présence à l'écran, au cours de la diffusion du film, de la marque distinctive ou « logo » du télédiffuseur ainsi que celle de la signalétique relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence.

L'Auteur-Réalisateur est également avisé que le film pourra faire l'objet d'opérations de parrainage ou « sponsoring », ce qu'il déclare accepter.

Article 10 - INSCRIPTION AUX REGISTRES DU CINEMA ET DE L'AUDIOVISUEL ET DELEGATION

1. Le Producteur s'engage à inscrire la présente convention aux Registres du Cinéma et de l'Audiovisuel, conformément aux articles L. 122-1 et L. 123-1 du code du cinéma et de l'image animée. Justification de cette inscription devra être fournie par le Producteur à la SACD dans le mois de la signature des présentes.
2. Le Producteur déclare formellement n'avoir accordé sur le film objet des présentes, aucun droit,

gage, nantissement, délégation ou privilège quelconques, susceptibles de faire obstacle à l'exécution de la présente convention, et s'interdit d'en consentir aucun à l'avenir. Le Producteur délègue dès à présent à l'Auteur-Réalisateur, dans le cadre des dispositions du code du cinéma et de l'image animée, et notamment des articles L. 123-1 à L. 124-2 dudit code, ce que l'Auteur-Réalisateur accepte, le montant des produits du film de quelque nature qu'ils soient, à concurrence des rémunérations prévues à l'article 4 ci-dessus, et ce par préférence et antériorité à lui-même et à tous autres. En vertu de cette délégation, et conformément à l'article L. 124-2 du code du cinéma et de l'image animée, l'Auteur-Réalisateur pourra, s'il y a lieu, encaisser seul et directement, de tous débiteurs et de toute personne qu'il appartiendra, les recettes déléguées.

Toutefois, en ce qui concerne les pourcentages prévus à l'article 4 - A ci-dessus, ladite délégation ne produira ses effets, sur les sommes à provenir de l'exploitation du film, que lorsque le Producteur aura pu se rembourser du minimum garanti versé à l'Auteur-Réalisateur.

Article 11 - RETROCESSION A UN TIERS

Le Producteur aura la faculté de rétrocéder à tout tiers de son choix le bénéfice et les charges de la présente convention, notamment dans le cadre d'une coproduction franco-étrangère, à la condition de notifier ladite rétrocession à l'Auteur-Réalisateur par lettre recommandée avec accusé de réception adressée à la SACD dans les 15 (quinze) jours de la signature de l'acte de rétrocession, et d'imposer au cessionnaire le parfait respect des obligations découlant de la présente convention et le maintien des conditions de production telles qu'elles ont été définies d'un commun accord entre l'Auteur-Réalisateur et le Producteur.

Le Producteur sera tenu de joindre à la lettre de notification susvisée, copie du contrat de coproduction et/ou du contrat de rétrocession, et ce en application de l'article L.132-28, 2ème alinéa, du code de la propriété intellectuelle.

Article 12 - ATTRIBUTION D'UN NUMERO INTERNATIONAL D'IDENTIFICATION DE L'ŒUVRE AUDIOVISUELLE (ISAN)

Le Producteur s'engage à enregistrer à sa charge le film auprès de l'Agence Française ISAN aux fins d'obtenir de cette dernière l'attribution d'un numéro international d'identification ISAN (International Standard Audiovisual Number), et ce au plus tard avant la première communication au public du film.

A la demande de l'Auteur-Réalisateur ou de la SACD, le Producteur sera tenu d'indiquer à l'Auteur-Réalisateur ledit numéro ISAN du film.

Article 13 - MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

En application des dispositions de l'article L.131-9 du code de la propriété intellectuelle, l'Auteur-Réalisateur reconnaît que le Producteur aura la faculté, sans préjudice des dispositions de l'article L.311-1 du code de la propriété intellectuelle consacré à la rémunération pour copie privée, dans le cadre de toute exploitation numérique qui serait faite du film et/ou de ses éléments accessoires conformément à l'article 2 des présentes, et en particulier dans le cadre de toute exploitation en vidéo à la demande du film et ou de ses éléments accessoires (en diffusion linéaire (streaming) et ou en téléchargement temporaire et/ou définitif), de recourir à toutes mesures techniques de protection (et notamment mais non exclusivement à tous procédés de cryptage et/ou de détection et de blocage territorial) telles que ces mesures sont définies et autorisées à l'article L.331-5 du code de la propriété intellectuelle d'une part, et à toutes mesures techniques d'information du film (et notamment mais non exclusivement à tous procédés de marquage et/ou de tatouage numérique/ watermarking) telles que ces mesures sont définies et autorisées à l'article L.331-11 du code de la propriété intellectuelle d'autre part, et ce aux fins d'empêcher toute copie illicite, de veiller au respect de la territorialité des droits qui sont concédés au Producteur et/ou qu'il accordera à tout tiers et plus généralement de veiller au respect des droits de l'Auteur-Réalisateur et/ou du Producteur sur le film et ses éléments accessoires. Sur demande écrite de l'Auteur-Réalisateur, le Producteur communiquera à ce dernier les caractéristiques essentielles des mesures de protection et/ou d'information ainsi utilisées.

Article 14 - CLAUSE RESOLUTOIRE

Faute d'exécution de l'une quelconque des stipulations des présentes (à l'exception de celles définies à l'Article 5-4 ci-dessus qui comporte une clause de résolution pour défaut de paiement et reddition des comptes), après une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception restée sans effet dans les 15 (quinze) jours de son envoi, le présent contrat sera résolu de plein droit aux torts et

griefs de la partie défaillante, par simple lettre recommandée avec accusé de réception sans autre formalité judiciaire, si bon semble à l'autre partie, sous réserve de tous dommages-intérêts éventuels. Dans l'hypothèse d'une mise en demeure à l'attention de l'Auteur-Réalisateur, la lettre recommandée avec accusé de réception sera envoyée à la SACD.

Article 15 - CLAUSE COMPROMISSOIRE

Tout différend qui viendrait à se produire, en suite ou à l'occasion du Contrat concernant notamment sa validité, son interprétation ou/et son exécution, sera réglé par voie de médiation et, s'il y a lieu, d'arbitrage, conformément aux règlements de l'Association de médiation et d'arbitrage des professionnels de l'audiovisuel (AMAPA) que les Parties déclarent accepter, en leur qualité de professionnels.

Les parties acceptent d'ores et déjà qu'il soit fait application des règlements de médiation et d'arbitrage de l'AMAPA dans leur rédaction à la date du litige.

Il est rappelé que les Arbitres choisis statueront en amiables compositeurs, c'est-à-dire en équité par application des usages professionnels.

Les parties se réservent expressément la faculté de faire appel de la décision des Arbitres et déclarent pour cela faire attribution de compétence à la Cour d'appel de Paris.

Article 16 - ELECTION DE DOMICILE

A l'effet des présentes, les parties élisent domicile aux adresses visées en tête du présent contrat.

Fait en QUATRE exemplaires,
dont un pour les Registres du
Cinéma et de l'Audiovisuel
Paris, le

L'Auteur-Réalisateur

Pour le Producteur

Pour la SACD

Annexe 5 – Contrat d'édition musicale

Entre les soussignés :

M.

ci-après dénommé(e)s l'AUTEUR, d'une part,

et :

ci-après dénommé(e)s l'ÉDITEUR, d'autre part,

Il a été convenu ce qui suit :

CLAUSES GÉNÉRALES

ARTICLE I.- 1° L'AUTEUR cède à l'ÉDITEUR, qui l'accepte, selon les modalités et conditions ci-après définies, sous réserve en particulier des droits antérieurement consentis par lui aux Sociétés d'Auteurs et à l'exception des attributs d'ordre intellectuel et moral attachés à sa personne, son droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, sur l'OEUVRE suivante, dont l'AUTEUR est propriétaire, ainsi que sur le titre de cette OEUVRE :
ci-dessus et ci-après dénommée l'OEUVRE.

2° Le droit de propriété ainsi cédé comportant, sous les réserves et conditions précitées, la totalité du droit exclusif d'exploitation de l'OEUVRE sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, comprend notamment, sous les mêmes réserves et conditions, la totalité du droit de reproduction et la totalité du droit de représentation et d'exécution publique et, d'une manière générale, la totalité des droits qui sont et seront reconnus et attribués aux Auteurs sur leurs oeuvres par les dispositions législatives ou réglementaires et les décisions judiciaires et arbitrales de tous pays ainsi que par les Conventions internationales actuelles et futures.

3° Il est expressément précisé que le droit exclusif d'exploitation ainsi cédé comprend également l'exploitation du titre de l'OEUVRE, et que l'AUTEUR s'interdit de faire usage de ce titre et d'en laisser faire usage par qui que ce soit, de quelque manière et à quelque fin que ce soit. L'utilisation du titre de l'OEUVRE comme titre d'un ouvrage relevant d'un autre genre, tel que film, roman, pièce de théâtre, etc. ne pourra intervenir que sur accord conjoint de l'AUTEUR et de l'ÉDITEUR.

ARTICLE II.- La présente cession est consentie par l'AUTEUR à l'ÉDITEUR pour l'univers entier.

ARTICLE III.- 1° La présente cession est consentie pour toute la durée de la protection actuellement accordée et qui sera accordée dans l'avenir aux auteurs, à tous leurs successeurs, héritiers et ayants droit par les dispositions législatives ou réglementaires et les décisions judiciaires ou arbitrales de tous les pays ainsi que par les Conventions internationales actuelles et futures, quel que soit le motif d'une extension ou d'une prolongation de la durée de la protection et même si une telle mesure était motivée par des considérations propres à la personne des auteurs.

2° Il est précisé, en tant que de besoin, que la présente cession comprend également toutes les périodes successives de protection actuellement instituées et qui viendraient à être instituées dans l'avenir au profit des auteurs, de leurs successeurs, héritiers et ayants droit dans l'univers.

3° Il est aussi précisé, en tant que de besoin, que la présente cession comprend notamment la cession par l'AUTEUR à l'ÉDITEUR, à titre exclusif et irrévocable, du droit de Copyright prévu par la législation des États-Unis. En conséquence, l'ÉDITEUR est subrogé à titre exclusif dans le droit de l'AUTEUR de prendre le Copyright original, et de faire tous dépôts et inscriptions utiles au Bureau du Copyright à Washington et ce conformément aux stipulations de la législation américaine.

ARTICLE IV.- 1° L'AUTEUR garantit l'ÉDITEUR contre tous troubles, revendications et évictions quelconques, l'exercice paisible et exclusif du droit de propriété qu'il lui a cédé présentement et s'engage envers lui à faire respecter ce droit et à le défendre contre toutes les atteintes qui lui seraient portées.

2° L'AUTEUR déclare qu'il n'a introduit dans son OEUVRE aucune reproduction ou réminiscence susceptibles de violer les droits de tiers et qu'il ne l'a cédée ni hypothéquée antérieurement. Il s'engage à indemniser, le cas échéant, l'ÉDITEUR de toutes réclamations fondées et de toutes dépenses ou dommages qui pourraient en résulter pour lui à la suite de telles réclamations.

3° L'AUTEUR s'engage, en ce qui le concerne, et oblige ses héritiers, successeurs et ayants droit, à fournir à l'ÉDITEUR, sur simple demande de ce dernier, tous pouvoirs et documents à remplir, toutes formalités que l'ÉDITEUR estimerait nécessaires afin de lui permettre de s'assurer l'exercice paisible et exclusif du droit de propriété par lui acquis et de le faire respecter par tous.

4° En outre, à l'appui de sa garantie l'AUTEUR donne dès maintenant à l'ÉDITEUR, en tant que de besoin, un pouvoir général et irrévocable, annexé au présent contrat, destiné à lui permettre d'agir en toutes circonstances et occasions en vue de sauvegarder l'exercice du droit de propriété dont il est devenu cessionnaire.

5° L'AUTEUR reconnaît que l'ÉDITEUR ne pourra jamais être tenu pour responsable ni être privé, en totalité ou en partie, du bénéfice du présent contrat par lui ni par ses successeurs, héritiers et ayants droit en cas d'échec des pourparlers, actions judiciaires et arbitrages auxquels l'ÉDITEUR aurait jugé utile de participer tant en demande qu'en défense à l'occasion de l'exercice du droit de propriété qui lui est présentement cédé.

ARTICLE V.- L'AUTEUR reconnaît en tant que de besoin, que l'ÉDITEUR peut autoriser des mandataires, des représentants ou des agents choisis par lui à exercer tout ou partie du droit de propriété qui lui est présentement cédé.

DROIT DE REPRODUCTION

Article VI.- Le droit exclusif de reproduction compris dans le droit de propriété cédé présentement par l'AUTEUR à l'ÉDITEUR concerne tous les procédés de fixation matérielle de l'OEUVRE connus et non encore connus qui permettent et permettront de communiquer cette OEUVRE au public d'une manière directe ou indirecte, notamment la copie, la gravure, l'imprimerie, le dessin, la photographie, l'enregistrement mécanique, électrique, magnétique, cinématographique, vidéographique, sans que ces indications soient limitatives.

ARTICLE VII.-1° en conséquence de la cession faite présentement par l'AUTEUR de son droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, tel que défini à l'article 1 (1° et 2° ci-dessus), à l'ÉDITEUR, celui-ci a le droit, à l'exclusion de quiconque, de reproduire, éditer, publier, vendre, louer, mettre en circulation de quelque manière que ce soit et partout où bon lui semblera toutes reproductions de l'OEUVRE, dans telle forme et telle publication que ce soit, et d'autoriser qui que ce soit à en effectuer et mettre en circulation des reproductions de toute nature.

2° L'ÉDITEUR a également le droit exclusif de reproduire, éditer, publier, vendre, louer, mettre en circulation de quelque manière que ce soit et partout où bon lui semblera, toutes traductions, adaptations à l'exception des adaptations audiovisuelles qui font l'objet du contrat de cession du droit d'adaptation audiovisuelle conformément à l'article 10-II de la loi du 3 juillet 1985, versions, transcriptions, réductions, ainsi que tous arrangements, abrégés, fragments, extraits de l'OEUVRE.

3° L'ÉDITEUR a le droit d'autoriser qui que ce soit à effectuer et mettre en circulation tout ou partie des reproductions et publications visées dans les paragraphes 1° et 2° du présent article.

4° Toutefois, l'AUTEUR ayant apporté son droit de reproduction mécanique à la SACEM ou à l'ACE, ou ayant confié l'administration dudit droit, par voie d'apport ou de mandat, à la SDRM ou tout autre organisme, il est expressément entendu que la gérance du droit de reproduction mécanique sur l'OEUVRE sera exercée par l'organisme à cette habilité en vertu des contrats d'apport ou de mandat souscrits, et ce pendant la période de validité de ces contrats.

ARTICLE VIII.-1° L'AUTEUR s'engage à remettre à l'ÉDITEUR dans un délai de quinze jours le manuscrit complet de l'OEUVRE dans une forme complètement achevée qui en permette la reproduction graphique normale telle que prévue à l'article X ci-après, faute de quoi le présent contrat sera purement et simplement résilié si l'ÉDITEUR le désire.

2° L'ÉDITEUR pourra n'accepter d'effectuer les modifications que l'AUTEUR désirerait apporter à l'OEUVRE pendant la fabrication des reproductions de celle-ci ou après sa publication que si l'AUTEUR le dédommage des frais de toute nature occasionnés par ces modifications.

ARTICLE IX.- 1° L'AUTEUR à qui seront envoyées les épreuves s'engage à les lire et à les retourner corrigées dans un délai maximum de quinze jours, la dernière épreuve étant revêtue du bon à tirer. Au cas où l'AUTEUR ne retournerait pas les épreuves dans le délai prévu l'ÉDITEUR pourra confier aux frais de l'AUTEUR les épreuves à un correcteur de son choix et procéder au tirage.

En aucun cas, l'ÉDITEUR ne sera rendu responsable par l'AUTEUR des fautes qui seraient relevées dans les reproductions de l'OEUVRE publiées par lui avec ou sans son autorisation.

ARTICLE X.- L'ÉDITEUR s'engage envers l'AUTEUR à assurer à l'OEUVRE une exploitation permanente et suivie ainsi qu'une diffusion commerciale conforme aux usages de l'Édition Musicale Française.

La première reproduction graphique de l'OEUVRE sera effectuée à un minimum de CENT exemplaires.

DROITS DE REPRÉSENTATION ET D'EXÉCUTION PUBLIQUE

ARTICLE XI.- 1° Il est ici rappelé qu'aux termes de l'article 1 du présent contrat la cession faite à l'ÉDITEUR par l'AUTEUR de son droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, à l'exception des attributs d'ordre intellectuel et moral compris dans ce droit, sur l'OEUVRE, comprend, sous la réserve figurant audit article 1, la cession de la totalité du droit de représentation et d'exécution publique de l'AUTEUR sur ladite OEUVRE et que cette cession est soumise à toutes les clauses générales inscrites dans le présent contrat.

2° Par conséquent, sous réserve des apports faits ou des mandats donnés respectivement par les parties, à la SACEM et/ou à tout autre organisme à cette habilité en vertu des contrats d'apport ou de mandat souscrits et ce pendant la période de validité, la présente cession confère à l'ÉDITEUR le droit exclusif d'autoriser lui-même, ou par des mandataires, représentants et agents choisis par lui, la communication au public de l'OEUVRE, par tous les procédés et moyens actuellement connus ainsi que par ceux qui pourraient être découverts dans l'avenir et notamment, sans que ces indications soient limitatives, par voie de :

-Récitation publique - Exécution lyrique - Représentation dramatique - Présentation publique-Projection publique- Transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée - Télédiffusion au sens de l'article 9 de la loi du 3 juillet 1985.

ARTICLE XII.- 1° L'AUTEUR cède à l'ÉDITEUR le TIERS (1/3) des sommes dues au titre des droits d'exécution publique de l'oeuvre.

2° Aussi longtemps que les parties contractantes seront l'une ou l'autre membre de la SACEM, les effets de la cession du droit de représentation et d'exécution publique faite présentement par l'AUTEUR à l'ÉDITEUR seront régis par les accords conclus entre les parties contractantes et la SACEM tels que ces accords résultent notamment des Statuts et du Règlement général de cette Société ainsi que l'acte d'adhésion de chacune des parties contractantes à celle-ci.

3° Par suite, aussi longtemps que les parties contractantes seront l'une ou l'autre membres de la SACEM, cette société aura seule qualité pour administrer le droit de représentation et d'exécution publique et pour conférer notamment aux entrepreneurs de spectacles publics l'autorisation de communiquer au public l'OEUVRE, fixer les conditions pécuniaires de l'autorisation délivrée, percevoir les redevances résultant de ces conditions pécuniaires et les répartir entre l'AUTEUR et l'ÉDITEUR.

4° les parties contractantes se réservent leurs droits respectifs dans la SACEM aussi longtemps que l'une et l'autre en seront membres, étant précisé que les droits cédés par l'AUTEUR à l'ÉDITEUR en vertu du présent contrat comprennent pour l'ÉDITEUR celui de recevoir de la SACEM dans les conditions fixées par les Statuts et Règlements généraux de celle-ci le tiers des redevances perçues par cette Société à l'occasion des communications de l'OEUVRE au public.

5° Dans le cas où la SACEM viendrait à être dissoute ainsi que dans celui où l'AUTEUR et l'ÉDITEUR auraient donné leur démission de la SACEM, comme dans celui où ni l'un ni l'autre ne lui renouvellerait son adhésion à l'expiration d'une période sociale de cette Société, mais encore, d'une manière absolument générale, dans tous les cas où pour quelque cause que ce soit, la SACEM

n'aurait plus qualité pour exercer pour le compte d'aucune des parties contractantes, le droit de représentation et d'exécution publique, la mise en gérance du droit auprès d'une ou d'autres sociétés d'auteurs ne pourrait intervenir que sur accord conforme de l'ÉDITEUR et de l'AUTEUR. En cas de désaccord, chacune des parties pourrait confier la gérance de la part de redevance lui revenant à la Société de son choix et en faire apport à ladite Société.

ARTICLE XIII.- 1° Afin de faciliter l'exploitation éventuelle à l'étranger de l'OEUVRE par un éditeur membre d'une société de perception étrangère ayant un traité de réciprocité avec la Société d'Auteurs des ayants droit originaux, l'AUTEUR donne, dès à présent, pleins pouvoirs à l'ÉDITEUR pour passer avec ledit éditeur un accord en vertu duquel les droits de représentation et d'exécution publique perçus par la Société fonctionnant dans le pays concédé seront partagés dans une proportion pouvant atteindre 50% (cinquante pour cent) au profit des ayants droit nouveaux, membres de la société étrangère considérée.

2° Dans le même but, en ce qui concerne les redevances provenant des droits mécaniques consentis à l'AUTEUR par l'ÉDITEUR en vertu de l'art.XVI du présent contrat, il est entendu que dans les cas de traduction et d'adaptation ou de sous-édition ou d'agence à l'étranger, ces redevances peuvent être réduites jusqu'à concurrence de 60% (soixante pour cent) des pourcentages fixés par l'article XVI ci-dessous au profit des ayants droit nouveaux.

ARTICLE XIV.- 1° Aussi longtemps qu'il sera membre de la SACEM, l'ÉDITEUR aura qualité et pouvoir de déclarer au répertoire de celle-ci tout arrangement, extraits, abrégés, toutes réductions, adaptations, versions et traductions de l'OEUVRE publiés ou autorisés par lui.

2° En ce cas, la part d'arrangeur, d'adaptateur ou de traducteur sera attribuée conformément aux Statuts et Règlement général de la SACEM après signature du bulletin de déclaration par l'AUTEUR.

ARTICLE XV.- Le cas échéant, l'ÉDITEUR percevra sa part sur toutes les recettes provenant de l'exploitation de l'OEUVRE afférente à une période d'exploitation antérieure à la présente cession et non encore réparties à l'AUTEUR.

RÉMUNÉRATION DE L'AUTEUR

ARTICLE XVI.- En rémunération de la cession de son droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, à l'exception des attributs d'ordre intellectuel et moral compris dans ce droit que l'AUTEUR lui consent en vertu de l'article I du présent contrat, l'ÉDITEUR s'engage à verser à l'AUTEUR :

1° Une redevance de ... pour cent (... %) calculée :

-a) sur les prix de vente en gros H.T de chaque exemplaire graphique de l'OEUVRE ou de ses arrangements publiés par l'ÉDITEUR et vendu par lui. Dans l'établissement des comptes, 100 (cent) exemplaires de chaque édition sont comptés comme 90 (quatre vingt dix), en raison du nombre d'exemplaires distribués gratuitement, de la passe, des exemplaires invendables, détériorés ou défaits.

-b) au prorata des oeuvres incluses sur le prix de vente en gros HT des albums contenant l'OEUVRE,

-c) sur toute recette nette perçue par l'ÉDITEUR, si l'exploitation est faite par lui-même, à l'occasion de l'exploitation de l'OEUVRE et de tous arrangements de cette OEUVRE sous une forme, par un moyen et dans un but non mentionnés dans le présent contrat, ni même prévisible à la date de sa signature, mais que, l'AUTEUR reconnaît et l'accepte expressément, l'ÉDITEUR peut et pourra utiliser sans aucune exception ni réserve, en vertu de la cession que l'AUTEUR lui fait par l'article I du présent contrat, pour le présent et pour l'avenir, de la totalité de son droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, à l'exception des attributs d'ordre intellectuel et moral compris dans ce droit sur l'OEUVRE.

L'ÉDITEUR est autorisé, après en avoir informé l'AUTEUR, à supprimer par pilonnage, solde ou tous autres moyens, une partie des formats en stocks, si l'exploitation ne justifie plus les réimpressions ou stockages, en gardant seulement un nombre suffisant d'exemplaires pour satisfaire aux demandes éventuelles et répondre à l'obligation prévue à l'article X ci-dessus.

2° Une redevance de ... pour cent (... %) calculée :

-a) sur les recettes nettes perçues par l'ÉDITEUR pour les licences d'exploitation par lui consenties à des tiers ainsi que sur les recettes d'exploitation de l'OEUVRE mentionnées dans le paragraphe 1° c) du présent article, si l'ÉDITEUR ne fait pas l'exploitation lui-même,

-b) sur le produit net des recettes perçues pour le compte de l'ÉDITEUR ou par lui-même, à l'occasion de la fabrication, de la vente, de la location et de l'utilisation pour des communications directes ou indirectes de cette oeuvre au public par des tiers, d'exemplaires d'un enregistrement mécanique, électrique, magnétique ou chimique de l'OEUVRE et de tous arrangements de l'OEUVRE autorisés par l'ÉDITEUR, à l'exception des films de toute nature. Il est toutefois entendu que la redevance fixée au présent alinéa ne sera pas due par l'ÉDITEUR pour celles des opérations précitées qui donneraient lieu d'autre part à la perception d'une redevance au profit de l'AUTEUR lui-même,

-c) sur le produit net des recettes perçues par l'ÉDITEUR ou pour son compte à l'occasion des adaptations et des reproductions cinématographiques réalisées par tout moyen technique de l'OEUVRE ou de ses arrangements accompagnant l'image filmée dans ces films destinés à être présentés à la vision du public par quelque procédé que ce soit, notamment par la télévision. Il est toutefois entendu que la redevance fixée au présent alinéa ne sera pas due par l'ÉDITEUR pour celles des opérations précitées qui donneraient lieu d'autre part à la perception d'une redevance au profit de l'AUTEUR lui-même.

-d) sur la rémunération pour copie privée⁷⁷ des phonogrammes et vidéogrammes sur lesquels l'OEUVRE est fixée. Il est entendu que la redevance prévue à l'article XIV 2° sera versée à l'AUTEUR par la société de perception et de répartition des droits dont il est membre.

3° Une redevance de ... pour cent (... %) calculée :

sur toutes les sommes nettes perçues par l'ÉDITEUR en cas de sous-édition à l'étranger.

4° Dans le cas de publication de l'OEUVRE en format orchestre, une redevance de vingt (20) francs pour la publication, la distribution et la vente des formats orchestre, conformément à l'article 35 alinéa 3 de la loi du 11 mars 1957.

5° En cas d'adaptation sans sous-édition, dans un pays autre qu'un territoire de langue française, la redevance provenant des droits mécaniques, consentie à l'adaptateur, sera prise à raison de 80% sur la redevance de l'AUTEUR et à raison de 20% sur la redevance de l'ÉDITEUR.

Les recettes nettes ainsi que les produits nets spécifiés aux paragraphes 2a, b, c et 3 du présent article seront établies après déduction de tous frais de perception, de contrôle, de répartition, de toutes commissions et retenues, de tous impôts et de toutes taxes, tant actuellement que dans l'avenir et dans l'univers.

ARTICLE XVII.- 1° Les comptes seront arrêtés le 31 décembre de chaque année, et le règlement aura lieu dans le courant du trimestre qui suivra cette date, étant précisé que les états de royauté rendus à l'AUTEUR ne comporteront que le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice, la date et l'importance des tirages, le nombre des exemplaires en stock ainsi que le nombre des exemplaires inutilisables ou détruits par cas fortuit ou force majeure.

2° L'AUTEUR ne pourra plus présenter de réclamation concernant les décomptes et le paiement après un an à compter de l'envoi de ceux-ci sauf s'il s'est avéré que l'AUTEUR n'a pu les recevoir.

3° Le versement des redevances et des participations, calculées sur des recettes encaissées par un tiers choisi à cet effet à la fois par l'ÉDITEUR et par l'AUTEUR, sera effectué directement à celui-ci par ce tiers. L'AUTEUR reconnaît expressément qu'en ce cas l'ÉDITEUR ne sera aucunement responsable envers lui du versement ni de l'exactitude du produit des participations dont il s'agit.

ATTRIBUTION DE JURIDICTION

ARTICLE XIX.- Le présent accord est régi par la loi française.- Attribution de juridiction est faite expressément aux tribunaux français.

Fait à Paris,

En (...) exemplaires originaux, le ...

Annexe 6 – Contrat de production audiovisuelle proposé par la SCAM

IL A ÉTÉ CONVENU ET ARRÊTÉ CE QUI SUIT :

ARTICLE 1^{er} – OBJET DU CONTRAT

1.1

Le Producteur charge l'Auteur, qui l'accepte, de rédiger un texte original et de réaliser l'œuvre audiovisuelle objet du présent contrat –et ci-après désignée par « l'œuvre audiovisuelle »– dont les caractéristiques sont les suivantes :

- . titre (provisoire ou définitif) :
- . durée approximative : minutes.
- . format de tournage :
- . genre :
- . thème :
- . nature de la première exploitation prévue⁷¹² :
 - télédiffusion, chaîne :
 - édition vidéographique, éditeur :
 - autre :

Toutes les caractéristiques de l'œuvre audiovisuelle, telles qu'énumérées ci-dessus, seront en tout état de cause déterminées d'un commun accord entre l'Auteur et le Producteur.

1.2

L'Auteur remettra le texte au Producteur au plus tard le

1.3

Le Producteur s'engage à communiquer à l'Auteur le budget même prévisionnel de l'œuvre audiovisuelle et tous les remaniements qui y seraient apportés du fait de l'obtention de subventions, d'une coproduction, d'un préachat ou de tout autre événement qui serait de nature à modifier le budget affecté à sa production ou à son exploitation.

1.4

Le choix du ou des coauteurs éventuels, des techniciens ou de tout autre participant à l'élaboration de l'œuvre audiovisuelle sera fait d'un commun accord entre l'Auteur et le Producteur. Le Producteur fera son affaire personnelle des rémunérations et des paiements que leurs interventions suscitent.

⁷¹² - Cocher et compléter la mention correspondant à la première exploitation prévue.

1.5

Le choix des œuvres préexistantes (images d'archives, musique, etc.) qui seront intégrées dans l'œuvre audiovisuelle sera fait d'un commun accord entre l'Auteur, les coauteurs éventuels et le Producteur.

Le Producteur aura la charge d'obtenir toutes les autorisations nécessaires au titre des exploitations prévues aux présentes et fera son affaire personnelle de tous paiements y afférents.

1.6

La déclaration de l'œuvre audiovisuelle au répertoire de la Scam sera faite par l'Auteur, en collaboration avec son ou ses coauteurs éventuels.

1.7

Le Producteur s'engage à souscrire une assurance « tous risques production » notamment au bénéfice de l'Auteur.

ARTICLE 2 – EXPLOITATION DE L'ŒUVRE AUDIOVISUELLE

Sous réserve des apports concédés par l'Auteur du fait de son adhésion à la Scam et sous réserve de l'exécution intégrale du présent contrat et du parfait paiement par le Producteur des sommes énoncées par les présentes et mises à sa charge, l'Auteur autorise le Producteur, à titre exclusif, pour la durée et pour les territoires mentionnés à l'article 3, à reproduire et représenter l'œuvre audiovisuelle personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, dans les limites ci-après définies.

Cette autorisation comporte le droit de procéder à :

- 1/ l'enregistrement par tous procédés techniques, sur tous supports (analogiques ou numériques) et en tous formats, des images en noir et blanc ou en couleurs, des sons originaux et doublages, des titres ou sous-titres de l'œuvre audiovisuelle ainsi que des photographies fixes représentant des plans de celle-ci ;
- 2/ l'établissement, en tel nombre qu'il plaira au Producteur, de tous originaux, doubles ou copies de la version définitive de l'œuvre audiovisuelle sur tous supports analogiques ou numériques ;
- 3/ la mise en circulation de l'œuvre audiovisuelle pour les exploitations suivantes :

2.1 PREMIERE EXPLOITATION

La communication de l'œuvre audiovisuelle au public par télédiffusion (voie hertzienne terrestre, satellite, câble, télévision numérique, Internet, téléphonie mobile ...) à titre gratuit, moyennant un abonnement forfaitaire ou un prix individualisé (paiement à la séance ...), à charge pour le Producteur de rappeler aux télédiffuseurs dont les programmes sont exploités en France, Belgique, Suisse, Canada, Principauté de Monaco et Luxembourg, ainsi que dans tous autres territoires dans lesquels la Scam interviendra ultérieurement, qu'ils sont tenus de prendre les accords nécessaires avec la Scam ou son représentant ;

2.2 EXPLOITATIONS SECONDAIRES

- 1/ l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle sous forme de vidéogrammes analogiques ou numériques destinés à la vente, à la location ou au prêt pour l'usage privé du public ou l'usage public ;
- 2/ la représentation publique de l'œuvre audiovisuelle dans les salles du secteur non commercial, dans tous marchés, festivals ou manifestations promotionnelles ;
- 3/ l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle à des fins culturelles ou pédagogiques (médiathèques, Education nationale, etc.) ;

- 4/ La mise à disposition de l'œuvre audiovisuelle sur un site Internet sécurisé avec ou sans option de téléchargement, à titre gratuit, contre un paiement individualisé ou contre un abonnement (télévision de rattrapage, vidéo à la demande, podcasting...);
- 5/ le montage et la représentation de tous plans ou courts extraits de l'œuvre audiovisuelle à seule destination de sa promotion ;

2.3 EXPLOITATIONS DERIVEES

- 1/ l'exploitation de tout ou partie de la bande sonore de l'œuvre audiovisuelle sur phonogrammes (supports analogiques ou numériques), sous réserve de l'autorisation de la SDRM auprès de laquelle l'éditeur devra s'acquitter du paiement des rémunérations à revenir à l'Auteur ;
- 2/ l'édition de fascicules illustrés ou non, dans chacune des langues pour lesquelles l'œuvre audiovisuelle sera reproduite, à condition que ces fascicules ne dépassent pas 7.000 mots et que leur utilisation soit réservée à un but exclusivement promotionnel.

2.4 DROITS RESERVES

- Toutes les exploitations qui ne sont pas expressément visées au présent article demeurent l'entière propriété de l'Auteur, avec le droit d'en disposer à son gré et sans restriction aucune. L'Auteur conserve notamment les droits d'adaptation littéraire et graphique de l'œuvre audiovisuelle.
- Il est précisé que ni l'Auteur ni le Producteur ne pourra utiliser les rushes non montés, à défaut de l'accord exprès et préalable de l'ensemble des coauteurs et du Producteur.

ARTICLE 3 – DURÉE ET ÉTENDUE TERRITORIALE DE L'AUTORISATION D'EXPLOITER

3.1 DUREE

L'autorisation d'exploiter est accordée au Producteur pour une durée de⁷¹³ années à compter de la signature du contrat.

3.2 DELAIS

Le Producteur est tenu d'assurer la bonne fin de l'œuvre audiovisuelle. En conséquence de quoi et nonobstant l'article 3.1 :

- Si dans un délai de⁷¹⁴ mois à compter de la signature du présent contrat, l'œuvre audiovisuelle n'était pas achevée – l'œuvre audiovisuelle étant réputée achevée lorsque, conformément à l'art. L.121-5 du code de la propriété intellectuelle, sa version définitive a été arrêtée d'un commun accord entre le réalisateur et le Producteur –, le présent contrat sera résilié de plein droit sans qu'il soit besoin d'une formalité judiciaire quelconque, quinze jours après l'envoi par l'Auteur d'une mise en demeure par lettre recommandée avec avis de réception, demeurée sans effet.

L'Auteur reprendra alors la pleine et entière disposition de tous les droits énumérés à l'article 2, les sommes versées en application de l'article 4 lui restant acquises et les sommes dues devenant immédiatement exigibles, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts pouvant résulter d'une décision de justice.

⁷¹³ En lettres.

⁷¹⁴ En lettres.

- Le contrat sera résilié dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets en cas de non exploitation de l'œuvre audiovisuelle dans un délai de⁷¹⁵ mois à compter de son achèvement au sens de l'article L. 121-5 du code de la propriété intellectuelle.

3.3 ETENDUE TERRITORIALE

L'autorisation délivrée à l'article 2 est valable pour les territoires suivants :

.....
.....
.....

ARTICLE 4 – RÉMUNÉRATION

4.1 PRIME D'ECRITURE

Au titre de la commande du texte, le Producteur versera à l'Auteur une somme brute hors taxes de(.....)⁷¹⁶ euros de laquelle seront déduits les prélèvements obligatoires aux barèmes en vigueur, soit les cotisations sociales (Agressa), CSG et CRDS.

4.2 REMUNERATION PROPORTIONNELLE⁷¹⁷

En application de l'article L. 132-25 du code de la propriété intellectuelle, il est rappelé que la rémunération de l'Auteur est due pour chaque mode d'exploitation.

4.2.1 EXPLOITATION PAR TELEDIFFUSION

- En France et dans les pays dans lesquels, pour l'exploitation strictement considérée, il existe auprès des organismes de télédiffusion une perception directe par la Scam ou pour son compte, l'Auteur recevra directement de ladite société, conformément à ses règles de répartition, au titre du droit de reproduction et de représentation, les rémunérations qui lui sont dues à l'occasion de la diffusion de l'œuvre audiovisuelle. Il appartient au Producteur de s'assurer auprès de la Scam de l'existence et de la portée de telles procédures de gestion collective des droits des auteurs, à la date d'exploitation.
- Dans les autres pays, à défaut de l'existence d'une telle procédure de perception directe, effective pour l'exploitation considérée, le Producteur versera à l'Auteur une rémunération globale de % (..... pour cent) des sommes brutes versées par les organismes de télédiffusion pour prix du droit de diffuser l'œuvre audiovisuelle.

Toutefois, si lors de l'exécution du présent contrat une procédure de perception entraine en vigueur entre la Scam ou son représentant et un diffuseur, le nouveau mode de perception directe auprès de celui-ci se substituerait au versement du Producteur à l'Auteur.

4.2.2 EXPLOITATION VIDEOGRAPHIQUE

- En cas d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle par un éditeur vidéographique établi en France, par vidéogrammes (sur support analogique ou numérique) destinée à la vente, la location ou le

⁷¹⁵ En lettres.

⁷¹⁶ En chiffres et en lettres.

⁷¹⁷ Tous les pourcentages doivent figurer en chiffres et en lettres.

prêt, la rémunération de l'Auteur sera constituée des rémunérations versées à la Scam ou à son représentant, par l'éditeur aux taux et conditions en vigueur au moment de l'édition.

Le Producteur s'engage à informer expressément l'éditeur de vidéogrammes qu'il appartient à ce dernier de régler les sommes ainsi dues auprès de la Scam ou de son représentant, préalablement à toute exploitation.

- Dans les autres pays où une perception analogue à celle prévue ci-dessus n'existe pas pour le répertoire de la Scam, le Producteur versera à l'Auteur une rémunération globale de % (..... pour cent) des sommes brutes versées par les exploitants concernés pour prix du droit d'éditer l'œuvre audiovisuelle.

4.2.3 MISE A DISPOSITION DE L'ŒUVRE AUDIOVISUELLE SUR UN RESEAU (VIDEO A LA DEMANDE, PODCASTING ...)

- En France et dans les pays dans lesquels il existe auprès des organismes responsables de la mise à disposition de l'œuvre audiovisuelle sur un site Internet sécurisé, ou sur un service de télévision numérique ou de téléphonie mobile, une perception directe par la Scam ou pour son compte, l'Auteur recevra directement de ladite société, conformément à ses règles de répartition, au titre du droit de reproduction et de représentation, les rémunérations qui lui sont dues à cette occasion.
- Dans les autres pays où une perception analogue à celle prévue ci-dessus n'existe pas, le Producteur versera à l'Auteur une rémunération globale de % (..... pour cent) des sommes brutes versées par les exploitants concernés pour prix du droit de la mise à disposition de l'œuvre audiovisuelle.

4.2.4 AUTRES EXPLOITATIONS SECONDAIRES ET DERIVEES

Sous réserve des dispositions de l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle, le Producteur versera à l'Auteur une rémunération de % (..... pour cent) des sommes brutes hors taxes reçues du fait de chaque exploitation.

Toutefois, si lors de l'exécution du présent contrat une procédure de perception entrant en vigueur entre la Scam ou son représentant et un diffuseur, le nouveau mode de perception directe auprès de celui-ci se substituerait au versement du Producteur à l'Auteur.

4.2.5 REMUNERATION POUR COPIE PRIVEE ET RETRANSMISSION SIMULTANEE PAR CABLE

En tant que de besoin, il est entendu que l'Auteur percevra les rémunérations prévues dans le cadre des articles L. 217-2 et L. 311-1 du code de la propriété intellectuelle – correspondant respectivement à la rémunération relative à la retransmission par câble simultanée, intégrale et sans changement de programmes et à la rémunération relative à la copie privée – auprès de la Scam.

ARTICLE 5 – RÉDDITION DES COMPTES – PAIEMENT

5.1 REDDITION DES COMPTES

A compter de la première exploitation de l'œuvre audiovisuelle, les comptes d'exploitation seront arrêtés le 31 décembre de chaque année et adressés à l'Auteur dans le mois suivant. Le cas échéant, conformément à l'article L. 132-28, le Producteur s'engage à fournir, sur la demande de l'Auteur, les pièces justificatives (factures, contrats, ...) des comptes fournis.

Le Producteur tiendra une comptabilité spécifique aux exploitations de l'œuvre audiovisuelle dans ses livres, qui devra être mise à la disposition de l'Auteur. Il reconnaît d'ores et déjà à l'Auteur ou son représentant, le droit de contrôler ladite comptabilité au siège social du Producteur à quelque moment que ce soit, à des jours et heures ouvrables, sous réserve d'un préavis de 8 (huit) jours.

5.2 PAIEMENT DES REMUNERATIONS

La rémunération prévue au titre de la commande telle que stipulée par l'article 4.1 ci-dessus sera versée par le Producteur selon l'échéancier⁷¹⁸ suivant :

..... (.....) € à la signature du présent contrat.
..... (.....) € à la remise du texte, soit au plus tard le
.....

A compter de la première exploitation de l'œuvre audiovisuelle, les produits des pourcentages dus à l'Auteur conformément à l'article 4.2, lui seront versés conjointement à la reddition des comptes aux dates et dans les délais stipulés à l'article 5.1.

ARTICLE 6 – PATERNITÉ DE L'ŒUVRE AUDIOVISUELLE

Le Producteur s'engage à respecter et faire respecter le droit à la paternité de l'Auteur et veillera notamment à ce que le nom et la qualité de celui-ci figurent au générique de l'œuvre audiovisuelle ainsi que sur tout emballage et ce, quel que soit le support d'exploitation, de la façon suivante :

Un film écrit et réalisé par :

.....⁷¹⁹

ARTICLE 7 – DISPOSITIONS DIVERSES

7.1

Dans la mesure où la propriété littéraire et artistique de l'œuvre audiovisuelle est assurée par la législation, les usages et la jurisprudence locale de chaque État ou territoire mentionné à l'article 3.3 et dans les limites de l'article 2, l'Auteur garantit au Producteur la jouissance paisible des droits qui lui sont consentis contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques. Notamment le Producteur pourra agir contre toutes les exploitations contrefaisantes.

Il est toutefois précisé que cette garantie ne couvre pas les revendications relatives aux œuvres préexistantes intégrées dans l'œuvre audiovisuelle dont le choix, conformément à l'article 1.4 du présent contrat, aura été établi d'un commun accord entre l'Auteur et le Producteur.

⁷¹⁸ A compléter en chiffres et en lettres. L'échéancier est en général établi au fur et à mesure de l'accomplissement des prestations.

⁷¹⁹ Prénom et nom de l'Auteur.

7.2

Le Producteur aura la faculté de céder à tous tiers de son choix le bénéfice et les charges du présent contrat à condition d'en informer l'Auteur par lettre recommandée avec avis de réception, dans le mois de la cession, et d'imposer au cessionnaire le parfait respect des obligations découlant du contrat dont il reste obligatoirement et intégralement responsable à l'égard de l'Auteur.

7.3

Le Producteur remettra gracieusement à l'Auteur exemplaires de l'œuvre audiovisuelle en format⁷²⁰.

ARTICLE 8 – CONSERVATION

Conformément aux dispositions de l'article L 132-24, dernier alinéa du code de la propriété intellectuelle, le Producteur s'engage à assurer la sauvegarde et la conservation permanente en France de l'œuvre audiovisuelle et des rushes, dans le format suivant :
 et dans le lieu suivant :
⁷²¹.

ARTICLE 9 – RÉSILIATION

Faute d'exécution de l'une quelconque des stipulations des présentes et 15 (quinze) jours après l'envoi d'une mise en demeure par lettre recommandée avec avis de réception restée sans effet, la présente convention sera résiliée de plein droit aux torts et griefs de la partie défaillante, si bon semble à l'autre partie.

Les sommes déjà reçues par l'Auteur lui resteront définitivement acquises et les sommes encore dues par le Producteur deviendront immédiatement exigibles, sous réserve de tous dommages et intérêts éventuels.

ARTICLE 10 – LITIGES

Sauf s'il relève du droit du travail, tout différend qui viendrait à se produire, en suite ou à l'occasion du présent contrat concernant notamment sa validité, son interprétation ou/et son exécution, sera réglé par voie de médiation et, s'il y a lieu, d'arbitrage, conformément aux règlements de l'Association de médiation et

⁷²⁰ Nombre d'exemplaires en lettres et support de l'œuvre audiovisuelle (16mm, 35 mm, Beta, VHS, DVD, ...).

⁷²¹ Nombre d'exemplaires en lettres et indication du lieu de conservation (Service des Archives du Film, INA, locaux du producteur, laboratoire, etc. ...).

d'arbitrage des professionnels de l'audiovisuel (Amapa) que les Parties déclarent accepter, en leur qualité de professionnels.

Les parties acceptent d'ores et déjà qu'il soit fait application des règlements de médiation et d'arbitrage de l'Amapa dans leur rédaction à la date du litige.

Il est rappelé que les Arbitres choisis statueront en amiables compositeurs, c'est-à-dire en équité par application des usages professionnels.

Les parties se réservent expressément la faculté de faire appel de la décision des Arbitres et déclarent pour cela faire attribution de compétence à la Cour d'appel de Paris.

Fait à

en trois exemplaires originaux, le

L'Auteur

Le Producteur

Index

A.

- ad probationem / ad validitatem, 54 et s., 137 et s.,
- application littérale, 161 et s., 333, 343.
- autorisation gratuite d'exécution, 42 et s.
- autonomie de la volonté, 5 et s.
- averti / non averti, 117, 122.

B.

- brevet, 14, 65, 295 et s., 308.

C.

- cause, 5, 257, 284, 289, 296, 309.
- cautionnement, 7, 19, 68 et s., 105, 109, 142 et s.
- clauses, 77, 82, 89, 90, 95, 97, 101 et s., 134, 159, 216, 224 et s., 238 et s., 257.
- consensualisme, 2 et s., 11 et s., 49, 60, 130, 167.
- consentement, 3, 15, 26, 31 et s., 63, 106, 116 et s., 147 et s., 153, 211, 253.
- contrat
 - édition, 33, 40, 65, 102, 164 et s., 196, 204, 224, 237.
 - commande publicitaire, 317 et s.
 - production audiovisuelle, 41, 98, 196, 225, 317 et s.
 - représentation, 39.
 - type, 78, 80, 89, 92, 98, 238 et s.
 - voyages, 112.
- contrefaçon, 228 et s., 235.
- création salariée, 276 et s.

D.

- droit commun, 116, 148, 153, 174, 211, 215, 335 et s., 353 et s.
- droit de la consommation, 7, 19, 24, 68, 110, 117, 122, 144, 148, 156.
- droit moral, 87, 352.
- durée, 88 et s., 95.

E.

- écrit, 32 et s., 141.
- équité, 6, 332, 349, 352, 353.
- exceptions au formalisme, 51, 52, 128 et s., 135, 250 et s., 261 et s., 275 et s.

F.

- Flour, 26, 58, 159 et s., 184, 332, 351, 356, 357.
- forfait, 179, 201, 204, 208, 211, 256.
- fonctionnaire, 304 et s., 310, 313.

G.

- garantie d'éviction, 40, 224.
- gratuité, 42 et s., 176 et s.

I.

- identification des œuvres, 199, 201, 256.
- information, 115 et s., 150.
- interprétation, 103, 159 et s., 332 et s., 361.
- impérativité, 173, 177, 181 et s., 210, 245.

J.

- journalistes, 303, 306, 309, 311, 313.
- juge, 26, 159, 216, 332 et s., 361 et s.

L.

- logiciel, 65, 302, 306, 308, 311, 313.

M.

- marque, 65, 161 et s., 182.
- mauvaise foi, 129, 151 et s., 208, 287, 348, 356.
- mentions, 74 et s.
- modes imprévisibles, 230, 250 et s.

N.

- nullité, 21 et s., 138 et s., 227 et s.,

O.

- œuvre collective, 261 et s.

P.

- partie faible, 17, 18, 156.

- présomptions de cessions, 225, 265, 292 et s., 303, 309, 318 et s.

- preuve, 15, 39 et s., 45 et s.,

- prix, 171 et s., 243 et s.

- procès, 113, 233.

- professionnel, 106, 116, 157, 219 et s., 231 et s.

- propriété industrielle, 14, 65, 161 et s., 182, 295 et s., 308.

R.

- réalisme juridique, 350 et s.

- réforme, 249 et s., 359, 361.

- rémunération, 168 et s., 243 et s.

- rescision pour lésion, 179, 207, 208, 211, 289.

- responsabilité, 223, 224, 226 et s.

S.

- sanctions, 21 et s., 226 et s.

- société de gestion collective, 78, 318.

- sous-cession, 135 et s., 202 et s., 244.

T.

- territoire, 90 et s., 95, 227, 228.

U.

- usages, 41, 132, 205, 218 et s., 336 et s.

Résumé :

Le Code de la propriété intellectuelle est dédié à la protection des auteurs. Sur le terrain contractuel, cela se traduit par un formalisme important qui entoure la cession des droits patrimoniaux. Ainsi, le contrat d'auteur doit être rédigé par écrit, doit détailler le contenu du transfert, et doit préciser la rémunération de l'auteur. L'objectif du législateur, en recourant au formalisme, est de tenter de protéger l'auteur partie faible, de mieux l'informer, de restaurer un certain équilibre contractuel. Une étude de la matière révèle rapidement l'échec du formalisme en ce que le dispositif est inutile et inefficace. Pire, il crée nombre d'effets pervers, qui ne peuvent qu'inciter à douter du bien-fondé du choix du législateur. D'autant qu'il n'est pas possible en la matière de s'appuyer sur le rôle modérateur du juge qu'avait décrit Flour : en droit d'auteur, le juge est très exigeant quant au respect des dispositions formalistes et va même parfois au-delà de l'esprit des textes. Le juge n'assouplit pas le formalisme, il le rigidifie. Face à un droit d'auteur compliqué et exigeant, le professionnel, cocontractant de l'auteur et cessionnaire des droits, a souvent recours aux usages et se détourne ainsi du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, un droit parallèle des contrats d'auteur s'est progressivement mis en place. Devant l'échec du formalisme et sa mise à l'écart par la pratique, le législateur a dû réagir : il a choisi la voie de la réforme (très incomplète et imparfaite) en introduisant dans la loi quelques exceptions au formalisme. Le juge quant à lui semble finalement hésiter sur la démarche à suivre. À côté du mouvement très formaliste qui existe en jurisprudence, un autre courant, plus récent est à noter : certains juges décident de faire de l'interprétation du contrat la pièce maîtresse de leur intervention pour faire reculer le formalisme. Ces magistrats, bien plus en phase avec la pensée de Flour, semblent nous indiquer la solution aux effets pervers du formalisme.

Mots-clés : Formalisme – Loi – Juge – Professionnel – Usages – Exceptions - Interprétation

Abstract :

The Code of Intellectual Property is dedicated to the protection of authors. On contractual grounds, this translates into a significant formality surrounding the transfer of copyright. Thus, the author's contract must be in writing, must detail the contents of the transfer, and specify the remuneration of the author. The legislature's objective, using the formalism, is trying to protect the weaker party (the author), to better inform, and restore some balance within the contract. Studying the material quickly reveals the failure of formalism in that the device is useless and ineffective. Worse, it creates many negative effects, which only encourages one to doubt the validity of the choice of the legislature. Even more so, since it is not possible in such a matter, to rely on moderating the role of judge Flour who described: in copyright law, the judge is very demanding with regard to formalistic compliance and sometimes goes beyond the spirit of the text. The judge did not relax the formalism; he has made it more rigid. When faced with complicated and demanding copyright, the professional, the contractor of the author and assignee of rights, often resorts to the practices and so turns away from the Code of Intellectual Property. Thus, a parallel right of copyright agreements is gradually implemented. Confronted with the failure of formalism and sidelining the practice, the legislature had to react: he chose the path of reform (very incomplete and imperfect) by introducing into the law some exceptions in the formalism. The Judge, meanwhile, seems ultimately unsure of how to proceed. Aside from the movement's very formalistic jurisprudence, on another more recent note: some judges decide to make the interpretation of the contract the centerpiece of their intervention in order to turn back the formalism. These magistrates, more in line with Flour's thinking, seem to indicate the solution to the perverse effects of formalism.

Keywords : Formalism – Law – Judge – Professional – Uses – Exceptions - Interpretation