HAL
archives-ouvertes.fr

# L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur

Claire Poitevin

▶ **To cite this version:**

Claire Poitevin. L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur. Law. Université d'Avignon, 2011. French. <NNT : 2011AVIG2033>. <tel-00944059>

**HAL Id: tel-00944059**

**https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00944059**

Submitted on 10 Feb 2014

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

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

UNIVERSITÉ D'AVIGNON
ET DES PAYS DE VAUCLUSE
MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE

ACADEMIE D'AIX-MARSEILLE

-

**UNIVERSITE D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE**

-

FACULTE DE DROIT

---

# THESE

Pour obtenir le grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITE D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE**

Discipline : DROIT

# L'AVANT-CONTRAT EN DROIT DES CONTRATS D'AUTEUR

Présentée et soutenue publiquement par

**CLAIRE POITEVIN**

Le 13 décembre 2011

Sous la direction d'Agnès Maffre-Baugé

**Devant un jury composé de**

| | |
|---|---|
| **M. J.-M. BRUGUIERE** | Professeur à l'Université de Grenoble – Pierre Mendes France (Rapporteur) |
| **M. D. MAINGUY** | Professeur à l'Université de Montpellier I (Rapporteur) |
| **M. C. ALLEAUME** | Professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie |
| **MME B. GLEIZE** | Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse |
| **M. G. VERCKEN** | Avocat au Barreau de Paris |

École doctorale n° 537 Culture et Patrimoine

Laboratoire « Biens, Normes, Contrats » (E. A. 3788)

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

# REMERCIEMENTS

Je tiens bien évidement à remercier Mme Agnès Maffre-Baugé, qui m'a accompagné dans toutes les étapes qu'implique la vie d'un doctorant. Pour la grande disponibilité dont elle a fait preuve à mon égard, ses encouragements, ses patientes relectures, ses conseils, nos nombreuses discussions, son écoute, sa gentillesse, qu'elle trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie également les membres de ce jury, qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail. Je tiens à remercier tout particulièrement M. Jean-Michel Bruguière, qui a contribué à me donner le goût du droit d'auteur, m'a permis d'intégrer le Master de droit des biens culturels de l'Université d'Avignon, et ainsi de pouvoir réaliser cette thèse. Ma gratitude va également à M. Gilles Vercken pour le temps qu'il a bien voulu m'accorder et l'intérêt qu'il a porté à mes recherches.

Je tiens également à remercier toutes les personnes qui m'ont témoigné leur confiance en me permettant d'assurer des travaux dirigés à l'Université d'Avignon, en particulier Mme Bérengère Gleize, M. Arnaud Martinon, Patricia Partyka et Mme Anne Pélissier. Je les remercie pour la bienveillance dont elles ont fait preuve à mon égard.

Ces années de travail ont été marquées par la présence, l'amitié et l'aide de mes camarades doctorants, Lionel Charbonnel, Mélanie Pariset, Jean-Christophe Tixador, notamment, mais aussi bien d'autres. Je les en remercie chaleureusement. Mes amis et ma famille, pour leur présence, leur aide, leur soutien, connaissent la profonde affection que je leur porte.

J'aimerais enfin souligner le plaisir que j'ai éprouvé à étudier et à travailler au sein de l'Université d'Avignon. Je remercie également, à ce titre, Madame Delphine Costa, Monsieur Franck Petit ainsi que l'ensemble des enseignants que j'ai pu côtoyer. Les membres du personnel administratif ont eux aussi grandement facilité mon travail et contribué à le rendre plus agréable encore.

# PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|---|---|
| ADPIC | Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce |
| *Aff.* | Affaire |
| *aff. soc.* | affaire sociale |
| al. | alinéa |
| AMPA | Association de médiation et d'arbitrage des professionnels de l'audiovisuel |
| *Ann.* | Annales |
| *Ann. de dr. comm.* | Annales de droit commercial |
| *Ann. propr. Ind.* | Annales de propriété industrielle |
| *Arch. Phil. droit* | Archives philosophiques du droit |
| art. | article |
| Ass. Plén. | Assemblée plénière |
| *Bibl. dr. privé* | Bibliothèque de droit privé |
| *Bibl. Dr. soc.* | Bibliothèque de droit social |
| *Bull.* | Bulletin |
| *Bull. civ.* | Bulletin des arrêts de chambres civiles de la Cour de cassation |
| *Bull Joly des sociétés* | Bulletin Joly des sociétés |
| c. | contre |
| CA | Cour d'appel |
| Cass. ch. mixte | Cour de cassation chambre mixte |
| Cass. com. | Cour de cassation chambre commerciale |
| Cass. soc | Cour de cassation chambre sociale |
| *CCE* | Revue Communication Commerce électronique |
| C.E. | Conseil d'État |
| CE | Communauté européenne |
| chron. | Chronique |
| Civ 1re | Première chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ 2ème | Deuxième chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ 3ème | Troisième chambre civile de la Cour de cassation |
| CJCE | Cour de Justice des Communautés Européennes |
| coll. | collection |
| *Contra* | solution contraire |
| CPI | Code de la propriété intellectuelle |
| *D.* | Recueil Dalloz |
| *D. aff* | Recueil Dalloz affaires |
| DIP | Droit international privé |
| *doctr.* | doctrine |
| *DP* | Recueil Dalloz périodique |
| *DPCI* | Droit et pratique du commerce international |
| *Dt et patr.* | Revue Droit et patrimoine |

| | |
|---|---|
| éd. | édition |
| fasc. | fascicule |
| GAJC | Grands arrêts de la jurisprudence civile |
| *Gaz. Pal.* | Gazette du Palais |
| *Ibid. ibidem.* | au même endroit |
| *In* | dans |
| *Infra* | ci-dessus |
| *IR* | Information rapide |
| IRPI | Institut de recherche en propriété intellectuelle |
| *J.-Cl.* | Juris-classeur |
| *J.-Cl. Civil* | Juris-classeur civil |
| *JCP G* | Juris-classeur périodique, édition générale |
| *JCP E* | Juris-classeur périodique, édition entreprise |
| *JCP N* | Juris-classeur périodique, édition notariale |
| *Juris.* | Jurisprudence |
| *La doc. française* | La documentation française |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| *LPA* | Les petites affiches |
| obs. | observations |
| OMPI | Organisation mondiale de la propriété intellectuelle |
| *Op. cit.* | Opere citato |
| p. | page |
| *PIBD* | Propriété industrielle bulletin documentaire |
| préc. | précédent |
| préf. | préférence |
| *Propr. Intell* | Propriété intellectuelle |
| PUAM | Presse Universitaire d'Aix-Marseille |
| PUF | Presse Universitaire de France |
| *RDC* | Revue de droit des contrats |
| *Rep. civ.* | Répertoire de droit civil |
| *Rep. not.* | Répertoire de droit notarial |
| Req. | Chambre des requêtes de la cour de cassation |
| *Rev Sociétés* | Revue des Sociétés |
| *RIDA* | Revue internationale de droit administratif |
| *RIDC* | Revue internationale de droit comparé |
| *RTD civ.* | Revue trimestrielle de droit civil |
| *RTD com.* | Revue trimestrielle de droit commerciale |
| *S.* | Recueil Sirey |
| s. | suivant |
| SACD | Société des auteurs et compositeurs dramatiques |
| SACEM | Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique |
| SCAM | Société civile des auteurs et compositeurs |

| | |
|---|---|
| | dramatiques |
| SDGL | Société des gens de lettre |
| Somm | Sommaire |
| spéc. | spécialement |
| *supra* | ci-dessus |
| | |
| T. | Tome |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TI | Tribunal d'instance |
| Trad. | Traduction |
| Trib. civ | Tribunal civil |
| | |
| V. | Voir |
| Vol. | Volume |

# SOMMAIRE

**PARTIE 1 LA REGULATION DE L'AVANT-CONTRAT PAR LE DROIT COMMUN ……42**

TITRE 1 LES PRINCIPES REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR ……..**44**

Chapitre 1 *Le principe de liberté précontractuelle* ……**45**

Chapitre 2 *Le principe de bonne foi précontractuelle* ……**70**

TITRE 2 LES DEVOIRS REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR ……**99**

Chapitre 1 *Les devoirs tenant aux informations délivrées lors des négociations* ……**100**

Chapitre 2 *Les devoirs tenant au comportement des parties à la négociation* ……..**167**

**PARTIE 2 L'ENCADREMENT DES AVANT-CONTRATS PAR LE DROIT D'AUTEUR ……...196**

TITRE 1 LE CADRE NORMATIF DES AVANT-CONTRATS D'AUTEUR ……...**199**

Chapitre 1 *Les conditions ajoutées au droit commun par le droit d'auteur* ……**201**

Chapitre 2 *Les possibilités soustraites au droit commun par le droit d'auteur* ……**259**

TITRE 2 LE CADRE FONCTIONNEL DES AVANT-CONTRATS D'AUTEUR …… **317**

Chapitre 1 *Les avant-contrats outils de gestion de la relation contractuelle dans le temps* ……**318**

Chapitre 2 *Les avant-contrats outils de gestion du temps dans la relation contractuelle* ……**377**

# INTRODUCTION

1. **À l'origine, l'idée.** À l'origine, l'idée de contrat, tout comme l'idée d'une œuvre[1], n'est encore qu'un possible parmi d'autres. À l'image d'une œuvre qui est pensée, réfléchie, murie, la création du contrat d'auteur commande le temps de la réflexion, de la maturation. La maturation du contrat est celle de la volonté, des choix. Elle est aussi celle de la négociation, de la flexion des volontés vers la rencontre des consentements, de l'appréhension des contraintes. L'engagement, symbole et vecteur de l'extériorisation de la volonté[2], formalise ce qui n'était jusqu'alors qu'une idée.

2. **De la volonté à l'engagement, de l'idée à sa formalisation.** L'étude de l'avant-contrat d'auteur s'apparente à plus d'un titre à celle de la création qui en est l'occasion. Àu stade de l'idée, le projet de contrat ne représente que l'existence de volontés individuelles légitimement fluctuantes. Dès lors, tout comme une œuvre en projet, il appartient à tous, sans appartenir à personne. À ce temps, le consentement n'a pas été capturé[3], la volonté de l'autre ne nous appartient pas. Plus le projet avance, plus la revendication du contrat comme de l'œuvre en devenir se fait pressante, sans en arriver, encore, à une possible réservation, mais justifiant parfois, déjà, une revendication. Seule la formalisation de la volonté en engagement a cependant le pouvoir de la figer dans le temps, de la réserver, tout comme la formalisation d'une œuvre ou sa conceptualisation entrainera sa réservation par le droit. À ce titre, les promesses apparaissent alors comme *« la mémoire de la volonté »*, imposant *« la continuité dans le vouloir »*[4]. À défaut d'engagement, la liberté guide le cheminement de la volonté, qui est soumise aux incertitudes du temps qui passe.

3. **Le temps et la volonté.** *« Nous ne voulons rien librement, rien absolument, rien constamment »*[5]. La constance n'est pas le propre de la volonté, celle-ci est soumise aux usures du temps. Le temps qui passe confirme les volontés, les affirme, les affine, les récuse, les émousse. Temps et volonté entretiennent des rapports incessants, dont les tribulations reflètent la complexité

---

[1] Nous empruntons ces termes à François Ost : *« À l'origine donc, l'idée d'œuvre n'est encore qu'un possible parmi d'autres »*. Il ne fait cependant pas référence à l'œuvre telle que nous la concevons mais aux termes de Hauriou résumant sa théorie de l'institution : *« Les grandes lignes de cette nouvelle théorie sont les suivantes : une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social »*. F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 197.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats : RTD civ*. 1995, p. 574.

[3] L'expression *«capture du consentement »* est utilisée notamment par M.-A. Frison-Roche, art. préc. p. 576.

[4] F. NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, trad. Par H. Albert, Gallimard, 1964, p. 75.

[5] Michel Eyquem De Montaigne, *Essais*, Partie II, Chapitre I, Phrase traduite de Sénèque, Epist, p. 52, éd. Variorum,

de l'âme humaine. *« Je parle en effet de chacun de mes états comme s'ils formaient un bloc. Je dis bien que je change, mais le changement m'a l'air de résider dans le passage d'un état à l'état suivant : de chaque état, pris à part, j'aime à croire qu'il reste pendant tout le temps qu'il se produit. Pourtant, un léger effort d'attention me révèlerait qu'il n'y a pas d'affectation, pas de représentation, pas de volition qui ne se modifie à tout moment. Si un état d'âme cessait de varier, sa durée ne cesserait de couler »*[6]. Le temps qui passe est annonciateur de changement, par son seul écoulement. Ce temps qui coule est celui qui nous échappe.

4. **La maîtrise du temps qui passe.** Maîtriser le temps apparaît alors comme une quête sacrée, un pouvoir divin, dont seuls quelques uns auraient le secret, dont les scientifiques tentent de s'emparer, dont les rêveurs s'imaginent pouvoir trouver la clé. La maîtrise du temps est une source infinie et renouvelée d'inspiration, le temps est une muse intemporelle[7]. De tout temps, les hommes de l'art, de la littérature, de la philosophie ont tenté de le comprendre, de le dessiner, de le représenter[8].

5. **Le temps et le droit.** Le juriste tente lui aussi, à sa manière, d'appréhender le temps. Que l'on pense à la prescription ou aux délais, ils *« manifestent idéalement cette emprise du droit sur le temps, en attachant des effets juridiques au non-écoulement ou à l'écoulement d'une certaine durée*

---

Paris, 1870, p. 89.

[6] H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, 1907, PUF, coll. *Quadrige*, 2007.

[7] Que se soit dans la Mythologie grecque sous les traits de Chronos, dans la religion, dans les fantasmes populaires, au cinéma, chez les philosophes et écrivains, que l'on pense, parmi tant d'autres, à Baudelaire, pour qui le temps était *« un joueur avide, qui gagne sans tricher, à tout coup »* (*Spleen et idéal, l'horloge*), qui *« mange la vie »* (*Les Fleurs du mal*) à Saint Augustin, qui se demandait ce qu'est le temps (*Confessions*, Garnier Flammarion, 1964, XI), à Lamartine, implorant le temps de suspendre son envol (*Le lac*) à Simone Weil, pour qui *« le temps est notre supplice »*, ( *La connaissance surnaturelle*) à Henri Bergson (*L'évolution créatrice*), Tocqueville *(La démocratie en Amérique)* Condillac (*La statue, Traité des sensations*), Chateaubriand *(Mémoires d'outre-tombe)* ou encore à G. Brassens, nous donnant *« rendez-vous au boulevard du temps qui passe » (Album Don Juan)*, à Lewis Carroll (*Alice au pays des merveilles, La traversée du miroir*) le thème du temps, souvent personnifié par un « T » majuscule, est une source d'inspiration qui a traversé les siècles, dépassant tous les clivages.

[8] De nombreux artistes ont entrepris de dessiner le temps. Nous pouvons citer Henri Michaux : *« Je voulais dessiner la conscience d'exister et l'écoulement du temps »*, extrait de *Passages*, Gallimard, Collection blanche, 1950. Anne BEYAERT-GESLIN, *Peindre le temps*, conférence organisée par le centre international d'art et du paysage des îles de Vassivière, les 26 sept. 14 octobre 2010, et 31 janvier 2011. Les représentations du temps, dans l'histoire, sont nombreuses. De nombreuses allégories du Temps le personnifient sous les traits d'un vieillard, (Par exemple la peinture de Johann Heinrich, 1630, ou encore la fresque de Ambrogio Lorenzetti, 1337, représentant la tempérance, sagesse du temps). Souvent muni d'une faux, d'un sablier, entouré d'un serpent. Les allégories du temps sont nombreuses. Nous pensons également à Titien, peintre emblématique du printemps de la peinture vénitienne, à qui nous devons une *« Allégorie du temps gouverné par la prudence »*, de 1565. Le temps qui passe est souvent représenté par une roue qui tourne (Image récurrente au Moyen Age), une horloge qui coule (Dali). Soulignant la nature passagère de la vie humaine, à la renaissance, « les vanités », natures mortes allégoriques, rappellent à l'homme qu'il est soumis à la fuite du temps, et,

*prédéterminée»*[9]. Il faut également citer la rétroactivité de certaines règles juridiques, *« qui montre que le droit n'hésite pas à remodeler le passé à sa convenance »*[10], le préavis[11], *« la durée, la procédure d'urgence, l'entrée en vigueur, l'abrogation, mais aussi le préalable, la désuétude »*[12], *etc.* Le temps légitime parfois le droit, inscrivant les faits coutumiers dans l'ordre du droit[13]. Parfois il le crée, c'est le cas de la prescription acquisitive. Le droit et le temps ont une influence réciproque, *« le droit dépend du temps, comme le temps du droit se construit par le temps »*[14]. Le temps a incontestablement un pouvoir d'attraction sur le droit, il y est omniprésent. Le droit, quant à lui structure le temps[15] : *« Le droit façonne le temps, le nie, le prohibe, l'accélère, le ralentit, le suspend, l'arrête ; il fait le temps continu, discontinu, simultané, successif, court, moyen, long, infini, indéterminé »*[16]. Nous ne pouvons en quelques lignes retranscrire la richesse des interactions entre le temps et le droit, ainsi que celle des études qui y ont été consacrées. Remarquons simplement que le droit tente, avec plus ou moins de succès, de maîtriser le temps. Nous emprunterons les termes de Monsieur Bergel, selon qui le temps serait *« le support dont on ne peut éviter l'inexorable cours*

---

inexorablement, à la mort. Une des plus célèbres est celle du Hollandais Philippe de Champaigne (1602-1674).

[9] G. LEBRETON, Préface de la publication du colloque sur « *Le temps et le droit* », organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, XI.

[10] G. LEBRETON, *ibid.*

[11] P.-Y. GAUTIER, *Le temps suffisant en droit civil*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 53 et s.

[12] P. FLEURY-LE GROS, *Le temps et le droit, propos liminaires*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, XVII.

[13] P. CHABAL, *Temps politique et dynamiques de légitimation*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 27 et s.

[14] Ph. MALAURIE, *Rapport de synthèse*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 111.

[15] Il question ici du temps tel qu'il est représenté par les constructions sociales plus que du temps en tant que phénomène physique : F. OBS, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 19 et s. - *« Le temps en lui-même n'est rien d'autre que ce que les hommes en font. Il n'a pas d'autre signification que celle qu'ils lui attribuent »* J. BOUVERESSE, *Deux temps sociaux, deux temps de droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 11.

[16] A. ETIENNEY, *La durée de la prestation : Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. REVET, LGDJ, coll. Bibl.dr.privé, 2008, p. 1.

*mais dont on peut tenter de maîtriser les effets »*[17]. Ainsi, *« le droit positif permet de discipliner le temps dans les situations juridiques »*[18]. Dans cette quête de la maîtrise du temps, le contrat constitue un instrument privilégié.

6. **Le temps et le contrat.** *« Contracter, c'est prévoir »*[19] disait Ripert. *« Acte de prévision »*[20], *« outils d'anticipation »*[21], le contrat organise pour ses parties le déroulement du temps, offre une *« emprise sur l'avenir »*[22]. Le cadre qu'il constitue a vocation à s'inscrire dans la durée. L'obligation qu'il supporte *« demeure immuable, en principe insensible à la nouveauté qu'emporte le passage du temps »*[23]. Il est une photographie de la volonté des parties à un temps *T*, volontés qui se sont rencontrées, scellant ainsi l'engagement. Le contrat fixe les volontés pour un temps, celui de l'exécution du contrat. L'instant de la conclusion du contrat marque ainsi la fin d'un autre temps, celui dans lequel les parties n'étaient pas liées l'une à l'autre par « le » contrat définitif. Elle marque la fin du temps de l'avant-contrat, et le point de départ de celui de son exécution.

## I. L'OBJET DE LA RECHERCHE

L'objet de notre recherche étant l'avant-contrat en droit des contrats d'auteur, il convient de s'interroger dans un premier temps sur les diverses définitions de l'avant-contrat (*A*), puis de s'interresser au périmètre du droit des contrats d'auteur (*B*).

### A. Les définitions de « l'avant-contrat »

7. **Le temps de l'avant-contrat.** Il y a assurément du temps dans la notion d'avant-contrat. Nous pouvons lire sous la plume de Mousseron : *« L'avant-contrat n'est pas une catégorie juridique mais est une période, une fraction de temps précédant la conclusion d'un contrat que les intéressés*

---

[17] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, p. 134.

[18] *Ibid.*, p. 138.

[19] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948, p. 144.

[20] H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision, in* Mélanges en hommage à F. TERRE, *L'avenir du droit*, PUF, 1999, p. 643.

[21] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, PUAM, coll. *Droit de l'informatique et de la communication*, 2008.

[22] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 144.

[23] A. ETIENNEY, *La durée de la prestation : Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. REVET, LGDJ, coll. *Bibl.dr.privé*, 2008, p. 8.

*ont en ligne de mire avant d'en faire l'objet de leur accord de volontés. C'est le temps d'avant-contrat »*[24].

8. **L'approche sémantique de l'avant-contrat.** L'approche sémantique du terme « avant-contrat » renvoie à l'idée même du temps. L'avant-contrat serait ce qu'il y a « avant » le contrat. Il prendrait corps dans le cheminement des volontés et le jeu de séduction, dans les errements du doute et dans les incertitudes liées au temps qui passe et qui mènent, ou ne mènent pas, à la conclusion du contrat. Le terme « avant » contrat n'est pas sans rappeler l' « Avent », qui est *« le temps pendant lequel on se prépare, dans l'église catholique, à célébrer la fête de Noël »*[25]. Sans aller jusqu'à nous autoriser « *quelques libertés de langage et la substitution du « e » au « a »* »[26], il faut certainement voir dans le terme « avant-contrat » la référence à une période de préparation d'une célébration, celle de l'avènement du contrat. L'étymologie du mot « avant » reflète cette idée. Venant du latin *« ab ante »*, le terme marque la priorité ou l'antériorité de temps, la priorité d'ordre ou de situation. Tel est bien le sens d'un avant-propos, d'un avant-bras, de l'avant-garde, *etc.* Monsieur Mazeaud parle quant à lui du stade *ante* contractuel[27]. Si l'on s'en réfère à cette origine, l'avant-contrat serait littéralement ce qui se situe avant le contrat.

9. **Les frontières temporelles de l'avant-contrat**. Envisager l'avant-contrat comme une période implique cependant de la délimiter dans le temps. Une période a un début, et une fin. Si l'on comprend aisément quand prend fin la période de l'avant-contrat, quand commence-t-elle ? Elle commence sans doute dès lors que l'on envisage le contrat définitif, dès lors que le rapprochement s'opère entre deux parties en vue de mettre en place un projet de contrat. La frontière de l'entrée dans la phase de l'avant-contrat se révèle assez floue, perméable, presque insaisissable. L'avant-contrat ne constitue pas une réalité unitaire. Parfois, l'avant-contrat passe en un trait de temps, le contrat étant conclu instantanément. L'avant-contrat peut au contraire s'étendre sur des mois, des années parfois. L'avant-contrat est assurément protéiforme, tout comme les contrats qui se préparent.

---

[24] J.-M. MOUSSERON, *Discours du Bois de Foulaquier*, nov. 2000, Avant propos de *L'avant-contrat*, J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, éd. Francis Lefebvre, 2001.

[25] Définition tirée du dictionnaire Le Littré, éd., Redon.

[26] J. M. MOUSSERON, *Discours du Bois de Foulaquier*, art. préc.

[27] D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle* : *in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 643.

10. **La juridicité de l'avant-contrat.** Cette approche chronologique de l'avant-contrat, simple *a priori*, peine cependant à lui donner corps. Bien que la plupart des auteurs étudient dans leurs manuels la phase préparatoire du contrat, le terme « avant-contrat » est équivoque, et semble ne pas se satisfaire d'une définition juridique unitaire. Dire que l'avant-contrat est une période de temps lui enlève t-il toute consistance juridique ?[28] Nous ne le pensons pas. L'entrée dans l'avant-contrat n'est pas juridiquement neutre. Elle place les parties dans une situation autre que celle de deux étrangers, autre que deux cocontractants. C'est *« un curieux entre deux »*[29], dominé par le temps qui passe. C'est bien là la particularité de l'avant-contrat. Le droit s'y infiltre progressivement. La phase de l'avant-contrat se trouve soumise à de grands principes, des principes généraux, directeurs. Le premier est la liberté, qui demeure pour autant que les parties ne se sont pas engagées dans des liens contractuels. Le second est la loyauté, principe devant guider la progression vers le contrat. À l'entrée dans la phase de l'avant-contrat correspondent des devoirs, dont la vigueur se renforcera en avançant vers le contrat définitif. Plus on se rapproche du contrat, plus les paroles prennent du sens, un sens saisi et parfois sanctionné par le droit. La sécurité, quant à elle, n'est pas le propre de la période de l'avant-contrat. Elle y a cependant une place, donnant la mesure de l'articulation entre la liberté et la loyauté, et de la valeur accordée à la parole donnée.

11. **L'insuffisance du critère chronologique**. L'avant-contrat est donc une période, la période précontractuelle. Avant-contrat, pré-contrat, il y a assurément dans ces mots une similitude de sens. Nous désignerons bien souvent la période de l'avant-contrat par les termes « période précontractuelle », ou encore « période de négociation », car c'est bien de cela dont il s'agit. Mais l'avant-contrat n'est pas qu'une période. Il y a dans ce terme l'idée d'une démarche, d'une progression qui représente la maturation d'un projet, sa construction, sa création. L'avant-contrat n'est pas qu'un cadre chronologique, c'est un cheminement. Il peut être ponctué de contrats ayant pour seul objectif de l'organiser, de le structurer, de le sécuriser. Il s'agit de contrats préparatoires. Il peut voir naître des contrats se rapprochant plus ou moins du contrat définitif, types de contrats préparatoires que l'on nomme également avant-contrat(s).

12. **La double acception du terme « avant-contrat ».** Dire que « l'avant-contrat » n'est qu'une période précédant la conclusion du contrat est donc réducteur. *« Il y a de l'ambiguïté dans l'avant-contrat. Dans le mot comme dans la chose. Le mot désigne la phase informelle des négociations qui*

---

[28] Dans ce sens S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, Thèse, Toulouse, 2010, p. 8.

*précède le contrat mais aussi le contrat lui-même, lorsque son objet est d'en préparer un autre. La chose, quant à elle, est tiraillée entre une liberté sans laquelle l'avant-contrat serait déjà le contrat et les devoirs auxquels sont tenus les précontractants, qui ne sont plus tout à fait étrangers l'un à l'autre »*[30]. « *Le mot avant-contrat n'est point précis, étant susceptible de désigner tout accord conclu au cours des pourparlers et les pourparlers eux-mêmes* »[31]. Il faut donc distinguer l'avant-contrat, période allant de l'entrée en pourparlers à la conclusion du contrat définitif, des avant-contrats, types de contrats préparatoires pouvant jalonner la période de l'avant-contrat. L'avant-contrat et les avant-contrats sont donc deux *« réalités juridiques distinctes »*[32]. Il faut cependant admettre que le terme « avant-contrat » englobe ces deux notions. D'ailleurs, les auteurs refusant de voir dans le terme avant-contrat la période préparatoire de la formation du contrat étudient tout autant cette période que les avant-contrats, figures contractuelles permettant de structurer le temps de l'avant-contrat.

13. **Les avant-contrats et le temps.** Les avant-contrats sont des contrats conclus dans la période précontractuelle. Ils ont pour point commun d'organiser la construction par étape du contrat définitif, de gérer sa conclusion dans le temps, de la préparer, de la retarder et parfois de l'anticiper. Encore une fois, l'on peine à en trouver une définition consensuelle. La doctrine est loin d'avoir une approche unitaire de la notion. Les errements terminologiques de la notion en témoignent : « avant-contrats »[33], « avants-contrats »[34], « avant contrat »[35], « avant acte »[36]. Il s'agit d'une notion *« dont le*

---

[29] P. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations : RTD com*. juill- sept. 1998, p. 479.

[30] *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats*, sous la direction de O. DESHAYES, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, préface.

[31] M. PLANIOL, G. RIPERT et P.-E. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, LGDJ, 1952, n° 144

[32] S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat* ?, thèse préc., p. 8

[33] E. LEDUC, *Des avant-contrats*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909. – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil*, 2ème éd., LGDJ, 2001, n°11166, p. 113. – M. GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, Thèse, Paris II, 1985. – J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990. – C. LARROUMET, *Les obligations, le contrat, 1re Partie : Conditions de formation*, T. III, 6ème éd., Economica, coll. *Droit civil*, 2007, n°289, p. 257. – G. GATSI, *Les contrats spéciaux,* Armand Colin, coll. *Cursus*, 1998, p. 140. – P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2005, n°52, p. 36. – J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, T.4, 22ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2000, n°26, p. 73. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9ème éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2010. – M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 2ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2010, p. 235. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2008, n°24, p. 22. – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3ème éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007, n°442, p. 229. ; S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?* , Thèse, Toulouse, 2010. J. SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français :* thèse. préc. n°2, p. 545.

[34] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'immeuble* : *JCP N*, 2010, n°1, p. 23. L'auteur parle ici du *« droit des avants-contrats ».*

*manque de cohérence terminologique reflète la méconnaissance physionomique »*[37]. De nombreux auteurs utilisent la dénomination « avant-contrat », sans en avoir la même approche. Parfois, certains auteurs préfèrent ne pas utiliser ce terme alors même qu'ils utilisent la notion d'avant-contrat[38]. Il arrive également que les auteurs fassent référence à certains avant-contrats, sans s'intéresser de manière générale à la notion d'avant-contrat[39]. L'ensemble des travaux doctrinaux sur les contrats que l'on nomme « avant-contrats » met en relief les incertitudes de cette notion. Les avant-contrats sont assurément des contrats préparatoires. Ils ont pour seule finalité de préparer la conclusion d'un contrat futur. Mais sont-ils tous les contrats préparatoires [40]? Sont-ils uniquement constitués des contrats cristallisant de manière définitive le consentement d'une des parties au contrat futur, si bien que seules les promesses de contrat seraient des avant-contrats ? Sont-ils tous les contrats, pacte de préférence, promesse, fixant définitivement un élément du contrat futur, qu'il s'agisse de la personne

---

[35] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, T. II, Librairie Arthur Rousseau, 1923. – *Le droit de A à Z, Dictionnaire juridique pratique*, 3ème éd., Editions juridiques européennes, 1998, p. 67.

[36] *Ibid.* Bien que cet auteur utilise le terme *« avant-contrat »*, il y préfère celui *« d'avant-acte »*, qu'il juge moins réducteur.

[37] De nombreux auteurs mettent les incertitudes de la notion d'avant-contrat en relief. P.-H. Antonmattei et J. Raynard parlent par exemple de *« nébuleuse »*, précisant que *« la notion d'avant-contrat reste difficile à cerner, comme le relève l'indécision terminologique à cet égard »*. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, n°24, p. 22. Pour Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *« la terminologie est vague, les applications diverses et la notion imprécise : « contrat préparatoire », « contrat préliminaire », « contrat préalable », « promesse de contrat », « contrat-cadre », « accord de principe, « lettre d'intention », « contrat partiel ». La notion et le régime actuel continuent à être imprécis et instable »*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5ème éd., Defrenois, coll. *Droit civil*, 2011, n°102, p. 61 ; M. GENINET, thèse préc., p. 107 et s.

[38] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique*, 14ème éd., Sirey, coll. *Sirey Université*, 2010, n°148, p. 124. Au terme *« avant-contrat »*, ils préfèrent la formule de *« contrat préparatoire »*. A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. *Manuel*, 2006. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2011.

[39] J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990, qui identifient la promesse unilatérale de vente à un avant-contrat. – G. GATSI, *Les contrats spéciaux*, Armand Colin, coll. *Cursus*, 1998, p. 140, sur l'avant-contrat pouvant précéder le contrat d'entreprise.

[40] J. SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français* : art. préc. n°2, p. 545. – P. PUIG, *Les contrats spéciaux*, 4ème éd., Dalloz, coll. *HyperCours*, 2011, p. 121 et s. - C. LARROUMET, *Les obligations, le contrat*, 1re Partie : Conditions de formation, op. cit., n°289, p. 257. - J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, T.4, 22ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2000, n°26, p. 73. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique,* 14ème éd., Sirey, coll. *Sirey Université*, 2010, n°148, p. 124. – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD étudient les accords de négociation dans une section réservée aux avant-contrats, tout en mettant en avant les incertitudes de la notion. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2008, n°27, p. 24.

du cocontractant ou du consentement au contrat [41]? S'agit-il d'un contrat unique, l'avant-contrat, qui constituerait à lui seul une catégorie juridique déterminée ?[42]

14. N'étant pas défini par la loi, qui n'y fait que quelques références[43], la définition des avant-contrats est laissée à la discrétion de la doctrine, si bien que la notion peut emprunter de nombreux visages[44]. Les projets de réforme du droit des contrats donnent quelques indications de la réception par la doctrine de la notion d'avant-contrat.

15. **Les avant-contrats dans les projets de réforme.** Le premier projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie envisageait de faire entrer le terme « avant-contrat » dans la loi. Il

---

[41] Messieurs Malaurie, Aynes et Stoffel-munck distinguent par exemple les accords préparatoires : accords de négociation, accords de confidentialité, d'exclusivité des négociations, des avant-contrats qui sont *« en eux même, des contrats »*. Ils dénombrent, au rang des avant-contrats, certains contrats devant remplir toutes les conditions du contrat futur, tel est le cas des promesses, unilatérales ou synallagmatiques, des contrats qui se satisfont de conditions moindres, comme le contrat préliminaire à la vente d'immeuble ou le pacte de préférence, et *« une troisième catégorie d'avant-contrats, où les éléments du contrat définitif sont parfois déterminés, parfois ne le sont pas »*. Parmi eux, les *« contrats-cadres »*. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3ème éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007, n°442, p. 229 et s. – Monsieur Malinvaud est quant à lui plus ambigu. Il désigne les accords de principe, protocole d'accord, lettres d'intention comme des *« sortes d'avant-contrat »*, mais ne semble désigner, comme de véritables avant-contrats, que les promesses synallagmatiques et unilatérales, ainsi que le contrat préliminaire à la vente d'immeubles. P. MALINVAUD, *Droit des obligations, op. cit.*, n°52, p. 36 et s. Monsieur Cabrillac semble lui aussi faire la distinction, dans les contrats préparatoires, entre les accords de négociation et les avant-contrats : *« A l'inverse du simple accord de principe, le contenu juridique de l'avant-contrat est bien précis. On peut citer les principaux que l'avant-projet Catala envisage d'inclure dans le Code civil »*. Il fait ici référence aux promesses unilatérales et synallagmatiques de contrats, ainsi qu'au pacte de préférence. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9ème éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2010. – M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 2ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2010, p. 235

[42] C'est l'hypothèse de madame Ringler, qui tente de définir une théorie générale de l'avant-contrat : S. RINGLER, Thèse préc.

[43] L'article D. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation fait état de « *l'acte sous seing privé ou une copie de l'avant-contrat réalisé en la forme authentique remis directement à l'acquéreur non professionnel (…)* » L'article 278 sexies du Code général des impôts fait également référence à l'avant-contrat, sans le définir : « *Les livraisons d'immeubles et les travaux réalisés en application d'un contrat unique de construction de logements dans le cadre d'une opération d'accession à la propriété à usage de résidence principale, destinés à des personnes physiques dont les ressources à la date de signature de l'avant-contrat (…)* ».

[44] Messieurs Malaurie, Aynès et Gautier mettent en avant les principales conceptions de l'avant-contrat que l'on retrouve en doctrine : *« La plus étroite y voit un contrat préalable par lequel l'une et l'autre partie sont définitivement engagées, ce qui suppose que les négociations aient été menées jusqu'à leur terme et que les éléments essentiels du contrat à venir soient définis. Ne seraient pas des avant-contrats les accords de principe et les lettres d'intention, ni même les contrats préliminaires et les pactes de préférence, parce que les éléments essentiels de la vente à intervenir ne sont pas tous déterminés ; seules les promesses synallagmatiques de vente constitueraient des avant-contrats. Une conception moyenne y voit une convention proche de la vente, lorsque l'un des éléments essentiels à celle-ci fait défaut, ce qui écarte les conventions liées aux pourparlers, mais permet de retenir la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence. Une attitude plus large qualifie d'avant-contrat tout contrat qui prépare un futur contrat, toute convention obligatoire, mais provisoire ; la vente se formerait par étapes successives, ce que les Allemands appellent punctation, chacun des points où il y a eu accord formant un avant-contrat »*. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats*

consacre une section aux avant-contrats. Son article 33 prévoit que *« les avant-contrats régis par la présente section sont la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence »*. Sont donc exclus de la catégorie dessinée par le projet de loi les contrats de négociation. À juste titre selon nous. Les contrats de négociation n'ont pour objet que de fixer le cadre des négociations, par lequel les parties s'engagent à négocier les termes de leur accord, organisent le temps de l'avant-contrat ou s'engagent à la confidentialité. Le consentement donné n'est pas tourné vers le contrat mais vers sa négociation. La proximité avec le contrat définitif n'est peut être pas suffisante pour qu'ils puissent être considérés comme des avant-contrats[45]. Le projet exclut également de la catégorie les promesses synallagmatiques de contrats. Les promesses synallagmatiques sont parfois déjà le contrat définitif, c'est le principe même du consensualisme, parfois encore des contrats de négociation, selon les termes du contrat et la valeur que les parties entendent donner à leur engagement. Parfois des avant-contrats ? Nous aurons l'occasion de le vérifier le moment venu[46].

16. **Les contrats « exclus » des avant-contrats**. Nous pouvons donc d'ores et déjà exclure les contrats de négociation, ayant pour seul objet d'organiser la négociation, des avant-contrats, et soulever des interrogations quant à la qualification de la promesse synallagmatique en tant qu'avant-contrat. Nous pouvons également noter que le second projet de la chancellerie abandonne toute référence aux avant-contrats, la section nouvelle s'intitule *« la promesse unilatérale et le pacte de préférence »*, preuve que donner une consistance juridique précise aux avant-contrats ne va pas sans soulever de débats. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit projet Catala, d'ailleurs, envisage le pacte de préférence et la promesse sans jamais utiliser le terme d'avant-contrat.

17. **L'hypothèse des contrat-cadres.** Le texte de la Chancellerie ne parle pas, en revanche, des contrat-cadres. La notion peut faire l'objet de diverses acceptions. Le projet Catala en a proposé une définition. Le contrat-cadre serait *« un accord de base par lequel les parties conviennent de négocier, nouer ou entretenir des relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques*

---

*spéciaux*, *op. cit.*, n°102, p. 61.

[45] En ce sens, notamment : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit*., n°442, p. 229 et s. ; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°52, p. 36 et s R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, op. cit. – M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral, op. cit*., p. 235 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°190, p. 197.

[46] *Voir infra*, n°721 et s.

*essentielles »*[47]. Connus essentiellement en droit de la distribution, les contrat-cadres se révèlent utiles dans nombre de relations contractuelles ayant vocation à durer dans le temps. Créé et imaginé par la pratique, ce contrat peut prendre des formes diverses et variées. Il constitue un cadre qui peut soutenir des obligations très différentes, ce que met en avant la définition proposée par le projet Catala. Obligation de négocier, obligation de préférer, obligation de conclure les contrats d'application, les contrat-cadres sont des contrats innommés que les parties orientent au gré de leurs besoins. Certains ne pourront être considérés que comme des contrats de négociation, d'autres pourront prendre les traits d'un avant-contrat. Lorsqu'un contrat prévoit une obligation de préférer portant sur plusieurs biens, ou s'étalant dans le temps, il s'agit d'un pacte de préférence, mais aussi d'un contrat-cadre. Le principe est le même s'agissant d'un contrat-cadre portant promesse de contracter, lorsque toutes les conditions de la promesse sont remplies. Il n'est donc pas inexact de voir dans certains contrat-cadres les éléments d'un avant-contrat[48]. Il porte aussi, parfois, une obligation de conclure les contrats d'application. Le simple fait qu'il porte sur plusieurs biens ne change pas sa nature. D'ailleurs, nous verrons que la qualification de contrat-cadre n'est pas en soi révélateur d'un régime juridique propre, mais dépend essentiellement des obligations qu'il renferme.

18. **Les avant-contrats retenus.** Restent donc selon nous, au rang des avant-contrats, la promesse unilatérale de contrat, le pacte de préférence, certains contrat-cadres et dans une certaine mesure quelques promesses synallagmatiques. Quel est donc l'essence des avant-contrats ? Quelle est la ligne de démarcation entre un avant-contrat et un contrat de négociation ? Il faut se garder de l'idée que « l'avant-contrat » serait une catégorie juridique unitaire. Il n'existe pas un avant-contrat mais des avant-contrats. L'étude du pacte de préférence et de la promesse unilatérale met pleinement en évidence cette idée. Ce sont des contrats différents, dont le seul point commun est d'être des contrats préparatoires d'un autre contrat, figeant d'ores et déjà le consentement d'une des parties sur un élément du contrat futur. Ils bénéficient d'un régime propre et leur différence de nature conduit à les voir soumis à des conditions de validité différentes. Partant, d'autres contrats innommés peuvent emprunter les traits d'un avant-contrat.

---

[47] Art. 1102-6 du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie.

[48] Le contrat-cadre est un contenant, une enveloppe : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, *op.cit.*, n°32, p. 30. ; N. ERESEO, *L'exclusivité contractuelle*, préf. D. FERRIER, Litec, 2008. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 229 et s. *Contra* S. RINGLER, thèse. préc., n°272, p. 193.

19. **Première conclusion.** Il faut donc, dans l'étude de l'avant-contrat, s'intéresser tant à la période de préparation du contrat, période précontractuelle, qu'aux avant-contrats en tant qu'outils contractuels venant jalonner cette période, figeant la volonté, sécurisant le futur. Nous nous proposons d'étudier les particularités de cette phase de négociation, de maturation du contrat et de cheminement progressif vers celui-ci dans le domaine du droit d'auteur. Plus précisément, nous étudierons ici l'avant-contrat en droit des contrats d'auteur.

### B. Le périmètre du droit des « contrats d'auteur »

20. **Les contrats d'auteur.** La notion de contrat d'auteur est, elle aussi, sujette à débat. Dans les termes « contrat d'auteur », la spécificité du contrat provient du mot « auteur ». L'auteur, considéré en droit français comme la personne faisant œuvre créatrice et originale, est une personne physique, celle qui donne naissance à l'œuvre, et qui, du fait de cette création, se voit attribuer, *ab initio*, les droits d'auteur[49]. L'auteur doit dès lors être distingué de l'artiste interprète, disposant de « droits voisins ». Il doit également être distingué de l'inventeur, bénéficiaire d'un droit de propriété industrielle, le brevet. Nous ne nous intéresserons ici qu'aux contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique. Nous ferons cependant parfois quelques références aux contrats de la propriété industrielle, à titre de comparaison. Seuls sont donc concernés par notre sujet les contrats d'auteur.

21. Que doit-on dès lors entendre par contrat d'auteur ? Est-ce l'ensemble des contrats conclus par l'auteur ? Il convient tout d'abord d'écarter de la définition des contrats d'auteur les contrats portant uniquement sur le support de l'œuvre de l'esprit. L'indépendance entre la propriété matérielle et la propriété corporelle de l'œuvre est un des principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle. L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que *« la propriété intellectuelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel »*. Le contrat d'auteur n'est donc pas celui portant sur la propriété corporelle de l'œuvre mais celui portant sur la propriété incorporelle que constitue la propriété intellectuelle[50]. Seront donc exclus de la catégorie des contrats d'auteur les contrats ayant pour objet le transfert de propriété du

---

[49] L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

[50] Sur la distinction entre la propriété corporelle et incorporelle de l'œuvre, voir C. ALLEAUME, *Propriété intellectuelle*, Montchrestien, coll. *Cours*, 2010, p. 125 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005, n°528, p. 358.

support de l'œuvre. La vente d'un tableau, d'une sculpture, d'un manuscrit original, n'est pas un contrat d'auteur. Pour les mêmes raisons, le contrat ayant pour objet la seule création d'une œuvre n'est pas un contrat d'auteur. Ce contrat n'emporte pas, en soi, cession ou concession des droits sur l'œuvre mais éventuellement, selon les termes du contrat, sa propriété matérielle. Le contrat de commande d'une œuvre, s'analysant en un contrat d'entreprise, doit ainsi être exclu de la catégorie[51].

22. Le contrat d'auteur concerne donc les droits incorporels sur une œuvre de l'esprit. Mais est-il l'ensemble des contrats portant sur les droits relatifs à une œuvre ? La réponse à cette question n'est pas aussi évidente qu'il y paraît de prime abord. L'on pourrait *a priori* penser que l'ensemble des contrats portant sur les droits incorporels de l'auteur sont des contrats d'auteur. Cette qualification centrée sur l'objet du contrat d'auteur, empruntée par certains[52], doit cependant être repoussée. Le contrat d'auteur est effectivement le contrat portant sur les droits de l'auteur. Mais il faut ajouter à cette qualification un critère organique, celui de la présence de l'auteur au contrat. En effet, au-delà de leur objet, le point de rapprochement des contrats d'auteur est l'application des règles impératives du droit des contrats d'auteur. Or, ces règles ont pour finalité première la protection de l'auteur, et nombre d'entre elles ne s'imposent qu'au contrat directement conclu par l'auteur[53]. Comme l'a très justement montré Monsieur Raimond dans sa thèse consacrée à la qualification du contrat d'auteur, il faut ainsi prendre en compte, dans la qualification du contrat d'auteur, tant l'objet et les effets du contrat que la présence au contrat de l'auteur[54]. Nous adopterons cette conception.

---

[51] Sur cette question, v. S. DENOIX DE ST MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, préf. A. FRANÇON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle*, 2000. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005, n°1117, p. 666.

[52] N. Blanc semble englober dans la notion de « contrat d'auteur » l'ensemble des contrats *« tendant à tirer profit des droits patrimoniaux reconnus à l'auteur d'une œuvre de l'esprit* ». Elle compte ainsi, parmi les contrats d'auteur, *« certaines conventions propres à la discipline qui entourent la création et l'exploitation d'une œuvre »*, tel le contrat de coproduction conclu entre deux producteurs ou encore le contrat de délégation de recettes. N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, 2010.

[53] Dans l'arrêt « *Perrier* » du 13 octobre 1993, la première chambre civile de la Cour de Cassation a posé le principe selon lequel : « *Les dispositions de l'article L. 131-3 CPI 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* » Cass. 1re civ. 13 oct.1993 : *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°14, comm. A. MAFFRE-BAUGE ; *RIDA*, 1994, n°160, p. 210 ; *RTD com*. 1994, p. 272, obs. A. FRANÇON. ; *D*. 1994. somm. 280, obs. T. HASSLER.

[54] Sébastien Raimond montre ainsi que la qualification du contrat d'auteur *« ne repose pas seulement sur les obligations auxquelles il donne naissance, mais aussi sur des conditions externes intangibles, l'existence d'une œuvre de l'esprit et la participation d'un auteur* ». La présence de l'auteur au contrat est une condition non suffisante mais indispensable à la qualification du contrat d'auteur. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. C. CARON, Litec, coll. *Le*

23. **Diversité des contrats d'auteur**. Une fois identifiés les contrats d'auteurs, il convient de remarquer que ces contrats sont nombreux, et variés. Certains sont nommés par le Code de la propriété intellectuelle. Il en est ainsi du contrat d'édition, du contrat de représentation, du contrat de production audiovisuelle, *etc*. Le droit des contrats d'auteur est constitué à la fois des règles particulières à ces contrats spéciaux, mais aussi des règles constituant « le droit commun » des contrats d'auteur. Dans le respect de ces règles, de nombreux contrats, innommés, peuvent constituer des contrats d'auteur, portant sur l'ensemble des droits patrimoniaux de l'auteur ou sur certain d'entre eux. Le droit des contrats d'auteur prescrit des règles impératives concernant les « cessions » de droit d'auteur. La distinction est cependant faite aujourd'hui entre les contrats de cession, emportant un transfert des droits patrimoniaux de l'auteur, et les contrats de licence, emportant simple autorisation d'exploitation. Le contrat de cession pourrait être identifié à un contrat de vente lorsque le contrat de licence emprunterait les traits d'un contrat de louage[55]. Le Code de la propriété intellectuelle ne faisant mention que de cession, nous emploierons ce terme au sens large, incluant l'ensemble des contrats conclus par l'auteur et ayant pour l'objet d'exploitation de ses droits.

24. **Les acteurs du contrat d'auteur.** La conception du contrat d'auteur adoptée limite dès lors les frontières de notre étude à la phase préparatoire des contrats d'exploitation auquel l'auteur est partie. Nous ne ferons donc qu'aborder, de manière accessoire et à titre d'illustration, la négociation et les avant-contrats conclus par le cessionnaire ou futur cessionnaire des droits de l'auteur. Les avant-contrats qu'ils peuvent conclure sont nombreux, et permettent de faciliter la gestion des droits d'exploitation dans le temps. Nous pouvons à titre d'exemple citer le contrat *output deal*, qui est, pour reprendre les termes de Monsieur Gautier, un *« avant-contrat portant sur des films non encore tournés, conclu entre une chaîne et un producteur, par laquelle la première s'assure les livraisons à venir du catalogue du second »*. Nous pensons également aux nombreux pactes de préférence conclus entre co-producteurs afin de s'assurer une priorité de rachat des droits sur l'œuvre audiovisuelle au cas où l'un déciderait de les céder. Il faut également citer les contrats d'option, nombreux dans le domaine audiovisuel, que nous n'étudierons que dans l'hypothèse où l'auteur y est partie. Nous n'étudierons pas, dès lors, le contrat général de représentation, qui est *« le contrat par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures constituant le répertoire*

---

*droit des affaires*, propriété intellectuelle, 2010.

[55] Sur cette question, voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur,* 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, p. 560

*dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants-droit »*[56]. Le contrat le précédant, par lequel l'auteur cède à la société de gestion collective les droits de représentation sur ses œuvres actuelles et futures échappe également à notre étude. Il s'agit là déjà du contrat définitif. De manière générale, nous nous attacherons à la gestion individuelle des droits d'auteur, la négociation collective des droits posant moins de difficultés dans la mesure où le rapport de force et la position d'infériorité de l'auteur pouvant biaiser la saine négociation du contrat d'auteur ne s'y retrouvent pas.

25. **Les acteurs de la négociation du contrat d'auteur.** Il convient cependant de souligner le rôle des sociétés de gestion collective dans la négociation individuelle des droits d'auteur. Elles ont acquis, au fil du temps, une mission de conseil et d'assistance des auteurs dans la préparation de leurs contrats. Les auteurs trouvent également une telle assistance auprès des avocats, dont la mission de négociation s'est largement développée ces dernières années. Aux Etats-Unis, les auteurs concluent rarement eux-mêmes leurs contrats, ayant fréquemment recours aux agents littéraires. La place qui leur est réservée en France est encore aujourd'hui minime, nous y reviendrons[57]. Les auteurs ont cependant bien souvent besoin de se voir assister dans la négociation de leurs droits. Pour reprendre les termes de Monsieur Sirinelli, *« quel que soit le système juridique considéré, le créateur ne se retrouvera jamais spontanément en position de force pour négocier ces contrats ou veiller à leur bonne exécution. Qu'il s'agisse d'une économie libérale ou dirigée, d'un pays en voie de développement ou industrialisé, il est une constante qu'il est impossible d'ignorer : l'auteur ne disposera que rarement en même temps des connaissances juridiques, de la puissance économique et du renom indispensables pour faire prévaloir, seul, son point de vue et ménager ses intérêts moraux »* [58]. Ce déséquilibre dans les rapports de force de la négociation du fruit de la création intellectuelle n'est pas inhérent à la période contemporaine. Il peut être observé de tout temps.

## II. DELIMITATION SPATIO-TEMPORELLE DE NOTRE RECHERCHE

Nous délimitetons notre recherche dans le temps (*A*) et dans l'espace (*B*).

### A. Approche historique : l'avant-contrat d'auteur dans le temps

---

et s.

[56] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op.cit.*, n°1079, p. 649.

[57] *Voir infra*, n°474.

[58] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse, Paris, 1985, p. 16.

26. **La reconnaissance du droit d'auteur, fruit de négociations.** La notion de négociation est inhérente au droit d'auteur. Le droit d'auteur que nous connaissons aujourd'hui est lui-même le fruit de négociations, de rapports de force, de compromis. La reconnaissance du droit d'auteur, présenté aujourd'hui comme un droit naturel[59], s'est inscrite progressivement dans le temps. Que l'on pense à Victor Hugo, Balzac, Beaumarchais, La Harpe, Lamartine, Vigny, *etc*., les auteurs ont été les principaux acteurs de la négociation de leurs droits, de leur avènement. De l'Antiquité[60] à aujourd'hui, les auteurs ont dû batailler pour s'assurer d'une reconnaissance et d'une protection efficace de leurs droits[61]. Il n'est pas contesté qu'ils ont de tout temps pu céder et exploiter le fruit de leur travail. Ils n'en ont cependant longtemps cédé que le support, la vente de leur manuscrit, de leur toile, de leur sculpture constituant le seul gain qu'ils pouvaient en attendre. Après une période *« d'obscurantisme* succédant aux *frétillements du droit romain »*[62], l'apparition de l'imprimerie a fait ressurgir les questions relatives à un éventuel monopole d'exploitation[63]. L'idée selon laquelle

---

[59]A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, coll. *Traités*, 2006, n°8, p.9. ; Le droit de l'auteur sur son œuvre ne serait pas, dans cette conception, le résultat de la proclamation par la loi de ce droit, mais un état de fait directement produit par l'acte de création, indépendamment de toute reconnaissance par le droit positif, *« un droit qui résulte de la nature des choses » :* F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°36, p. 30. Selon C. CARON, *« que le droit d'auteur relève du droit naturel relève de l'évidence. La jurisprudence du XIXe siècle l'évoquait. Même si cela n'est plus guère rappelé de nos jours, il faut avoir à l'esprit que la protection des œuvres est innée et immanente. Seulement, il a fallu un certain état d'esprit pour que l'évidence de la nature devienne la loi des hommes ».* C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°9, p. 8.

[60] Dans l'Antiquité, bien que ne connaissant pas la notion de droit d'auteur, était déjà présente l'idée selon laquelle la reprise frauduleuse de l'œuvre d'autrui pouvait constituer un vol, idée qui supposait admise l'existence d'un droit de propriété. Il faudra cependant attendre plusieurs siècles pour que soit consacré un droit exclusif à leur endroit. F. Pollaud-Dulian cite ainsi Vitruve, qui, dans le plus ancien traité d'architecture écrit pour l'empereur Auguste, affirmait : *« L'on ne peut assez blâmer ceux qui ont dérobé leurs écrits pour en paraître les auteurs, et que l'envie qui les a portés à vouloir supprimer les ouvrages d'autrui pour s'en faire honneur demande quelque chose de plus que le blâme, et mérite une punition très sévère. L'on voit des exemples d'une telle punition parmi les anciens, et je crois qu'il n'est pas hors de propos de rapporter ici quel a été le jugement qui fut autrefois rendu contre ceux qui se trouvèrent coupables d'un tel crime ».* F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op.cit.*, n°2, p. 3. C'est ici un droit de paternité qui est évoqué. MARTIAL, poète romain, évoquait lui aussi un tel droit, dans ses *« Epithètes à Fidentinus »*, LIV. I, LIII, LXII, LXVI : *« Ta renommée me rapporte, Fidentinus, que tu récites mes œuvres en public comme étant de toi. Si tu veux bien dire que mes vers sont de moi, je te les enverrai gratis. Si tu veux qu'on dise qu'ils sont de toi, achète-les pour qu'ils ne soient plus à moi »*, Epithètes rapportés par A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur : Multitudes*, 2001, n°5, p. 38.

[61] A. LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* : art. préc., n°5, p. 37 et s. Pour reprendre les termes de C. CARON, « *Il serait erroné de croire qu'une belle unanimité existait à l'époque pour élaborer un nouveau droit d'auteur. Comme de nos jours, les débats étaient vifs et la naissance du droit d'auteur a été un combat* ». C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.,* n°28, p. 24.

[62] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°27, p. 22.

[63] F. Pollaud-Dulian montre ainsi que pour que se pose véritablement la question des droits d'auteur, plusieurs conditions doivent être réunies. *« Il faut tout d'abord des moyens de reproduction et une diffusion significatifs, pour que se développent une communication des œuvres d'une certaine ampleur et une véritable exploitation ».* Il faut également un

l'auteur était propriétaire de son travail intellectuel s'est largement répandue sous l'Ancien régime, sans pour autant être consacrée et *« systématisée »*[64]. Le système des privilèges, apparu dès la fin du XV[ème] siècle et resté en vigueur jusqu'à la Révolution a contribué à leur dénier tout pouvoir de maîtrise sur leurs œuvres, privilèges qu'ils ont parfois pu négocier à leur profit[65]. Les privilèges accordés par le roi ont incontestablement participé à accentuer le rapport de force entre l'auteur et l'exploitant de son œuvre, libraire ou directeur de troupes ou de théâtre, en offrant des monopoles à ces exploitants, renforçant ainsi le déséquilibre dans le pouvoir de négociation.

27. **L'endémique déséquilibre dans le pouvoir de négociation.** Les auteurs ont donc dû se regrouper afin de donner plus de poids à leur parole. Ils se sont tout d'abord regroupés afin d'obtenir la reconnaissance de leurs droits, regroupés parfois de force, avec le système des corporations[66], regroupés parfois de gré, sous l'impulsion d'auteurs de tête. Ils ont donné naissance à des structures collectives qui, plus de deux siècles plus tard, influent encore sur la négociation du fruit de leur travail intellectuel. Nous pensons bien sûr ici à Beaumarchais et à la création de la Société des auteurs, aujourd'hui la SACD, à Balzac pour la société des gens de lettre, la SDGL. La création de la SACEM, en 1851, procède du même esprit. Ils se sont également regroupés afin de gérer de manière collective les droits acquis. L'auteur ne fait pas, à ce moment là encore, l'objet d'une protection particulière.

---

public, donc une éducation suffisante de la population pour assurer à l'œuvre une réelle diffusion, ainsi que des diffuseurs. Il faut, enfin, *« qu'une idéologie conduise à reconnaître la légitimité d'un droit individuel au profit de l'auteur »*. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005, n°3, p. 4. Ces conditions ne seront réunies qu'au 18[ème] siècle, ouvrant le débat du monopole d'exploitation des œuvres.

[64] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit*., n°3, p. 5. ; J. BONCOMPAIN, *La révolution des auteurs, naissance de la propriété intellectuelle* (1773-1815), Fayard, 2002.

[65] Le système des privilèges n'intéresse *a priori* pas directement les auteurs. Ils étaient accordés notamment aux imprimeurs libraires souhaitant exploiter des œuvres, ainsi qu'aux directeurs des théâtres. L'ordonnance de Moulin de 1566 leur fait obligation de demander des lettres de privilège avant toute exploitation. Ces privilèges accordés étaient un moyen efficace de contrôler les activités de publication, et d'exercer, le cas échéant, la censure de l'Etat. Les auteurs n'y étaient pas associés. Ils n'intervenaient qu'au moment de la cession de leur manuscrit, et perdaient dès lors tout pouvoir de contrôle, matériel, pécuniaire ou moral, sur leur création. En sus de ces privilèges royaux accordés aux exploitants, un autre système de privilège se développa, cette fois-ci directement au bénéfice des auteurs. Cette pratique s'est répandue au 18[ème] siècle. Elle est le résultat d'une négociation réussie des auteurs, qui ont su, à ce moment là, obtenir des droits sur leur propre création.

[66] Dès 1301, les artistes d'œuvres plastiques étaient par principe soumis au système des corporations, sauf dérogation expresse du roi ou situation particulière. Il fallu attendre 1777 pour voir la liberté de l'art proclamée et les artistes affranchis de l'adhésion aux corporations. Voir sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.,* n°8, p. 8.

28. **La reconnaissance d'un droit exclusif négociable.** Les lois révolutionnaires de 1791[67] et 1793[68] n'avaient pas beaucoup changé la donne[69]. Bien qu'elles reconnaissent de manière expresse un droit exclusif des auteurs sur leurs œuvres, le droit de représentation et le droit de reproduction, elles n'instaurent aucunement de régime particulier à leur exploitation, d'autant que ni le droit moral, ni le principe de séparation de l'œuvre et de son support n'y sont consacrés. Elles reconnaissent cependant la propriété de l'auteur sur sa création[70], un droit privatif lui assurant le monopole de l'exploitation de son œuvre. L'auteur peut dès lors exploiter ses droits, ou les céder librement[71]. L'œuvre, qui devient ici un bien exclusif, demeure à cette heure un bien négociable pouvant être cédé de la même manière que n'importe quel produit. La cession des droits de l'auteur est alors toute entière soumise au droit commun des contrats, codifié en 1804[72].

29. **L'évolution parallèle du droit des contrats.** Parallèlement, le droit des contrats a lui aussi évolué. Le formalisme romain[73] a fait place au consensualisme[74] et la volonté, sous le siècle des

---

[67] Loi des 13/19 janvier 1791 consacrant le droit de représentation publique.

[68] Loi du 19/24 juillet 1793 consacrant le droit d'édition, entendu aujourd'hui comme le droit de reproduction.

[69] Elles avaient d'ailleurs pour ambition de servir tant les intérêts des exploitants que ceux des auteurs, en maintenant des monopoles d'exploitation malgré la disparition des privilèges.

[70] C'est à cette occasion que Le Chapelier prononça des mots demeurés célèbres, « *La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain* ». Lakanal mit lui aussi en avant le terme de propriété pour désigner la nature des droits de l'auteur sur son œuvre : « *De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions de génie* ». La nature du droit d'auteur a cependant été débattue : L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ?* Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle : *RIDA*, juill. 2005, p. 117. - S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle, in* Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007, p. 25. - M. VIVANT, *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété…* : *Propr. Intell*. avr. 2007, n°23, p. 193.

[71] A. ABELLO, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in* Droit et économie de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2005, p. 341.

[72] Monsieur Pollaud-Dulian le montre très clairement, faisan le bilan de l'apport de la loi de 1957, qui a mis en place *« un dispositif important en matière de contrats d'exploitation, qui, se détachant du droit commun des contrats, qui était jusque-là seul applicable, vient protéger le consentement et les intérêts de l'auteur, partie faible, face à son cocontractant, en imposant des méthodes d'interprétation, des prévisions contractuelles obligatoires, de règles de rémunération, etc.* » F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit*., n°31, p. 25.

[73] En droit romain, les contrats étaient essentiellement formalistes, formalisme matérialisé par l'accomplissement de certains rites basés pour la plupart sur des gestes ou des paroles. Les contrats consensuels, conclus par le seul échange de volonté, constituaient l'exception.

[74] Les contrats consensuels ne sont pas inconnus du droit romain. Ils apparaissent cependant tardivement, fruit d'une construction prétorienne, dans l'optique de faciliter les échanges avec les pérégrins. Seuls quatre contrats consensuels étaient alors reconnus : l'*emptio-venditio,* la *locatio-conductio*, la *societas*, et le *mandatum.* Les contrats innomés, *« nova negotia »*, pouvaient également être consensuels, ce qui a vraisemblablement été un vecteur d'extension de la catégorie des contrats consensuels. E.CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd.,

Lumières, a pris la place centrale dans la formation du contrat[75]. Se développe dans la seconde moitié du XIX$^{ème}$ siècle la théorie de l'autonomie de la volonté[76], donnant pleine force au principe de liberté contractuelle, et, partant, à la liberté précontractuelle. Le pouvoir de la volonté est à son paroxysme et la liberté des hommes en est alors, selon une partie de la doctrine, le fondement. La période de négociation du contrat, est, à ce moment là, une période d'entière liberté.

30. **L'apparition des avant-contrats.** La technique de formation progressive du contrat, étape par étape, se développe quant à elle dans de nombreux domaines[77]. Elle est due à la complexification des contrats, à leur multiplication, au renforcement des intérêts en jeux. Ses outils sont adoubés par le juge, qui va reconnaître et donner force obligatoire aux avant-contrats. Le mécanisme de la promesse de contrat va permettre, dans des relations complexes, d'aménager la conclusion du contrat dans le temps. Le pacte de préférence se développe aussi, permettant de choisir par avance son cocontractant, et de s'assurer pour un temps de l'éviction de la concurrence. Les contrats d'auteur n'échappent pas à ce phénomène. De nombreux auteurs s'engagent, par avance, à céder leurs droits à des exploitants, et leurs confèrent parfois une exclusivité contractuelle, faisant d'eux de véritables

---

Litec, coll. *Cours objectif droit*, 2011, p. 71 et s. Le principe et l'exception s'inverseront ensuite. Dès le début de l'ancien régime, sous l'influence des canonistes, l'idée se fait jour que la parole devrait suffire à engager son auteur, sans aucune formalité supplémentaire. Il faudra cependant attendre le 16$^{ème}$ siècle pour que cette idée se généralise en doctrine. La célèbre formule de Loisel marquera de manière symbolique l'avènement du consensualisme *« On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ; autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain »*. Influencés par des philosophes comme Descartes, Domat a ensuite proclamé ce principe du consensualisme.

[75] Influencé par la philosophie des lumières qui place l'homme au centre de tout et de toute chose, la période révolutionnaire marque l'avènement de la volonté comme source essentielle de la formation du contrat et de sa force obligatoire. *« A la source de toute obligation, en France, la loi est regardée comme l'expression de la volonté générale, le contrat exprimant celle des particuliers »*. E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *op. cit.* n°127, p. 206. S'efforçant de marquer une rupture avec le droit canon, se dégage l'idée selon laquelle les parties doivent respecter la loi qu'elles se sont donnée, non parce qu'elles se sont engagées envers Dieu, *« pacta sunt servanda »*, mais parce leur volonté est propre à créer leur propre loi, comme le rappellera Montesquieu. L'article 1134 du Code civil consacre ce principe, *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*. Il faudra cependant attendre la fin du 19$^{ème}$ siècle pour que la théorie de l'autonomie de la volonté se développe en France. A ce moment là, la volonté est vue comme la seule source du contrat.

[76] Selon la définition donnée par le dictionnaire juridique de G. Cornu, la théorie de l'autonomie de la volonté est la théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme est propre à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contacter, de manière autonome, indépendamment de l'intervention de la loi, et donc la possibilité de se créer sa propre loi.

[77] La technique de formation du contrat par étapes apparaît dès le 15$^{ème}$ siècle, avec le développement de la promesse de contrat. Il faudra cependant attendre plus de trois siècles pour que ce contrat soit défini par Pothier, comme *« la convention par laquelle quelqu'un s'oblige envers un autre de lui vendre une chose »*. POTHIER, *Traité sur les différentes matières de droit de droit civil*, Debure Rouzeau-Montaut, T.I, 1781, n° 476. Voir sur ce point S. RINGLER, thèse. prèc., p. 3 et s. C'est au 19$^{ème}$ et surtout au 20$^{ème}$ siècle que ces contrats vont se généraliser, et toucher l'ensemble des domaines du droit.

salariés de la création[78]. Donnant lieu à de nombreux excès, les cessions globales de droits d'auteur et les avant-contrats portant sur les droits d'auteur vont ainsi contribuer à une construction jurisprudentielle tendant progressivement à limiter les possibilités d'engagement de l'auteur à travers des outils de droit commun, comme la prohibition des engagements perpétuels, ou encore la police des clauses potestatives. Ce n'est qu'en 1957 que le législateur consacrera des règles propres à appréhender de manière particulière, spéciale, ces contrats préparatoires.

31. **L'encadrement progressif de l'engagement de l'auteur.** Dans l'étude des avant-contrats en droit d'auteur, le point de rupture est donc assurément la loi de 1957. Instituant un véritable droit contractuel d'auteur, affichant clairement une ambition de protection des auteurs, elle soustrait en partie les contrats d'auteur au droit commun des contrats. La liberté de l'auteur est alors *« surveillée »*[79]. À partir de là, il faudra, dans la construction du contrat d'auteur dans le temps, prendre en compte ces règles impératives, les articuler avec le droit commun des contrats, ne pas négliger l'influence du droit moral que cette loi a consacré. La loi de 1957 instaure le droit des contrats d'auteur que l'on connaît aujourd'hui. Il ne faut cependant pas minimiser l'apport des interventions ponctuelles ultérieures du législateur, celui du droit communautaire, celui de la codification qui, bien que se voulant à droit constant, a par son organisation permis d'interpréter la portée de certaines dispositions. Il faut, surtout, souligner travail des juges et de la doctrine qui ont largement contribué à donner une cohérence d'ensemble aux règles du droit d'auteur, en les interprétant au fil de leur application, en leur donnant du sens, en les devançant parfois. Si la loi de 1957 marque une étape décisive, l'anticipation de certaines de ses règles et l'application qui en est faite depuis plus de cinquante ans ont tout autant dessiné les contours des multiples visages que prennent aujourd'hui les avant-contrats en droit d'auteur.

32. **L'infiltration progressive du droit dans le temps de l'avant-contrat.** L'étude de la période de l'avant-contrat en droit d'auteur est guidée par des étapes chronologiques plus diffuses. L'infiltration du droit dans cette période exploratoire s'est faite au coup par coup, conduisant les juges à établir, au fil de ses interventions, une véritable police de la période précontractuelle. Liberté précontractuelle et liberté contractuelle sont aujourd'hui encadrées. Si la volonté demeure au centre du droit des contrats, la théorie de l'autonomie de la volonté s'est émoussée tandis que le droit a, de

---

[78] *Voir infra*, n°537 et s.

[79] A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur : Dalloz-Sirey*, 1979, chron. p. 55.

plus en plus, appréhendé la période de progression vers la loi des parties[80]. Comme dans tous les domaines, le droit s'est glissé de manière progressive dans la période de négociation du contrat d'auteur.

33. **L'évolution de l'avant-contrat en droit d'auteur.** L'histoire de l'avant-contrat en droit d'auteur est donc celle d'un encadrement progressif de l'engagement de l'auteur dans une période faisant elle-même l'objet d'une infiltration progressive du droit. Une donnée a cependant traversé les siècles, celle du déséquilibre de pouvoir existant dans la négociation du contrat d'auteur entre l'auteur et son exploitant. Une donnée nouvelle liée à l'évolution de la société de l'information a dû être prise en compte, celle de la marchandisation[81], et celle de la mondialisation. Dans un monde où tout va de plus en plus vite, où la communication des œuvres au public est de plus en plus dématérialisée, où l'économie des droits d'auteur supplante aujourd'hui de nombreux marchés, envisager les droits d'auteur comme un objet de négociation n'a peut être jamais été d'une actualité aussi brûlante. Il convient également d'ajouter que la négociation se joue aussi au niveau international, tant pour la négociation de l'œuvre, que pour la négociation politique visant à imposer au monde une certaine vision du droit des créateurs.

### B. Approche géographique : l'avant-contrat d'auteur au temps de la mondialisation

34. **Mondialisation des sources du droit d'auteur.** Tant les sources du droit des contrats que celles du droit d'auteur se sont aujourd'hui diversifiées et mondialisées : *« Avec aujourd'hui la construction communautaire et la mondialisation, tout enfermement est interdit. Les sources du droit d'auteur se démultiplient et les textes nationaux, régionaux, internationaux se répondent en une sorte de squash planétaire »*[82]. La convention de Berne faisait à cet égard figure annonciatrice. Dès 1886, celle-ci crée une union entre ses Etats signataires dans le but d'instaurer des principes communs. Le traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 viendra ensuite adapter le droit des créateurs à

---

[80] La théorie de l'autonomie de la volonté a rapidement montré ses limites. La première limite réside dans la conception kelsenienne selon laquelle une norme trouve sa validité et sa force obligatoire dans sa conformité à la norme supérieure (sur ce point voir H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention* : *APD*, 1940, p. 33). En retenant une telle approche, c'est la loi, à travers l'article 1134 du Code civil, qui donne force obligatoire au contrat, et non, de manière autonome, la volonté des parties. La deuxième limite se fond dans celle des théories libérales. Si, pour A. Fouillée, *« qui dit contractuel, dit juste »*, il est apparu que le déséquilibre existant entre certains cocontractants rendait illusoire l'avènement d'un contrat respectant nécessairement les intérêts de chacun, ce qui a conduit à une intervention croissante du droit dans la loi des parties.

[81] P. GAUDRAT et M. VIVANT, *Marchandisation, in* Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, p. 31

[82] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°30, p. 39.

un nouveau contexte, en consacrant par exemple le droit de distribution ou encore en intégrant des dispositions relatives aux programmes d'ordinateur et aux bases de données. Dans une perspective de marché, l'approche mercantile des droits d'auteur a conduit à l'inclusion de la propriété intellectuelle dans le giron des accords purement économiques[83]. Tel est le cas des accords ADPIC, volet spécial des accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce. Le droit d'auteur subit également l'influence du droit communautaire qui a entamé un processus d'harmonisation des législations sur la création. Cette influence passe notamment par l'application du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, ex traité CE, ainsi que par la transposition des directives intervenant sur des points précis[84]. Ces différentes sources du droit d'auteur devront être articulées avec le droit interne, ce qui n'est pas toujours chose aisée[85]. Cette « *pulvérisation des sources* »[86], que l'on peut constater en droit d'auteur, n'influe cependant qu'indirectement sur l'avant-contrat d'auteur en droit français, car celles-ci demeurent silencieuses sur le processus de formation du contrat.

35. **Mondialisation des sources du droit des contrats.** Le droit des contrats subit lui aussi l'influence de la mondialisation. Les sources contemporaines du droit des contrats ne peuvent plus être envisagées sous le seul angle de notre droit interne. Cette influence est internationale et communautaire.

36. **L'influence internationale**. Faciliter les échanges transfrontaliers n'est pas une idée neuve. Dès le XVII$^{ème}$ siècle, s'est développée l'idée d'une harmonisation du droit des contrats au niveau mondial. Face aux difficultés d'une telle entreprise, ont finalement été adoptés des outils visant à faciliter les échanges. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, du 11 avril 1980, en est un puissant symbole. Les *« incoterms »*, les *« principes de la Lex mercatoria »*, les

---

[83] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°79, p. 60.

[84] Nous pouvons citer à titre d'exemple la directive d'harmonisation sur les programmes d'ordinateur n°91/250 du 14 mai 1991, la directive sur le droit de location et de prêt et sur les droits voisins n°92/100 du 19 novembre 1992, la directive sur la radiodiffusion par câble et par satellite n°93/83 du 27 septembre 1993, la directive sur la durée de protection n°93/98 du 29 octobre 1993, celle sur la protection des bases de données n°96/9 du 11 mars 1996, celle sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information n°2001/29 du 22 mai 2001.

[85] De nombreux auteurs mettent en avant les difficultés liées à l'articulation entre les différentes sources du droit d'auteur. Monsieur Gautier, par exemple, les met ainsi en exergue : *« Tout cela est bien bon, mais si l'on aligne tous ces textes (…), quels cumuls de droit – et comment les justiciables et les juges vont-ils s'y retrouver (…) ? A trop vouloir en faire, par la voie de sources internationales de toutes sortes, ne risque-t-on pas, paradoxalement, de porter atteinte à la sécurité juridique ? L'avenir le dira »*, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°301, p. 325.

[86] Termes empruntés à A. PELISSIER, *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen*

principes *« Unidroits »*, sont autant d'instruments permettant aux parties de faciliter leurs échanges dans un contexte mondialisé. Si ces outils ne sont pas d'application impérative et ne constituent pas à proprement parler des sources du droit des contrats, ils ont cependant force de modèle, et constituent des sources d'inspiration commune permettant le rapprochement des droits au fur et à mesure des réformes individuelles.

37. **L'influence communautaire.** C'est cependant au niveau communautaire que s'opère aujourd'hui l'influence première sur notre droit des contrats[87]. Elle apparaît notamment à travers les règlements et directives qui, par touches successives, se sont infiltrés dans notre droit des contrats. Il faut également citer, à ce titre, l'influence directe de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a parfois sanctionné les Etats dont le droit des contrats contrevenait aux droits et libertés fondamentales qu'elle promeut[88]. Au-delà de ces modifications et rectifications ponctuelles, c'est une véritable harmonisation, voire une unification du droit des contrats qui est envisagée. Il est en effet apparu que les disparités de législations en matière contractuelle constituaient une entrave aux échanges, en augmentant notamment les coûts de transactions dans les contrats transfrontaliers[89]. A alors été envisagé un Code européen des contrats qui n'était pas au goût de tous[90], de nombreux Etats membres étant attachés à leurs traditions et à leurs spécificités

---

*des contrats, in* Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Société de législation comparée, 2008, p. 29.

[87] Pour une analyse de cette influence, voir : M. E. ANCEL, *Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques, in* Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Dalloz coll. *Thèmes et commentaires*, 2005, p. 122 ; B. FAUVARQUE-COSSON et W. VAN GERVEN, *La convergence des droits en Europe : LPA,* 19 avr. 2007, n° 79, p. 63 et s.

[88] Arrêt *Mel Yedeï*, Cass. Civ. 3e, 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, n°60, et *Nikon France*, Cass. Soc. 2 octobre 2001 : *Bull. civ*. V, n°29. Dans la première affaire, la Cour de cassation a jugé que la clause dite « d'habitation exclusive » qui interdisait à un locataire de l'OPAC d'héberger ses proches, portait atteinte à l'article 8 de la Convention européenne. Dans la seconde, l'article 8 de la Convention est couplé avec l'article 9 de notre Code civil afin d'empêcher un employeur de retenir une faute grave à l'égard d'un salarié. Ce dernier menait, selon les déclarations de son employeur, « une activité parallèle » pendant ses heures de travail en communiquant par messagerie électronique et en consignant ses messages dans un fichier qu'il avait intitulé « fichier personnel ». La faute grave ne pût ainsi être établie par l'employeur qui avait violé le droit au respect de la vie privé de son salarié en consultant ledit fichier.

[89] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2011 concernant le Droit européen des contrats, COM (2001) 398 final et, plus récemment, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 octobre 2011, *Un droit commun européen de la vente pour faciliter les transactions transfrontières sur le marché unique*, COM (2011) 636 final.

[90] P. LEGRAND, *Against a European Civil Code : Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 44 ; D. MAZEAUD, *A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la commission Lando, in* Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 205 et s ; B. FAUVARQUE – COSSON, *Faut-il un Code civil européen ? : RTD. civ*. 2002, p.463 ; G. CORNU, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire : D*. 2002, chron. p. 351 ; M. A. RIBEYRE, *Le Code européen des contrats : histoire d'un malentendu : Dt et patr*. avr. 2003, n° 114, p. 7 ; pour l'opinion inverse voir : B. DEFFAINS, *Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe, in* Mélanges en l'honneur

juridiques. S'est mise en place une réflexion tendant à créer des instruments optionnels[91], ne s'appliquant qu'au bénéfice des parties ayant décidé de s'y soumettre. L'appel aux doctrines collectives législatrices a été lancé. En sont issus notamment les Principes Européens du Droit des Contrat, ainsi que les résultats du groupe « acquis communautaire », les réflexions du professeur Gandolfi et du professeur Von Bar sur un éventuel Code européen des contrats. Bien que ne constituant pas des sources directes de notre droit des contrats, il faut donc tenir compte, aujourd'hui, de ces diverses influences. D'autant que s'est engagé, au niveau international, un grand mouvement de réflexion sur l'efficacité des systèmes juridiques, répondant notamment à l'apparition d'une méthode de notation des systèmes juridique en fonction de cette « efficacité »[92]. Ces réflexions poussent aujourd'hui les Etats à moderniser leurs droits des contrats, chacun souhaitant, dans l'optique d'une future harmonisation, servir de modèle. Malgré tout, les règles du droit des contrats, ainsi que les règles applicables à l'avant-contrat et aux avant-contrats, demeurent très différentes selon les pays, ce qui pose problème dans un contexte mondialisé. C'est en envisageant le contrat d'auteur transfrontalier que les difficultés liées à l'approche géographique de notre sujet prennent alors tout leur sens.

38. **Mondialisation du marché, divergence des conceptions**. Dans une société où les œuvres font l'objet d'une exploitation mondiale, les droits ne peuvent plus s'observer de loin et fonctionner en vase clos[93]. Les contrats internationaux se sont développés et il n'est pas rare qu'un auteur français négocie des droits avec un exploitant étranger, ou même s'engage par un avant-contrat. Le développement d'internet à changé le visage de l'exploitation des œuvres. Cet abaissement des frontières de la culture entraîne nécessairement des conséquences sur les contrats pouvant être

---

de Paul Lagarde, Dalloz, p. 85.

[91] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 octobre 2004, *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, COM (2004) 651 final.

[92] Sur cette question, voir : ASSOCIATION H. CAPITANT, Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports Doing Business de la banque mondiale, Société de législation comparée 2005 ; B. DEFFAINS, *Common Law ou « droit des codes » : quel système est le plus efficace?, Problèmes économiques : La doc. Française*, 30 mars 2005, p.3 ; X. LAGARDE, *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats : Dalloz* 2005, n° 39, p. 2747 ; B. DU MARAIS, *De Kotor à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires : Dalloz* 2006, chron. p. 1110 ; J.-M. BAISSUS, *Nous n'avons pas à craindre la compétition des systèmes juridiques : JCP G*. 13 juin 2007, doctr., I, 162, p. 9.

[93] De manière générale, sur les problèmes liés à la mondialisation de l'exploitation des œuvres, voir : *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?* Sous la direction de M. VIVANT, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004.

conclus par l'auteur. L'appréhension de l'avant-contrat en droit d'auteur se heurte alors à trois types de problèmes dans un contexte mondialisé.

39. **Divergences relatives aux contrats d'auteur.** La première tient aux conceptions radicalement différentes entre les différents systèmes de droit d'auteur, schématiquement rassemblés en deux grandes familles, le droit d'auteur et le *copyright*, correspondant à deux approches différentes de la protection du fruit de la création. Mais, au-delà de cette scission, qui, malgré une tendance certaine au rapprochement, demeure, le droit contractuel d'auteur varie selon les Etats. Le contrat international portant sur les droits d'auteur pose à cet égard des difficultés, non seulement liées aux différentes conditions de cession des droits patrimoniaux, mais aussi et surtout liées aux divergences relatives à la protection du droit moral. Les conditions de validité du contrat d'auteur n'étant pas les mêmes dans chaque pays, constater la conclusion du contrat peut présenter des difficultés. Pour ne prendre que quelques exemples, les droits allemand et autrichien permettent une cession des œuvres futures[94] alors que le droit français ne le permet pas, le contrat d'auteur anglais est soumis au droit commun[95] tandis que certains éléments doivent être présents au contrat d'auteur français sous peine de nullité, *etc.* Les exemples peuvent être multipliés. Au regard de certains droits, le contrat d'auteur sera déjà conclu alors qu'au regard de certains autres, les parties en seront encore au stade de l'avant-contrat.

40. **Divergences relatives à l'avant-contrat.** Le deuxième problème que pose l'avant-contrat en droit d'auteur dans un contexte international est lié à l'avant-contrat lui-même, en tant que période précontractuelle. Certains systèmes juridiques soumettent les parties, dans la période précontractuelle, à un devoir de bonne foi qui n'est pas connu de tous. Les devoirs inhérents à la phase de conclusion du contrat ne s'imposent donc pas de la même manière selon les pays. En droit anglo-saxon, la période précontractuelle est envisagée comme une période de risque[96], fondée sur la

---

[94] L. GERSTNER, *L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle : CCE*, oct. 2006, n°198, p. 2.

[95] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°290, p. 320.

[96] Ainsi, « *Le droit anglais n'a jamais admis aucune responsabilité pour motif de rupture des négociations. Le risque qu'une partie interrompe celles-ci avant la conclusion du contrat est considéré comme « business loss ». La notion continentale de bonne foi contractuelle est inconnue en soi au Royaume Uni : il n'existe aucune obligation de négocier conformément aux exigences de l'équité et de ce qui est raisonnable* », Conclusions de l'avocat général de la CJCE, M.L.A. Geelhoed, présentées devant la Cour le 31 janvier 2002, dans le cadre de l'affaire Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrick GmbH, Aff. C-334/00, cité par R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux : Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, préf. D. MAINGUY, LGDJ, 2008, n°24, p. 17.

notion de concurrence existant entre les négociateurs. Dans les droits romano-germaniques, la notion de bonne foi a progressivement gagné du terrain sur la phase préparatoire du contrat, s'imposant comme une limite à la liberté précontractuelle, mais des divergences demeurent selon les législations observées[97].

41. **Divergences relatives aux avant-contrats.** Les formes contractuelles, outils de la période précontractuelle, varient aussi selon les pays. Tous les pays ne connaissent pas la formation du contrat par étape comme on peut la concevoir en France. Ainsi, *« la divergence entre les régimes juridiques anglo-saxon et romano-germaniques ne s'est pas restreinte à la négociation non contractuelle mais s'est étendue à la valeur juridique des contrats préparatoires »*.[98] Si en France la valeur accordée à la parole donnée permet de conférer force obligatoire aux accords préparatoires, qu'ils prennent les traits d'un accord de négociation ou d'un avant-contrat, dans les pays anglo-saxons, pendant longtemps, seuls les accords contenant d'ores et déjà tous les éléments du contrat futur se sont vu reconnaître une valeur contractuelle[99].

42. **Les divergences sources d'incertitude.** Ces divergences entraînent des problèmes de visibilité et de lisibilité des différents droits qui peuvent constituer une entrave à la libre concurrence et à la libre circulation des biens. Face à ces difficultés, nous avons vu que des conventions avaient été conclues afin de faciliter ces échanges. Il faut ainsi compter avec la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980. Il existe également, au niveau international comme au niveau communautaire, des instruments à la portée des parties souhaitant réduire les risques liés à l'insécurité juridique et aux coûts de transaction qu'infèrent de telles disparités.

43. **La convergence.** On constate cependant une tendance au rapprochement. Les pays anglo-saxons ont récemment développé des outils permettant d'instaurer un minimum de sécurité dans la période précontractuelle. Les fondements sont différents de ceux que l'on connaît. Ainsi, ont été développés les mécanismes de *Promissory estoppel*, d'*Unjust agreement* ou encore de *Misrepresentation* ou d'*Equity*, sur lesquels nous reviendrons. Malgré des fondements différents

---

[97] J. CARTWRIGHT, *Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits Européens*, *in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 31.

[98] R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux : Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, préf. D. MAINGUY, LGDJ, 2008, n°25, p. 18.

[99] R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux : Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, thèse. cit., p. 18 et s.

selon les droits, les solutions retenues tendent, à travers ces mécanismes, à se rapprocher[100]. Il faut également, à ce titre, ne pas minimiser l'influence de la pratique contractuelle anglo-saxonne, dont certains instruments se généralisent en France, comme c'est le cas du contrat de *Memo deal*, forme simplifiée de contrat permettant d'anticiper sa conclusion en attendant de pouvoir se mettre d'accord sur tous ses éléments.

44. **Une convergence limitée.** Malgré ces convergences, les solutions retenues ne sont pas toujours équivalentes, et l'appréhension de l'avant-contrat en droit d'auteur diverge sur de nombreux points selon les différentes législations[101]. Nous ne pouvons raisonnablement étudier, de manière comparée, l'appréhension par tous les droits de l'avant-contrat en droit d'auteur. Nous ferons, au cours de nos développements, quelques comparaisons propres à éclairer nos propos, mais nous réserverons la grande majorité de nos développements à la préparation du contrat d'auteur soumise à la loi française. Il faut cependant avoir conscience que dans un contexte international, les parties peuvent être tentées de soumettre directement leur relation à une loi qui leur est étrangère par le jeu de la loi d'autonomie, ou bien indirectement, par le jeu d'une clause rattachant le traitement de leur litige à une juridiction étrangère. À défaut de choix, les règles de conflits de loi pourront désigner tantôt l'application de la loi étrangère, tantôt celle de la loi française, tant pour le contrat que pour la résolution des problèmes pouvant survenir au stade de l'avant-contrat[102]. La loi se doit donc d'être claire, ce qui est loin d'être aujourd'hui le cas. De là sans doute la nécessité pour nous de clarifier le contenu des dispositions applicables à cette période.

### III. L'INTERET DE NOTRE RECHERCHE

---

[100] Cette démonstration est l'objet de la thèse de Monsieur Monzer, portant sur « *La négociation des contrats internationaux, Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, thèse. préc. Voir également sur ce point M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat dans tous ses états », in* Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit Européen, LGDJ, 2002, p. 228 et s.

[101] D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons, in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 13. - J. CARTWRIGHT, *Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits Européens, in L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats*, art. préc., p. 31.

[102] De manière générale, sur ces questions, voir M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique : étude de droit comparé et de DIP : Joly*, 1998. – J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Litec*, 1990. - D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2010. – T. VIGNAL, *Droit international privé*, Armand Colin, 2005.

45. De nombreux ouvrages et monographies ont été consacrés aux avant-contrats particuliers[103], certains à l'avant-contrat de manière plus générale[104]. Pourquoi alors s'intéresser à l'avant-contrat ? S'intéresser à l'avant-contrat, c'est s'intéresser aux notions de volonté, d'engagement, de maintien de la volonté dans le temps, à la place du temps dans le droit, à la maîtrise du droit sur le temps. L'intérêt est en premier lieu notionnel. La notion d'avant-contrat dérange, intrigue[105], divise. Malgré toutes les études menées sur la question, malgré la volonté d'établir une théorie générale de l'avant-contrat[106], la notion demeure floue, malléable. Le temps de l'avant contrat semble indomptable. La période de l'avant-contrat, entre mystère et paradoxe[107], demeure une période d'illusions, de désillusions, une période informelle que les négociateurs peuvent à souhait formaliser, comme ils l'entendent. C'est aussi une période d'échange : échange de mots, d'informations, de promesses. Dans l'avant-contrat, il y a l'idée d'un compromis, celui des prétentions, celui de l'engagement et de la liberté.

46. **Le silence du législateur.** Classiquement, l'auteur est considéré comme la partie faible au contrat d'exploitation des droits sur son œuvre. Etant dans la majorité des cas moins bien informé que son cocontractant, n'ayant pas le même pouvoir financier, il n'est pas en position de force à l'heure de la négociation du contrat. Dans certains droits spéciaux, le droit de la consommation notamment, le législateur a, en vue d'assurer la protection de la partie faible au contrat, instauré des règles relatives à la période précontractuelle, imposant des devoirs spéciaux d'information, des délais de réflexion, de rétractation, *etc.*[108]. À l'exception de la possibilité de conclure un pacte de préférence sur des œuvres futures dans le contrat d'édition, le Code de la propriété intellectuelle ne

---

[103] F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1983. ; F. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, préf. J.-L. AUBERT, Sirey, coll. *Immobilier droit et gestion*, 1988. ; J-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997 ; G. DURRY, *Les restrictions conventionnelles à la liberté de choisir la personne de son cocontractant*, Thèse, Paris 1957, p. 100. H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Thèse, Paris II, 1993.

[104] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit*. S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, thèse préc. ; M. GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse. préc. 1985. ; E. LEDUC, *Des avant-contrats, op. cit.*, 1909.

[105] S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?, op. cit.*, p. 1.

[106] *Ibid.*

[107] D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle* : *in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 637.

[108] *Voir infra*, n°94-100.

fait, quant à lui, aucune référence à la période de préparation et de création du contrat. Voici une première raison, et non des moindres, de nous y intéresser.

47. **Le silence de la doctrine.** La doctrine, consacrant pourtant de longs développements au droit des contrats d'auteur et aux différents contrats d'exploitation, ne s'intéresse que peu à la période préparatoire du contrat. Bien souvent, les auteurs, dans leurs manuels et ouvrages, font référence à cette période en précisant simplement que celle-ci est soumise au droit commun. Aucune étude générale n'a cependant été menée sur la période de création du contrat d'auteur. La question de l'obligation d'information précontractuelle, par exemple, fait l'objet de notes de jurisprudence ponctuelles[109], mais ne fait pas l'objet d'une étude d'ensemble. L'information de l'auteur a pourtant une place cruciale dans la détermination de son consentement. D'une bonne information dans la période précontractuelle dépendra parfois la validité du contrat. Il en est de même de la question de la rupture des pourparlers, qui peut causer un préjudice important à l'auteur, le conduisant parfois à bloquer pendant des semaines, des mois, l'exploitation de son œuvre, pour rien. Les avant-contrats sont tout autant délaissés par la doctrine. De manière générale, les auteurs ne s'intéressent qu'à une de ses figures contractuelles, le pacte de préférence dans le contrat d'édition, contrat nommé par le législateur et doté d'un régime propre par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle[110]. Ils qualifient parfois certains contrats d' « avant-contrats », sans s'interroger de manière générale sur la possibilité pour l'auteur de conclure de tels contrats préparatoires[111]. Seul Monsieur Gautier y consacre des développements de plus en plus importants au fil des rééditions de ses ouvrages[112], preuve que la formation progressive du contrat d'auteur devrait commencer, doucement, à prendre place dans la réflexion doctrinale.

48. **L'importance pratique.** En pratique, les avant-contrats préparant un contrat d'auteur sont fréquents. Cette création progressive du contrat peut répondre à divers besoins. Se donner le temps

---

[109] C. CARON, *Pas d'obligation d'information concernant le droit d'auteur dans un contrat de commande* : *CCE*, n° 6, Juin 2007, comm. 80, p. 34. ; J. M. BRUGUIERE, obs. sous Civ. 1re, 3 avr. 2007 : *Propr. Intell.* juill. 2007, p. 324.

[110] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc. ; R. LINDON, *Le « droit de préférence » des éditeurs : Dalloz*, 1968, chron. p. 53. ; C. ROJINSKY, *Les pactes de préférence et la création salariée : Légipresse*, déc. 2002, n°197, p. 168. ; M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale : Légipresse*, n°233, 2006, p. 84.

[111] Monsieur Pollaud-Dulian par exemple, lorsqu'il traite des contrats d'adaptation audiovisuelle, précise qu'ils *« sont souvent précédés d'un avant-contrat, par lequel le producteur se fait consentir une « option » exclusive sur l'œuvre, c'est-à-dire une promesse unilatérale de cession d'un droit d'adaptation audiovisuelle* ». F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* n°1082, p. 651.

[112] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*

de réfléchir, se donner les moyens de mener à bien un projet, s'assurer un catalogue d'auteurs, adopter une ligne éditoriale cohérente. Dans tous les secteurs de l'industrie des droits d'auteur, les avant-contrats sont des outils précieux de gestion des droits d'auteur. Le législateur en a même nommé un, le pacte de préférence dans le contrat d'édition, chose rare puisque les avant-contrats demeurent, pour nombre d'entre eux, des contrats innommés. Dans les faits, l'environnement du contrat d'auteur, la réalité économique qu'il sous-tend implique souvent que le consentement au contrat soit donné de manière progressive, nous aurons l'occasion de le constater à de nombreuses reprises. Carbonnier le disait « *Le contrat est suivi par son passé* »[113]. D'une bonne négociation dépendra souvent un bon contrat, d'une bonne organisation précontractuelle dépendra parfois son efficacité. Si importants en pratique, la période précontractuelle et les contrats préparatoires sont peu étudiés par la doctrine. Ce seul constat justifie l'utilité de notre étude.

49. **L'absence de contentieux.** L'étude de l'avant-contrat en droit des contrats d'auteur n'est pas aisée, la documentation n'est pas riche. Outre l'absence de législation spécifique, outre l'absence de développements doctrinaux, nous faisons face à l'absence de jurisprudence sur les nombreux points inhérents à une étude de la période précontractuelle et de ses contrats. Les arrêts sont rares en la matière, les décisions par nature contingentées aux spécificités des affaires dont elles sont l'occasion. Cela devrait-il nous conduire à penser que les problèmes sont inexistants ? La réponse est assurément négative. Les conflits se règlent autrement, ou ne se règlent pas. La transaction est souvent préférée à un procès, qu'auteurs et exploitants veulent le plus possible éviter. La publicité du contentieux n'a pas bonne presse, inquiète les exploitants, soucieux de leur image, et les auteurs, soucieux de ne pas se mettre à dos les exploitants. Il faut ajouter à cela les difficultés pour l'auteur de se lancer dans un procès, difficultés à la fois matérielles et morales. La complexité des règles applicables dans cette période informelle n'y est certainement pas étrangère.

50. **Le désarroi des auteurs.** L'auteur, sauf lorsqu'il est accompagné dans la négociation par un avocat, un agent ou un conseil, est rarement bien informé sur ses droits. Les règles du droit des contrats d'auteur sont souvent pour lui un mystère. Que dire, alors, de sa connaissance de l'articulation des règles applicables avant même la conclusion d'un contrat ? Pour de nombreux auteurs, la période précontractuelle est une période de non droit, dans laquelle les exploitants ont, eux tous les droits, notamment un droit discrétionnaire de donner vie ou de mettre un terme à tout espoir d'exploitation de leurs œuvres, sans que leurs paroles les engagent. Le temps de l'avant-

---

[113] J. CARBONNIER, *Droit civil-Les obligations*, T. 4, n°22, PUF, coll. *Quadrige*, 2004, p. 71.

contrat reste pour beaucoup celui des belles promesses, et non celui dans lequel les promesses ont du sens. Il suffit, pour en prendre la mesure, de discuter avec des artistes, ou de se balader sur les forums qui leurs sont dédiés.

51. **Le manque de visibilité du droit.** Le manque de visibilité du droit y joue beaucoup. Or, à l'heure d'une volonté de simplification et d'accessibilité du droit, à l'heure des questionnements sur son attractivité, la question essentielle des règles applicables à la période précontractuelle en droit d'auteur reste à défricher. Tel est, aussi, l'intérêt de notre recherche.

52. **Problématique.** Il s'agit alors de comprendre comment, en présence d'un domaine dans lequel l'engagement de l'auteur est particulièrement surveillé par le droit des contrats d'auteur, s'articulent et s'entremêlent les règles, entre droit commun et droits spéciaux, dans le cheminement vers le contrat d'auteur.

## IV. DEMARCHE ET PLAN

53. En entamant ce travail, nous avons dû rapidement nous départir d'un *a priori*. La liberté surveillée[114] instaurée par la loi de 1957[115] à l'égard des contrats d'auteur allait, selon nous, nous conduire à constater une appréhension particulière de la période précédant la conclusion du contrat d'auteur par le droit des contrats d'auteur. Nous pensions découvrir dans les règles du droit des contrats d'auteur les outils de la surveillance de la liberté précontractuelle de l'auteur. Il a cependant fallu se rendre à l'évidence : le législateur, en droit d'auteur, semble avoir ignoré la période de construction du contrat. Ce constat, étonnant, soulevait chez nous un paradoxe. Si, à l'instant de la conclusion du contrat d'auteur, la volonté de celui-ci est encadrée par des règles de forme et de preuve, et par la notion de « droit retenu », évitant qu'il ne s'engage à la légère, c'est dans la période précontractuelle que les jeux se font. À l'instant de la conclusion du contrat, les dés sont déjà jetés. Pourquoi alors un tel silence du législateur ? Certainement, avons-nous alors pensé, parce que les règles du droit commun s'y appliquent de manière efficace.

54. En effet, en dépit du silence du Code civil sur la période précontractuelle et sur les contrats la structurant, la jurisprudence a su, bien souvent en entérinant le « construit » de la pratique, établir

---

[114] A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur* : art. préc., p. 55.

[115] La loi de 1957 est venue soustraire les contrats d'auteur au droit commun, en limitant notamment les possibilités d'engagement de l'auteur.

une véritable police de la période précontractuelle, imposant une limite à la liberté, celle de la loyauté. L'équilibre était périlleux, il fallait répondre aux besoins de sécurité des parties engageant des frais, de l'espoir, du temps, leur réputation parfois, tout en préservant la liberté inhérente au temps où les parties ne se sont pas encore engagées dans les liens du contrat définitif. De l'articulation entre ces grands principes, liberté et loyauté, ont été dégagés un certain nombre de devoirs tendant à assurer une véritable éthique de la négociation et de la progression vers le contrat définitif. Nous devions donc nous assurer que les règles ainsi instaurées s'appliquaient à la négociation du contrat d'auteur, et surtout, que ses outils étaient suffisamment adaptables à la relation entre auteurs et exploitants pour la réguler efficacement.

55. Telle a été la première étape de notre démarche. Il fallait ensuite vérifier comment ces grands principes étaient mis en œuvre dans la négociation du contrat d'auteur, afin de s'assurer que la régulation, par le droit commun, de l'avant-contrat en droit d'auteur, permettait d'assurer à la fois la sécurité du cocontractant de l'auteur qui ne doit pas être soumis impunément à sa volatilité, ainsi que la protection de l'auteur durant cette période, alors même que le droit commun n'a pas pour vocation de prendre en compte le déséquilibre entre les cocontractants. La régulation par le droit commun de la période précontractuelle, jugée insuffisante pour assurer la protection du consommateur[116], serait elle suffisante à assurer celle de l'auteur? Par ailleurs, malgré les apparences, le droit des contrats d'auteur est-il totalement étranger à la négociation du contrat qui le précède ? Il nous fallait répondre à ces questions, en étudiant la jurisprudence notamment. Nous nous sommes alors heurtée au manque de visibilité du contentieux lié à cette période demeurant bien souvent informelle, et, de la part de la pratique et des exploitants notamment, à la volonté de ne pas communiquer sur cette période de négociation du contrat.

56. Nous nous sommes ensuite intéressée de plus près aux contrats jalonnant cette période, et à la possibilité d'envisager la construction du contrat d'auteur dans le temps. Le contrat d'auteur se construit-il de la même manière en droit d'auteur que dans d'autres domaines ? Quelle est l'influence du droit des contrats d'auteur sur la formation progressive du contrat d'auteur ? Trois corps de règles devaient ici être articulés. Le droit des contrats d'auteur bien sûr, le droit des contrats spéciaux

---

[116] « *En droit commun, alors qu'aucun impératif de protection des contractants faibles n'est pris en compte dans la détermination du régime des avant-contrats, la jurisprudence accorde à la liberté unilatérale une influence considérable sur le sort du contrat préparé. En droit de la consommation au contraire, alors que celui-ci puise sa raison d'être dans le souci de protection du consommateur, la jurisprudence s'efforce de canaliser la liberté que le législateur a restauré au profit de ce dernier pour assurer la sécurité de son cocontractant professionnel* » D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes*

auquel l'on pouvait rattacher les différentes catégories de contrats d'auteur ensuite, et le droit commun des contrats enfin. La période exploratoire du contrat peut donner naissance à une kyrielle de contrats préparatoires, plus ou moins proches du contrat définitif qu'ils préparent. Il fallait donc, à ce stade, apprécier la mesure de l'influence des règles du droit des contrats d'auteur sur la validité et le régime de ces contrats. Il fallait également comprendre pourquoi, curieusement, un avant-contrat, le pacte de préférence dans le contrat d'édition, a été nommé par le législateur, et pourvu d'un régime propre, alors même qu'il demeure silencieux sur tout le reste de la période préparatoire.

57. À l'étude, il apparaît que le droit des contrats d'auteur, bien que ne visant pas directement les avant-contrats à l'exclusion du pacte de préférence dans le contrat d'édition, prescrit des dispositions générales dont certaines sont applicables à certains avant-contrats, alors même que ceux-ci ne sont pas encore à proprement parler des contrats d'auteur. Ces règles générales ont une influence tant sur la formation des avant-contrats que sur leur reconnaissance et parfois même sur leur mécanisme. Les logiques entre le droit des contrats d'auteur et les outils contractuels de l'avant-contrat semblaient s'opposer. Quand le droit d'auteur réduit les possibilités d'engagement par avance de l'auteur, les avant-contrats peuvent justement avoir pour objet d'anticiper cet engagement.

58. Il apparaît cependant que, si le droit des contrats d'auteur semble encadrer les avant-contrats de manière stricte, il leur laisse tout de même une place, place dont les frontières sont parfois incertaines. La conclusion d'un avant-contrat suspendra alors, pour un temps parfois, la négociation du contrat. Cet encadrement des avant-contrats par le droit d'auteur n'exclut pas pour autant l'application des règles du droit commun et des droits spéciaux auxquels peuvent s'apparenter les contrats définitifs qu'ils préparent, qui s'appliqueront dans les interstices laissés par le droit des contrats d'auteur. Le droit des contrats d'auteur délimite un cadre au sein duquel les avant-contrats pourront s'épanouir, selon les intérêts qu'ont les négociateurs de découper dans le temps la formation du contrat. C'est donc par le prisme de la conclusion d'un avant-contrat que les règles impératives du droit des contrats d'auteur s'invitent à la table des négociations. Il ne s'agit pas d'une césure chronologique, celle-ci est directement liée à la notion d'engagement.

**Le plan : le temps de la mise en forme.** Le droit des contrats d'auteur demeure absent de la période précontractuelle, période de l'avant-contrat, dont la régulation demeure soumise au droit commun (***Partie 1***) jusqu'à la conclusion d'un avant-contrat, vecteur de l'infiltration des règles du droit des contrats d'auteur dans le temps de l'avant-contrat (***Partie 2***).

---

*de la période précontractuelle : in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, préc., p. 650.

# Partie I. LA REGULATION DE L'AVANT-CONTRAT PAR LE DROIT COMMUN

59. La période de l'avant-contrat précédant le contrat d'auteur, période de négociation, période de réflexion, semble *a priori* demeurer hors du droit. L'observateur, inquiet, se demande alors si l'auteur, considéré par le droit qui lui est consacré comme la partie faible au contrat, ne va pas subir pleinement le rapport de force, qui s'exprime particulièrement à l'heure de la migration de la volonté en consentement. Les auteurs eux-mêmes, peut être plus que d'autres catégories de contractants, ont le sentiment d'être, avant la conclusion du contrat, abandonnés « au bon vouloir » des exploitants. Les exploitants ont quant à eux parfois le sentiment d'être livrés aux incertitudes et aux mutations de la volition des auteurs. À l'un comme à l'autre, on ne peut leur promettre, en ce temps, la sécurité, que seul un engagement de leur part devrait pouvoir ménager. Comme nous le montrerons, le temps de l'avant-contrat n'est pas celui des certitudes, c'est celui de l'espoir. Pourtant, si rien n'est encore garanti, tout n'est déjà plus permis. Le droit d'auteur se détournant de cette période, c'est vers le droit commun qu'il faudra se tourner afin de puiser, dans ses ressources propres, les ressorts d'une appréhension par le droit de la période de l'avant-contrat. Nous y trouverons de grands principes (***Titre 1***). Celui de la liberté, liberté précontractuelle qui constitue un fil directeur qu'il ne faut lâcher. Celui de la bonne foi qui innervera l'ensemble de la période précontractuelle, offrant aux négociateurs une sécurité minimale, non pas en la conclusion du contrat, mais en les dires et le comportement de l'autre. La voie étant tracée, l'articulation entre ces deux principes, liberté et bonne foi, donnera naissance et mesure à des devoirs, généraux, qui s'imposeront, et se renforceront au fur et à mesure que le lien précontractuel lui-même se renforce, participant de la police des relations précontractuelles (***Titre 2***). Ils permettront alors une véritable régulation de la période de l'avant-contrat. L'auteur, comme l'exploitant, y trouveront alors protection dans cette période de doute. Une protection suffisante ? Une protection adaptée ? C'est ce que nous allons vérifier.

TITRE 1 : LES PRINCIPES REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR

TITRE 2 : LES DEVOIRS REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR

# Titre 1. LES PRINCIPES REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR

60. La négociation du contrat d'auteur est une étape importante dans le processus d'exploitation de l'œuvre. « *C'est une période bien spécifique, un curieux entre deux ; le temps merveilleux de tous les possibles, et même de l'impossible, des confidences et des aveux. Le destin n'est point encore figé : rien n'est décidé ni personne engagé. L'œuvre qu'est le contrat envisagé est en puissance, en devenir. Il est au centre des débats, mais n'est pas encore. C'est un projet d'avenir riant, riche en virtualités, mais qui ne s'accompliront peut être pas. Chacun attend l'éclair qui, jaillissant soudain d'obscurs débats, conduira à l'achèvement, à la plénitude. Les plénipotentiaires sont comme des découvreurs, des sortes de troubadours, qui espèrent avoir l'heureuse surprise et la joie de quelque trouvaille, plus précisément de parvenir à un accord, tout en sachant que cela n'est point assuré. Le contrat suspend son envol* »[117]. Malgré les espoirs qu'il nourrit, le projet de contrat est fragile. À l'image d'une œuvre, seule sa formalisation lui permettra d'accéder à un statut juridique imposant son respect. À défaut et en attendant meilleure fortune, la liberté est reine, elle domine les négociations, peut se mesurer à chacune de ses étapes, pousse chaque négociateur à ne pas être trop impétueux **(*Chapitre 1*)**. La liberté précontractuelle ne doit cependant pas abuser les esprits, elle n'est pas seul maître en son royaume. Son domaine ne se mesure qu'à l'aune de la bonne foi, de la loyauté **(*Chapitre 2*),** contrepoids nécessaires à une liberté qui, pour reprendre les termes de Lacordaire, opprime parfois plus qu'elle n'affranchit[118].

---

[117] Ph. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations* : *RTD com*. 1998, p. 479.

[118] H. LACORDAIRE, *Conférence de Notre-Dame* ,1951.

## Chapitre 1. LE PRINCIPE DE LIBERTE PRECONTRACTUELLE

61. **L'œuvre, objet de négociation.** « *La négociation consiste en un ensemble d'échanges précédant la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat. C'est l'entonnoir dans lequel vont s'entrechoquer et se fondre les projets, les préoccupations des différents partenaires* »[119]. Cette « discipline » que constitue le contrat en droit d'auteur est, au-delà de la diversité pratique qu'abrite l'expression « contrat d'auteur », toujours centrée sur une même substance, un même objet, les droits patrimoniaux de l'auteur, leur « cession », et les conditions de cette cession. Lorsque l'auteur n'exploite pas lui-même son œuvre, cet acte, le contrat d'auteur, est le point de départ de l'exploitation économique de l'œuvre, le premier maillon de ce que l'on nomme de manière assez imagée la chaine des droits. Il « *propulse l'œuvre dans la vie économique* »[120]. Ce passage de l'intimité, du « ventre » de l'auteur à la vie mercantile de l'industrie artistique peut trahir la nature de l'œuvre. Loin de l'approche romantique de l'œuvre comme reflet de l'âme de son géniteur, à cet instant, celle-ci n'est appréhendée qu'en tant que bien, un bien qu'il faut évaluer, négocier[121]. Étape essentielle de la vie du contrat, la négociation des droits donne le ton de la relation particulière qu'entretiendront auteurs et exploitants, dont les intérêts, souvent antagonistes, sont pourtant intimement liés. Pour l'auteur comme pour son cocontractant, de la bonne négociation du contrat dépend la viabilité économique et juridique du contrat futur.

62. **Les limites factuelles de la négociation de l'œuvre.** Il faut néanmoins dès à présent relativiser la liberté factuelle de négociation des droits pour l'auteur. Les contrats d'adhésion, pré-rédigés par la partie forte au contrat, sont aujourd'hui nombreux. L'auteur n'a, dans les faits, très souvent que la liberté de répondre par oui ou par non au contrat qui lui est proposé, sans pouvoir en négocier les termes et conditions. De plus, l'importance des contrats-types, dont les clauses vont très souvent servir de modèle au contrat d'auteur, réduit encore un peu la marge de liberté dont peut disposer l'auteur dans la négociation de son contrat, car ceux-ci leurs seront bien souvent imposés. On peut rajouter à ces éléments de fait le dirigisme contractuel qu'a mis en place le législateur en 1957 et qui s'est dès lors développé, limitant par là même l'objet de la négociation.

---

[119] J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2ème éd., Francis Lefebvre, 1999, n° 12, p. 31.

[120] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, PUAM, coll. *Droit de l'information et de la communication*, 2008, n° 7, p. 26.

63. Malgré tout, cette période précontractuelle demeure, de droit, une période de liberté. Même *« surveillée »*[122], la liberté contractuelle en droit d'auteur subsiste et les règles du droit d'auteur ne soustraient pas aux parties leur liberté précontractuelle, qui conserve son emprise sur la négociation du contrat d'auteur (***Section 1***), laissant son empreinte à chaque étape de la négociation (***Section 2***).

## *Section 1. L'emprise de la liberté sur la négociation du contrat d'auteur*

64. Corollaire du principe de liberté contractuelle, la liberté de négociation, liberté précontractuelle, est largement affirmée en droit commun (***Paragraphe 1***). Si cette liberté apparaît nécessaire, tant au niveau juridique qu'au niveau économique et psychologique, celle-ci est susceptible d'abus. Afin de pallier les effets néfastes que pourrait entrainer une liberté trop forte, le législateur est intervenu afin d'encadrer celle-ci de manière préventive dans des domaines caractérisés par le déséquilibre pouvant exister entre les parties prétendant au contrat. Le déséquilibre dans les rapports de force et partant dans le pouvoir de négociation existant entre l'auteur et l'exploitant justifierait tout autant une règlementation particulière. Or, il n'en est rien. Les règles régissant le contrat d'auteur conservent pleine et entière la liberté précontractuelle, qui domine la progression des volontés vers l'engagement dans les liens du contrat d'auteur (***Paragraphe 2***).

### Paragraphe 1. Une liberté précontractuelle consacrée en droit commun

65. **La liberté précontractuelle, corollaire de la liberté contractuelle.** Liberté contractuelle et liberté précontractuelle sont intimement liées. Si le concept d'autonomie de la volonté, dont on sait que l'influence sur notre Code civil a été largement exagérée par la doctrine[123], n'est plus considéré aujourd'hui comme le fondement du contrat, la volonté a conservé un rôle central dans notre droit des contrats[124]. La liberté contractuelle, expression du pouvoir que le droit accorde à la volonté,

---

[121] C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. C. CARON, Litec, coll. *CEIPI*, 2010.

[122] Nous devons à A. FRANÇON cette célèbre expression selon laquelle la liberté en droit d'auteur est une « liberté surveillée », A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur* : *Dalloz-Sirey*, 1979, chron. p. 55.

[123] Pour une analyse complète du renversement de paradigme quant aux fondements de la force obligatoire du contrat, voir notamment : L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Avignon, 2010.

[124] M.-A. FRISON-ROCHE, *Volonté et obligation in* L'obligation : *Arch. Phil. Droit*, 2000, T. 44, p. 129 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

demeure, malgré les restrictions qui lui ont été portées ces derniers siècles, le principe[125]. De manière classique, la liberté contractuelle s'exprime à travers la faculté de contracter ou de ne pas contracter[126], ainsi que celle de choisir librement son cocontractant. Elle implique enfin de pouvoir déterminer librement le contenu du contrat[127]. La liberté précontractuelle apparaît alors comme l'empreinte du principe de liberté contractuelle dans la période précontractuelle.

66. **Définition du principe de liberté précontractuelle.** Le concept de liberté précontractuelle peut être défini à travers les prérogatives que celui-ci implique que l'on reconnaisse aux parties lors de la période de formation du contrat. La liberté précontractuelle constitue ainsi la faculté, pour tout agent économique, d'entamer ou non des négociations sans formalisme particulier, de mener de front des négociations parallèles et de mettre fin à ces négociations par la conclusion du contrat ou par l'abandon du projet de contrat.

67. **Affirmation du principe de la liberté précontractuelle.** Bien que non consacrée expressément en droit français et quelque peu atténuée, la liberté précontractuelle est aujourd'hui encore préservée. Son principe est même proclamé expressément au niveau international et communautaire comme modèle. Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international précisent par exemple dans leur article 1.1 que « *les parties sont libres de conclure le contrat et d'en discuter le contenu* », et que « *les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord* », (article 2.1.15). Au niveau communautaire, les « Principes Européens du Droit des Contrats », élaborés par la commission Lando, prévoient quant à eux, à l'article 2. 301, que « *les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord* ». Sur le plan national, les divers projets de réforme ont tenté d'en introduire le principe dans le Code civil. Dans le projet Catala par exemple, la liberté précontractuelle est affirmée à l'article 1104 du projet : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire au principe de*

---

[125] E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd., Litec, coll. *Cours objectif droit*, 2011, n°157, p. 235. – J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2010, p. 825 à 832. - F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, p. 30 et s. – A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2010, n°25, p. 20.

[126] D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle* : *in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 641.

[127] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°22, p. 31.

*bonne foi »*. L'avant-projet de réforme de la Chancellerie, quant à lui, prévoit que *« l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres »*, (article 20).

68. **Application du principe de liberté précontractuelle.** Si la loi française n'a pas expressément intégré ce principe dans ses textes, il constitue un fil directeur guidant l'appréhension par le droit du cheminement des volontés vers le contrat[128]. Les juges y font parfois référence[129], justifiant ainsi les errements des volontés individuelles avant que celles-ci ne se rencontrent pour former l'engagement définitif. Pour reprendre les termes de Monsieur Mazeaud, *« dans tous les corps de règles comparés, le régime de l'initiative, du déroulement et de la rupture de la négociation précontractuelle repose sur un principe de liberté précontractuelle »* [130]. Le temps de la négociation précontractuelle, qui « *s'étend de la simple manifestation de l'intérêt de contracter jusqu'aux avant-contrats les plus proches du contrat projeté* »[131] a même longtemps semblé ne pas intéresser le droit. Nous pouvons lire, sous la plume de Carbonnier : « *Le principe est que cette période antérieure à la formation du contrat se situe en dehors du droit* »[132]. Le Code civil de 1804 n'y fait aucune référence, car « *les codificateurs de 1804, imprégnés du mythe de la liberté et de l'égalité contractuelles, avaient laissé aux volontés libres et joyeuses toute latitude pour procéder à l'échange des consentements et à la gestation du contrat, et abandonné à la sagesse des juges le soin de canaliser la liberté précontractuelle* »[133].

69. **Atténuations du principe de liberté précontractuelle.** Force est pourtant de constater que le droit, de plus en plus, saisit cette période précontractuelle. Si la liberté demeure le principe en droit commun des contrats, qui n'a pas pour vocation de prendre en compte les inégalités existant entre les cocontractants, dans certains droits spéciaux, les interventions législatives se sont multipliées,

---

[128] Le principe de liberté précontractuelle est aujourd'hui fortement ancré dans notre droit des contrats. De nombreux auteurs rappellent ce principe. J. SCHMIDT-SZALEWSKI écrit par exemple à ce sujet que *« le déroulement de la négociation est placé sous le signe de la liberté contractuelle et n'est enserrée dans aucune forme impérative »*. J. SCHMIDT-SZALEWSKI *La période précontractuelle en droit français : RIDC*, 1990, n°2, p. 545.

[129] Nous pouvons par exemple citer l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 10 juin 1992, dans lequel les juges se sont expressément fondés sur ce principe pour exclure la faute précontractuelle, rappelant que : *« La liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles »* CA Riom, 10 juin 1992 : *RTD civ.* 1993, p. 343, obs. J. MESTRE

[130] D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons, in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 16.

[131] D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle* : *in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 637.

[132] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, T 4, PUF, coll. *Quadrige Manuel*, 2000, p. 71. Cet auteur montre tout de suite les limites de cette affirmation.

tendant à atténuer les effets néfastes que peuvent entrainer les déséquilibres existant entre les partenaires à la négociation. Consommateurs *versus* professionnels, préteur *versus* emprunteur, assureur *versus* assuré, le droit tend aujourd'hui à rétablir un certain équilibre dans les rapports de force pouvant biaiser la négociation libre du contrat. Délai de réflexion imposé[134], obligation d'information affirmée, certains droits spéciaux se sont dotés ces dernières années de tout un « arsenal légal » qui, s'il ne peut rétablir le déséquilibre économique nécessairement existant entre certaines catégories de cocontractants, conduit à préserver un certain équilibre juridique. Gage d'un consentement libre et surtout éclairé, cette limitation de la liberté précontractuelle a justement pour objet de restaurer une pleine liberté contractuelle, en agissant de manière préventive et collective[135], plutôt que d'attendre, vainement parfois, un contrôle *a posteriori* de la validité du contrat. Liberté contractuelle et liberté précontractuelle étant intimement liées, on peut *a priori* gager que la liberté, tant surveillée en droit d'auteur[136], donne lieu à une liberté précontractuelle particulièrement encadrée.

### Paragraphe 2. Une liberté précontractuelle respectée en droit d'auteur

70. **Une liberté contractuelle « surveillée »[137] en droit d'auteur.** En 1957, le législateur a clairement pris le parti de protéger l'auteur en encadrant sa liberté contractuelle. Pour reprendre des termes aujourd'hui classiques, la liberté en droit d'auteur apparaît depuis comme une liberté *« surveillée »*[138]. Soustrayant les contrats d'auteur au droit commun des contrats, la loi de 1957 tente d'interdire « *tout ce qui, dans les contrats qu'il passe (l'auteur) sur l'œuvre, paraîtrait comporter des dangers non mesurés ou non mesurables pour lui* »[139]. Bien que soumis en grande partie aux règles du Code civil lorsqu'aucune règle spéciale n'y déroge, les contrats d'auteur voient leur

---

[133] D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, op. cit.*, p. 638.

[134] Voir sur ce point D. FERRIER, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des cocontractants : Dalloz-Sirey*, 1980, chron. p. 177 et s.

[135] J. CALAIS-AULOY montre ainsi que « *le droit de la consommation ajoute des moyens préventifs et collectifs aux remèdes curatifs et individuels du droit civil* » : J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats : RTD com*. 1998, p. 115.

[136] Pour reprendre l'expression d'A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur* : art. préc., p. 55.

[137] *Ibid*.

[138] *Ibidem.*

[139] R. SAVATIER, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957 : JCP G*, 1957, I, 1398.

conclusion particulièrement encadrée[140], par des règles de forme et de preuve, par des règles de fond concernant le consentement de l'auteur, sa capacité, mais aussi et surtout par des règles contraignantes concernant l'objet de la cession, qui est lui-même strictement encadré et doit être spécifiquement délimité. Il s'agit de s'assurer que l'auteur ne s'engagera pas dans des liens contractuels qui pourraient lui être défavorables ou dont il ne mesurerait pas la portée. « *La législation spéciale du droit des auteurs et des artistes a un sens parfaitement orienté, rejoignant le grand reflux général des contrats d'adhésion : les créateurs doivent être protégés, leur consentement soigneusement soupesé, et leurs droits scrupuleusement respectés* »[141]. Une grande partie de la protection des auteurs est assurée par ces règles régissant la conclusion des contrats d'auteur, afin que « *l'acte contractuel, véritable entreprise humaine, ne devienne l'instrument du fort, prêt à imposer sa volonté au faible* »[142].

71. **Un déséquilibre justifiant une protection spécifique.** La conclusion du contrat d'auteur est la dernière étape, l'avènement de la période de pourparlers. C'est durant cette période de négociation que le déséquilibre entre les parties aux contrats va être le plus prégnant. C'est en effet au temps de la préparation du contrat que le rapport de force s'exprime pleinement. Auteurs et exploitants n'ont pas le même pouvoir de négociation. Les auteurs sont souvent très peu informés de leurs droits, des problèmes et des conséquences juridiques des contrats par lesquels ils se lient, ce qui n'est pas le cas de leurs exploitants qui connaissent souvent très bien ces problématiques et qui sont, de manière générale, très bien conseillés. Ce déséquilibre juridique est doublé d'un déséquilibre économique. Sur le marché des droits d'auteur, l'offre de droits d'auteur est plus forte que la demande, la concurrence entre auteurs est rude. Les industries culturelles sont en effet très sollicitées. Pour ne donner qu'un exemple, certaines maisons d'édition reçoivent chaque année plus de 4000 manuscrits d'auteurs, et seul un petit pourcentage d'entre eux, de l'ordre de 5%, est finalement édité[143]. L'offre de produit culturels et de création étant supérieure à la demande, les auteurs sont placés de fait en

---

[140] Voir sur ce point A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, coll. *Traités*, 2006, p. 433 et s. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, p. 453 et s. – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd ., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°449, p. 485 et s. – C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, p. 335 et s.

[141] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., p. 485.

[142] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps, op. cit*., n° 1, p. 19.

[143] F. BENHAMOU, *L'économie de la culture*, 7ème éd., La découverte, coll. *Repères*, 2011, p. 66.

situation de faiblesse vis-à-vis de leurs exploitants[144]. Enfin, au-delà du caractère très concurrentiel du marché des droits d'auteur, les exploitants ont un pouvoir économique de négociation que la plupart des auteurs n'ont pas lorsqu'ils négocient leurs œuvres individuellement.

72. **Le silence paradoxal du législateur**. Au vu de ces déséquilibres existant au moment de la négociation du contrat, on peut s'étonner du silence du législateur sur la période précédant la conclusion du contrat d'auteur. Le Code de la propriété intellectuelle, tout comme le Code civil n'y fait aucune référence expresse. L'objectif clairement défini de protection de l'auteur par le droit qui lui est consacré semblerait *a priori* justifier qu'une législation spécifique soit mise en place, comme c'est le cas en droit de la consommation par exemple, légitimée elle aussi par un objectif de protection de la partie faible. Il n'en est rien. Si le droit d'auteur opère un contrôle *a posteriori* de la validité du contrat conclu par l'auteur, il n'encadre pas de manière préventive la période de négociation des droits, période de l'avant-contrat. En l'absence de disposition spécifique, la période précontractuelle en droit d'auteur semble soumise dans son ensemble au droit commun. L'encadrement de la liberté contractuelle par le droit d'auteur ne restreint pas la liberté précontractuelle, qui demeure *a priori* pleine et entière à chaque étape de la négociation des droits. Si l'objet de la négociation est strictement encadré et limité, l'initiative, le déroulement et la rupture de cette négociation restent libres, et ce pour la majorité des contrats d'auteur.

---

[144] Cette affirmation se doit cependant d'être nuancée. En effet, l'œuvre étant unique, le succès que connait un auteur ou une œuvre peut inverser ce rapport de force et lui donner un pouvoir de négociation particulièrement fort, car ce succès réduit l'aléa d'exploitation de l'œuvre, qui *« constitue la contrainte essentielle de l'évaluation des créations »* Voir sur ce point G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, préf. P.-Y. GAUTIER, Litec, coll. *Institut de recherche en propriété intellectuelle*, 2007, p. 225. Telle est la spécificité du marché des droits d'auteur, le bien offert est par principe unique, ce qui place chaque auteur dans une potentielle situation de force vis-à-vis des exploitants, mais tant que le succès n'est pas au rendez vous, il ne peut exploiter cette potentialité et pour les exploitants l'œuvre demeure relativement substituable.

## *Section 2. L'empreinte de la liberté sur la négociation du contrat d'auteur*

73. Malgré les particularités du contrat d'auteur préparé, la liberté précontractuelle a naturellement vocation à s'exprimer à tous les stades de la négociation. De l'entrée en négociations (***Paragraphe 1***) à l'abandon de celles-ci, leur déroulement est placé sous le signe de la liberté (***Paragraphe 2***). L'œuvre que constitue le contrat en devenir peut être éphémère, il n'aura parfois été qu'esquissé. Il ne faudra pas, *a priori*, s'en offusquer.

### Paragraphe 1. La liberté d'entrer en pourparlers

74. Le principe de liberté précontractuelle implique de pouvoir décider librement d'entrer en négociations (***I***). L'auteur peut ainsi faire le choix d'exploiter ses œuvres, d'en céder ses droits, ou au contraire de ne jamais les exploiter. La vision personnaliste du droit français renforce certainement cette exigence. Pour autant, cette liberté d'entrer en pourparlers subit parfois des limites (***II***).

#### I. La teneur du principe

75. **Le fait générateur de la négociation des contrats d'auteur.** Le fait générateur de l'entrée en pourparlers apparaît sous des formes diverses. Il peut s'agir d'une invitation spontanée à entrer en négociation, d'une proposition concernant un projet de contrat matérialisé dans une offre, ou encore de la réponse à une offre par une contreproposition. La phase d'entrée en pourparlers, cela paraît bien banal, s'ouvre toujours sous l'impulsion d'une offre d'entrer en pourparlers[145]. Dans le domaine de l'industrie culturelle, cette offre est souvent matérialisée par l'envoi d'un tapuscrit à un éditeur, d'une maquette, d'un scénario, d'un projet à un producteur, *etc.* L'auteur est souvent à l'initiative du projet de contrat, sauf lorsque celui bénéficie déjà d'une certaine notoriété auprès du public, ou qu'il a la chance de se trouver tout simplement « au bon endroit au bon moment », pour reprendre les termes de nombreux artistes. L'on peut observer, dès lors, que les nouveaux modes de diffusion et d'exploitation des œuvres tendent peut être, à terme, à remettre en cause cette tendance. De plus en plus d'artistes en tout genre qui mettent leurs créations en ligne sur internet sont directement contactés par des maisons d'édition ou de production qui peuvent ainsi, dès le départ, préjuger de l'affection du public. La négociation des contrats d'auteurs a quelque peu changé de visage. Si ce

---

[145] Il faut prendre garde à bien distinguer l'offre d'entrer en pourparlers de l'offre de contracter, dont l'acceptation suffit à former le contrat, et qui porte déjà le consentement d'une des parties sur les éléments essentiels du contrat. L'offre d'entrer en pourparlers n'est elle parfois qu'une simple offre d'entrer en discussions afin d'envisager les termes et conditions d'un éventuel futur contrat.

type d'autopromotion fonctionne déjà plutôt bien pour les œuvres musicales et artistiques, et tend *a priori* à perdurer et à se développer, elle s'adapte cependant difficilement à un certain nombre d'œuvres, notamment aux œuvres écrites. Pour celles-ci, l'envoi d'un tapuscrit à un éditeur reste le mode d'ouverture classique des négociations.

76. **La liberté de négociation des droits d'auteur.** Cette entrée en pourparlers est par principe libre, malgré quelques restrictions liées à certains domaines particuliers du droit[146]. C'est la conséquence même du principe de liberté contractuelle : « *Dans la conception traditionnelle, libérale, du droit des obligations, l'idée d'obliger les individus à entrer et à demeurer en négociation semble fort peu orthodoxe. En effet, soit ils négocient spontanément, soit ils ne négocient pas, mais on ne saurait concevoir de les obliger à négocier. Cette alternative correspond fort bien à l'image que le code civil donne du contrat : acte subjectif, interindividuel, résultante d'intérêts antagonistes* »[147]. Le Code de la propriété intellectuelle, lui, n'impose à première vue aucune obligation de négocier ou de conclure un contrat d'auteur. L'auteur disposant d'un droit exclusif sur son œuvre, il est le seul à pouvoir autoriser ou interdire l'exploitation de celle-ci, et à pouvoir en discuter les conditions. La conception personnaliste du droit d'auteur français commande même la pleine expression de cette liberté. Monsieur Gautier déclare à ce sujet que l'autonomie de la volonté doit « *valoir dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, là où les liens de l'auteur culminent dans la consécration de son droit moral* »[148]. La consécration du droit de divulgation de l'œuvre par l'article L. 121-2 qui dispose que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* » va bien en ce sens. L'auteur est, en principe, libre de négocier l'exploitation de son œuvre, de l'exploiter lui-même, de l'offrir au public ou de décider que son œuvre ne sera jamais exploitée. Cette liberté s'impose tant en considération d'une œuvre individuelle que d'une œuvre de collaboration, œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques[149]. En cas de pluralité d'auteurs, tous les coauteurs devront donner leur accord à l'exploitation de l'œuvre. La règle est celle de l'unanimité des volontés afin de sceller l'engagement[150].

---

[146] Si la loi prévoit parfois une obligation d'entrer en négociation, elle l'impose aussi parfois dans des relations contractuelles établies. En droit du travail par exemple, les articles L.132-12 et L. 132-27 à L. 132-29 du Code du travail prévoient une obligation de négociation annuelle dans le cadre de conventions de branche ou d'accords professionnels.

[147] J. CEDRAS, *L'obligation de négocier : RTD com*. 1985, p. 265.

[148] P.-Y. GAUTIER, Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles : D. aff. 1995, p. 123.

[149] L'œuvre de collaboration est définie par l'article L. 113-2 du CPI.

[150] Le régime juridique de l'œuvre de collaboration est prévu par l'article L. 113-3 du CPI, qui dispose que *« l'œuvre de*

77. Le droit d'auteur étant un droit de propriété, *« propriété la plus sacrée et la plus absolue »*, disait Le Chapelier, l'*abusus* dont il dispose justifie une appréhension forte de cette liberté d'impulser le projet de contrat, de le négocier ou de faire de l'œuvre un « manuscrit de fond de son tiroir ». Pourtant, le droit des contrats d'auteur pose déjà les limites d'un tel absolutisme.

### II. LA PORTEE DU PRINCIPE

78. Les limites posées à la liberté de négocier le fruit de son travail, et donc d'entrer en pourparlers, sont parfois subies (***A***), le législateur et le juge imposant dans certains cas l'exploitation de l'œuvre ou son mode de gestion. Elles sont parfois voulues et organisées par les parties, (***B***), preuve de la vitalité de la liberté contractuelle dans la période préparatoire du contrat, qui permet aux futurs cocontractants de réduire leur liberté précontractuelle.

#### A. Les limites subies

79. Dans le but de favoriser l'accès du public aux œuvres ainsi que la gestion des droits, tant le législateur (***1***) que le juge (***2***) posent parfois les limites de la liberté de négociation des œuvres.

*1. Les limites instaurées a priori par le législateur*

80. **Les licences forcées.** Il existe des hypothèses de « contrats forcés » en droit d'auteur[151] limitant tant la liberté contractuelle de l'auteur que sa liberté précontractuelle. C'est le cas notamment des licences obligatoires que l'auteur peut se voir imposer. Le législateur a en effet créé un certain nombre de licences légales, associées souvent à une gestion collective des droits imposée aux auteurs. L'on peut ainsi penser par exemple au droit de prêt. L'article L. 133-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que *« lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public »*. Pour des raisons de simplification de la gestion des droits, un renvoi est fait à l'article L. 133-4 du CPI, qui organise les modalités du droit à rémunération au profit de l'auteur. L'on peut également mentionner le cas prévu

---

*collaboration est la propriété commune des coauteurs »*. Les coauteurs possèdent un droit indivis sur l'œuvre, et doivent, au terme de l'alinéa 2 de cet article, exercer les droits d'exploitation *« d'un commun accord »*. L'acte d'exploitation requiert donc le consentement de tous les auteurs : Cass. 1re civ., 19 déc. 1983 : *Bull. civ*. I, n°304. A défaut, l'acte de contrefaçon devrait être caractérisé : Cass. 1re civ., 19 mai 1976 : *RIDA*, janv. 1977, p. 104.

[151]Quelques auteurs utilisent l'expression *« contrat forcé »*, notamment : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., n°556, p. 602 et s. – C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit*., 9, n° 295 à 301, p. 242 et s. – S. JACQUIER, *Le contrat forcé en droit d'auteur : CCE*, 2001, chron. p. 13.

par le législateur pour la reproduction à usage privé[152]. S'agissant de licences légales, l'autorisation de l'auteur n'est pas requise mais celui-ci reçoit des redevances. Il n'y a pas ici de place faite à la négociation, le législateur fixe les conditions de l'exploitation ainsi que l'ampleur de la rémunération de l'auteur.

81. **Les cessions forcées.** Il existe également des cas de cession légale des droits patrimoniaux de l'auteur à des sociétés de perception et de répartition des droits. C'est le cas du droit de reproduction par reprographie. L'article L. 122-10 prévoit ainsi que « *la publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société régie par le titre II du livre III et agréée à cet effet par le ministre chargé de la culture. Les sociétés agréées peuvent seules conclure toute convention avec les utilisateurs aux fins de gestion du droit ainsi cédé* ». L'auteur est là aussi dépossédé de la gestion de ses droits et ne peut en négocier les conditions.

82. La gestion individuelle des droits d'auteur donne elle aussi lieu, parfois, à des cessions forcées. L'auteur salarié ayant créé un logiciel *dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur* voit ainsi ses droits, nés sur sa tête, dévolus à son employeur[153], sans qu'il puisse bénéficier de redevance pour l'exploitation de son œuvre[154]. Les journalistes contribuant à l'élaboration d'un titre de presse voient eux aussi leur liberté de négociation paralysée par une disposition expresse du droit d'auteur. L'article L. 132-36 du CPI, issu de la loi du 12 juin 2009, prévoit que *« 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 suivant 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 »*. Le principe est donc celui d'une cession automatique des droits par l'effet du contrat de travail à l'entreprise éditrice. Tout comme pour les auteurs de logiciels salariés, cette cession automatique des

---

[152] L'article L.122-5, alinéa 2 du CPI autorise « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées à des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions de l'article L. 122-6-1* ». L'article L. 311-1 du même Code prévoit la rémunération des auteurs à ce titre.

[153] L'article L. 113-9 du CPI dispose que « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est le seul habilité à les exercer* ».

[154] CA Lyon, 26 sept. 1997: *JCP E*, 1999, p. 909, n°3, obs. M. VIVANT et C. LE STANC.

droits n'emporte pas d'obligation pour l'employeur de rémunérer l'auteur au titre de cette exploitation, celle-ci ayant pour contrepartie, au regard de l'article L. 132-37, le salaire du journaliste. Il convient également de mentionner le cas des créateurs fonctionnaires. La loi du 1er Aout 2006 est venue organiser une cession automatique des droits sur les œuvres créées par les agents de l'État dans l'exercice de leurs fonctions[155]. Là encore, le créateur personne physique bénéficie *ab initio* des droits sur son œuvre[156], mais il ne peut alors ni décider du sort de celle-ci, ni en négocier les conditions d'exploitation, sous réserve du respect de son droit moral.

*2. Les limites révélées a posteriori par le juge*

83. C'est parfois le juge qui impose aux parties de conclure le contrat, dans le cadre du pouvoir qui lui est expressément reconnu par la loi, lorsque le refus de conclure le contrat présente un caractère abusif. Le refus de contracter peut tout d'abord contrarier les règles du droit de la concurrence, en cas d'abus de position dominante ou d'entente illicite[157]. Nous ne développerons pas ici ces hypothèses dans la mesure où il est difficilement imaginable que l'auteur, premier cessionnaire des droits d'auteur, ait une position telle qu'il puisse fausser le jeu de la libre concurrence. Nous consacrons nos développements aux contrats conclus par l'auteur personne physique. En dehors d'un engagement de sa part, le juge ne devrait pas pouvoir prononcer la conclusion forcée du contrat d'auteur, sauf à prouver un usage de ses droits non conforme à leur finalité, ce qui peut être le cas par exemple en cas de refus de négocier l'exploitation d'une œuvre de collaboration. Nous l'avons vu, le principe demeure dans un tel cas la liberté. Cependant, celle-ci ne doit pas conduire à valider un usage abusif des droits d'auteur, et bloquer indéfiniment l'exploitation d'une œuvre. L'article L. 113-3 alinéa 3 offre au juge la possibilité de passer outre le refus de l'un des coauteurs afin d'autoriser les autres à conclure le contrat d'exploitation. Ainsi, *« en cas de désaccord, il appartient à la juridiction civile de statuer »*. Le juge a également le pouvoir de

---

[155] Cette cession automatique des droits au bénéfice de l'Etat est organisée par l'article L. 131-3-1 du CPI : « *Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat* ». Nous aurons l'occasion d'y revenir.

[156] L'article L. 111-1 du CPI prévoit dans son alinéa 3 que : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France* ».

[157] Voir, sur ce point notamment : S. JACQUIER, *Le contrat forcé en droit d'auteur* : art. préc., p. 13. ; P.-Y. GAUTIER,

contraindre les représentants de l'auteur décédé à conclure un contrat d'exploitation, en cas d'abus notoire de leur part dans l'exercice de ses droits d'exploitation[158]. Ce pouvoir est issu de l'article L. 122-9 du CPI. Les « héritiers du droit moral », en tant que gardiens de la mémoire de l'auteur, devront également agir au plus près de ce qu'il aurait souhaité, ce qui devrait les conduire à accepter parfois l'exploitation de l'œuvre contre leur propre volonté[159].

84. Il est donc des cas où le contrat d'auteur est forcé, par les juges ou par la loi. Ces restrictions à la liberté n'écorchent cependant pas le principe, il s'agit d'exceptions. Malgré ces entorses, le principe reste bien la liberté d'entrer en pourparlers, ou non. La liberté contractuelle se manifeste ici pleinement, et celle-là même permet aux parties de réduire dès leurs premiers échanges leur liberté précontractuelle.

### B. Les limites voulues

85. Négocier un contrat d'auteur peut être une entreprise longue, coûteuse et incertaine. Afin de se donner toutes les chances de parvenir à un accord, les parties à la négociation peuvent décider de structurer le temps des pourparlers, en s'engageant non sur la conclusion du contrat définitif mais sur l'organisation des négociations, restreignant par là même leur liberté précontractuelle (***1***). Ce contrat, qui ne présente pas les caractéristiques d'un contrat d'auteur, verra tant ses conditions de validité que sa sanction entièrement soumises au droit commun (***2***).

#### *1.Le contrat de négociation, instrument d'organisation de la négociation*

86. **Les contrats de négociation.** Le besoin de sécurité dans cette période de négociation informelle peut conduire les parties à contractualiser leurs négociations, et ce dès l'entrée en pourparlers. Mousseron distingue ainsi les pourparlers non contractuels des pourparlers

---

*Propriété littéraire et artistique, op. cit*., p. 602 et s.

[158] Cette possibilité a été admise notamment dans un arrêt de la Cour de Cassation du 28 février 1989. Dans cette affaire, les juges du fond avaient condamné la veuve et unique héritière du peintre Léonard Foujita à voir l'œuvre de son mari exploitée, passant outre son autorisation, considérant qu'elle avait commis un abus manifeste dans l'exercice de ses droits, en s'obstinant à refuser à un éditeur l'autorisation de publier la représentation d'œuvres picturales de son mari dans un livre qui lui était consacré : CA Versailles, 3 nov. 1987 : *RIDA*, avr. 1988, p. 160. La Cour de cassation casse finalement l'arrêt, considérant que l'abus notoire n'était pas caractérisé, mais ne remet pas en cause la possibilité d'une exploitation forcée de l'œuvre : Cass. 1re civ., 28 févr. 1989 : *RIDA*, 1998, n°141, p. 257, note A. FRANÇON.

[159] CA Paris, 9 juin 1964 : *JCP G*, 1965, II, 14172, note A. FRANÇON. Cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., p. 625. Le gardien du droit moral verra son comportement sanctionné sur le fondement de l'article L. 121-3 du CPI en cas d'abus notoire de sa part dans l'exercice de ce droit moral.

contractuels[160]. La pratique a inventé toute une palette de contrats ayant pour finalité d'organiser, de prévoir ou d'imposer la négociation du contrat définitif. Les parties peuvent pour cela laisser libre cours à leur imagination en créant des contrats correspondant parfaitement à leurs besoins et fixant les points sur lesquels elles souhaitent d'ores et déjà s'entendre.

87. **La diversité des contrats de négociation.** Les parties peuvent, par de tels contrats, s'obliger à négocier le contrat définitif, à poursuivre cette négociation, elles peuvent organiser les négociations en fixant des dates, un calendrier, un formalisme particulier, le lieu de la négociation, ou encore les conditions de l'arrêt des négociations. « *La convention de négociation a pour principal effet la création d'une obligation de discuter les conditions d'un contrat futur dont la nature et l'objet principal sont connus. Cette obligation porte sur deux prestations : entreprendre la discussion (obligation de résultat) et la conduire de bonne foi (obligation de moyen)* »[161]. Ces contrats « préparatoires », ou « préliminaires » ont pour unique objet d'organiser les négociations, et peuvent être conclus à toutes les étapes de celles-ci. Ces accords innommés[162] tendent à se généraliser dans les relations contractuelles complexes.

88. **La diversité des appellations.** L'on retrouve de telles formules contractuelles sous des appellations diverses : contrat de pourparlers, accords de principe, lettres d'intention, contrats de négociation. Derrière tous ces termes, se dissimulent parfois les mêmes contrats tandis que la même appellation peut abriter des contrats très différents. On constate ici le pouvoir « d'ingénierie » juridique des praticiens, et les incertitudes de qualifications propres aux contrats innommés. Nous ne visons ici que ceux ayant pour objet une obligation de négocier le contrat futur, que Monsieur Cédras définit ainsi : « *Négocier, c'est mener des échanges en vue de se mettre d'accord. L'obligation de négocier consiste donc à obliger les individus à un échange de propositions et de contre-propositions impliquant éventuellement des concessions réciproques, et dont le but, pour le juriste, est de parvenir précisément à un negotium, décision contraignante pour ses auteurs »*[163]. Nous

---

[160]J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, 1re éd., Francis Lefebvre, 2001.

[161] J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats : Dalloz Droit usuel*, 1982, n°379, cité par J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, p. 270.

[162] Précisons cependant que s'il s'agit pour l'instant de contrats innomés, le projet Catala, dans son article 1104-1, prévoit que *« les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination* ».

[163] J. CEDRAS, *L'obligation de négocier* : art. préc., p. 265.

étudierons les autres obligations pouvant naître de ces contrats préparatoires ultérieurement pour chaque aspect de la négociation.

*2. L'absence de spécificité des contrats de négociation du contrat d'auteur*

89. **Une validité soumise au seul droit commun.** De tels contrats de négociation sont tout à fait envisageables en ce qui concerne la construction des contrats d'auteur. Ils ne sont en effet pas soumis au droit d'auteur dans la mesure où ils n'ont pas la nature d'un contrat d'auteur, ni celle d'un avant-contrat qui pourrait se voir imposer ses règles impératives[164]. Leur objet n'est pas d'organiser la cession des droits d'auteur, mais uniquement d'organiser la négociation du contrat de cession des droits d'auteur. L'auteur peut s'engager à négocier le contrat, il n'engage pas ici le sort de ses droits d'auteur. Ces contrats sont ainsi valables pour autant qu'ils respectent les conditions traditionnelles de validité des contrats. L'auteur et son futur cocontractant doivent exprimer clairement leur volonté de s'engager à négocier le contrat. Le constat d'un tel contrat sera soumis aux règles de preuves classiques du droit commun des contrats.

90. **Une sanction de droit commun.** Tout comme la validité et la preuve des contrats de négociation, la sanction de son inexécution, trouvant son fondement dans l'article 1147 du Code civil, ne présente pas de spécificité en droit d'auteur. La partie débitrice de cette obligation de négocier le contrat doit accomplir un acte positif envers son partenaire. Il s'agit d'une obligation de faire. Ne pas entamer ou ne pas reprendre les négociations constitue alors une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle. Cette faute peut se manifester de différentes manières, selon les termes du contrat. En cas d'inexécution de cette obligation contractuelle, la sanction la plus adaptée reste certainement l'exécution par équivalent. Nous pouvons en effet écarter toute exécution forcée en nature de l'obligation de négocier. Ne s'agissant pas d'une obligation de conclure le contrat, l'exécution forcée ne concernerait pas sa conclusion mais sa négociation. Or, il paraît délicat de contraindre une partie à négocier un contrat, et *a fortiori* de l'obliger à le négocier de bonne foi par voie judiciaire. Il est communément admis par la doctrine qu'une telle solution serait peu satisfaisante[165], *« la responsabilité consécutive à l'inexécution de l'accord de négociation ne peut conduire à envisager une réparation en nature consistant dans l'exécution forcée de l'obligation ; on ne saurait d'avantage contraindre une partie à négocier qu'un peintre à exécuter le tableau promis.*

---

[164] *Voir infra*, n°15 et 16.

[165] J. CEDRAS, *L'obligation de négocier* : art. préc., p. 281.

*C'est alors la présence d'une clause d'astreinte, seule modalité qui permette en pratique d'obtenir une exécution forcée sous la contrainte, qui peut être discutée dans la mesure où le principe de l'obligation de négocier est contenu dans sa limite : la possibilité de ne pas conclure le contrat »*[166]. Nous nous rallions à cette position, *a fortiori* en droit d'auteur où l'ensemble de la relation contractuelle se doit d'être présidée par la notion de confiance et de coopération. Obliger l'auteur ou son exploitant à poursuivre des négociations qu'ils souhaitent voir avorter conduirait dans tous les cas à de mauvaises relations contractuelles. La seule sanction possible est alors une exécution par équivalent, qui consiste à attribuer des dommages et intérêts au créancier de l'obligation de négocier. Ces dommages et intérêts ne pourront dans tous les cas pas conduire à indemniser le gain manqué lié à la non conclusion du contrat, mais seulement certains frais engagés à l'occasion des négociations, à moins que le contrat ne prévoit dès le départ la répartition des frais dans une telle hypothèse.

91. **Un contrat utilisé par la pratique.** Dans la pratique du droit des contrats d'auteur, ces contrats de négociation sont de plus en plus fréquents, car la négociation du contrat d'auteur est complexe et peut prendre beaucoup de temps. Ainsi, s'est par exemple développée ces dernières années, entre autres contrats de négociation, la pratique du *mini deal*, ou *memo deal*, sorte de « mini-contrat » ayant parfois pour seul objet de fixer le cadre des négociations[167], les points à négocier ainsi que le délai à l'issue duquel chacun retrouvera sa liberté si aucun accord n'a pu être trouvé. La liberté contractuelle permet ainsi de limiter la liberté précontractuelle, en obligeant l'auteur et son exploitant à négocier le contrat futur. Identifiés par des appellations diverses, les contrats de négociation abritant une obligation de négocier le contrat sont aujourd'hui nombreux.

### Paragraphe 2. La liberté dans la conduite des pourparlers

92. Une fois les pourparlers engagés, la liberté précontractuelle s'exprime tant dans l'absence de modalités de la négociation (***A***) que dans la liberté d'y mettre un terme (***B***).

#### I. La liberte quant aux modalites de la negociation

93. Dans la préparation du contrat d'auteur, conformément au droit commun, le déroulement des négociations est libre. La liberté précontractuelle s'exprime, dans le déroulement des négociations, par l'absence de formalités particulières imposées à l'auteur ou à son exploitant par des dispositions

---

[166] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op. cit*., n° 466, p. 281.

[167] Nous reviendrons sur ces contrats, qui, selon les obligations qu'ils abritent, constituent parfois des avant-contrats, parfois même déjà le contrat définitif. Renvoi dernier chapitre.

spéciales (***A***). Ce principe commande également la possibilité pour les parties de mener, comme bon leur semble, des négociations parallèles, en vue de choisir la relation contractuelle qui correspondra au mieux à leurs attentes (***B***).

### A. L'absence de règles encadrant la négociation

94. Dans certains droits spéciaux, la protection de la partie faible au contrat se manifeste par un formalisme imposé par la loi aux négociateurs, un « *formalisme de la négociation* »[168]. Ce « formalisme » peut se matérialiser par une obligation d'information imposée par la loi, par la transmission obligatoire d'une offre de contrat écrite et préalable à la conclusion du contrat, voire par un délai de réflexion imposé avant la conclusion du contrat ou par une obligation de maintien de l'offre durant un certain temps. Dresser une liste exhaustive de ces différentes obligations n'aurait ici aucun intérêt. Nous pouvons cependant en citer quelques-uns.

95. **Le temps de réflexion imposé.** Certains droits ont aménagé « *un temps de réflexion ayant pour objet de permettre à l'un des contractants de mûrir son engagement avant d'exprimer sa volonté* »[169]. Il en est ainsi par exemple du contrat d'achat d'un immeuble à usage d'habitation. L'article L. 271-1 al 5 du Code de la construction et de l'habitation issu de la loi du 13 juillet 2006 impose un délai de réflexion de sept jours avant la signature de l'acte authentique, dans les cas où le contrat constatant ou réalisant la convention n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse unilatérale ou synallagmatique. Le contrat de crédit à la consommation fait lui aussi l'objet de mesures préventives visant à protéger le consentement de l'emprunteur, en imposant certaines formalités dans la période de l'avant-contrat. Ainsi, la conclusion du contrat de crédit doit être précédée d'un entretien préalable vidant à informer l'emprunteur et à vérifier sa solvabilité. Cet entretien préalable offre à l'emprunteur le temps de la réflexion avant la signature du contrat. Une fois signé, l'emprunteur dispose d'un délai de rétractation de quinze jours[170]. L'avant-projet Catala prévoit par ailleurs ce type de mesure de protection. Son article 1110-2 est ainsi formulé : *« Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion. Le délai de réflexion est celui jusqu'à l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat* ».

---

[168] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op. cit*., n°27, p. 41.

[169] D. FERRIER, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants :* art. préc., p. 177.

[170] Article L. 311-12 du Code de la consommation

96. **L'obligation de transmettre une offre formalisée.** La loi impose parfois, outre ce délai de réflexion, l'obligation de transmettre une offre dans la période précontractuelle afin de permettre au consentement de mûrir en toute connaissance de cause. Régissant les relations entre professionnels, la loi Doubin prévoit que celui qui *« met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne tout en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité »* doit lui adresser un projet de contrat ainsi qu'un document informatif *« vingt jours minimum avant la signature du contrat »*[171]. Il en est de même en matière de contrat d'assurance. L'article L. 112-2 du Code des assurances dispose que *« avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré »*. Ici aussi, la loi organise la transmission obligatoire d'une offre formalisée. Le préteur, dans le cadre d'un crédit à la consommation, doit lui aussi remettre à l'emprunteur une offre formalisée contenant un certain nombre de mentions obligatoires avant la conclusion du contrat[172].

97. **L'obligation de maintien de l'offre.** Afin de protéger la partie dite faible à la négociation, la loi impose parfois de maintenir l'offre formalisée durant un certain délai. L'article L. 311-11 du Code de la consommation impose un tel délai de maintien de l'offre en matière de crédit à la consommation. Il dispose que *« la remise ou l'envoie de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le préteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi »*. Lorsqu'il s'agit d'un crédit immobilier, ce délai est étendu à trente jours par l'article L. 312-10 al 1 du Code de la consommation.

98. **L'obligation d'information légalement organisée.** Il faut également citer, de manière générale, toutes les obligations d'information prévues par la loi afin d'éclairer le consentement des contractants présumés en position de faiblesse. Ces obligations sont nombreuses, notamment en droit de la consommation ou en droit commercial. Nous ne les développerons pas ici, car nous reviendront longuement sur ces obligations[173].

99. **Le cas particulier des contrats électroniques.** La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 a prévu des formalités propres à la conclusion d'un contrat électronique.

---

[171] Article L. 330-3 al. 4 du Code de commerce

[172] Article L. 311-6 du Code de la consommation

[173] *Voir infra*, n°82 et s.

L'article 1369-4 qui en est issu prévoit que *« quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permettre leur conservation et leur reproduction. Dans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. L'offre énonce en outre : 1°- Les différentes étapes pour conclure le contrat par voie électronique ; 2°- Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3°- Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4°- En cas d'archivage du contrat les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5°- Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre »*. L'offre doit ainsi revêtir un formalisme particulier.

100. Ces différentes mesures protègent de manière collective et préventive la production du consentement de la partie considérée comme étant la partie faible au contrat. Le droit des contrats d'auteur n'impose, *a priori*, aucune formalité de ce type dans la période de l'avant-contrat alors même que le contrat que l'auteur conclut est bien souvent un contrat d'adhésion, rédigé par l'exploitant. Seule la conclusion du contrat est encadrée par le droit des contrats d'auteur, à travers un formalisme qui ne s'impose qu'à cet instant. Le déroulement des pourparlers est laissé à la discrétion des parties.

### B. La liberté de mener des négociations parallèles

101. Par principe, l'auteur et l'exploitant engagés dans la négociation du contrat d'auteur sont libres de mener des négociations parallèles (***A***), ils peuvent, contractuellement, restreindre cette liberté et se contraindre à une exclusivité précontractuelle (***B***).

#### *1. Le caractère non exclusif des négociations*

102. **Le caractère non exclusif des négociations en droit commun.** Une fois l'offre d'entrer en pourparlers acceptée, s'ouvre le temps des négociations. Les parties sont, à ce stade, libres de mener plusieurs négociations de front, afin de choisir ensuite la relation contractuelle correspondant le mieux à leurs attentes. C'est une conséquence essentielle du principe de liberté contractuelle, *«la négociation précontractuelle s'inscrit dans la liberté, c'est-à-dire dans la faculté ouverte de mener*

*des pourparlers parallèles et de conduire à son terme ceux de son choix* »[174]. Une partie de la doctrine a pu un temps envisager un devoir d'exclusivité des négociations, fondé sur une obligation implicite de s'abstenir de négocier avec des tiers, bien qu'admettant que l'on ne puisse déterminer un devoir général d'exclusivité. Une telle conception a rapidement montré ses limites. À la question de savoir s'il existe un devoir d'exclusivité dans les négociations, Monsieur Fontaine répondait en 1977 qu'« *on ne peut certainement pas l'affirmer de manière générale. Les négociations parallèles sont monnaie courante, même jusqu'à un stade très avancé des pourparlers. Elles sont même indispensables au jeu normal de la concurrence et leur légitimité ne peut être contestée en principe* »[175]. Allant dans ce sens, la jurisprudence a pris le parti de préserver cette liberté en refusant de consacrer un devoir d'exclusivité des négociations[176].

103. **Le caractère non exclusif de la négociation du contrat d'auteur.** Il en est de même en droit d'auteur, aucune règle spéciale ne remettant en cause cette liberté. Tout au plus, au stade des pourparlers, certaines négociations parallèles peuvent constituer un indice de la mauvaise foi de l'éventuel cocontractant, cette liberté étant tempérée, parfois, par un devoir de transparence vis-à-vis de son partenaire à la négociation. Ce tempérament n'est pas une spécificité du droit d'auteur, mais le fort *intuitus personae*[177] marquant la plupart des contrats d'auteur peut pousser le juge à apprécier plus sévèrement la dissimulation des négociations parallèles. Paradoxalement, ce même *intuitus personae* devrait cependant pouvoir justifier la possibilité de mener des négociations parallèles, afin de trouver le partenaire contractuel qui conviendra le mieux à chacun. Jusqu'à la conclusion du contrat, le principe demeure le libre choix de son cocontractant. Si en droit des brevets, le cédant peut se voir imposer un cocontractant par décision administrative ou judiciaire[178], en droit d'auteur seul un engagement de l'auteur lui-même peut le contraindre à préférer un exploitant, notamment par le biais d'un contrat ou d'une clause de préférence, éventuellement la loi mais de manière

---

[174] J. MESTRE, *RTD civ*. 1992, p. 753, note sous CA Versailles, 5 mars 1992.

[175] M. FONTAINE*, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux : DPCI*, avr. 1977, p. 95. Cité par P. MOUSSERON, *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle : RTD com*. 1998, p. 253.

[176] CA Versailles, 5 mars 1992 *: RTD civ*. 1992, p. 752, obs. J. MESTRE. ; *Bull. Joly*, 1992, p. 636, note J. SCHMIDT. Cette solution est constante et a été réitérée à de nombreuses reprises.

[177] Sur l'*intuitus personae* et les contrats d'auteurs, voir notamment : H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France,* Dalloz, 3ème éd., 1978, n°491, p. 605 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., n°665, p. 710. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005, n°940, p. 577.

[178] Il s'agit cependant de licences obligatoires qui n'ont pas pour effet de transférer le droit de brevet, voir sur ce point : J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6éme éd., Dalloz, coll. *Précis,* 2006, p. 319 à 329.

sporadique[179]. En dehors de ces hypothèses strictement délimitées, jusqu'à la conclusion du contrat, l'auteur conserve le droit de négocier sur plusieurs fronts et de chercher ailleurs meilleure fortune. Réciproquement, il en est de même pour l'exploitant ayant entamé des négociations avec l'auteur. Leur liberté contractuelle leur permet cependant, une fois de plus, de restreindre contractuellement cette liberté précontractuelle, par la conclusion d'un contrat de négociation.

*2. L'organisation contractuelle d'une négociation exclusive*

104. **Les contrats de négociation organisant l'exclusivité précontractuelle.** Nous avons envisagé précédemment les contrats de négociation contenant une obligation de négociation[180]. Les parties peuvent aller plus loin et, contractuellement, faire le choix d'une négociation exclusive. Il n'est pas rare de trouver dans les contrats de négociation des clauses d'exclusivité. Certains d'entre eux, parfois nommées « protocole d'exclusivité », ont même pour seul objet d'évincer les tiers de la négociation pour un temps. L'objet et cause de ce contrat est alors une obligation réciproque de ne pas faire, celle de ne pas négocier avec d'autres partenaires. Cette exclusivité est parfois mise à la charge d'un seul des cocontractants. Dans ce cas, elle peut donner lieu à une contrepartie financière, sorte d'indemnité d'immobilisation. Un tel contrat se retrouve fréquemment lors de la négociation du contrat d'auteur, notamment dans le domaine de la production audiovisuelle. Souvent nommé « contrat d'option », appellation ne révélant pas sa nature[181], ce contrat peut mettre à la charge de l'auteur une obligation d'exclusivité pour un temps, en contrepartie d'une indemnité compensant l'immobilisation de ses droits. Par ce contrat l'auteur ne s'engage pas à céder ses droits mais promet de ne pas les céder à un tiers durant un certain délai. Les parties peuvent également prévoir, sans aller jusqu'à interdire toute négociation parallèle, une clause de transparence leur imposant de révéler toute négociation parallèle à leur partenaire.

105. **La sanction de l'obligation d'exclusivité des négociations.** La sanction du non-respect de cette clause d'exclusivité, fondée sur l'article 1147 du Code civil, est l'allocation de dommages et

---

[179] Un droit de préemption légal a ainsi été mis en place par la loi du 1er Aout 2006, concernant les œuvres créées par des agents de l'Etat. L'article L. 131-3-1 du CPI précise ainsi qu'en cas d'exploitation commerciale de l'œuvre, l'Etat dispose envers l'agent auteur d'un droit de préférence.

[180] *Voir infra*, n°692 et s.

[181] Nous verrons en effet qu'il existe différents contrats d'option pouvant être conclus dans la phase préparatoire du contrat d'auteur, se rapprochant plus ou moins du contrat définitif. Certains, auxquels nous faisons référence ici, ne mettent à la charge des parties ou de l'une d'entre elle, dans la majorité des cas l'auteur, qu'une obligation d'exclusivité durant le temps du délai d'option. D'autres pourront être assimilés à de véritables avant-contrats, portant déjà en germe le contrat définitif, s'assimilant parfois à une promesse de cession des droits.

intérêts. Une réparation en nature n'est guère imaginable, d'autant plus qu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, sauf à considérer que l'on pourrait obliger le débiteur de cette obligation inexécutée à mettre un terme aux négociations parallèles, ce qui pourrait l'obliger à reprendre les négociations avec le créancier de l'obligation d'exclusivité s'il souhaite vraiment exploiter son œuvre *via* un acte de cession. Dans ces conditions, le projet de contrat semble alors être voué à l'échec. S'agissant d'une obligation de résultat, la seule preuve de l'existence de négociations parallèles suffira à engager la responsabilité contractuelle du négociateur un peu trop zélé. C'est l'exclusivité contractuelle qui est recherchée ici, mais la sanction en dommages et intérêts ne la garantit cependant pas.

106. **Les dangers potentiels d'une exclusivité pour l'auteur.** S'engager contractuellement dans des négociations exclusives peut cependant s'avérer dangereux pour l'auteur. Celui-ci, en se contraignant à ne négocier qu'avec un seul exploitant, court le risque de bloquer de manière indéterminée l'exploitation de son œuvre, et de passer à côté d'offres sérieuses et attractives. Sous doute les auteurs auront le plus grand intérêt, lorsqu'ils accordent une telle exclusivité, à faire insérer dans le contrat un terme d'une durée raisonnable, leur permettant de retrouver leur liberté en cas de blocage des négociations. Il paraît également opportun d'exiger une indemnité d'immobilisation relativement élevée, afin de s'assurer que celui à qui ils concèdent cette exclusivité envisage sérieusement de mener à bien le projet.

### II. LA LIBERTE DE ROMPRE LES POURPARLERS

107. **La libre rupture des négociations.** La finalité première de l'entrée en pourparlers est la conclusion du contrat définitif. Toutefois, à ce stade, cette conclusion n'est pas garantie, et il n'est pas rare que les négociations d'un contrat de cession des droits se soldent par un échec. Le principe de liberté contractuelle qui irrigue cette période précontractuelle permet à chaque partie de rompre librement les négociations et de renoncer au contrat projeté. Madame Schmidt observe à ce sujet que *« ni le code civil, ni un texte extérieur ne contiennent de dispositions traitant des pourparlers contractuels. Au cours de cette démarche, les partenaires ne sont, donc, soumis à aucune obligation légale et la conduite des pourparlers paraît entièrement gouvernée par le principe de la liberté contractuelle, sans que les parties aient à respecter des règles préétablies ni, jamais, être juridiquement tenues de conclure le contrat projeté »*[182].

---

[182] J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle : RTD civ*. 1974, p. 50.

108. **Les diverses causes de la rupture des négociations.** L'auteur pourra donc se défaire des négociations menées avec un éditeur, un producteur ou tout autre exploitant librement, s'ils ne trouvent pas d'accord répondant à leurs intérêts respectifs, ou si les conditions qui lui sont offertes pour l'exploitation de son œuvre ne lui conviennent pas. Le désaccord provient parfois du prix, l'exploitant n'offrant pas à l'auteur le pourcentage qu'il estime mériter sur les recettes de l'exploitation de son œuvre. Ce désaccord peut aussi résulter d'une divergence de point de vue sur les modes d'exploitations envisagés. L'auteur de paroles de musique peut, par exemple, refuser de voir ses paroles exploitées pour tel ou tel type de publicité, l'écrivain peut refuser de voir son livre adapté au cinéma une fois lu le scénario de l'adaptation, l'auteur compositeur peut refuser de voir son œuvre exploitée dans une compilation aux côtés de tel ou tel chanteur, *etc.* L'exploitant pressenti peut lui aussi mettre fin aux pourparlers, parce qu'il ne veut pas répondre aux exigences de l'auteur, parce qu'il a trouvé un autre auteur ou artiste qui retiendra plus son attention, parce que l'opération est trop risquée, parce qu'il n'a pas trouvé les financements nécessaires pour mener à bien le projet, ou tout simplement parce qu'il décide d'abandonner son projet ou de le remettre à plus tard. L'auteur pourra librement se défaire d'une esquisse contractuelle qui *a priori* ne lui convient pas, l'éditeur quant à lui pourra finalement refuser d'éditer un manuscrit dont il avait pourtant commencé à négocier les droits. La rupture des pourparlers peut également résulter du succès de négociations parallèles menées avec un tiers.

109. Chaque partie est donc libre en principe de rompre les pourparlers. En théorie, cette rupture peut être unilatérale comme décidée d'un commun accord. Dans la grande majorité des cas, c'est l'exploitant qui refusera finalement de signer le contrat définitif. L'auteur est souvent prêt à accepter d'importantes concessions pour voir son œuvre exploitée, et il fonde souvent de grands espoirs sur une négociation entamée avec un éditeur ou un producteur. Il se détache difficilement d'une esquisse contractuelle, à moins que des négociations parallèles n'aient abouti et qu'il ait finalement conclu le contrat avec un tiers. Il convient également de noter que même lorsque la volonté de contracter s'est matérialisée dans une offre, celle-ci demeure en principe rétractable tant qu'elle n'a pas été acceptée[183]. L'acceptation de l'offre réalise la rencontre des volontés, scellant l'engagement. À défaut, la liberté demeure et les volontés peuvent, à cet instant, légitimement varier dans le temps.

---

[183] La liberté de rétractation de l'offre est de principe. La jurisprudence l'a admis depuis bien longtemps : Cass. 1re civ., 5 févr. 1919 : *D.* 1923, 1, 26. Ce principe subit toutefois des exceptions, notamment en cas d'offre formulée au bénéfice d'une personne déterminée, contenant un délai d'acceptation : Cass. 3ème civ., 10 mai 1968 : *Bull. civ.* 1968, III, n°209. A

# CONCLUSION DU CHAPITRE 1

110. Au terme de ce premier chapitre, nous constatons qu'en droit des contrats d'auteur, le législateur n'a pas, pour l'heure, fait le choix d'un encadrement préventif et collectif de la période précontractuelle. Si le droit des contrats d'auteur permet de contrôler *a posteriori* la validité du contrat d'auteur, la période de gestation du contrat semble entièrement soumise au droit commun. Or, en droit commun, la période des pourparlers précontractuels est placée sous le signe de la liberté, qui offre à la seule volonté le pouvoir de s'engager dans la négociation du contrat ou dans sa conclusion. La période des pourparlers portant sur un contrat d'auteur est donc dominée par la liberté, qui conserve son emprise sur cette période informelle. Cette liberté marque de son empreinte les différentes étapes de la négociation, de l'entrée en pourparlers jusqu'à leur aboutissement ou leur abandon.

111. Concernant l'entrée en pourparlers et leur rupture, la liberté apparaît indispensable, tant pour l'auteur que pour son exploitant. Si l'auteur bénéficie, parmi ses droits moraux, du droit de retrait et de repentir qui lui permet de se défaire unilatéralement de ses liens contractuels, *a fortiori* tant que le contrat définitif n'est pas conclu, la loi ne peut obliger l'auteur à négocier ou à conclure le contrat. Or, si l'on admet que cette liberté est nécessaire pour l'auteur, on ne peut en parallèle la renier à son éventuel cocontractant, pour lequel elle est tout aussi nécessaire, et dont on ne veut pas dissuader l'initiative.

112. On peut cependant s'étonner du silence du législateur sur le déroulement des négociations. L'absence apparente de formalités imposées tranche avec la multiplication des interventions du législateur dans des domaines caractérisés par le déséquilibre des parties au futur contrat. On peut alors se demander si cette liberté est compatible avec la liberté très surveillée[184] qui préside la

---

défaut, l'offre devrait être maintenue durant un délai raisonnable. Nous aurons l'occasion de développer cette hypothèse. De plus, certains droits spéciaux imposent un maintien de l'offre et de ses conditions durant un certain temps, afin de protéger la partie faible destinataire de cette offre, comme nous l'avons vu.

[184]A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur* : art. préc.. p. 55. Voir aussi sur ce point : « *La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur* ? », Compte rendu du colloque « Les rendez-vous de 5 heures » organisé les 19, 10 et 21 mai 2003 par le DEA de Droit de la propriété littéraire, artistique et industrielle de l'Université Panthéon Assas Paris II, Légipresse, oct. 2003 p.117.

conclusion des contrats d'auteur. L'auteur, qui est protégé par les règles spéciales du droit d'auteur à l'instant de la conclusion du contrat et au temps de son exécution, est dans la phase informelle des pourparlers dans la situation classique de n'importe quel cédant ou vendeur, négociant un objet un peu particulier, son droit d'auteur. On peut alors se rappeler ici la célèbre formule de Lacordaire, « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit* »[185].

113. Si la liberté précontractuelle semble sous certains aspects, indispensable, mal utilisée, elle peut s'avérer dangereuse. Le droit commun va alors offrir à l'auteur et à son partenaire à la négociation des outils permettant de contrôler le contenu des négociations et de sanctionner le comportement des parties lors de la préparation de leur contrat. Dans le silence du Code civil, a, petit à petit, été instaurée une véritable « *police de l'avant-contrat* »[186], permettant au juge de contrôler le comportement des parties au cours de cette période précontractuelle. La régulation de la période de l'avant-contrat précédant le contrat d'auteur semble ainsi ne pas pouvoir se faire *a priori*. C'est donc *a posteriori* que le droit va saisir cette période.

---

[185] H. LACORDAIRE, *Conférence de Notre-Dame* : préc.

[186] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, 1re éd., Francis Lefebvre, 2001, p. 39.

## Chapitre 2. LE PRINCIPE DE BONNE FOI PRECONTRACTUELLE

114. Le principe étant la liberté précontractuelle, admettre une quelconque faute précontractuelle n'allait pas de soi. Certains systèmes juridiques y étaient d'ailleurs plus réfractaires que d'autres. Il faut pourtant constater que le souci de moraliser les relations précontractuelles est devenu incontournable, même dans les pays les plus enclins à préserver à tout prix la liberté. La police des négociations a ainsi vu le jour dans la plupart des pays occidentaux. Cette police opère sur des fondements différents selon les pays. Responsabilité contractuelle pour les uns, responsabilité délictuelle pour les autres, chaque pays a su trouver dans son système juridique les ressources propres à assurer un rempart aux effets néfastes d'une trop grande liberté précontractuelle[187]. En France, une fois le principe même du contrôle de la période précontractuelle admis, et son fondement déterminé (***Section 1***), il a fallu définir les outils de la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle (***Section 2***). L'étude de ces outils nous permettra d'apprécier l'applicabilité et l'adaptabilité de cette police de la négociation à la relation particulière qu'entretiennent auteurs et exploitants.

### *Section 1. Le principe du contrôle de la période précontractuelle*

115. Le siècle dernier a vu l'avènement de l'admission du contrôle de la période précontractuelle, période qui semblait jusque-là devoir rester en dehors du droit (***Paragraphe 1***). Affirmer ce principe ne suffisait cependant pas à le justifier. Il a fallu trouver dans notre système juridique le fondement adéquat d'une éventuelle responsabilité précontractuelle (***Paragraphe 2***).

#### Paragraphe 1. L'avènement de la responsabilité précontractuelle

116. **Le besoin de sécurité dans la période précontractuelle.** Dans les pays romano germaniques, et *a fortiori* dans les pays anglo-saxons, nous venons de le voir, la liberté constitue le postulat initial de toute négociation. Cependant, à la différence des pays anglo-saxons, dans les pays romano germaniques il a très vite été considéré que la liberté régissant cette période précontractuelle

---

[187] R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux*, préf. D. MAINGUY, Bruylant, 2009, p. 57 et s. ; J. CARTWRIGHT, *Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens, in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 31 et s. ; D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons, in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 13. M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat dans tous ses états, in* Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit Européen, LGDJ, 2002, p. 227 et s.

sous-tendait nécessairement une fragilité des accords en cours, et constituait un élément d'insécurité pour les partenaires à la négociation[188]. Or, l'investissement des parties à ce stade est parfois tel qu'il est apparu nécessaire de veiller à ce que cette liberté ne soit pas détournée de sa fonction, utilisée pour nuire à autrui ou se comporter avec impertinence et légèreté.

117. **L'admission du principe d'une responsabilité précontractuelle**. Si jusqu'à la fin du XVIIIème siècle, le droit ne s'est guère intéressé à la période précontractuelle, les juges et la doctrine ont ensuite rapidement su saisir l'intérêt de réguler cette étape essentielle du contrat. Cohérier, en 1939, explique la soudaine préoccupation du droit pour cette période par plusieurs arguments tenant à l'évolution de la société. L'augmentation de la production, la multiplication des contrats, les facilités de communication, le développement de la publicité et des statistiques, l'augmentation des dépenses engagées lors des négociations, *etc. A fortiori*, le phénomène de multiplication des relations précontractuelles est encore plus vrai soixante-dix ans plus tard[189]. Il faut y ajouter la prise en compte de plus en plus importante par le droit des déséquilibres existant entre les parties dans certains types de relations contractuelles. Le postulat d'égalité entre les contractants tombant peu à peu, il est apparu nécessaire d'assurer une protection plus forte du consentement.

118. Admettre le principe d'une responsabilité précontractuelle, limite à la liberté précontractuelle, ne relevait pas de l'évidence. Saleilles, auteur d'une des premières études sur le sujet en droit français, montre que la seule responsabilité *« précontractuelle »*[190] envisageable, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, a longtemps été la révocation de l'offre. *« On se refusait à admettre, en particulier, qu'avant toute émission de l'offre, le seul abandon des négociations préparatoires, ce que l'on appelle aujourd'hui les tractations du contrat, pût jamais être source de responsabilité »*[191]. Pour mettre en exergue son propos, il distingue entre la révocation de l'offre et la révocation des négociations *« dans un premier cas, un acte juridique était intervenu, dans le second, on n'était pas encore arrivé à la phase et à la période décisives des manifestations juridiques »*. Il montre ainsi qu'en dehors de la rétractation de cette manifestation de volonté génératrice de droit que constitue

---

[188] R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux, op. cit*., 2009.

[189] A. COHERIER, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse, Paris, 1939.

[190] L'expression « responsabilité précontractuelle » est utilisée pour la première fois par Saleilles, en 1907. R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière : RTD civ*. 1907, p. 700.

[191] *Ibid*.

l'émission d'une offre, il n'y avait jusqu'alors, selon la majorité de la doctrine, plus place pour aucune responsabilité.

119. Ces travaux font écho à ceux du conseiller Faggella, auteur italien qu'il présente comme précurseur d'une approche nouvelle des pourparlers. Celui-ci distingue trois phases qui précèdent la conclusion d'un contrat : les négociations préliminaires, l'élaboration de l'offre et l'émission de l'offre. Selon lui, ces trois phases ont une même valeur juridique. La première, celle des négociations, qui nous intéresse ici, a pour objet la discussion sur les éléments essentiels du contrat. Faggella montre que les négociations du contrat *« constituent déjà un fait ayant une valeur juridique, non pas une valeur décisive, constituant une manifestation concrète et définitive, comme ce sera le cas d'une déclaration de volonté proprement dite, mais n'en présentant pas moins un rapport de caractère déjà existant et établi entre les parties, de telle sorte qu'il est impossible que, sous une forme et dans une mesure à déterminer, le droit ne tienne aucun compte des relations entamées. Elles sont déjà entrées dans son domaine, ce ne sont pas des faits qui lui sont indifférents et étrangers »*[192].

120. L'entrée en pourparlers constitue donc selon lui un fait générateur d'effets de droit, dont il va falloir prendre la mesure. Fidèle au dogme de l'autonomie de la volonté, Faggella ne remet pas en cause la liberté précontractuelle, mais il admet que cette liberté ne soit pas exclusive de responsabilité.

121. C'est le résultat auquel est parvenue la jurisprudence française aujourd'hui. Si la liberté est de principe tant que les parties ne sont pas contractuellement liées, le besoin de sécurité juridique a conduit à la volonté de « moraliser » les relations précontractuelles. L'entrée dans la phase de l'avant-contrat n'est pas un simple fait, c'est un fait juridique[193].

### Paragraphe 2. La nature de la responsabilité précontractuelle

122. L'admission du contrôle de la période précontractuelle a donné lieu à de nombreux débats doctrinaux concernant les fondements et la nature de la responsabilité précontractuelle (***I***). Le choix opéré en France (***II***) importe lorsqu'il s'agit d'envisager le contrôle de la négociation du contrat

---

[192] *Ibidem*, p. 712.

[193] Sur l'évolution du contrôle de la période précontractuelle et la prise en compte par le droit du *« fait juridique »* que constitue l'entrée en pourparlers, voir, entre autres, J. MESTRE, *La période précontractuelle et la formation du contrat : LPA*, 5 mai 2000, n°90, p. 7.

d'auteur, dans la mesure où la responsabilité délictuelle va opérer au seul regard du comportement des parties et de leurs qualités, sans prendre en compte l'objet du contrat, tandis qu'une responsabilité contractuelle s'attacherait nécessairement à cet objet.

## I. LES VOIES ENVISAGEES

123. **Diversité des appréhensions de la nature de la responsabilité précontractuelle.** Le comportement des parties lors de cette période de négociation est aujourd'hui sanctionné par le mécanisme de la responsabilité délictuelle en dehors de tout contrat de négociation. Le choix de cette responsabilité extracontractuelle semble couler de source dans la mesure où aucun contrat, ou accord contractuel n'a encore été conclu à ce stade, ce qui permet *a priori* d'exclure toute responsabilité contractuelle en l'absence d'accords de négociation. Pourtant, la question s'est posée et le doute a un temps été permis. À propos de la révocation de l'offre, Saleilles illustre parfaitement les hésitations doctrinales qui se sont opposées à ce moment-là : « *C'est ce que l'on peut appeler un cas de responsabilité précontractuelle. Sans doute, il y avait, et il y a encore des conceptions très diverses sur la nature et le caractère de cette responsabilité, non moins que sur ses conséquences. La plupart, du moins en France, voulaient n'y voir qu'une application pure et simple de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de l'article 1382 ; d'autres, et c'était la grande majorité en Allemagne, avaient recours, en cette hypothèse à la théorie de Ihering sur la culpa in contrahendo. Entre ces deux conceptions, il y en avait bien d'autres, variant à l'infini, (…). C'est pour ne rien préjuger sur tous ces points de doctrine que j'ai adopté ce terme un peu nouveau de responsabilité précontractuelle, qui n'implique qu'une donnée chronologique, sans prendre parti sur le reste* »[194]. Responsabilité contractuelle (***A***), responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle (***B***), différentes hypothèses ont été envisagées pour donner une assise juridique à la moralisation des relations précontractuelles.

### A. L'approche contractuelle

124. Retenant une approche contractuelle systématique des négociations, diverses propositions fondant la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle ont été avancées. Celle de Ihering est fondée sur l'existence d'une convention tacite de *« diligencia in contrahendo »* (***1***), tandis que

---

[194] R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière* : art. préc., p. 700.

d'autres ont proposé l'idée d'un pacte de garantie tacite qui serait conclu dès l'entrée en négociation (***2***).

*1. La convention de « diligencia in contrahendo » proposée par Ihering*

125. **La vision d'Ihering.** Plusieurs auteurs ont tenté de déceler certaines obligations contractuelles dès le début des négociations. Ihering, jurisconsulte allemand, est le premier à avoir proposé une vision systématiquement contractualisée de la négociation, selon laquelle au départ de chaque entrée en négociation les parties concluraient de manière tacite une convention de *« diligencia in contrahendo »,* dont la conséquence principale serait l'extension du domaine contractuel à la période de négociation du contrat, et la mise en œuvre d'un régime de responsabilité contractuelle pour toute faute de négociation : *« Il s'agit d'une convention tacite aux termes de laquelle chacune d'elles (les personnes) s'engage envers l'autre à répondre de toute faute commise à raison de la proposition de contrat et aussi à s'assurer que le contrat qu'il s'agit de conclure présente toutes les conditions de validité requises »*[195]. Sont créées de manière fictive des obligations contractuelles dont l'inexécution ou la mauvaise exécution caractérisent une *« culpa in contrahendo »,* faute contractuelle qu'Ihering ne définit pas par ailleurs.

126. **Consécration de la thèse d'Ihering en Allemagne.** En Allemagne, cette vision élargie du domaine contractuel est ancrée dans le droit positif, et a été codifiée dans le BGB[196]. Les juges allemands ont de fait une appréciation large de la relation contractuelle. Un arrêt semble particulièrement marquant à ce sujet[197]. Une femme avait dans un magasin demandé à voir un rouleau de linoléum situé sur une étagère en hauteur. Elle fut blessée par la chute des rouleaux provoquée par l'employé qui voulait les attraper pour les lui montrer. Désireuse de voir son préjudice indemnisé, notamment celui afférant à ses frais médicaux, elle se trouva fort dépourvue, ne pouvant engager la responsabilité délictuelle de l'employeur qui pouvait facilement s'en exonérer en démontrant qu'il avait apporté tout le soin nécessaire à la sélection de son personnel, et qu'il avait

---

[195] R. Von. IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Œuvres choisies, trad. De Meulenaere, 1893, p. 23. Cité par SALLEILLES, *De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière* : art. préc. Voir aussi sur ce point : P. ROUBIER, *La responsabilité précontractuelle,* Thèse, Lyon, 1911 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, Thèse, Paris, 1978, n°258 et s.

[196] Son principe se trouve codifié à l'article 311 alinéa 2 du BGB, qui prévoit qu'un rapport contractuel d'obligation naît « *de l'engagement des pourparlers » ainsi que « de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat, par laquelle l'une des parties accorde à l'autre la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ou les lui confie* »

[197] RG, 7 déc. 1911 : RGZ 78, 239, 1912.

correctement supervisé son employé. Les juges allemands ont dans cette affaire condamné l'employeur à indemniser la cliente des frais médicaux qu'elle avait dû engager, sur le fondement de la *« culpa in contrahendo »*. Une telle approche place le badaud potentiellement client dans le rayonnement de la sphère contractuelle.

127. **Les vertus de la théorie d'Ihering.** La thèse de l'extension du domaine contractuel à cette période de l'*ante* contrat en l'absence de tout accord de négociation n'a pas été retenue en France. Elle dresse pourtant *a priori* une clef de répartition simple pour une application ventilée des deux régimes de responsabilité. Avant toute entrée en négociation, la responsabilité ne peut être que délictuelle. À partir du moment où les parties sont entrées en négociation, toute faute commise à l'occasion de ces négociations est une faute contractuelle, que le contrat définitif soit finalement conclu ou non. Cela permet d'échapper à la détermination du moment de la conclusion du contrat ou d'un accord de négociation pour savoir quelle responsabilité doit s'appliquer. Le problème n'est cependant que repoussé, c'est dans ce cas le moment de l'entrée en négociation qui devra être déterminé et apprécié par les juges.

128. **Les limites de la théorie d'Ihering.** En cas de non conclusion du contrat définitif, on peine à justifier une telle responsabilité contractuelle, en dehors de tout contrat de négociation. Monsieur Roubier[198] avançait, pour tenter d'expliquer les théories contractuelles, une distinction entre l'acte juridique objectivement présent, sorte de contrat de négociation tacite, et le rapport de droit que les parties entendaient créer. Il ne s'agirait pas alors du rayonnement du contrat principal éventuel qui s'étend à sa négociation mais d'un contrat à part entière, contrat de négociation que l'on connait en droit français.

129. C'est par la systématisation de la conclusion d'un tel contrat de négociation, développé sous forme d'un « pacte de garantie », que d'autres auteurs ont justifié le caractère contractuel de la responsabilité précontractuelle.

*2. Les propositions fondées sur l'existence d'un pacte de garantie*

130. **Le pacte de garantie proposé par Windscheid.** Prônant une autre vision contractuelle des négociations, certains auteurs, Windscheid[199] notamment, ont développé l'idée d'un pacte de garantie

---

[198] P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse préc.

[199] WINDSCHEID : *Wille und Willenserkalärung : Archiv fur die civi : listischen Praxis*, T.63, N. F. XIII, 1880, p. 72 et s. cité notamment par Cohérier, A. COHERIER, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des*

qui serait conclu de manière tacite par les parties dès le début des négociations. Basé sur la théorie du risque contractuel, le pacte ferait peser sur celui qui prend l'initiative de la négociation la responsabilité de tout préjudice subi à l'occasion des négociations, sauf à prouver la faute du demandeur, ou sa connaissance de l'impossibilité du contrat. *« On a pensé alors à un contrat de garantie tacite qui interviendrait à l'origine des relations contractuelles et par lequel chaque partie se constituerait en quelque sorte envers l'autre l'assureur des risques qui naîtraient de son fait dans l'élaboration du contrat »*[200]. Cette *« assurance »* est justifiée par l'idée de confiance *« tout cocontractant doit répondre des suites préjudiciables qu'a pu comporter pour autrui la confiance créée par sa déclaration en la formation d'un contrat, en tant que cette formation n'est pas exclue par un motif que l'autre partie ait connu ou dû connaître »*[201]. Contrairement à la théorie d'Ihering, il s'agit ici d'une responsabilité sans faute. Cette solution systématique, un peu trop tranchée, n'a pas convaincu non plus le droit français. Elle paraît même dangereuse car conduit nécessairement à décourager l'initiative même la plus sérieuse.

131. **Le pacte de garantie proposé par Faggella[202].** Faggella a lui aussi avancé l'idée d'un pacte de garantie. Selon lui, le fait générateur de la responsabilité précontractuelle n'est pas une faute délictuelle, ni le manquement a une convention tacite, mais le fait d'avoir consenti à un travail précontractuel. La volonté d'entrer en pourparlers donnerait naissance à un pacte de garantie, qui aurait pour effet d'obliger les parties à agir conformément à l'équité et à la bonne foi, préceptes légaux. Il distingue trois phases dans les pourparlers, et attribue à chacune d'elles des critères permettant la mise en œuvre de la responsabilité du négociateur défaillant. Selon lui, avant toute émission de l'offre, un retrait arbitraire, à savoir un retrait non justifié par un antagonisme d'intérêts économiques, devait pouvoir entrainer la réparation des pertes subies à l'occasion des négociations. Lors de la phase d'élaboration de l'offre, le fait générateur de la responsabilité précontractuelle serait aussi le retrait arbitraire des pourparlers, mais les dommages réparables devaient comprendre alors également les gains manqués, éléments négatifs du dommage. Une fois entré dans la troisième phase de l'élaboration contractuelle, celle de l'émission de l'offre, toute rupture des pourparlers, qui

---

*contrats*, thèse préc., p. 76.

[200] P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse préc., p. 53, à propos de la théorie de Windscheid.

[201] *Ibid.*

[202] G. FAGGELLA, *Dei Periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, in* Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, Naples, 1906, vol. III, p. 271 et s. La pensée de Faggella a été retranscrite, entre autres, par R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière :* art. préc., p. 700 et s.

s'analyse alors en une révocation de l'offre, quel qu'en soit le motif, serait susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Pour Faggella, cette révocation ne constitue cependant pas l'inexécution d'une obligation contractuelle. Selon lui l'émission de l'offre constitue un acte de négociation dont la nature ne diffère pas des faits de négociation antérieurs.

132. Cette théorie a elle aussi fait l'objet de critiques. La première concerne la division de cette période précontractuelle en trois phases qui, selon Cohérier, est contraire à la réalité, ces différentes phases n'existant pas pour toutes les négociations. Il est vrai que les négociations peuvent prendre des formes diverses, il y a autant de négociation possibles que de contrats sur lesquels elles peuvent porter. De plus, la notion de retrait arbitraire serait elle-même source d'arbitraire de la part des juges car trop imprécise, même si Cohérier voit dans cette théorie une avancée vis-à-vis des théories allemandes d'Ihering et Windscheid, car elle présente l'avantage de définir ce qu'ils omettaient, à savoir le contenu de l'obligation des parties. Cette critique ne suffit cependant pas à nous convaincre, les notions de bonne foi et de loyauté précontractuelle, à l'aune desquelles est analysé aujourd'hui le comportement des négociateurs apparaissent parfois tout aussi subjectives. Nous ne sommes pas convaincue non plus de l'utilité en droit français d'un tel pacte de garantie. Agir conformément à l'équité et à la bonne foi, si l'on admet l'extension de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil à la période précontractuelle, est un devoir légal qui ne nécessite pas la conclusion d'un quelconque pacte de garantie pour que les parties s'y obligent. Certains auteurs prônent d'ailleurs cette extension. Selon Monsieur Mestre *« à quoi sert, en effet, d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisifs, de la formation même de l'acte ? Le contrat forme assurément un corps unique ; il est vital que la bonne foi l'irrigue entièrement »*[203].

**B. Les alternatives extracontractuelles**

133. Face à ces propositions inférant à la responsabilité précontractuelle une nature exclusivement contractuelle, d'autres solutions ont été envisagées.

134. **La ventilation de la responsabilité fondée sur l'aboutissement des négociations.** Il a parfois été proposé une distinction fondée sur l'aboutissement des négociations. Dans cette optique, on sanctionnerait les fautes commises à l'occasion des négociations par le mécanisme de responsabilité contractuelle lorsque le contrat a finalement été conclu, et par la responsabilité délictuelle lorsque les négociations n'ont pas abouti. Il semble cependant curieux de déterminer *a*

---

[203] J. MESTRE, obs. sous Cass. 1re civ., 10 mai 1989 : *RTD civ*. 1989, p. 738.

*posteriori* la nature d'une faute[204], et l'on peut douter que cette ventilation soit apte à remplir l'objectif de sécurité juridique justifiant l'admission de la responsabilité précontractuelle. Cette conception n'a pas été retenue en droit positif.

135. **Le fondement quasi-contractuel.** Dans certaines situations précontractuelles, l'on pourrait également envisager d'offrir une assise légale à la responsabilité précontractuelle à travers la notion de quasi-contrat. Les quasi-contrats sont définis par l'article 1371 du Code civil comme *« les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »*. L'hypothèse d'un quasi-contrat correspond à celle d'un lien de droit créé, non par la volonté, comme l'est le contrat, mais par les effets que la loi attache à un fait juridique[205]. Cette définition correspond *a priori* assez bien à la situation juridique créée par l'entrée dans la période de l'avant-contrat. Il s'agit bien d'un fait volontaire, et non d'un contrat, auquel la loi attache un certain nombre d'effets. Au-delà de cette définition, l'enrichissement sans cause, quasi-contrat créé par la jurisprudence, semble être relativement adapté à la situation où la négociation aurait contribué à enrichir injustement d'un des négociateurs et à appauvrir par là même son partenaire à la négociation. Ce fondement sera envisageable dans de tels cas, et devrait permettre une compensation de l'enrichissement injustifié par le versement d'une indemnité. Il convient de noter que les pays de Common Law, et plus spécifiquement le droit anglais, trouvent dans un mécanisme similaire à celui de l'enrichissement sans cause les fondements de la responsabilité précontractuelle. Ainsi, ne connaissant pas de fondement général de responsabilité précontractuelle, la théorie de l'*Unjust Enrichment* permet dans certaines situations l'intervention du juge dans la période précontractuelle[206]. Il s'agit cependant d'un fondement spécifique, qui, loin de permettre un contrôle de toutes les situations néfastes pouvant apparaître lors de la période de l'avant-contrat, reste contingenté à des hypothèses particulières. En France, la recherche d'un fondement général de responsabilité précontractuelle ne se solutionne donc pas par le recours à la notion de quasi-contrat.

---

[204] G. DURRY, *RTD civ*. 1976, p. 549, considère sur ce point que l'« *on ne fait pas dépendre la nature de la responsabilité précontractuelle de la conclusion ou non du contrat ou de son éventuelle nullité* ».

[205] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2010, n°450, p. 315.

[206] Sur l'admission progressive, par le droit anglais, de l'intervention judiciaire au cours de la phase précontractuelle à travers la notion d'Unjust Enrichment, voir notamment R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux*, thèse préc., p. 57 et s. ; J. CARTWRIGHT, *Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens*, art. préc., p. 31 et s. ; D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons*, art. préc., p. 13. M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat dans tous ses états*,

136. **Le fondement délictuel général.** La recherche d'un fondement général de responsabilité précontractuelle conduit à se tourner vers une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle s'appliquant à un large champ de situations. En dehors de tout contrat de négociation, le fondement délictuel ou quasi-délictuel semble s'ouvrir tout naturellement aux futurs cocontractants, afin de leur permettre de voir leur préjudice né de la faute de leur partenaire réparé. Fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, la responsabilité délictuelle sanctionne tout fait de l'homme causant un dommage à autrui, qu'il soit intentionnel ou non, en obligeant son auteur à en réparer les conséquences. Aux prémices de la relation contractuelle, celle-ci semble *a priori* tout indiquée pour réparer les conséquences des fautes qui pourraient naître dans cette période.

### II. LE CHOIX OPERE

137. **Le rejet d'une approche contractuelle systématisée.** L'extension systématique de la sphère contractuelle à une période précontractuelle vierge de tout contrat de négociation relevant clairement de la volonté des parties n'a pas séduit le droit français. Il est vrai que caractériser un tel lien contractuel, même lorsque le contrat définitif est finalement conclu, requiert une grande fiction juridique. L'imagination ne manque cependant pas aux juges français, qui dans d'autres hypothèses se sont montrés beaucoup plus favorables à un tel forçage du contrat, notamment en matière d'obligation de sécurité, d'obligation d'information, ou encore de stipulation pour autrui. La désaffection du droit français pour cette vision extensive du champ contractuel ne tient donc pas uniquement à cela. En réalité, plus qu'impossible à mettre en œuvre, une telle qualification ne s'avère pas pertinente dans notre système juridique. En effet, le principal intérêt pour le droit allemand de recourir à une vision contractuelle de la phase précontractuelle est de pallier le manque d'un régime général de responsabilité délictuelle de plein droit[207]. Dans l'hypothèse d'un dommage causé à l'occasion des négociations, la responsabilité contractuelle est souvent la seule pouvant être mise en œuvre dans le système juridique allemand.

138. Le droit français se montre beaucoup plus malléable à cet égard. Au sujet des vices pouvant entacher la formation du contrat, Thaler écrivait déjà en 1906 *« pour qui sait combiner le droit des délits avec celui des contrats, le cas cesse de se montrer réfractaire à l'équité : les ressources que fournit notre article 1382, lorsqu'il est prudemment appliqué, sont, dans le domaine du droit privé,*

---

art. préc., p. 227 et s.

[207] L'article 823 alinéa 1er du BGB ne protège pas les intérêts purement économiques contre les atteintes par imprudence.

*véritablement illimités »*[208]. L'application qui en est faite aujourd'hui ainsi que le régime de responsabilité de plein droit développé depuis sur la base des articles 1383 et 1384 du Code civil ont montré les richesses et l'adaptabilité de la responsabilité délictuelle, qui semble parfaitement apte à appréhender le comportement et la gestion des risques précontractuels[209].

139. **La consécration d'une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle.** Forte de ce constat, la jurisprudence française a donc clairement pris le parti de réguler le comportement des parties à la négociation en sanctionnant la faute précontractuelle par la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du négociant fautif. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer clairement, déjà en 1972[210], puis dans un arrêt du 11 janvier 1984. Faisant œuvre de cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Rouen qui avait affirmé, aux sujets de tractations antérieures à la signature d'un contrat de concession, que *« si une faute a été commise au cours de ces discussions préalables, celle-ci ne peut être que contractuelle »,* la Cour de cassation, au visa de l'article 1382 du Code civil, affirma qu'« *en se déterminant par ces motifs, alors que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la formation du contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

140. **La ventilation de la responsabilité fondée sur la réalité de l'engagement.** Ainsi les juridictions françaises déterminent aujourd'hui la nature de la responsabilité précontractuelle selon la réalité de l'engagement existant entre les acteurs de la négociation. La responsabilité contractuelle durant la période précontractuelle pourra ainsi être engagée dans les seuls cas où un véritable contrat de négociation a été conclu, et lorsque le dommage subi est directement lié à l'inexécution d'une obligation contractuelle[211]. Qu'ils fixent certains éléments sur lesquels les parties sont déjà d'accord,

---

[208] M. THALLER, *De la nature juridique du titre de crédit* : Ann. de Dr. comm. XX, 1906, n°32, p.5 et s. Cité par P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse préc., p. 7.

[209] Dans l'affaire « *des rouleaux de linoléum* » par exemple, l'employeur aurait vu, en tant que commettant, sa responsabilité délictuelle engagée de plein droit sur le fondement de l'article 1384 du Code civil, sans que cette responsabilité dût être fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle.

[210] Cass. com., 20 mai 1972 : *JCP G*. 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT.

[211] C'est également le point de vue de la Cour de Justice des Communautés Européenne, comme nous le montre une décision du 17 septembre 2002, n° C-334-00, à l'occasion d'une question préjudicielle posée par l'Italie sur la qualification du litige : *« Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, caractérisée par l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et par l'éventuelle violation des règles de droit, notamment celles qui imposent aux parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée*

qu'ils obligent à négocier ou qu'ils organisent simplement le déroulement des négociations, lorsqu'un tel accord a été conclu dans cette phase précontractuelle, la sanction de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ces obligations sera fondée sur l'article 1147 du Code civil. En dehors de cette hypothèse, la responsabilité précontractuelle est délictuelle et fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. L'on constate ici une application ventilée des deux régimes de responsabilité dans cette période de formation du contrat. Nous verrons également que parfois la nature de la responsabilité s'infèrera directement de la nature de la faute conclue dans la période précontractuelle et de ses conséquences sur le contrat.

141. **L'opportunité du choix opéré.** Le système français présente selon nous les avantages de toutes les propositions. L'extension de la bonne foi à la période de formation du contrat rend inutile le pacte de garantie proposé par Faggella. L'analyse de la volonté des parties permet aux juges de déceler la conclusion d'un contrat de négociation ou non, ce qui est beaucoup plus respectueux de la volonté des parties et aboutit, si tel était leur souhait, à la même protection contractuelle que les propositions de Windscheid et Faggella, sans décourager les initiatives par des solutions systématiques, puisque seule la volonté des parties est alors apte à définir des obligations contractuelles dans cette période de préparation du contrat[212].

142. La reconnaissance de la responsabilité précontractuelle répond à la volonté de sécuriser cette période et d'offrir aux partenaires à la négociation les outils leur permettant d'imposer à l'autre certaines normes de comportement. S'agissant d'une responsabilité délictuelle, il convient de déterminer quel type de comportement va constituer le fait générateur de cette responsabilité, afin de savoir quels seront les comportements attendus et les comportements prohibés dans la période de l'avant-contrat précédant le contrat d'auteur. Il faut donc, pour ce faire, étudier les outils de la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle, afin de vérifier leur applicabilité et leur adaptabilité à la relation précontractuelle existant entre auteurs et exploitants.

---

*relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle », Recueil Dalloz,* 2002, p. 2774. Elle réitère ici une position adoptée depuis l'arrêt *J. Handt,* du 17 juin 1992, aff. C-26/91, même si elle garde une certaine marge de manœuvre pour cette qualification dans la mesure où ces arrêts ne posent pas de solution de principe mais des solutions circonstanciées.

[212] Il convient cependant de réserver le cas des obligations d'information, car il est parfois admis que, par une extension du champ contractuel, les parties soient parfois tenues à une obligation contractuelle d'information devant être produite dans la période précontractuelle.

## *Section 2. Les outils du contrôle de la période précontractuelle*

143. La responsabilité précontractuelle étant délictuelle, il va falloir, pour la mettre en œuvre, pouvoir identifier un fait générateur, un dommage réparable et un lien de cause à effet entre les deux. Il faut donc, à cette fin, emprunter la voie classique de démonstration d'une faute comme fait déclencheur, générateur de cette responsabilité. Ici, ni l'autorité législative ni l'autorité règlementaire n'ont formulé d'exigences précises quant au comportement des parties à la négociation, ou quant au contenu des négociations de manière générale. Il faut donc se tourner vers la jurisprudence afin d'apprécier quels sont les outils du contrôle de la période précontractuelle en droit commun (***Paragraphe 1***). Cette responsabilité de droit commun sera naturellement applicable à la négociation du contrat d'auteur. La spécificité de la relation qu'entretiennent auteurs et exploitants ne devrait pas *a priori* influer sur la qualification de la faute précontractuelle. Pourtant, l'asymétrie de la relation caractérisant les rapports entre auteurs et exploitants peut influer sur son appréciation. Il s'agira alors d'étudier l'application des outils du contrôle de la période précontractuelle à la préparation du contrat d'auteur (***Paragraphe 2***).

### Paragraphe 1. La détermination des outils du contrôle en droit commun

144. Face à la liberté précontractuelle, la bonne foi précontractuelle fait aujourd'hui figure de « comportement attendu ». Malgré le principe de généralité de la faute délictuelle, c'est donc à l'aune de la déloyauté précontractuelle que sera, de manière générale, caractérisée la faute précontractuelle (***I***). Conformément au régime général de la responsabilité civile, la démonstration de cette faute ne sera pas cantonnée à la démonstration d'une particulière gravité (***II***).

#### I. Le recours a la bonne foi precontractuelle

145. **Une attente partagée.** L'exigence de bonne foi dans les relations précontractuelles est en France clairement affirmée aujourd'hui et tend à être admise de plus en plus largement dans les différents ordres juridiques. Les principes UNIDROIT ont codifié cette exigence au niveau international, exigence qui existait déjà dans la Convention de Vienne. L'article 2.1.15 des principes UNIDROIT prévoit que si, alinéa a, *« les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord* », *« toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie »*, alinéa 2. Même si l'on sait que ces principes ne sont pas par eux même obligatoires mais n'ont qu'une valeur incitative et supplétive, ils ont vocation à constituer un modèle

servant à guider l'évolution des droits. On reconnait alors que le rapprochement des systèmes juridiques doit se faire en ce sens. Pareille exigence a également été affichée au niveau communautaire. Le « cadre commun de référence », outils incitatif à la disposition des parties, renferme les Principes Européens du Droit des Contrats, dont l'article 2.301 dispose également de la liberté précontractuelle, tout en précisant que *« toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie »*. L'harmonisation européenne du droit des contrats qui se profile devrait à terme tendre à imposer l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat à tous les pays de la communauté européenne. Dans cette veine, les tentatives de réformes du Code civil, qu'il s'agisse de l'avant-projet de réforme, dit projet Catala, ou du projet de réforme de la Chancellerie, ont tous deux tenté de codifier ce principe. Moderniser notre droit imposait d'intégrer ainsi certaines évolutions. Il faut cependant remarquer que, si cette exigence n'est pas expressément intégrée dans notre législation, notre droit positif va déjà en ce sens.

146. **Une exigence cantonnée par la lettre de notre Code civil à la sphère contractuelle.** Il est vrai que notre Code civil n'a pas expressément prévu cette exigence, à l'instar du Code civil italien par exemple[213]. Il s'en est pourtant fallu de peu. Dans le projet de Code civil de l'an VIII, l'article 1134 était rédigé comme suit *« les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi »*. Le texte initial précisait ainsi que la bonne foi ne s'imposait pas seulement lors de l'exécution du contrat, mais également lors de sa formation. Le Code civil n'a pas intégré cette formulation, et son alinéa 3 dispose finalement que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »* Le devoir de se comporter de bonne foi ne paraît légalement s'imposer que pour la phase d'exécution des contrats, et aucun texte à valeur générale n'exige un comportement de bonne foi qui pourrait de fait englober la phase précontractuelle, comme c'est le cas en droit suisse ou en droit néerlandais. On a pu alors se demander si, dans notre ordre juridique, l'obligation d'agir de bonne foi était une obligation

---

[213] L'article 1337 du Code civil Italien dispose en effet que *« les parties, dans les pourparlers et dans la conclusion du contrat, doivent se comporter conformément à la bonne foi »*, traduction de R. SACCO, Rapport Italien, La bonne foi : Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 135.

strictement contractuelle, dont les ressorts seraient cantonnés aux frontières du contrat. L'analyse historique des fondements de la notion de bonne foi nous pousse à écarter cette hypothèse[214].

147. **Une exigence poussée par l'esprit au-delà de la sphère contractuelle.** La bonne foi, dont on en décèle les origines à Rome dans le concept de *fides*, est à l'origine une notion religieuse, un devoir pieux de se comporter de manière « *loyale* », de ne pas nuire à son prochain. On constate qu'en droit romain déjà, quand la notion de *fides* appliquée à la science juridique est saisie par le juge, il l'utilise aussi bien pour la formation du contrat que pour sa conclusion[215]. La bonne foi est également une notion d'inspiration sociale, une norme de comportement de vie en société. Même si elle intervient dans le domaine du droit, la bonne foi n'est pas, à l'origine, une notion juridique. Ses fondements historiques ne justifient en rien son cantonnement à la seule sphère contractuelle.

148. Le Code civil a-t-il préféré une bonne foi strictement contractuelle ? On sait que les écrits de Domat, et dans son prolongement de Pothier, ont fortement influencé la rédaction du Code civil. Leur vision de la bonne foi peut nous donner quelques pistes. Chez Domat, la bonne foi est considérée comme la conséquence directe de la règle d'amour mutuel entre les hommes, qui peine à se détacher de son fondement religieux. Dans la continuation des travaux de Domat, Pothier semble lui aussi fonder l'exigence de bonne foi dans l'amour mutuel entre les hommes, et l'appliquer tant à la formation du contrat qu'à son exécution : *« Dans le for intérieur on doit regarder comme contraire à cette bonne foi tout ce qui s'écarte tant soit peu de la vérité la plus exacte et la plus scrupuleuse: la seule dissimulation sur ce qui concerne la clause qui fait l'objet du marché et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir est contraire à cette bonne foi; car puisqu'il nous est commandé d'aimer notre prochain autant que nous même il ne peut nous être permis de ne lui rien cacher de ce nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place »*[216]. On trouve déjà ici l'idée d'une prise en compte par chacun des intérêts de l'autre dès la négociation du contrat, et se révèle une des fonctions essentielles de la bonne foi lors de la phase précontractuelle, son rôle protecteur du consentement. Nous ne pensons pas que les rédacteurs du

---

[214] Sur l'histoire de la notion de bonne foi, voir notamment : J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2010, p. 721 à 745 - Y. PICOT, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse, Dijon, LGDJ, 1989. Voir également : R. LOIR, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit Français des contrats*, Mémoire de DEA sous la direction de C. JAMIN, Lille 2, 2002.

[215] J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier*, préf. P.VAN OMMESLAGUE, Bruylant, 2000.

[216] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1764, n° 29.

Code civil n'aient aucunement tenu compte de ces écrits, qui constituent de bons indicateurs de la réception doctrinale de la bonne foi à cette époque.

149. Il est peut-être plus intéressant encore de connaître la raison pour laquelle la lettre de l'article 1134 al. 2 a finalement perdu son obligation de *« contracter »* de bonne foi, afin d'en comprendre l'esprit. L'histoire nous révèle que c'est Portalis qui aurait demandé *« que l'on retranche dans le dernier alinéa le mot « contractées », que les dispositions antérieures rendent inutiles »*[217]. Il est clair ici que selon Portalis, il était inutile de préciser que les conventions doivent être conclues de bonne foi, puisque cette exigence existait déjà au regard d'autres dispositions du Code civil. Le faisceau d'indices semble alors concordant, tout porte à croire à l'absence de volonté au moment de la rédaction du Code civil de cantonner le devoir de bonne foi à la seule exécution du contrat.

150. **Une exigence consacrée par la jurisprudence.** La bonne foi allait alors connaître un destin dont les pages se sont finalement vues écrites en dehors du Code civil, et dont les juges ont tenu la plume. Le grand dessein de moralisation des relations contractuelles, puis précontractuelles, combiné à l'absence de fondement textuel sur ce point a poussé les juges à trouver en ce principe de bonne foi des ressources propres. À la frontière entre le droit et la morale, le concept de bonne foi, flou, malléable, que l'on peine à définir par peur d'en épuiser les vertus[218], apparaît comme un outil précieux d'adéquation du droit aux mutations et aspirations de la société. Fonctionnant de manière résiduelle, dans les interstices de la loi, ce concept a permis aux juges de passer outre le silence de notre code sur la période précontractuelle, et d'en imposer une déontologie, une « police ».

151. **Les manifestations ponctuelles de l'exigence de bonne foi dans la période précontractuelle.** Longtemps les seules manifestations de l'exigence de bonne foi dans la négociation sont restées attachées à l'effet de son manquement sur la conclusion du contrat. Le régime des vices du consentement était alors le seul mécanisme utilisé pour sanctionner le manque de loyauté dans la période précontractuelle, et la seule faute pouvant se rattacher à cette exigence était le fait d'avoir fourni de fausses informations à son partenaire dans le but de l'inciter à contracter, de l'avoir volontairement trompé ou d'avoir exploité son erreur. La sanction de ce manque de diligence est ainsi longtemps restée tournée vers le contrat, et le vice dont il était affecté.

---

[217] J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* : Confluences, coll. Voix de la Cité, 2004. (Discours prononcé le 21 janvier 1801)

[218] Le concept de bonne foi mériterait pourtant d'être clarifié. Sur ce point, voir J. MESTRE, *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé : Revue Lamy droit civil*, mars 2009, n°58, p. 7.

Comme le rappelle Monsieur Jourdain, *« le dol dans la formation du contrat est la manifestation privilégiée de la malhonnêteté précontractuelle »*[219]. L'annulation du contrat, fondée sur l'article 1108 du Code civil, et parfois sur une articulation entre l'article 1134 al. 2 et 1116 du Code civil constituait alors la seule sanction du comportement des parties lors de la phase de pourparlers. Il faut noter tout de même qu'à ce titre, la police des relations précontractuelles est bien plus ancienne que ce que beaucoup d'écrits auraient pu nous le laisser croire.

152. Toujours basée sur les vices du consentement, la notion de réticence dolosive a été admise, plus tardivement, par la jurisprudence. A alors été dégagée une obligation de renseignement à la charge des parties à l'occasion de la formation du contrat, trouvant sa source dans l'exigence de bonne foi, que l'on constate de plus en plus autonome, jusqu'à se détacher de toute référence à l'article 1134 du Code civil, nous y reviendrons.

153. **La généralisation de l'exigence de bonne foi dans la période précontractuelle.** Il semble que la bonne foi ait aujourd'hui gagné son autonomie[220], et ait trouvé en l'article 1382 du Code civil le support d'un fondement général de responsabilité précontractuelle. Son origine purement morale a cependant balisé son application : *« Le concept de bonne foi a une consonance trop morale et des contours trop vagues pour avoir des effets directs sur notre droit positif ; les nécessités de la technique juridique imposent de lui donner un contenu plus précis. Car ce n'est que par la médiation de concepts mieux définis que la bonne foi pourra produire son effet moralisateur. La notion sera d'autant plus féconde qu'elle se traduira en devoirs concrets susceptibles d'être mieux sanctionnés et mieux appréhendés par le droit. Par un affinement de l'analyse, doctrine et jurisprudence s'emploient ainsi à traduire les exigences de la bonne foi en une pluralité de devoirs ou obligations juridiques sanctionnables »*[221]. C'est ainsi qu'à partir de cette norme de comportement attendu, cette boussole entre les mains du juge, ont été déterminés un certain nombre de devoirs ayant pour objectif de sécuriser et de moraliser les relations précontractuelles. Ces devoirs ont pu être définis de manière négative, en observant les comportements caractéristiques d'une négociation de mauvaise foi.

---

[219] P. JOURDAIN, *Rapport Français, La bonne foi,* Travaux de l'association Henry Capitant, éd. Litec, 1992, p. 123.

[220] A. CATHIARD, *Quand la bonne foi trouve un second souffle : D.* 2005, p. 1462.

[221] P. JOURDAIN, *Rapport français, La bonne foi,* art. préc., p. 122.

L'identification de ces devoirs a permis de mettre en lumière la teneur de la « police de la négociation »[222], qui s'opère donc principalement à l'aune de la loyauté précontractuelle.

154. La jurisprudence va plus loin aujourd'hui en ne se référant pas toujours à un de ces devoirs manqués, mais en faisant référence seulement à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Innervant l'ensemble du champ contractuel, la bonne foi va alors permettre au juge d'appréhender de manière beaucoup plus large tout type de comportement ne correspondant pas à ses exigences durant la période précontractuelle indépendamment de ses conséquences sur le contrat. D'une simple exigence morale, les juges en ont fait un devoir général s'imposant aux négociateurs, ils lui ont fait « *pénétrer le monde juridique* », pour reprendre les termes de Ripert. *« La morale nous enseigne encore qu'il faut s'inquiéter des sentiments qui font agir les sujets de droit, protéger ceux qui sont de bonne foi, frapper ceux qui agissant par malice ou par dol, poursuivre la fraude et même la pensée frauduleuse. À un autre point de vue encore, la règle morale pénètre dans le monde juridique : c'est quand elle cherche à s'incarner dans une règle obligatoire de conduite et demande le secours du bras séculier. Le devoir de ne pas nuire injustement à autrui est-il le fondement du principe de la responsabilité civile ; le devoir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, la source de l'action d'enrichissement sans cause »*[223]. Les juges ont su trouver en l'article 1382 du Code civil ce « bras séculier », ayant permis au comportement loyal de s'incarner dans une règle obligatoire. Le devoir de se comporter loyalement lors de la préparation du contrat constitue alors l'un des principaux fondements du principe de la responsabilité précontractuelle. En faisant du manquement à la bonne foi une faute délictuelle, le concept de bonne foi précontractuelle est devenu juridique.

### II. LE RESPECT DE LA GENERALITE DE LA FAUTE DELICTUELLE

155. **L'hypothèse d'une définition spécifique de la faute précontractuelle.** Pour les raisons que nous venons d'évoquer, *« la mauvaise foi et la déloyauté sont l'archétype de la faute précontractuelle »*[224]. Cette « attraction » du critère de loyauté nous a amené à nous demander s'il était exclusif, et si la démonstration d'une faute précontractuelle ne pouvait se faire que dans le giron de l'exigence de bonne foi. Le principe de généralité de la faute délictuelle s'en trouve-il affecté ?

---

[222] L'expression *« Police de la négociation »* est utilisée notamment par J.-M. MOUSSERON *in* « *Technique contractuelle* » et « *L'avant-contrat* », publiés aux éditions Francis Lefebvre.

[223] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations juridiques*, 4ème éd., LGDJ, 1949, p. 6.

[224] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français : RIDC*, 1990, n°2, p. 551.

Cette exigence de bonne foi ayant été clairement écartée dans certains systèmes juridiques, Monsieur Mousseron en a déduit que *« les tentatives visant à enfermer la faute dans la dépendance d'un critère unique et à affecter le principe de la généralité de la faute paraissent ainsi échouer »*[225]. Circonscrire la faute précontractuelle à l'application d'un critère unique semble être une entreprise délicate, tant les fautes en cette période peuvent être multiples et variées. Il n'existe *a priori* pas de définition propre à la faute précontractuelle. *« Celle-ci doit être incluse dans la définition générale de la faute délictuelle »*[226]*, « les règles générales doivent ici trouver application, et, en particulier, le principe de généralité de la faute »*[227]. Il faut pourtant reconnaître, avec Monsieur Atias, que *« le précontractuel ne peut être confondu avec le contractuel ; pourtant, il n'est plus tout à fait délictuel* »[228]. Le droit reconnaît en effet la situation de fait créée par l'entrée en négociation. Il serait alors tentant d'affirmer que le principe de généralité de la faute délictuelle ne peut à ce titre que s'en trouver affecté. Nous ne pensons cependant pas qu'il soit remis en cause en matière précontractuelle. Son principe est préservé en ce qui concerne la définition de la faute, car quoiqu'il en soit, négocier de mauvaise foi constitue en soi un manquement général à une règle de conduite, une erreur de conduite qu'un homme normalement avisé ne commettrait pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances.

156. Le devoir de bonne foi implique un comportement loyal et honnête. La généralité de cette exigence permet d'appréhender la plupart des comportements devant être sanctionnés dans la période précontractuelle. Si la généralité de la faute précontractuelle est préservée, il faut bien constater que la jurisprudence se réfère constamment à la notion de loyauté et de bonne foi pour qualifier la faute précontractuelle, de manière plus ou moins explicite. D'ailleurs, même lorsqu'elle sanctionne la seule « légèreté blâmable »[229], c'est au fond la sanction d'un manque de diligence envers son partenaire que rend indispensable toute négociation loyale qui est sanctionnée.

---

[225] P. MOUSSERON, *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle : RTD com*. 1998, p. 260.

[226] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français* : art. préc., p. 550.

[227] J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle* : art. préc., p. 52.

[228] C. ATIAS, note sous Cass. com., 18 oct. 1994 : *D*. 1995, p. 180.

[229] L'arrêt « *Casa c/ Hubo* » de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 12 octobre 1993 est parlant sur ce point : « *De ces appréciations et constatations la Cour d'appel a pu déduire, sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, que la société Hubo avait agi avec une légèreté constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences* » Arrêt cité par J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, n°59, p. 58.

157. **L'hypothèse d'une gradation spécifique de la faute précontractuelle.** On peut se demander si l'appréciation de cette faute précontractuelle se fait selon des critères spécifiques, ou si elle est soumise en son entier aux règles communes de la responsabilité civile. Il a été parfois avancé que la caractérisation de cette faute délictuelle serait cantonnée à la démonstration d'une gravité particulière, dans un souci de ne pas trop entacher la liberté précontractuelle[230]. Selon Monsieur Jourdain, la faute précontractuelle consisterait *« en la violation d'une obligation de bonne foi au stade de la formation du contrat, elle s'analyse en une mauvaise foi précontractuelle. Sa singularité par rapport à la faute ordinaire tient à ce qu'elle est un manquement délibéré au devoir qui lui impose de se comporter avec honnêteté et loyauté à l'égard de ses partenaires à une négociation, une action volontaire, mais non intentionnelle, au mépris d'autrui »*[231].

158. **Le rejet d'une gradation spécifique de la faute précontractuelle.** Les juges l'ont exprimé à plusieurs reprises, la caractérisation d'une faute précontractuelle n'est pas conditionnée par la démonstration d'un comportement d'une particulière gravité, conformément au principe « d'unité » de la faute délictuelle. Le 3 octobre 1972, la Cour de cassation a par exemple cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Bastia qui avait subordonné l'engagement de la responsabilité « précontractuelle » à la démonstration de l'intention de nuire d'un des partenaires à la négociation, rappelant le principe selon lequel *« la responsabilité délictuelle prévue aux articles susvisés (1382 et 1383 du Code Civil) peut être retenue en l'absence d'intention de nuire »*[232]. Elle fait référence ici aux règles classiques de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Nous l'avons vu, la jurisprudence condamne également, sur le terrain délictuel, la « seule légèreté blâmable »[233] dans la conduite des négociations. En matière précontractuelle, l'on assimile, de manière très classique, faute intentionnelle et faute non intentionnelle. Point de gravité particulière exigée ici en matière précontractuelle, point de spécificité, même si certains arrêts ont pu semer le doute. La caractérisation d'une faute précontractuelle n'est donc pas *a priori* subordonnée à la démonstration d'une gravité particulière de la faute, critère qui doit alors être rejeté. L'on tend ainsi à une appréciation relativement objective du comportement du négociateur fautif.

---

[230] Sur ce point, voir J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 56 et s.

[231] P. JOURDAIN, *Rapport français*, *La bonne foi*, art. préc., p. 127.

[232] Cass. 3ème civ., 3 oct.1972 : *Bull. civ*. III, n°491, p. 359.

[233] Cass. com., 22 févr. 1994 : *Bull. civ*. IV, n°79.

159. **La généralité de la faute délictuelle préservée.** La généralité de la faute précontractuelle est donc préservée dans son principe, ce qui paraît opportun car cela permet de ne pas enfermer la sanction moralisatrice des relations précontractuelles dans un critère unique qui pourrait réduire la marge de manœuvre des juges dans l'appréciation de cette faute.

160. **La responsabilité précontractuelle, responsabilité de droit commun.** Pour être mise en œuvre, la responsabilité précontractuelle suppose, outre la démonstration d'une faute, que celle-ci ait directement causé un dommage. Nous avons abordé ici les critères de l'impulsion de cette responsabilité, nous aborderons son régime de manière détaillée pour chaque hypothèse de responsabilité précontractuelle. Nous pouvons cependant dès à présent affirmer que la responsabilité précontractuelle emprunte les mécanismes classiques de la responsabilité délictuelle. Il s'agit d'une responsabilité délictuelle de droit commun, répondant aux principes de généralité et d'unité de la faute[234]. Les spécificités de la responsabilité précontractuelle pourront cependant se matérialiser dans les modalités de réparation des conséquences de la faute précontractuelle, car à la période précontractuelle correspondent des problématiques propres.

### Paragraphe 2. L'application des outils du contrôle à la négociation du contrat d'auteur

161. En tant que responsabilité de droit commun, le mécanisme de la responsabilité précontractuelle s'appliquera dans son ensemble à la négociation du contrat d'auteur (***I***). Applicables, les outils du contrôle de la période précontractuelle se révèlent adaptables aux particularités de la relation existant entre auteurs et exploitants (***II***).

#### I. APPLICABILITE DU CONTROLE A LA NEGOCIATION DU CONTRAT D'AUTEUR

162. Comme nous venons de le voir, la responsabilité précontractuelle emprunte les mécanismes classiques de la responsabilité délictuelle. À ce titre, c'est un régime de droit commun. On peut donc en conclure que, même si la faute naît à l'occasion de la préparation d'un contrat, il n'y a *a priori* pas lieu de distinguer selon la qualité des parties et la nature du contrat en préparation pour savoir si ce régime est applicable, sauf à ce que des dispositions particulières y dérogent. Le droit d'auteur est déjà né lorsque l'on négocie l'exploitation d'une œuvre déjà créée, mais il ne saisit pas la période de leur négociation. Ce n'est que par le prisme de l'engagement contractuel que les règles du droit des contrats d'auteur s'inviteront à la table des négociations du contrat d'auteur. Si aucune disposition

---

[234] Sur les principes d'unité et de généralité de la faute délictuelle, voir entre autres : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les*

législative spéciale n'y est consacrée, aucun usage du milieu ne prévoit non plus de règles qui permettraient de déroger à ce régime. Auteurs et exploitants négocieront la cession des droits d'auteur sous les mêmes auspices que n'importe quel contrat. Les outils du contrôle de la période précontractuelle en droit commun seront donc applicables au contrôle de la période précontractuelle précédant le contrat d'auteur.

163. On peut alors se demander si ce régime de droit commun est apte à prendre en compte les problématiques liées à la relation asymétrique entre auteurs et exploitants, et à y répondre efficacement, en ce qui concerne le contenu des négociations mais aussi leur déroulement. Nous ne pourrons répondre pleinement à cette question qu'après avoir étudié l'application par la jurisprudence des devoirs qu'elle impose lors de la négociation du contrat d'auteur. Toujours est-il que se profile tout de même, compte tenu de la marge de manœuvre qui leur est laissée pour apprécier la faute précontractuelle, la possibilité de prendre en compte les particularités de leurs relations. Ne reniant pas le principe de généralité de la faute délictuelle, la qualité des parties et la relation de confiance que l'on est en mesure d'attendre dans ce type de relation peut affecter, non pas la définition, mais l'appréciation de la faute, ce qui devrait permettre en théorie une plus grande adaptabilité du régime de droit commun de responsabilité précontractuelle aux spécificités de la préparation du contrat d'auteur à travers la plasticité de ses outils.

### II. ADAPTABILITE DES OUTILS DU CONTROLE A LA NEGOCIATION DU CONTRAT D'AUTEUR

164. La plasticité[235] du concept de bonne foi se révèle être dans bien des cas une vertu. Il permet d'insuffler dans la période précontractuelle un certain nombre de devoirs et d'exigences, et pourra être apprécié de manière particulière en fonction de la réalité de la relation s'étant nouée entre les parties, et en fonction de leurs qualités, ce qui devrait permettre au juge de prendre en compte le déséquilibre existant entre l'auteur et son futur exploitation dans la période de négociation du contrat.

---

*conditions de la responsabilité*, Traité de droit civil, 3ème éd., LGDJ, 2006.

[235] Nous pouvons lire par exemple sous la plume de Monsieur Bénabent que « *par nature, ce devoir de bonne foi est à contenu plastique, adapté à chaque cas, ce qui se traduit par une grande variété terminologique : on parle aussi bien de bonne foi que d'obligation de loyauté, de coopération, ou plus vaguement d'une obligation de prudence* ». A. BENABENT, Droit civil, *Les obligations, op. cit*., n°285, p. 221.

165. **La prise en compte de la confiance née lors des pourparlers**. Le concept de confiance n'a pas été intégré à notre Code civil[236]. Pourtant, à travers l'exigence de bonne foi et de loyauté précontractuelle, la confiance légitime des négociateurs va pouvoir être protégée[237]. La bonne foi est ici au service de la sécurité, et son mécanisme est irrigué par la notion de confiance[238]. Nous l'avons déjà remarqué, la recherche de la faute précontractuelle renvoie parfois à une appréciation objective de la situation précontractuelle au regard du comportement du négociateur fautif[239], qui ne serait pas celui que l'on attend d'un homme normalement avisé négociant son contrat en toute bonne foi. Lorsque l'on sanctionne par exemple la rupture brutale des pourparlers, l'on tend à se détacher de la psychologie des négociants pour renvoyer à une appréciation objective, celle de l'avancement des pourparlers et du *« timing »* des négociations, sans se demander si le caractère brutal de la rupture était intentionnel ou non. Une analyse subjective de la faute précontractuelle n'est cependant pas exclue, même dans cette hypothèse, car si la rupture est vécue comme brutale, c'est aussi parce que la partie déçue, à ce moment des négociations, pouvait légitimement croire en la conclusion du

---

[236] Sur l'absence d'intégration du concept de confiance dans notre Code civil, voir notamment : L. AYNES, *La confiance en droit privé des contrats, in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires,* 2008, p.153. ; F. N'DIAYE et V. EDEL, *Faut-il introduire un principe de confiance dans le Libre III du titre III du Code civil ? in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires,* 2008, p.133 et 140. Les principes Unidroit ont quant à eux codifié l'exigence de ne pas se contredire au détriment d'autrui lorsque l'on a suscité un sentiment de confiance. L'article 1.8 prévoit que *« une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage »*.

[237] Il convient de noter ici que la protection de la confiance née du comportement du négociateur est le fondement principal de la responsabilité précontractuelle en droit américain, à travers la théorie du *Promissory Estoppel*. Il s'agit d'un principe *« de justice et d'équité. Quand un homme, par ses mots ou ses comportements, a conduit l'autre à croire en un état particulier des affaires, il ne peut plus y revenir quand il sera injuste ou inéquitable à lui de le faire »* : Lord Denning, *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*, 1947, cité par R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux : Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, thèse préc., n°104, p. 69. Afin de mettre en œuvre cette action, il faudra pouvoir prouver l'existence d'une promesse claire et non équivoque, d'une confiance raisonnable au maintien de la promesse, et enfin un préjudice causé par cette confiance trompée. Ainsi, ce n'est pas le comportement d'un des partenaires qui est considéré comme fautif, le droit américain n'ayant pas reconnu un devoir général de bonne foi dans la période précontractuelle, mais la confiance trompée injustement dont les conséquences sont réparées.

[238] L. AYNES, *La confiance en droit privé des contrats*, art. préc., p.157.

[239] Cette « objectivation » de la faute précontractuelle est constatée notamment par Pierre Mousseron. Selon lui, « *souhaité par le doyen Carbonnier, ce glissement progressif paraît confirmer l'analyse de plus en plus objective de la faute précontractuelle autorisée et presque suggérée par les termes de l'article 1383 du Code civil* », P. MOUSSERON, *Négociations précontractuelles et responsabilité délictuelle*, art. préc., p. 261. Carbonnier avait en effet appelé à une analyse objective de la faute précontractuelle :« *A cette thèse restrictive -imposant la démonstration d'une intention de nuire- cependant, il est permis d'opposer que l'art. 1383, droit commun de la responsabilité, assimile absolument le quasi-délit au délit. Et socialement, il ne serait pas mauvais que fût sanctionnée la légèreté trop fréquente des bureaucraties qui même sans intention de nuire, s'entendent si bien à endormir les postulats par des promesses en l'air* », obs. J. CARBONNIER sous Cass. Soc. 24 mars 1958 : *JCP G*. 1958, II, 10868.

contrat. C'est alors la réception du comportement du négociateur fautif par son partenaire qui est scruté, plus que le comportement lui-même.

166. Les relations nouées entre les partenaires à la négociation ont nécessairement en pratique une incidence directe sur l'appréciation de la faute précontractuelle. Cette approche subjective prend une coloration particulière dans la période précontractuelle, à travers l'émergence de ce critère de la « confiance légitime trompée », auxquels Mesdames Muir-watt[240] et Schmidt[241] ont consacré d'importants développements. Manquer au devoir de loyauté précontractuelle, c'est décevoir la confiance que l'on a légitimement fait naître chez notre partenaire. Selon Madame Schmidt, *« l'obligation générale de bonne foi dans la formation des contrats prend, lors des pourparlers, un aspect spécifique ; elle n'impose point de ne pas rompre les pourparlers mais commande de ne pas y mettre fin lorsque l'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion de l'accord. La recherche d'une faute consistant à tromper la confiance créée devra tenir compte de celle effectivement instaurée dans chaque cas entre les parties ».*

167. C'est à travers cette exigence de ne pas tromper la confiance de son partenaire que la bonne foi précontractuelle va pouvoir prendre une consonance particulière dans la négociation du contrat d'auteur. Cette approche, plus psychologique, « relationnelle », peut amener les juges à sanctionner de manière plus sévère, ou tout au moins à qualifier plus facilement une faute précontractuelle lorsque l'on a fait naître chez son partenaire une confiance légitime, et que l'on a trompé cette confiance. Tromper la confiance accordée constitue en soi une faute précontractuelle, mais c'est aussi un élément « aggravant » la démonstration d'une quelconque autre faute précontractuelle.

168. **La confiance présidant les contrats d'auteur**. Il convient de remarquer que selon la nature de la relation contractuelle envisagée, la notion de confiance peut avoir plus ou moins d'importance, et prendre une place de choix dans certains types de contrats, notamment les contrats conclus *intuitus personae*[242]. C'est le cas en droit d'auteur, la notion de confiance est privilégiée dans ce rapport où certains contrats sont même qualifiés de « contrats d'intérêt commun »[243]. Monsieur Caron l'observe

---

[240] H. MUIR-WATT, *Les pourparlers, de la confiance trompée à la relation de confiance : in* Les concepts contractuels Français à l'heure des Principes du droit européen des contrats : Dalloz, coll. *Thème et commentaire*, 2003, p. 53.

[241] J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle* : art. préc., p. 53.

[242] G. LOISEAU, *Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae : in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, 2008, p. 97 et s.

[243] C'est le cas notamment du contrat d'édition

en analysant la protection de l'auteur par le juge. Il montre que celui-ci a *« au-delà des textes, développé une exigence de collaboration entre les parties, parce que les contrats d'auteur sont conclus dans l'intérêt commun, ce qui impose parfois une lecture altruiste du contrat qui s'éloigne des stipulations littérales »*[244]. Cette qualification se traduira en pratique par une attente particulièrement importante vis-à-vis de l'exploitant de l'œuvre. Le devoir de coopération de celui-ci est ainsi aggravé, la confiance que l'auteur peut avoir vis-à-vis de ce spécialiste du milieu du droit d'auteur ne doit pas être trompée. Cette exigence particulièrement marquée doit s'étendre naturellement à la période de négociation du contrat, ce qui peut conduire le juge à apprécier de manière plus rigoureuse tout manquement de l'exploitant à ses devoirs précontractuels, lorsqu'il apparaît que l'auteur a subi un dommage résultant de la confiance que son partenaire avait suscitée chez lui. Ce devoir est réciproque, l'auteur doit lui aussi ne pas décevoir la confiance qui lui a été accordée, cependant que les juges devraient être moins sévères dans la démonstration d'une faute à leur endroit.

169. **La prise en compte de la qualité des parties.** Si la nature même de la relation entre auteurs et exploitants peut ainsi influer sur l'appréciation de la faute précontractuelle, la nature de l'asymétrie de leur relation peut également permettre au juge de prendre en compte certaines spécificités. En effet, certains contrats d'auteurs sont des contrats mixtes, dans lesquels l'exploitant fait figure de professionnel et l'auteur se voit reconnaître la protection accordée au profane. En tant que professionnel, l'exploitant est tenu de devoirs nécessairement plus étendus que le non professionnel. Quant à la notion de « confiance légitime trompée », elle n'est pas appréciée de la même manière selon que celui qui a été trompé est un profane ou un professionnel. Madame Schmidt montre ainsi que la confiance que le profane accorde au professionnel est nécessairement plus grande que l'inverse n'est vrai *« lorsque la négociation porte sur un contrat relevant de l'activité professionnelle de l'un des participants, la confiance créée en la personne du partenaire est sans doute plus grande qu'à l'ordinaire »*[245], ce qui devrait conduire à se montrer plus exigent quant à sa conduite lors des négociations *« aussi semble-t-il légitime de se montrer plus sévère à son égard et d'admettre plus facilement le caractère fautif de la rupture des pourparlers de son chef »*[246]. Lorsqu'au contraire le professionnel est victime de la rupture des pourparlers, la faute du profane

---

[244] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°410, p. 339.

[245] J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle* : art. préc., p. 54.

[246] *Ibid.*

doit être qualifiée moins facilement, car *« un professionnel ne peut espérer voir aboutir tous les pourparlers engagés avec ses clients ; leur conduite fait partie de son activité économique. La confiance créée chez le professionnel par les pourparlers est, donc, habituellement plus limitée »*[247].

170. Le régime de la sanction de cette faute précontractuelle peut pareillement nuancer l'application stricte des principes généraux de la responsabilité précontractuelle. En effet, lorsque le professionnel sera victime de l'inconstance, de la légèreté ou de la mauvaise foi du profane, *« la présence d'un dommage sera souvent difficile à admettre, la conduite des pourparlers faisant partie de l'activité professionnelle et constituant en quelque sorte un « risque d'entreprise » »*[248].

171. Cette souplesse peut donc en théorie permettre aux juges d'appréhender de manière particulière la moralisation des pourparlers en droit d'auteur par une appréhension nuancée de la faute précontractuelle, ainsi qu'une application circonstanciée de son régime. La situation particulière entre auteurs et exploitants peut donc être prise en compte de plusieurs manières selon la nature du contrat en préparation. L'asymétrie peut ainsi être appréhendée par un critère spécifique, celui de la relation de confiance qui doit présider les contrats d'auteurs, et de manière plus classique par la prise en compte de la distinction entre professionnels et profanes, qui lui aussi renvoie à la notion de confiance. Les juges, même en l'absence de disposition particulière au droit d'auteur, peuvent donc trouver ici les ressources nécessaires pour adapter quelque peu la police de la période précontractuelle aux spécificités de la préparation du contrat d'auteur.

---

[247] *Ibidem*, p. 54.

[248] *Ibidem*, p. 54.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

172. La négociation du contrat d'auteur est donc soumise à l'exigence de bonne foi précontractuelle, qui constitue un principe directeur de la progression vers le contrat. Nous l'avons montré, la France a fait le choix d'une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle. La qualification de la faute précontractuelle se fera donc à l'aune d'une erreur de conduite qu'une personne avisée placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas commise. Cette erreur de conduite tient essentiellement, dans la période précontractuelle, à un comportement déloyal, ayant pour conséquence de décevoir la confiance qui a été suscitée chez l'autre. *« Gagner la confiance est le premier gain d'une négociation et la condition de tous les autres »*[249]. Cette confiance, lorsqu'elle n'est pas accordée à la légère, lorsqu'elle est légitime, se doit donc d'être préservée. Il faut garder à l'esprit que la négociation est avant tout affaire de relation humaine, et la relation qui se noue aura nécessairement une influence sur la qualification du caractère fautif de la faute précontractuelle. Les relations entre auteurs et exploitants sont variées, complexes parfois. L'auteur, présumé en position de faiblesse, est parfois au contraire la partie ayant le plus fort pouvoir de négociation. Parfois professionnel traitant avec un autre professionnel, parfois non professionnel traitant avec un professionnel, parfois non professionnel traitant avec un non professionnel, la nature de l'asymétrie entre l'auteur et son cocontractant varie selon le contrat envisagé. La nature de leur relation aussi. Parfois affaire d'hommes, la relation entre l'auteur et son exploitant est envisagée comme celle d'un « couple ». Naît alors une véritable relation de confiance. Cette affirmation ne vaut pas pour tous les contrats d'auteur. Chaque contrat préparé est différent, et les différentes situations précontractuelles appellent certainement un traitement particulier. Dans la plupart des cas, la présomption de faiblesse de l'auteur dans ses relations contractuelles s'avère cependant justifiée. Le droit commun semble apte à prendre en compte cette asymétrie et cette diversité, à travers la plasticité du concept de bonne foi et l'adaptabilité de ses outils à la réalité de la relation précontractuelle.

---

[249] M. BOURRY D'ANTIN, S. Le DAMANY, V. ASSELINEAU, et S. BENSIMON, *Art et techniques de la*

# CONCLUSION DU TITRE I

173. « *Il n'y a pas une seule culture où il soit permis de tout faire. Et on sait bien depuis longtemps que l'homme ne commence pas avec la liberté mais avec la limite et la ligne de l'infranchissable* »[250]. Au terme de ce premier titre, voilà donc posés deux principes irriguant, régulant la négociation des droits d'auteur. Celui de la liberté précontractuelle demeurant forte en l'absence de formalisme précontractuel imposé par le droit des contrats d'auteur, et sa limite résidant dans l'exigence de loyauté qu'implique une négociation du contrat de bonne foi, qui constitue la ligne qu'il ne faut franchir[251]. La négociation marque le rapprochement d'intérêts antagonistes et la flexion des volontés vers la recherche d'un accord. « *Si tout accord témoigne d'une volonté commune, les partenaires y sont venus pour des raisons différentes et en retirent des avantages distincts. L'accord n'est bien souvent que l'intersection heureuse de deux lignes de raisonnement séparées* »[252]. La négociation est un jeu[253], dans lequel tous les joueurs ne partent pas avec les mêmes cartes. Son issue est abandonnée à l'habileté des joueurs et à leur seule volonté. La liberté précontractuelle demeure tant que la ligne de la déloyauté n'a pas été franchie. Le droit intervient ici afin d'éviter la tricherie et les comportements contraires aux règles élémentaires du fair-play. Le jeu de la négociation a ses propres règles. Le devoir de négocier de bonne foi en est le fondement, la matrice. À travers cette exigence, le droit intervient dans la période de l'avant-contrat pour réguler les comportements des joueurs. C'est à cette déontologie, cette police des négociations[254] que sera

---

*négociation*, 2ème éd., Litec, coll. *Pratique professionnelle*, 2003, p. 13.

[250] M. FOUCAULT, *Histoire de la folie*, appendice, éditions Gallimard, 1972.

[251] La liberté précontractuelle n'est donc limitée en droit des contrats d'auteur que par un principe général de bonne foi, sans faire l'objet d'un formalisme préventif. Dans leur ouvrage consacré à l'avant-contrat, J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy mettent en exergue ces deux types de limites à la liberté précontractuelle, placée *« sous la discipline de deux familles de contraintes différentes tenant à deux types d'intervention juridique différentes »*. La première est *« la soumission par principe et de façon générale de la négociation à des règles constitutives d'une véritable déontologie de la négociation »*. *« On observe ensuite, mais plus exceptionnellement et de façon spéciale et particulière, la soumission des pourparlers à un formalisme de la négociation »*, nous avons montré que ce n'était pas le cas du droit des contrats d'auteur. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, p. 41.

[252] M. BOURRY D'ANTIN, S. Le DAMANY, V. ASSELINEAU, et S. BENSIMON, *Art et techniques de la négociation, op. cit.*, p. 27.

[253] *Ibid*. p. 23 : *« Les parties acceptent de négocier bien que les jeux ne soient pas faits et parce qu'ils ne le sont pas encore : il y a de la marge, un espace de discussion. En somme, chacun a l'intuition qu'il y a du jeu comme il peut y en avoir entre les rouages d'un mécanisme qui n'est pas bloqué, grippé »*.

[254] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, p. 43 et s.

notamment soumise la période précédant la conclusion du contrat d'auteur. Dans cette période, le comportement des parties, qu'il se matérialise dans un comportement actif ou dans une abstention, pourra constituer une faute précontractuelle, faute délictuelle susceptible de constituer le fondement d'une action en responsabilité. En l'absence d'encadrement préalable par la loi, c'est *a posteriori* que le droit va saisir la période précédant le contrat d'auteur. La loyauté précontractuelle constitue à ce titre un principe directeur de la négociation, révélant les devoirs auxquels doivent se conformer les négociateurs. C'est donc dans le droit commun qu'il va falloir trouver les ressources propres à imposer un certain nombre de devoirs dans la période de l'avant-contrat.

# Titre 2. LES DEVOIRS REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR

174. La période de négociation du contrat d'auteur semble demeurer une période informelle. Pourtant, négocier le contrat de bonne foi implique de respecter certains devoirs tout au long de la période précontractuelle. Le concept de bonne foi étant souple et évolutif, la pluralité des fautes précontractuelles ne permet pas d'enfermer celles-ci dans les carcans d'une liste exhaustive. Certains devoirs sont cependant inhérents à toute négociation. Nous pouvons les classer en deux grandes catégories. La première concerne les devoirs tenant aux informations délivrées lors des négociations (***Chapitre 1***). Parfois imposées par un devoir d'informer, parfois protégées par un devoir de discrétion, les informations et révélations transmises dans la période précontractuelle méritent une attention particulière. La deuxième catégorie de devoirs concerne la cohérence et la mesure dont les négociateurs doivent faire preuve, devoirs s'imposant tant dans la conclusion du contrat que dans son abandon (***Chapitre 2***). Ces devoirs s'intensifient au fur et à mesure que les parties avancent vers le contrat : *« Les partenaires gagnent par paliers successifs des seuils croissants de responsabilité »*[255].

---

[255] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, n°90, p.79.

## Chapitre 1. LES DEVOIRS TENANT AUX INFORMATIONS DELIVREES LORS DES NEGOCIATIONS

175. L'information tient une place cruciale dans la période précontractuelle. Elle peut concerner l'œuvre, l'objet du contrat, son environnement juridique, économique, les suites espérées de celui-ci, les intentions des futurs cocontractants, leurs qualités propres, les acteurs du projet artistique, *etc*. Les informations échangées dans la période précédant la conclusion du contrat d'auteur sont appréhendées par le droit commun de deux manières dans la période précontractuelle. Touchant au consentement, le devoir de loyauté implique parfois un comportement positif des négociateurs, qui vont devoir la délivrer (***Section 1***). Parfois au cœur de l'objet du contrat, les révélations faites lors des négociations devront être protégées, ce qui impliquera un comportement négatif des négociateurs, un devoir de ne pas les divulguer (***Section 2***).

### *Section 1. Le devoir de délivrer des informations précontractuelles*

176. Un consentement éclairé suppose de détenir les informations indispensables à une vision clairvoyante du contrat, de son objet, de ses suites et de ses conséquences. L'auteur, pour pouvoir consentir pleinement au contrat d'auteur, doit maîtriser des paramètres qui souvent lui échappent. Les règles du droit qui est le sien comportent déjà en elles-mêmes leur part de mystère. Complexes, l'auteur doit pourtant en maîtriser les incidences afin de prendre pleinement conscience de ce à quoi il s'engage. Comprendre l'environnement dans lequel s'inscrit le contrat projeté, et donc par là même apprécier l'utilité qu'il peut retirer du contrat est tout aussi important. Cela implique de pouvoir obtenir de son partenaire à la négociation des informations qui lui sont souvent difficiles d'accès. L'exploitant devrait lui aussi pouvoir obtenir de l'auteur certaines informations relatives à son œuvre, à ses projets, et parfois même aux règles du droit d'auteur lorsqu'il s'agit d'un profane. Affirmer le besoin d'une transmission saine de l'information précontractuelle ne suffit cependant pas à en justifier l'obligation. Nous avons vu qu'*a priori*, le Code de la propriété intellectuelle ne prévoyait pas d'obligation d'information spécifique à la charge de l'auteur ou de son exploitant. Si l'obligation d'information semble *a priori* ignorée par le droit des contrats d'auteur, (***Paragraphe 1***) la jurisprudence a su découvrir dans de nombreux contrats une obligation d'information précontractuelle, dont les critères sont théoriquement transposables aux relations qu'entretiennent auteurs et exploitants. Le devoir de bonne foi permettra même, parfois, de sanctionner le silence gardé indépendamment de toute obligation d'information préexistante (***Paragraphe 2***).

## Paragraphe 1. L'obligation d'information précontractuelle ignorée par le droit des contrats d'auteur

177. En considération du déséquilibre existant dans certaines relations contractuelles, le législateur a développé dans de nombreux domaines une obligation légale d'information précontractuelle (***I***). Une telle prévision n'apparaît pas dans les règles spéciales du droit des contrats d'auteur, le législateur s'étant contenté, en guise de protection du consentement de l'auteur, d'un formalisme informatif (***II***).

### I. LE DEVELOPPEMENT D'OBLIGATIONS SPECIALES D'INFORMATION

178. Le siècle dernier a vu s'inverser le paradigme relatif à l'information précontractuelle. Si au moment de la proclamation du Code civil chacun devait se renseigner pour lui-même, le besoin de délivrance d'informations supplémentaires s'est rapidement fait ressentir (***A***), poussant le législateur, au regard de l'asymétrie de connaissances existant dans certains types de relations contractuelles, à adopter des dispositions spécifiques visant à imposer une relative transparence précontractuelle (***B***).

#### A. La reconnaissance du besoin d'information

179. **L'égalité présumée par le Code civil**. « *Emptor debet esse curiosus* »[256]. Longtemps on a considéré que chaque contractant se devait d'être curieux. En effet, le droit des contrats issu du Code de 1804 a privilégié une approche de l'opération contractuelle dans laquelle chacun avait le devoir de se renseigner, afin de veiller à ses propres intérêts. Le Code civil met ainsi tous les contractants, quels qu'ils soient, sur un pied d'égalité « juridique » face à la conclusion du contrat. Le discours préliminaire de Portalis reflète cet esprit : *« Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition »*[257]. En effet, le Code civil n'a pas pour vocation de prendre en compte la situation particulière des parties ni même la nature de leurs relations. Dès sa

---

[256] Adage latin selon lequel l'acheteur se doit d'être curieux.

[257] J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* : Éditions Confluences, coll. Voix de la Cité, 2004, p. 61. (Discours prononcé le 21 janvier 1801)

conception, la perspective d'une codification des règles propres aux relations de commerce, qui a finalement donné lieu au Code napoléonien de 1807, renforce cette exclusion.

180. **Une égalité illusoire justifiant une obligation d'information.** Pourtant, tous les cocontractants ne sont pas égaux devant l'information et, au-delà du contrat de vente, cette asymétrie peut parfois aboutir à l'expression d'une volonté biaisée. Tel est le constat qui s'est rapidement imposé, au vu de la complexification des contrats, de la complexification des règles juridiques le régissant et de la complexification des objets sur lesquels ils peuvent porter[258]. S'est alors développée l'idée qu'une bonne information précontractuelle pouvait compenser ce déséquilibre, et ainsi prévenir de nombreux conflits ultérieurs. Critiquant la méthode choisie par le législateur, de nombreux auteurs mettent alors en avant le fait que *« plutôt que de débusquer* a posteriori *les vices du consentement, il serait préférable de développer en amont une véritable politique d'information des contractants »*[259]. Imposer pour certains contrats une obligation d'information précontractuelle est alors apparu opportun.

181. **Une reconnaissance légale et prétorienne**. Juge et législateur ont œuvré ensemble dans le sens d'une densification et d'une multiplication des obligations d'information précontractuelles. Si, comme nous le verrons, la jurisprudence a su dégager une obligation d'information pouvant s'imposer dans tous les contrats pour lesquels la communication de ces informations s'avère nécessaire et pertinente[260], le législateur moderne lui a, ces dernières années, imposé des obligations spéciales d'information, obligations spécifiques à certains types de contrats, et à l'intention de certaines catégories de contractants. En 1945, Juglart parlait déjà d'une *« tendance législative et jurisprudentielle à accroître le domaine d'application de l'obligation de renseignement »*[261]. Cet instrument de moralisation des relations précontractuelles a depuis gagné du terrain, *« l'histoire de*

---

[258] Voir sur ce point J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats* : *Dalloz*, 1982, chron. p. 1 et s.

[259] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n° 256, p .265. Dans leur ouvrage, ces auteurs montrent ce phénomène de complexification des contrats et le danger que cela peut représenter pour la partie qui ne détient pas les bonnes informations : *« Le passage d'une société rurale, mesurée et lente, à une société ayant pour moteur la sollicitation pressante des consommateurs a profondément transformé le contexte dans lequel évolue le droit des contrats. Face à une pratique contractuelle de masse marquée par l'essor d'une publicité tapageuse et omniprésente, l'apparition de méthodes de vente dites agressives, le développement d'un crédit qui dilue la perception du caractère onéreux des opérations, la réponse apportée par la théorie des vices du consentement apparaît peu adaptée ».*

[260] *Voir infra*, n°298 et s.

[261] M. DE JUGLART, *L'obligation de renseignement dans les contrats : RTD civ*. 1945, p. 2.

*l'obligation d'information dans les contrats est celle d'une expansion constante ».*[262] L'obligation d'information a ainsi aujourd'hui *« le vent en poupe »*[263].

### B. L'intervention du législateur

182. Afin de pallier les conséquences du déséquilibre informatif pouvant exister entre certains partenaires à la négociation, le législateur a, depuis quelques années, adopté un grand nombre de dispositions spécifiques à certains contrats concernant les informations devant être échangées avant leur conclusion. Il est intervenu dans plusieurs droits spéciaux afin d'imposer une obligation d'information à la charge de la partie supposée détenir des indications importantes concernant le contrat, son objet, ses conséquences, ou encore les risques qu'il peut engendrer. A ainsi été donnée une assise législative à l'obligation d'information précontractuelle, spécifique à certaines relations contractuelles. Sans codifier une obligation générale d'information qui s'imposerait à chaque partie dans la période précontractuelle[264], ses interventions, ponctuelles, se sont multipliées dans des domaines où le déséquilibre de connaissances et le déséquilibre économique étaient prégnants. Ces interventions sont nombreuses, que l'on songe au contrat médical, au contrat d'assurance, de crédit, *etc.* Nous en étudierons deux à titre d'exemples, le contrat de consommation[265] et le droit des

---

[262] X. THUNIS, *L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, in* Mélanges offerts à R. Cabrillac, Litec, 1999, p. 313 et s.

[263] Y. LOUSSOUARN, *Rapport de synthèse, La bonne foi* : Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 16.

[264] Les doctrines collectives législatrices se sont sur ce point montrées plus généreuses. Le projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dit « Avant-projet Catala », consacre cette obligation générale d'information. L'article 1110 de ce projet se présente ainsi : *« Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait du connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat ».* Le projet de la Chancellerie consacre aussi ces avancées jurisprudentielles. Son article 50 prévoit que : *« Celui des contractants qui connait ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Le contractant qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation d'information doit prouver que l'autre partie connaissait ou était en situation de connaître cette information, sauf pour celle-ci à prouver qu'elle les ignorait elle-même ou qu'elle a satisfait à son obligation. Tout manquement à cette obligation d'information engage la responsabilité délictuelle de celui qui en était tenu, sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité du contrat ».*

[265] Selon Y. PICOD et H. DAVO, il s'agit des contrats qui « *se singularisent par la présence d'un professionnel en position de supériorité par rapport au consommateur, en raison de connaissances techniques et de capacités financières*

contrats spéciaux d'affaires, exemples révélateurs de l'influence d'une bonne information précontractuelle sur la réalité du consentement.

183. **L'obligation légale d'information en droit de la consommation**. L'obligation légale d'information dans la période précontractuelle s'est particulièrement épanouie en droit de la consommation, domaine dans lequel cette information est devenue « *l'un des thèmes majeurs de toute politique de défense des consommateurs* »[266]. Ne disposant pas de toutes les informations nécessaires à la rationalité de leur choix, le déséquilibre informatif se superpose au déséquilibre financier existant dans leurs rapports avec les professionnels. *« Le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs tient pour une bonne part à l'inégalité de leur information : les professionnels connaissent les biens et services mis sur le marché, alors que les consommateurs sont, pour la plupart, incapables de les juger par avance et de les comparer entre eux »*[267]. Le défaut d'information constitue en soi une source d'inégalité dans la relation contractuelle, d'où l'intérêt de mettre en place un système permettant une plus grande transparence, mais aussi parfois un véritable conseil.

184. Un certain nombre *« d'obligations spéciales en matière d'information des consommateurs »* prennent ainsi le relais du droit commun. Il s'agit de dispositions législatives ou règlementaires, qui prévoient un minimum de garanties quant aux informations transmises. Soulignant son importance, un livre entier du Code de la consommation est intitulé : « *Information des consommateurs et formation des contrats* ». Messieurs Calais-Auloy et Temple classent ces différentes obligations en quatre catégories : les informations faisant l'objet d'une obligation de divulgation sont celles portant *« sur les caractéristiques du bien ou du service*[268]*, sur les prix et conditions de vente, sur les mentions des contrats*[269] *et sur l'emploi de la langue française »*. Nous ne développerons pas ici ces différentes obligations, mais notons que les dispositions législatives et règlementaires en question prévoient l'existence de l'obligation d'information, mais aussi et surtout son contenu, ce qui allège considérablement la charge de la preuve du créancier de cette information, qui n'aura pas à en

---

*beaucoup plus développées* » , Y. PICOT et H. DAVO, *Droit de la consommation*, 2ème éd., Dalloz-Sirey, 2010, n°172.

[266] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2010, n° 49, p. 55.

[267] *Ibid*.

[268] La loi du 18 janvier 1992 est à l'origine de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, qui dispose que : « *Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ».

[269] Il s'agit ici d'un formalisme informatif dont nous retrouverons le principe en droit d'auteur, même si le Code de la

prouver l'existence. Souvent ces textes ne font que renforcer un devoir déjà existant au regard du droit commun[270], ou en renforcent la sanction, en prévoyant parfois des mesures de répression pénale, là où le droit commun ne permet que des sanctions civiles[271], sauf à prouver un fait d'escroquerie[272] ou d'abus de confiance[273]. Le consommateur doit être conscient des risques que peut faire peser sur lui l'opération contractuelle envisagée, c'est pourquoi, en matière de crédit immobilier ou à la consommation notamment, cette obligation d'information se trouve particulièrement renforcée.

185. Assurer une réelle transparence, tel était l'objectif, louable, de ces interventions législatives et règlementaires. Le moyen d'y parvenir est quant à lui plus contestable, pour certains : *« Multipliant au gré des variations de l'opinion et des pressions de certains groupes les dispositions catégorielles, le législateur développe un formalisme informatif minutieux, dont la cohérence n'est pas la qualité première »*[274]. On trouve en effet de nombreux textes, prévoyant des obligations d'information très spécifiques[275]. Nous n'en dresserons pas une liste exhaustive, qui n'aurait pas ici un grand intérêt. Nous relevons uniquement le fait que le législateur, ainsi que le pouvoir règlementaire, ont fait preuve ici d'un luxe de précisions. Pareille minutie se retrouve au niveau communautaire. La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 impose une obligation d'information à la charge du professionnel, de manière indirecte. Elle sanctionne les pratiques déloyales des entreprises envers les consommateurs. Est considéré comme une pratique déloyale le fait de garder le silence sur *« une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »*, et la directive de préciser

---

propriété intellectuelle est beaucoup moins prolixe sur la question, *voir infra*, n°292, et s.

[270] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE montrent que c'est le cas par exemple de l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui, à lui seul, n'ajoute rien au droit commun. Cependant, *« l'article L. 111-1 du Code de la consommation doit être rapproché de deux autres articles législatifs du même code, qui lui donnent toute sa force »*. Ils font ici référence à l'article L. 213-1 du Code de la consommation qui assortit de sanctions pénales la tromperie ou tentative de tromperie du cocontractant sur les caractéristiques du produit ou du service, ce fait de tromperie pouvant être constitué par la rétention de l'information. Le deuxième texte auquel ils font référence est l'article L. 214-1 du Code de la consommation, qui prévoit expressément la possibilité pour le gouvernement de prendre des décrets en Conseil d'Etat pour assurer le respect de l'exécution de l'article L. 213-1 : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit*., n°55 et 56, p. 61.

[271] Sur la sanction du manquement à l'obligation d'information, *voir infra,* 231et s.

[272] Article 313-1 du Code pénal

[273] Article 314-1 du Code pénal

[274] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 257, p. 266.

[275] Sur les chaussures, les médicaments, les produits du tabac, *etc.*

quelles sont les informations devant être transmises. On constate que la volonté d'assurer une réelle transparence dans la période précontractuelle est ici une volonté partagée, et tend à s'imposer de plus en plus largement dans tous les pays membres. Notons sur ce point que le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs suggère comme étant une perspective d'amélioration de fond une harmonisation des sanctions du manquement aux obligations d'information précontractuelles et contractuelles entre les États membres, à condition que celles-ci soient proportionnées et adaptées selon le type de contrat en cause.

186. **L'obligation légale d'information en droit des contrats spéciaux d'affaires**. Les relations entre professionnels ont aussi fait l'objet d'une intervention législative visant à assurer la bonne information de chacun des partenaires dans la période précontractuelle. On pense ici notamment à la loi Doubin, dont est issu l'article L. 330-3 du Code de commerce, complété par un décret du 4 avril 1991, qui prévoit dans son alinéa 1er que *« toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause »*. L'alinéa 2 précise les informations concernées par cette obligation : *« Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. »*. Les alinéas 3 et 4 en fixent certaines modalités : *« Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit ; Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent »*. Ici, outre des sanctions pénales, l'effet du manquement à cette obligation d'information sur le contrat suscite quelques hésitations en jurisprudence. Certains juges[276], caractérisant ces

---

[276] Sur ce point, voir : P. NEAU-LEDUC, *la théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin* : *JCP E, n° sp. Cah. dr. entr.* 1998-2, p. 27. Voir également : CA Montpellier, 21 mars 2000 : *JCP E, n° sp. Cah. Dr. entr.* 2000-4, n°3, p. 18, obs. J.-L. RESPAUD, cité par J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n°185, p. 117.

exigences de « règles d'ordre public », y ont vu une cause de nullité absolue de l'acte, sur le fondement de l'article 6 du Code civil[277]. D'autres ont préféré y voir un simple droit de critique relatif de l'acte, au cas où le consentement aurait bel et bien été vicié du fait de ce silence[278].

187. **Des dispositions fondées sur la faiblesse présumée ou la dépendance.** Les dispositions relatives aux contrats spéciaux des affaires concernent précisément les contrats contenant une obligation d'exclusivité. Le renforcement du devoir d'information fondé sur le droit commun par une disposition législative spécifique se justifie par la situation de dépendance, à la fois économique et juridique inhérente à ce type de contrat. Nous retrouverons la même problématique en droit d'auteur, l'auteur étant souvent en situation de dépendance vis-à-vis de son exploitant, une dépendance financière, juridique parfois, mais aussi artistique. C'est bien souvent du regroupement des intérêts des cocontractants fragiles qu'est née l'obligation légale d'information dans la période précontractuelle. Même si elle tend parfois à d'autres objectifs, comme assurer la transparence du marché par exemple quand il s'agit du droit de la consommation, la finalité première de ces dispositions spécifiques est avant tout la protection de celui considéré comme étant la partie faible, vulnérable, au contrat. La finalité est la même en droit d'auteur, et le consentement de l'auteur au contrat doit être particulièrement éclairé. L'enjeu premier du droit d'auteur et celui du droit de la consommation se recoupent sur ce point, il s'agit, pour reprendre les termes de Monsieur Calais-Auloy, de *« rétablir un équilibre naturellement menacé par la puissance économique des professionnels »*[279]. Selon lui, les dispositions et règles de droit commun des contrats en ce qui concerne leur conclusion sont théoriquement applicables aux consommateurs, mais elles apparaissent mal adaptées, ce qui justifie que des dispositions spécifiques au profit des consommateurs aient vu le jour. Qu'en est-il alors en droit d'auteur ?

### II. LE FORMALISME DES CONTRATS D'AUTEUR, SOURCE D'INFORMATION PRECONTRACTUELLE ?

188. Force est de constater l'absence d'obligation légale d'information précontractuelle imposée par le droit d'auteur (***A***). Cette réticence législative peut a priori surprendre. C'est en réalité à travers le formalisme des contrats d'auteur, l'encadrement du consentement de l'auteur, que le législateur semble avoir entendu assurer *a minima* la transmission de certaines informations (***B***).

---

[277] Rappelons que l'article 6 du Code Civil prévoit que : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[278] Cass. com., 19 oct. 1999: *Bull. civ.* IV, n° 252; *RTD civ.* 1998, p.130, obs. P.-Y. GAUTIER.

[279] J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats : RTD com.*1998, p. 115.

### A. L'absence d'obligation légale d'information

189. Aucune des dispositions spécifiques aux droits particuliers que l'on vient d'étudier n'est applicable de manière générale à la formation des contrats d'auteur. L'auteur n'est ni dans la position de force d'un vendeur, même si l'acte de cession des droits s'apparente à plus d'un titre à la vente, ni un consommateur, même si, souvent profane, il traite avec un professionnel. Parfois seulement, lorsqu'en en tant que professionnel, il traite avec un consommateur, les règles du droit de la consommation pourront lui être opposées, cependant l'hypothèse d'un contrat d'auteur conclu avec un consommateur est marginale. Tous les fondements de la protection de la partie faible de ces régimes peuvent être identifiés dans la relation entre auteurs et exploitants, pourtant rares sont les cas où elle se retranche dans ces catégories. Or, il semble bien qu'en droit d'auteur, le législateur ait été moins disert que dans d'autres domaines.

190. **L'existence d'obligations d'information concernant l'exécution du contrat**. Le Code de la propriété intellectuelle connait bien quelques obligations d'information. Nous ne les traiterons pas ici car il s'agit d'informations tenant à l'exécution du contrat et non à sa conclusion, qui n'ont pas vocation à être délivrées dans la période précontractuelle. Elles ont pour finalité d'assurer une bonne exécution du contrat, de tenir l'auteur informé durant la période d'exploitation des droits, et non d'éclairer son consentement lors de sa conclusion. Il s'agit notamment de l'obligation pour l'éditeur de rendre compte à l'auteur des revenus de l'exploitation de l'œuvre[280], obligation que connait également l'entrepreneur de spectacle[281], ainsi que le producteur[282]. Ce sont parfois les codes des

---

[280] Au terme de l'alinéa 1 de l'article L. 132-13 du CPI : *« L'éditeur est tenu de rendre compte »*. L'alinéa 2 de cet article précise le contenu de l'information délivrée : *« L'auteur pourra, à défaut de modalités spéciales prévues au contrat, exiger au moins une fois l'an la production par l'éditeur d'un état de mentionnant le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice et précisant la date et l'importance des tirages et le nombre des exemplaires en stock »*. Alinéa 3 ajoute que : *« Sauf usage ou convention contraire, cet état mentionnera également le nombre des exemplaires vendus par l'éditeur, celui des exemplaires inutilisables ou détruits par cas fortuit ou force majeure, ainsi que le montant des redevances dues ou versées à l'auteur »*. L'article L. 132-14, quant à lui, dispose que : « *L'éditeur est tenu de fournir à l'auteur toutes justifications propres à établir l'exactitude de ses comptes ; Faute par l'éditeur de fournir les justifications nécessaires, il y sera contraint par le juge* ».

[281] L'article L. 132-22 du CPI dispose que : *« L'entrepreneur de spectacles est tenu de déclarer à l'auteur ou à ses représentants le programme exact des représentations ou exécutions publiques et de leur fournir un état justifié de ses recettes. Il doit acquitter aux échéances prévues, entre les mains de l'auteur ou de ses représentants, le montant des redevances stipulées »*.

[282] Cette obligation d'information contractuelle du producteur est prévue à l'article L. 132-28 du CPI qui dispose en son premier alinéa 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 »*, et en son alinéa 2 que *: « A leur demande, il leur fournit toute justification propre à établir l'exactitude des comptes, notamment la copie des contrats par lesquels il cède à des tiers tout ou partie des droits dont il dispose »*.

usages, élaborés par des représentants des intérêts des auteurs, et ceux de leurs exploitants, qui viennent compléter la loi sur ces points[283]. Il s'agit d'obligations liées à l'exécution du contrat. Leur prévision tranche cependant avec l'absence d'obligation spéciale d'information précontractuelle.

191. **L'absence d'obligation d'information précontractuelle.** C'est ici une obligation d'information précontractuelle que nous recherchons, l'obligation de fournir tous les éléments propres à éclairer le consentement de l'auteur et de son exploitant dans la période de l'avant-contrat, donc par principe avant sa conclusion. Il faut bien constater que le Code de la propriété intellectuelle n'a pas prévu de disposition générale qui imposerait une obligation d'information préalable à la conclusion de tous les contrats d'auteur. De nombreuses informations sont cependant nécessaires afin d'éclairer le consentement de l'auteur. Le déséquilibre de connaissances entre l'auteur et son exploitant est souvent réel, et tient à la connaissance du droit, la connaissance des risques de l'opération contractuelle envisagée, à la connaissance des « ficelles du milieu », à la connaissance du projet, de ses modalités, de ses acteurs, de l'univers devant être créé autour de l'œuvre, *etc.* Une bonne information de l'auteur est d'autant plus importante que l'exploitation de l'œuvre entraine non seulement une mobilisation de ses droits patrimoniaux, mais est susceptible, aussi, d'avoir une influence sur son droit moral. Le seul droit de divulgation de l'œuvre devrait justifier une obligation d'information précontractuelle particulièrement étendue[284], celui-ci offrant à l'auteur le droit exclusif de déterminer le procédé de divulgation de l'œuvre et d'en fixer les conditions[285]. Il en est de même du droit au respect de l'œuvre. Afin d'y consentir pleinement, il doit pouvoir récolter dans la période de l'avant-contrat des informations qui souvent lui échappent. Cette réticence peut alors paraître paradoxale. La protection du consentement de l'auteur est pourtant la mesure principale de protection

---

[283] Par exemple, le Code des usages en matière de littérature générale, issu du protocole d'accord signé le 15 décembre 1980 par le Syndicat National de l'Edition et le Conseil Permanent des Ecrivains précise l'obligation de réédition des comptes à la charge de l'éditeur. Ce Code des usages consacre une partie à l'obligation d'information. L'éditeur se voit tenu d'informer l'auteur de l'importance du tirage de l'ouvrage, du prix de cession de base de l'ouvrage, de sa date théorique de mise en vente, du prix de référence technique, de l'importance des réimpressions, du changement de prix, ainsi que des cessions importantes de droits dérivés et annexes. L'éditeur voit également consacrée à sa charge une obligation d'information relative aux pilonnages importants, dont l'exécution se matérialise par la remise d'un certificat de pilonnage. Enfin, l'éditeur doit informer l'auteur des soldes partiels, afin de lui permettre, s'il le souhaite, de racheter ces stocks à des conditions acceptables.

[284] Nous avons en effet adopté la conception du droit de divulgation développée par Messieurs A. Lucas et H.-J. Lucas, rejoints par Messieurs Vivant et Bruguière, selon laquelle l'exercice du droit de divulgation, ne conditionnant pas la naissance des droits patrimoniaux, se manifeste par un fait matériel pouvant intervenir avant, à l'instant où après la conclusion du contrat d'auteur : *Voir infra,* n°501 et s.

[285] L'article L. 121-2 dispose que *« l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ».*

de l'auteur. Il serait donc hâtif d'en conclure que le législateur n'a pas perçu ce déséquilibre informatif, et tenté d'en aplanir les conséquences. Il semble l'avoir fait par un autre moyen, celui du formalisme qu'il impose et qui préside la conclusion du contrat d'auteur.

### B. L'existence d'un formalisme informatif contractuel

192. **L'applicabilité des règles « curatives » de droit commun.** Le contrôle des informations échangées dans la période précontractuelle est, dans les contrats d'auteur comme dans tous les contrats, assuré par un contrôle *a posteriori* de sa validité. Le consentement doit exister, il doit être libre et éclairé. La police des vices du consentement va opérer sur les contrats d'auteur, et protégera tant l'auteur que son exploitant. Au seul regard des dispositions du Code civil, tout n'est donc pas permis. Le mensonge ayant influencé le consentement pourra entrainer l'annulation du contrat pour dol[286], la réticence sera parfois dolosive et l'erreur pourra elle aussi entraîner la nullité du contrat. Comme en droit commun, les vices du consentement vont ainsi sanctionner le défaut ou la mauvaise qualité de l'information délivrée dans la période précontractuelle.

193. **Le choix d'un formalisme contractuel informatif.** En complément de ces règles « curatives », en droit d'auteur, le législateur a marqué sa volonté de privilégier la prévention, en s'assurant que le consentement donné a été soigneusement mesuré. Or nous avons vu qu'aucune obligation d'information n'avait été prévue spécialement pour les contrats d'auteur. Nous pouvons cependant penser que le formalisme imposé au contrat d'auteur participe de cette information. Outre des règles de forme probatoires relatives à la délivrance du consentement, que nous étudierons ultérieurement[287], a été codifiée l'exigence d'un formalisme contractuel visant à faire prendre conscience à l'auteur de la portée de son engagement. Le rôle de l'*instrumentum* va ici au-delà de sa fonction traditionnelle de « photographie » des obligations des parties et de recueillement du consentement, et joue ainsi un rôle informatif.

---

[286] C'est sur la base de communication de fausses informations, la *« Misrepresentation »* que peut être engagée la responsabilité précontractuelle de l'une des parties à la négociation dans les régimes juridiques anglosaxons, que celle-ci soit intentionnelle, on parle de *Fraudulent Misrepresentation*, ou non intentionnelle, on parle alors de *Negligent Misrepresentation*. Sur la mise en œuvre de cette responsabilité, voir R. MONZER**,** *La négociation des contrats internationaux : Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons,* thèse préc., p. 85 et s.

[287] Nous faisons référence ici notamment à l'article L. 131-2 du CPI, qui dispose 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* », ainsi qu'à l'article L. 132-7 alinéa 1er du CPI qui dispose que : « *Le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* » dont l'exigence en dehors des frontières du contrat d'édition est discutée en doctrine. Sur ce point, voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°657, p. 455.

194. C'est par le biais de ce formalisme informatif que le législateur s'est assuré qu'un certain nombre d'informations seraient nécessairement communiquées à l'auteur. On en retrouve la principale empreinte à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci dispose que : *« La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »*. Cet article oblige les parties non seulement à prévoir, dès la conclusion du contrat, l'étendue de ces obligations, ce qui revient à déterminer de manière classique l'objet du contrat, mais il impose surtout de les prévoir de manière distincte, précise, structurée, écrite. L'intérêt est ici de faire réfléchir l'auteur, de lui faire prendre conscience de la portée de son acte, de l'informer de manière concrète de ce à quoi il s'engage. C'est un moyen d'attirer son attention sur les éléments importants du contrat. La curiosité de l'auteur, profane en son droit, devrait le pousser, s'il ne comprend pas ces mentions, à demander l'information à l'exploitant, à susciter des éclaircissements, ce qui devrait aboutir à éclairer de manière générale son consentement.

195. La loi du 1er Août 2006 est venue enrichir ce formalisme de précisions techniques, concernant les mesures techniques de protection. L'article L.131-9 issu de cette loi prévoit que : *« Le contrat mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques prévues à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévues à l'article L. 331-22 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 »*. La portée du texte est difficile à saisir. Est-ce ici une autorisation de l'auteur que l'on recherche ? Cette mention a en tout cas une portée informative, l'auteur est prévenu dès la conclusion du contrat de la possibilité pour le producteur de recourir à ces mesures de protection, ce qui peut entrainer des conséquences importantes pour lui en pratique[288]. Est-ce là la seule vocation du texte ? Le doute est aujourd'hui encore permis, car celui-ci ne précise pas la sanction de la mise en œuvre de mesures de protection non prévues au contrat[289].

196. **Insuffisance du formalisme informatif.** Associé de manière cumulative à une véritable information précontractuelle, ce formalisme informatif participe d'une meilleure transparence

---

[288] En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°424, p. 358.

précontractuelle. On ne saurait cependant s'en satisfaire comme seule technique d'information de l'auteur et de son exploitant. En effet, même s'il s'agit *a priori* de règles communes à tous les contrats d'auteur, puisqu'elles sont énoncées dans un chapitre du Code de la propriété intellectuelle consacré aux « dispositions générales », la jurisprudence en a parfois limité le domaine. Si l'article L. 131-9 sur les mesures de protection concerne à première vue tous les contrats d'exploitation[290], la portée de l'article L. 131-3 fait de son côté débat. Confirmant la solution d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 février 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation a, le 21 novembre 2006[291], affirmé que *« les dispositions de l'article 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1er, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats »*. Ainsi de nombreux contrats d'auteur échapperaient à cette règle de forme. Même si la portée de ces arrêts est très discutée en doctrine au regard des libertés prises avec la lettre des textes, l'admission d'un droit d'auteur plus économique, simplifié, plus adapté aux réalités et contraintes de la pratique, va certainement dans le sens d'un allègement du formalisme pour certains contrats d'auteur. Ce premier constat suffit à percevoir l'insuffisance d'une information canalisée par ce seul formalisme.

197. Un deuxième constat s'impose. Même pour les contrats pour lesquels ce formalisme est spécialement requis, les informations ainsi transmises sont des informations objectives, détaillant l'objet du contrat. Toutes les informations utiles à l'auteur ne s'y retrouvent pas nécessairement, selon le contrat préparé. L'information communiquée, qu'il s'agisse des modes d'exploitation prévus, du territoire concerné par la cession ou encore de sa durée, n'éclairent pas l'auteur sur les conséquences de ces dispositions contractuelles. L'auteur ne maîtrise pas toujours, loin s'en faut, les subtilités du droit d'auteur, et au-delà de l'objet réel du contrat, ce sont parfois de véritables conseils dont il a besoin. Surtout, si ce formalisme éclaire le consentement de l'auteur à l'instant de la conclusion du contrat, ces informations ne sont pas toujours transmises avant sa conclusion, ce qui n'offre pas au formalisme les vertus d'une information précontractuelle claire et complète laissant le temps d'une réflexion éclairée. Il convient de préciser que l'exploitant a lui aussi besoin de connaître

---

[289] Voir sur ce point M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°981, p. 656.

[290] Il faut cependant noter que l'article fait référence au « producteur », ce qui révèle quelques ambiguïtés. Voir sur ce point P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., Gualino éditeur, coll. *Manuel*, 2007, n°206, p. 183. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n°981, p. 656.

[291] Cass. 1re civ., 21 nov. 2006 *: CCE*, 2007, comm.3, note C. CARON.

certaines informations que seul l'auteur peut détenir. Le besoin d'information existe des deux côtés. Le formalisme informatif mis en place en droit d'auteur s'avérant parfois insuffisant à une réelle information de l'auteur et de son exploitant, c'est dans le droit commun qu'il faudra chercher les ressources permettant de l'imposer lorsque cela s'avère nécessaire.

### Paragraphe 2. L'obligation d'information précontractuelle issue du droit commun

198. A défaut de prescriptions légales ou de prévision contractuelle, ce sont les juges qui ont été les principaux acteurs de la révélation de l'existence d'obligations d'information précontractuelle, obligations allant de la simple délivrance d'une information à un véritable devoir de conseil parfois. Ils ont su trouver dans les règles générales de notre droit civil les ressources et les fondements permettant d'imposer à la partie détenant des informations susceptibles d'influer sur le consentement de l'autre de ne pas garder le silence.

199. **Hésitations sur la nature de l'obligation d'information**. La nature de l'obligation d'information varie selon les auteurs glosant sur celle-ci. Obligation contractuelle, obligation extracontractuelle, la question constitue *« un terrain de choix pour la construction doctrinale »*[292]. Un certain nombre de critères ont été proposés par la doctrine pour en dresser une ligne de partage. Le critère le plus séduisant est peut être celui de Madame Fabre-Magnan, pour qui les obligations précontractuelles d'information sont celles ayant pour objectif d'éclairer la conclusion du contrat, les obligations contractuelles d'information étant cantonnées au rôle d'assurance de sa bonne exécution. Ce critère téléologique s'oppose au critère chronologique. Les obligations d'information seraient extracontractuelles quand elles interviennent avant la conclusion du contrat, et contractuelles lorsqu'elles opèrent en cours d'exécution du contrat. La détermination de la nature contractuelle ou extracontractuelle de l'obligation d'information est en principe fondée sur la source réelle de la contrainte informative. Si la source de l'obligation est, par fiction, le contrat, il s'agira d'une obligation contractuelle. Si la délivrance d'une information n'est pas exigée par le contrat mais est suscitée par l'obligation de contracter de bonne foi, il s'agira alors d'une obligation d'information extracontractuelle. L'obligation d'information peut également présenter un caractère extracontractuel lorsqu'elle découle directement d'une prescription légale, comme semble le suggérer l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 3 juin 2010, dans le domaine de la responsabilité

---

[292] X. THUNIS, *L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, in* mélanges offerts à M. Cabrillac, art. préc., p. 313.

médicale[293]. Dans tous les cas, l'information présentera un caractère précontractuel, car elle s'impose dans la période précontractuelle, terme qui ne préjuge pas ici de sa nature[294]. Si l'information est précontractuelle, l'obligation, elle, par une fiction juridique, ne l'est pas nécessairement.

200. Quelle que soit la nature de l'obligation d'information envisagée, elle est la conséquence de l'exigence d'équité ou de bonne foi, soit dans les suites données à l'obligation d'après sa nature, soit dans la conclusion du contrat ou dans sa négociation (***I***). Ce sont dans ces fondements de droit commun que devront être trouvées les ressources propres à imposer la délivrance d'informations précontractuelles dans la préparation du contrat d'auteur. Les sanctions du défaut d'information seront diverses, et dépendront bien souvent de l'influence qu'aura eu le défaut d'information sur le contrat (***II***).

### I. LES FONDEMENTS POSSIBLES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

201. Les juges ont révélé des obligations d'information attachées à certains contrats ou à certains types de contractants (***A***), et une obligation d'information plus générale, induite du devoir de transparence qu'implique une négociation loyale du contrat (***B***). Nous envisagerons ces deux fondements afin d'apprécier les conditions de révélation d'une obligation d'information ou de conseil dans la phase préparatoire du contrat d'auteur.

#### A. L'obligation d'information attachée à la nature du contrat et à la qualité des parties

202. Les critères mis en lumière par la doctrine et utilisés par les juges afin de révéler, dans certains types de contrats ou au regard de la qualité des parties, une obligation d'information, permettent en théorie d'imposer dans certains contrats d'auteur une obligation d'information visant à éclairer tant le consentement de l'auteur que celui du futur exploitant de son œuvre (***1***). Pourtant, au regard de la jurisprudence, il semble que la reconnaissance d'une telle obligation demeure limitée (***2***).

---

[293] Cass. 1re civ., 3 juin 2010 : *RTD civ*. 2010, p. 571, note P. JOURDAIN. La sanction du manquement du médecin à son obligation d'information a longtemps trouvé son fondement dans les articles 1134 et 1147 du Code civil. Or, dans cet arrêt, ce manquement est sanctionné sur le fondement de l'article 1382, preuve du caractère extracontractuel de cette obligation. Cette obligation, découverte par les juges et fondée sur l'extension de l'article 1134 al 3 à la période préparatoire du contrat, s'est vue offrir une assise législative par la loi Kouchner, du 4 mars 2002, et a été codifiée à l'article 1111-2 du CSP. Selon P. Jourdain, la source de la contrainte informative peut à elle seule justifier le changement de fondement opéré.

[294] En effet, si les termes « *responsabilité précontractuelle* » renvoient aujourd'hui à la qualification d'une responsabilité délictuelle, l'information précontractuelle est selon nous celle qui doit intervenir dans la période précontractuelle, qu'elle puise son caractère obligatoire de manière fictive du contrat, ou du principe général de négociation du contrat de bonne

*1. L'adaptabilité des critères de révélation d'une obligation d'information à la préparation des contrats d'auteur*

203. **Le fondement contractuel.** Dans la plupart des arrêts étudiés, le fondement de l'obligation d'information précontractuelle est le contrat lui-même, qui, de manière anticipée, étend ses effets sur la période précontractuelle. Ayant recours à une fiction juridique, il est parfois considéré que l'obligation d'information doit s'imposer avant la conclusion du contrat comme découlant du devoir *« d'exécuter »*[295] le contrat de bonne foi, prenant appui sur l'article 1134 al 3 du Code civil[296]. On préfère parfois y voir une « suite » du contrat[297]. Les juges ont ainsi décelé dans certains types de contrats une obligation d'information qui serait une « suite » que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature, selon l'article 1135 du Code civil. Cette détermination « expansive » des obligations du contrat par le juge conduit à imposer à l'un des cocontractants une obligation qui n'a pas été expressément prévue par les parties. Le juge va, par une opération de « forçage » du contrat, découvrir des obligations d'information ou de conseil qui sont de l'essence du contrat, et qui, compte tenu de la qualité des cocontractants et de la nature du contrat, vont pouvoir constituer des obligations *« génériques »* attachées à certains types de contrats ou à certains types de relations contractuelles. Le cas le plus célèbre est certainement celui de l'obligation à la charge du médecin d'informer son patient sur les risques liés aux traitements ou interventions proposés[298], obligation ensuite consacrée par la loi Kouchner du 4 mars 2002. L'architecte a lui aussi, compte tenu de la nature du service qu'il rend, l'obligation d'informer son client, obligation allant parfois jusqu'à une obligation de conseil, tout comme les banquiers, les assureurs, les vendeurs d'immeubles, les

---

foi.

[295] A noter que lorsque l'obligation d'information précontractuelle prend appuie sur l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi prévue à l'article 1134 al 3 du Code civil, il s'agit d'une fiction juridique par laquelle cette obligation d'exécuter le contrat de bonne foi s'étendrait à la période précontractuelle, la sphère du contrat englobant par attraction cette période.

[296] Pour des exemples d'utilisation par les juges du fondement de l'article 1134 al 3 comme source d'une obligation d'information précontractuelle, voir : Cass. 1re civ., 14 mai 2009 : pourvoi n°07-17568.

[297] Sur ces deux sources de l'obligation d'information de nature contractuelle, voir notamment A. BENABENT**,** *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2010, n°286, p. 223. Cet auteur montre que *« la Cour de Cassation vise maintenant expressément ces textes pour imposer (…) une obligation de renseignement »*.

[298] Cass. 1re civ., 29 mai 1984 : *D.* 1985, p. 281, note F. BOUVIER - Cass. 1re civ., 16 juill. 1991 : *JCP G*, 1992, II, 21947, note A. DORSNER-DOLIVET. Cette obligation est particulièrement étendue en matière de chirurgie esthétique : Cass. 1re civ., 14 janv. 1992 : *JCP G*, 1993, II, 21996, note A. DORSNER-DOLIVET – Cass. 1re civ., 17 févr. 1998 : *Bull. civ*. I, n° 67 ; *RTD civ.* 1998, p. 681, obs. P. JOURDAIN –Cass. 1re civ., 14 oct. 1997 : *Bull. civ.* I, n° 276 ; *RTD civ*. 1998, p. 120, obs. P. JOURDAIN.

mandataires, les agences de voyage, *etc.* La liste est longue et à l'évidence non exhaustive. Notons que nombre de ces obligations révélées par le juge ont ensuite été consacrées par le législateur.

204. De manière générale, lorsque l'obligation est ainsi envisagée, elle s'attache aux effets que la loi attribue au contrat, soit en ce qui concerne son contenu obligationnel, lorsque le juge se fonde sur l'article 1135 du Code civil, soit en ce qui concerne « *son exécution* », lorsqu'il se fonde sur l'article 1134 al 3 du Code civil. Bien que souvent envisagée comme une obligation contractuelle, elle doit parfois intervenir dans la période précontractuelle pour avoir du sens, lorsque ces informations sont susceptibles d'éclairer le consentement de son partenaire. Le rattachement de cette obligation d'information aux obligations du contrat peut alors paraître curieux, il implique qu'une obligation contractuelle soit exécutée avant-même la conclusion du contrat. Il se justifie cependant parfois pleinement, lorsque l'obligation d'information est issue d'un contrat préexistant. Cela sera souvent le cas en droit des contrats d'auteur. Ainsi, le contrat de commande précédant une cession des droits pourrait, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, se voir imposer une obligation d'information qui serait contractuelle à son égard et précontractuelle au regard du contrat d'auteur qui y fait suite. Il en est de même pour le pacte de préférence dans le contrat d'édition, qui, portant sur plusieurs œuvres, sera succédé de plusieurs contrats d'auteur. Le contrat de travail par lequel l'auteur s'engage à créer des œuvres dont les droits devront ensuite être cédés à l'employeur pourrait également voir naître une obligation contractuelle d'information, information qui, elle, doit intervenir dans la période précontractuelle du contrat d'auteur. En dehors de ces hypothèses, la nature contractuelle de l'obligation d'information intervenant dans la période précontractuelle paraît contestable. Le contrat n'étant pas encore conclu, la nature de la contrainte n'est par principe pas contractuelle, et la responsabilité qui en découle devrait être une responsabilité précontractuelle, donc délictuelle.

205. La jurisprudence a cependant ici su construire de toute pièce l'existence potentielle d'une obligation d'information qui pourrait s'imposer dans tous les contrats. Potentielle, car on ne peut pas aller jusqu'à dire qu'il existe dans tous les contrats une obligation générale d'information que se devraient mutuellement les deux partenaires à la négociation. Cette exigence n'a pas été posée dans des termes généraux, et il ne s'agit pas ici d'un principe général du droit des contrats clairement exprimé. Une telle affirmation pourrait même se révéler dangereuse, et aboutir à décourager certaines initiatives, car l'information a un coût, et parfois une valeur propre. Seulement, quand les juges considèrent que, de manière générale dans tel type de contrat ou vis-à-vis de tels types de contractants, l'équité, ou l'exécution de bonne foi du contrat commandent la révélation d'une

information dès la période précontractuelle, ils ont la possibilité de reconnaître l'obligation de la divulguer. Les critères utilisés par les juges pour déceler une telle obligation d'information ou de conseil ne sont pas toujours très clairs. La doctrine en a proposé quelques-uns, qui semblent transposables aux contrats d'auteur.

206. **Les critères de détermination d'une obligation d'information.** Madame Fabre-Magnan, dans sa thèse consacrée à l'obligation d'information dans les contrats[299], montre que déceler une obligation d'information dans une relation contractuelle pour laquelle la loi ne prévoit rien suppose la réunion d'un élément matériel, la pertinence de l'information, et d'un élément psychologique, la légitimité de l'ignorance. La jurisprudence s'appuie effectivement sur ces critères, et une grande partie de la doctrine avec elle[300].

207. **L'élément matériel.** L'information sur laquelle porte l'obligation doit être une information pertinente, à savoir *« une information dont la connaissance par le partenaire est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en en réexaminant les conditions »*[301]. Le fait pertinent objet de cette obligation peut donc être tout fait qui se rapporte à l'objet du contrat.

208. Lors de la préparation du contrat d'auteur, de nombreuses informations peuvent revêtir ce caractère pertinent. Les contrats d'auteurs sont variés et le type d'information susceptible d'influencer le consentement de l'auteur ou de son exploitant varie tout autant. Il peut s'agir, du côté de l'auteur, des informations concernant l'explication de la portée des clauses contractuelles, des informations concernant le marché des droits d'auteurs, des risques liés à l'opération contractuelle projetée, de ses chances de succès, de la qualité des reproductions, des probabilités de déformation de l'œuvre, des personnes impliquées dans le projet, de la chaine de télévision sur laquelle devrait

---

[299] M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, 1992.

[300] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE écrivent par exemple à propos du droit de la consommation que : « *De cette exigence (de bonne foi ), la jurisprudence tire une règle qui se trouve en filigrane dans ses décisions : les informations qui peuvent avoir une influence sur la conclusion du contrat, sur son exécution, ou sur l'utilisation du produit ou du service qui en est l'objet doivent être fournies par le contractant qui les connait à celui qui les ignore, dès lors que cette ignorance est légitime* », J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°54, p. 60. – F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, faisant référence à l'ouvrage de M. FABRE-MAGNAN retiennent également ces critères : « *En premier lieu, une personne ne pourra être tenue de renseigner son partenaire que si elle détient une information pertinente ; En second lieu, l'obligation d'information n'existera que si celui qui se prétend créancier de cette obligation a lui-même ignoré le fait recélé et si cette ignorance est légitime* », F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n°259, p. 269.

être diffusée une œuvre audiovisuelle et qui influera sur sa notoriété, *etc.* Du côté de son exploitant, l'information pertinente concerne l'œuvre elle-même, les projets de l'auteur concernant une éventuelle suite, les exigences de l'auteur quant à son droit moral, les informations concernant la conservation du support de l'œuvre, les éléments propres à la chaîne de droits lorsqu'il ne négocie pas les droits avec l'auteur mais son cessionnaire ou ayant droit, *etc.* Lorsque l'œuvre présente un caractère technique, comme pour le logiciel, cette information peut notamment concerner les informations nécessaires à l'appréciation de l'adaptation du logiciel aux besoins du futur licencié. Une fois encore, une liste exhaustive est ici par principe impossible, mais le constat qui s'impose est que de nombreuses informations sont susceptibles d'influencer le consentement des contractants. Ce premier critère est donc facilement transposable à cette relation particulière.

209. **L'élément psychologique.** L'ignorance du débiteur de l'obligation d'information doit être légitime. « *L'ignorance est dite légitime lorsque le devoir de se renseigner qui continue en principe à peser sur chacun est écarté en raison de circonstances particulières* »[302]. Ces circonstances particulières peuvent être liées en premier lieu aux conditions d'accès à l'information. Ainsi, quand c'est l'auteur qui se prétendra créancier d'une obligation d'information, il devra prouver que l'accès à cette information lui était, non impossible, mais tout au moins difficile. Il est vrai que l'accès à l'information brute est, notamment grâce à internet, grandement facilité aujourd'hui, et l'auteur peut facilement se renseigner sur les bases du droit qui est le sien en tant que créateur. Toujours est-il que l'information qu'il peut trouver de lui-même n'est pas toujours l'information pertinente dont il a besoin, puisqu'elle n'est pas spécialement adaptée au contrat particulier qu'il projette, même si les sociétés d'auteurs offrent de nombreuses informations sur les contrats les plus usuels[303]. De plus, avoir accès aux règles du droit d'auteur ne suffit pas à les comprendre, loin s'en faut. Les questions posées sur les forums d'artistes montrent bien cette incompréhension. Le formalisme quant à lui, nous l'avons vu, ne suffit pas toujours à faire prendre réellement conscience à l'auteur des conséquences de la cession des droits, et de l'importance de certaines clauses dont il ne réalise pas nécessairement la portée, et qui devraient pourtant constituer la base de la négociation.

---

[301] *Ibid*.

[302] *Ibidem.*

[303] Pour ne citer qu'un exemple, la SCAN a récemment mis à la disposition des auteurs un « *mode d'emploi du contrat d'édition pour les auteurs de bande dessinée* » offrant aux auteurs des conseils et propositons pour mieux comprendre, discuter, et négocier leurs contrats.

210. **Influence de la qualité des parties sur l'élément psychologique**. La qualité des parties va jouer un rôle primordial dans la détermination du caractère légitime ou illégitime de l'ignorance. Celle du professionnel sera appréciée beaucoup plus sévèrement que celle du profane, l'amenant même parfois à devoir se renseigner pour pouvoir renseigner son partenaire. L'illégitimité de son ignorance est d'autant plus souvent qualifiée que c'est lui qui dans la plupart des cas est censé détenir les informations pertinentes. Par conséquent, les professionnels vont être tenus, de manière générale, d'informer leur cocontractant sur leur propre prestation. L'on retrouve fréquemment en jurisprudence cette obligation d'information formulée de manière générale notamment dans le contrat de vente. La Cour de cassation a rappelé le 15 mai 2002 que : *« Le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client »*. L'existence d'une obligation d'information est plus sévèrement appréciée vis-à-vis des professionnels, leur qualité est expressément prise en compte par les juges. C'est parfois la position dans le contrat du contractant dénonçant le silence qui sera directement prise en compte afin de justifier ou d'exclure l'existence d'une obligation d'information portant sur un type d'information, ici la valeur du bien vendu. L'arrêt *« Balbus »* a ainsi posé le principe selon lequel « *l'acquéreur n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »*[304]. Allant plus loin encore, un arrêt du 17 avril 2007 fait directement référence à la qualité de l'acheteur, précisant que n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien *« l'acquéreur professionnel »*[305]. L'ignorance du vendeur, même profane, ne serait donc pas suffisamment légitime pour justifier que l'on impose à son cocontractant professionnel une obligation d'information à son égard sur la valeur du bien vendu. La volonté de permettre à l'acheteur de « faire une bonne affaire » semble justifier par ailleurs l'opportunité de cette solution.

211. Le caractère légitime de l'ignorance dépend à la fois des difficultés d'accès à l'information et de la qualité des parties, ce qui justifie le fait que *« même lorsqu'il contracte avec un professionnel de même spécialité, le professionnel peut avoir à révéler spontanément les limites ou les risques que la conclusion de ce contrat présente pour l'autre »*[306]. Ainsi, en matière de droits voisins, la Cour de

---

[304] Cass. 1re civ., 3 mai 2000 : *Bull. civ*. I, n°131 ; *JCP G*. 2001, II, 10510, note C. JAMIN ; *JCP G*. 2000, I, n°272, note G. LOISEAU ; *CCE*, 2000, n°140, obs. L. LEVENEUR.

[305] Cass. 3ème civ., 17 janvier 2007 : *D*. 2007, p. 1051, note D. MAZEAUD.

[306] J. MESTRE, *RTD civ*. 1989, p. 737, obs. sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1989.

cassation[307] a pu reprocher à un mannequin engagé pour assurer la promotion d'un produit dans un film publicitaire, de n'avoir pas informé la société qu'elle avait déjà prêté son image dans une publicité pour un produit concurrent. Ayant dû cesser la diffusion du film, la société lui reprochait son silence, invoquant le manquement à son obligation d'information et la réticence dolosive que celui-ci constituait. Condamnés en appel, le mannequin et son agent remettaient en cause la réalité de cette obligation d'information dans la mesure où à aucun moment le défaut de publicité antérieure pour un produit similaire n'avait été posé comme condition de la conclusion du contrat. Ils mettaient également en avant l'obligation qu'avait la société, professionnelle, de se renseigner par elle-même. Rejetant leur pourvoi, la Cour de cassation, nonobstant la qualité professionnelle de l'agence de publicité, proclama l'existence de cette obligation d'information au vu des difficultés d'accès à cette information, qui, au regard de la commune intention des parties, ne pouvait qu'être essentielle.

212. Ainsi, l'obligation d'information à la charge du professionnel est facilement caractérisée et son contenu particulièrement étendu, même quand celui-ci traite avec un autre professionnel, fût-il de même spécialité, lorsque l'accès à l'information apparaît difficile. Elle le sera d'autant plus lorsqu'il traitera avec un profane.

213. **Influence de la confiance légitime sur l'élément psychologique**. L'obligation d'information à la charge des professionnels est d'autant plus facilement retenue que les « circonstances particulières » rendant l'ignorance légitime tiennent également à la confiance que peut avoir en lui le profane, et qui le pousse à croire qu'il prendra l'initiative de l'information. Or, nous avons vu qu'en droit d'auteur, cette notion de confiance était particulièrement forte. Pour reprendre une phrase de Monsieur Caron que nous avons déjà cité, *« (les juges ont) au-delà des textes, développé une exigence de collaboration entre les parties, parce que les contrats d'auteur sont conclus dans l'intérêt commun, ce qui impose parfois une lecture altruiste du contrat qui s'éloigne des stipulations littérales »*[308]. Cet intérêt commun fait naître une confiance particulièrement exigeante. Pour l'auteur, l'exploitant est celui qui sait, et en tant que « sachant », il attend de lui souvent plus qu'une simple information, un véritable conseil. Cette relation de confiance ne doit pas dispenser le professionnel de toute précaution. L'exploitant devra par exemple

---

[307] Cass. 1re civ., 4 juill. 1989: *Bull. civ.* IV, n°213; *RTD civ.* 1989, p. 737, obs. J. MESTRE.

[308] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°410, p. 339.

s'assurer que celui qui se prétend être auteur ou cessionnaire des droits est bien le titulaire des droits sur l'œuvre[309].

214. Qu'il s'agisse de l'élément matériel ou psychologique, les critères de droit commun utilisés par la jurisprudence et systématisés par la doctrine sont parfaitement transposables à la préparation des contrats d'auteurs, et devraient tendre à qualifier une obligation d'information, voire de conseil, dans de nombreuses situations précontractuelles précédant un contrat d'auteur. Or, force est de constater que ce n'est pas toujours le cas, que la jurisprudence n'est pas toujours constante sur ce point, et le droit commun certainement sous exploité.

*2. La révélation d'obligations d'information préalables au contrat d'auteur*

215. La jurisprudence n'est pas riche sur ce point, les juges ont rarement l'occasion de se prononcer sur l'existence d'une obligation d'information à la charge de l'auteur ou de son exploitant dans la période précontractuelle. Cependant, quelques arrêts concernant les contrats relatifs aux logiciels, les contrats d'édition et le contrat de commande précédant une cession des droits nous donnent des indications sur l'application par les juges des critères permettant la révélation d'une obligation d'information lors de la préparation du contrat d'auteur.

216. **La révélation d'une obligation d'information relative aux logiciels.** L'article 1135 du Code civil s'est révélé être un fondement utile pour imposer une obligation d'information[310], parfois de conseil[311] et de mise en garde lors de la période précontractuelle à celui qui fournit une licence de logiciel. Cette obligation d'information est particulièrement étendue quant à son contenu en raison de la technicité de l'œuvre. Elle concerne en premier plan les informations devant être transmises dans la période précontractuelle, mais s'étend à tous les stades de la vie du contrat. De nombreuses

---

[309] Lors d'une action pénale en contrefaçon, la confiance légitime de l'exploitant dans les dires de « l'auteur » ne suffira bien souvent pas à exclure sa responsabilité ou culpabilité. Voir sur ce point : J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime : JCP G,* 1982, I, 3058, n° 4**.** Il appartiendra au juge d'apprécier la diligence dont a fait preuve ce professionnel. Cette exigence peut parfois aller jusqu'à lui imposer une recherche de l'intégralité de la chaine des droits. Voir sur ce point : A. MAFFRE-BAUGE, *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1610, 2010.

[310] Dans un arrêt en date du 30 septembre 2004, la Cour d'appel de Versailles a constaté *« l'obligation de celui qui cède une licence sur une base de donnée d'attirer l'attention sur l'étendue de la cession ».* En l'espèce, la preuve d'une communication des documents annexes précisant que l'utilisation était prévue pour une durée d'un an n'était pas apportée. La Cour d'appel a considéré que ces documents n'étaient dans ce cas pas opposables à l'utilisateur, qui pouvait légitimement croire que la durée n'était pas limitée à un an. CA Versailles, 30 sept. 2004 : n°2003-01342.

[311] La Cour d'appel de Rouen, le 12 juin 2008, a par exemple affirmé que le fournisseur de logiciel, qui connaissait les besoins de sa cliente, aurait du la conseiller : CA Rouen, 12 juin 2008 : n°05-4777. La CA de Pau a quant à elle affirmé que les pannes et dysfonctionnements démontraient la défaillance du fournisseur de logiciel concernant le matériel

informations sont pertinentes lorsque l'on veut se voir concéder une licence de logiciel, et la complexité de celui-ci rend l'ignorance du futur licencié légitime. L'on comprend alors aisément que l'étendue de cette obligation d'information dépende notamment de la compétence de celui-ci[312]. Certaines informations doivent être données avant même la conclusion du contrat.

217. **La reconnaissance d'une obligation d'information à contenu variable dans le contrat d'édition**. En dehors du contrat de licence de logiciel, sur lequel la jurisprudence est constante, l'on peine à trouver un fil directeur dans les rares jugements ou arrêts concernant cette obligation d'information en droit d'auteur. Ainsi, l'éditeur s'est logiquement vu imposer une obligation d'information : *« Tout éditeur est tenu, en tant que professionnel de l'édition, d'un devoir d'information sur le contenu des documents contractuels lorsqu'il traite avec un auteur inexpérimenté »*[313]. Il demeure cependant difficile d'apprécier la consistance et le degré de cette obligation d'information. Se limite-elle au contenu des documents contractuels ? Une information brute suffit-elle, ou l'éditeur se voit-il imposer une obligation de conseil, adapté à la situation de l'auteur ? Au vu des critères posés par le droit commun et de la relation particulière entre auteurs et éditeurs, tout porte à croire que l'obligation d'information est ici renforcée, et va bien au-delà de simples données objectives. Pourtant, rien ne permet d'affirmer l'existence d'une telle obligation de conseil dans notre droit positif. La Cour d'appel de Paris a, à plusieurs reprises, dénié cette exigence. Elle l'a fait de manière générale, en affirmant que *« l'éditeur n'est pas tenu d'un devoir général de conseil envers l'auteur »*[314]. Elle était déjà allée dans ce sens en affirmant que si l'éditeur est effectivement tenu, en tant que professionnel, d'un devoir d'information sur le contenu des documents contractuels lorsqu'il traite avec un auteur inexpérimenté, *« on ne saurait toutefois exiger de lui qu'il soit tenu de prévenir un auteur amateur du risque de mévente du livre publié à compte d'auteur »* dans la mesure où *« un auteur même amateur, de par l'intérêt qu'il doit porter au*

---

fourni, mais aussi concernant son obligation de conseil.

[312] Il a par exemple été jugé que *« la société qui dispose elle-même d'un service informatique ne peut pas invoquer le manquement à l'obligation de conseil du fournisseur du logiciel qui ne lui a pas précisé qu'il fallait, pour toute utilisation, une cession des droits* », TGI Evry, 22 sept. 2005. Egalement en ce sens, une société qui reprochait à son fournisseur de logiciel « d'avoir failli à son devoir de conseil en lui proposant d'utiliser le logiciel sans évoquer les conséquences financières de cette utilisation avant l'intégration de celui-ci dans les programmes développés », s'est vu opposer sa propre compétence en la matière. En considération de l'existence d'un service informatique dans la société, celle-ci *« ne pouvait se méprendre sur la portée de l'article 5 du contrat de prestation et croire à une possible dévolution à son profit des droits d'exploitation du logiciel ne l'absence de clause expresse de cession »*, CA Paris, 13 déc. 2006.

[313] CA Paris, 4 déc. 1989 : *D.* 1990, IR, p. 8.

[314] CA Paris, 31 janv. 1991 : *Juris-Data* n°1991-021691.

*domaine du livre, ne peut ignorer que la vente du premier ouvrage d'un auteur totalement inconnu du public se fait habituellement à perte* »[315]. Or, c'est justement dans cette forme de contrat que l'auteur prend le plus de risque. La même Cour d'appel a parfois au contraire jugé que la nature juridique du contrat faisait peser sur lui une obligation d'information et de conseil[316]. C'est parfois une obligation de mise en garde qui est imposée à l'éditeur, celui-ci pouvant se voir reprocher *« de ne pas avoir cherché à dissuader son cocontractant de faire paraître un ouvrage médiocre alors que le contrat a été précédé d'une demande expresse de conseil sur la qualité de l'œuvre »*[317]. On peut toutefois noter ici que cette demande expresse a fait entrer ce besoin de conseil dans le champ contractuel, ce qui peut conduire à circonscrire la portée de cet arrêt. Les juges du fond ont cependant à plusieurs reprises consacré cette obligation de mise en garde. Ainsi, à propos d'un contrat à compte d'auteur, l'éditeur a pu se voir reprocher de ne pas avoir attiré l'attention de l'auteur sur les fautes de syntaxe et d'orthographe qui demeuraient dans son ouvrage, *« compte tenu du devoir de conseil mis à la charge de tout éditeur à l'égard des auteurs, et surtout des auteurs amateurs »*. L'éditeur aurait, selon les juges du fond, dû non seulement avertir l'auteur, mais aussi corriger lui-même les fautes, ou attirer l'attention de l'imprimeur sur celles-ci afin qu'il procède à ces corrections[318].

218. **La prise en compte de la qualité professionnelle de l'auteur**. Comme en matière d'édition, la qualité de professionnel peut conduire une des parties au contrat à révéler une information avant la conclusion du contrat d'auteur. Ainsi, une décoratrice d'intérieur, chargée de la conception de la décoration d'un hôtel, avait fourni à la chaîne hôtelière des dessins et plans de meubles à réaliser. Ces meubles se révélant contrefaisants, la chaîne d'hôtel se retourna contre la décoratrice. Il lui était reproché d'avoir fourni les éléments matériels et intellectuels ayant permis la fabrication des meubles contrefaisants, et d'avoir manqué à son obligation d'information, ce que reconnut la Cour d'appel[319]. La Cour de cassation confirma sa responsabilité dans l'acte de contrefaçon, et déclara qu'elle avait,

---

[315] CA Paris, 12 sept. 1990 : *Juris-Data* n°1990-024177.

[316] CA Paris, 1er déc. 1995 : *Juris-Data* n°1995-024071 - CA Paris, 4 févr. 1988 : *Recueil Sirey Dalloz,* 1989, somm. 49.

[317] CA Paris, 31 déc. 1991, préc.

[318] CA Paris, 4 févr. 1988, *Recueil Sirey Dalloz,* 1989, somm. , p. 49.

[319] CA Paris, 7 févr. 1996 : n°021499.

*« en sa qualité de professionnelle, manqué à son obligation d'information »*[320]. Cette information devait intervenir avant même la cession des droits.

219. **Le refus d'une obligation d'information à la charge de l'auteur sur les conditions de la cession.** Nous constatons qu'en dehors du contrat d'édition, rares sont les arrêts ou jugements sur ce point, et l'on assiste parfois à de vraies occasions manquées. En effet, le recours à l'article 1135 du Code civil aurait été bien utile pour imposer une telle obligation d'information dans le contrat de commande lorsque celui-ci doit être suivi d'une cession des droits d'exploitation. Pourtant, la Cour de cassation, dans un attendu de principe, a considéré que *« l'auteur photographe n'est pas tenu d'une obligation d'information ou de conseil à l'égard du client qui se borne à lui passer commande de la réalisation d'un cliché, quant à la nécessité de conclure un contrat de cession des droits d'auteur en cas d'exploitation »*[321]. Cette décision peut surprendre. En effet, le client, qu'il s'agisse d'un professionnel ou non, est souvent très mal informé de la distinction entre le paiement de la commande et la cession des droits d'exploitation, orchestrée par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. La nécessité de se faire, en plus du paiement de la commande, céder les droits sur l'objet de celle-ci ne va pas de soi, et peut paraître illogique pour celui qui ne connaît pas le droit de la propriété intellectuelle. Cette ignorance semble légitime, et il s'agit bien ici d'un fait pertinent, essentiel, puisque l'on voit avec cet arrêt que l'absence d'information a conduit ici le client à un acte de contrefaçon. Comme le dit Monsieur Caron, *« n'est-il pas dans les « suites » et dans la nature du contrat de commande de permettre au commanditaire d'exploiter l'œuvre qu'il a commandée sans risquer d'encourir les foudres de la contrefaçon ? »*[322]. Le recours à l'article 1135 était ici tout indiqué. Cependant, comme le remarque cet auteur, *« force est de constater que le pourvoi ne le faisait pas »*. L'arrêt précise que le client n'avait pas informé le photographe de l'utilisation qu'il souhaitait faire des clichés. Est-ce à dire que, l'utilisation projetée de l'œuvre n'étant pas entrée dans le champ contractuel, cela exonérait le photographe de cette obligation d'information ? Il est pourtant évident que l'entreprise qui commande une œuvre de l'esprit en prévoit l'exploitation. Cette approche plus économique, qui a abouti à une exception en matière de

---

[320] Cass. 1re civ., 16 févr. 1999 : *Bull. civ.* I, n°56, p. 37.

[321] Cass. 1re civ., 3 avr. 2007 : *RTD com*, 2007, p. 541, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, 2007, comm. 80, obs. C. CARON ; *Propr. Intell.*, juill. 2007, p. 324, obs. J.-M. BRUGUIERE.

[322] C. CARON, *Pas d'obligation d'information concernant le droit d'auteur dans un contrat de commande* : art. préc.

contrat de commande pour la publicité[323], ne devrait-elle pas être prise en compte sans que les parties aient à en discuter expressément avant la conclusion du contrat de commande ? La solution est ici contestable, surtout dans la mesure où la transmission de cette information paraît très simple à organiser, par le biais d'une mention apposée sur la facture du contrat de commande par exemple. Dans de nombreux cas, imposer une telle obligation d'information semble pertinent, dans un souci de prévention des conflits ultérieurs.

220. **La preuve de l'existence de l'obligation d'information.** Conformément à l'article 1315 du Code civil, il appartient à celui qui réclame l'exécution de l'obligation d'en prouver l'existence. Il reviendra donc à l'auteur, ou à son exploitant, de prouver l'existence de l'obligation d'information alléguée. Or, il s'agit là d'une démonstration bien compliquée pour un auteur qui est déjà très mal informé de son droit. Celui-ci, dans cette période précontractuelle, agit rarement en justice pour faire respecter ses droits. Cette réticence s'explique notamment par le coût d'une telle démarche individuelle et par la crainte de voir les exploitants lui fermer leur porte, qui est très forte dans le monde de l'édition et de la production audiovisuelle. De plus, ni la jurisprudence, ni la loi ni la doctrine ne permettent de rendre compte et de connaître réellement l'étendue de cette obligation d'information en droit d'auteur. Son existence même est incertaine pour certains contrats, sur lesquels le juge ne s'est pas prononcé. Il y a là un risque d'insécurité juridique, pour celui qui invoque cette obligation mais aussi pour son éventuel débiteur qui ne peut être certain à l'avance de l'existence de l'obligation et du contenu de l'information à transmettre[324]. Il y a surtout un manque d'accessibilité du droit sur ce point, un manque de lisibilité qui explique certainement le faible recours à ce fondement de droit commun.

221. Là serait peut-être l'intérêt de dispositions législatives spécifiques au droit d'auteur qui, sur le modèle du droit de la consommation, pourraient, en renfort du droit commun, prévoir de manière plus casuistique les cas dans lesquels une obligation d'information s'impose, ainsi que l'intensité de cette obligation. Le recours au droit commun serait alors permis pour les cas où la loi n'a rien prévu,

---

[323] L'article L.132-31 du CPI prévoit que « *dans le cas d'une œuvre de commande pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support* »

[324] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE montrent ainsi qu'en droit de la consommation, l'intérêt de prévoir par des dispositions spécifiques des obligations spéciales d'information est entre autre que la jurisprudence fondée sur une obligation plus générale d'information « *comporte, en raison de sa généralité, une marge d'incertitude : les professionnels ne peuvent prévoir à coup sûr le contenu de l'information qu'ils doivent donner* ». J. CALAIS-AULOY et

mais la preuve de l'existence de l'obligation d'information n'aurait pas à être apportée dans les contrats les plus usuels, ce qui rendrait de fait cette obligation visible, lisible.

222. **La preuve de l'exécution de l'obligation d'information.** La preuve de l'inexécution de cette obligation d'information est aujourd'hui facilitée. Originairement, il appartenait à celui qui se prévalait d'un tel manquement de le prouver. La preuve de ce fait négatif était difficile à apporter, notamment compte tenu de la moindre connaissance du créancier justifiant cette obligation. Un revirement de jurisprudence est venu renverser la charge de la preuve de cette exécution[325]. Il appartient désormais au débiteur de l'obligation d'information d'en prouver l'exécution, la délivrance, conformément à l'article 1315 du Code civil. Un écrit permettra alors de faciliter cette démonstration.

223. Prouver l'inexécution d'une obligation légale ou contractuelle d'information n'est cependant par le seul moyen de sanctionner le silence gardé dans la période précontractuelle. Même en l'absence de telles obligations préexistantes, les parties peuvent se voir reprocher ce silence, lorsque celui-ci permet de caractériser leur mauvaise foi ou leur déloyauté dans la négociation du contrat.

### B. L'obligation d'information dictée par le devoir de négocier de bonne foi

224. **Le devoir de transparence impliquant une obligation d'information.** La nécessité de transmettre l'information ne réside pas toujours dans l'affirmation d'une obligation d'information préexistante fondée sur la nature du contrat où la qualité des parties. Le devoir de négocier le contrat de bonne foi fait parfois naître une obligation d'information ou de conseil, de nature extracontractuelle. *« En l'absence d'obligation contractuelle d'informer, le défaut d'information peut être traité par application de la responsabilité civile délictuelle, dès lors qu'il peut être qualifié de fautif. Les juridictions considèrent le degré respectif des connaissances des deux partenaires »*[326]. Compte tenu des circonstances particulières, de la relation créée entre les parties, de la confiance légitime née de cette relation, des attentes exprimées par l'une des parties, de leur comportement, l'on considère parfois qu'une partie aurait dû révéler à l'autre certaines informations, ou aurait dû lui conseiller ou lui déconseiller l'opération contractuelle envisagée, ses modalités. Ne pas l'avoir fait

---

H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n°54, p. 58, préc.

[325] Cette inversion de la charge de la preuve a d'abords été proclamée en matière médicale : Cass. 1re civ., 25 févr.1997 : *Bull. civ.* I, n° 75. Elle a ensuite été généralisée : Cass. 1re civ., 29 avril 1997 : *Bull. civ.* I, n° 132 ; *JCP G.* 1997, IV, 1240.

[326] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français : RIDC*, 1990, n°2, p. 552.

peut constituer une atteinte au devoir de négocier de bonne foi, devoir précontractuel. Le devoir qui imposait dans cette situation précise de révéler certaines informations présente la même nature précontractuelle.

225. **L'autonomie de ce fondement**. « *Aujourd'hui, l'obligation de renseignement existe de façon autonome. Sans doute ne peut-on pas admettre l'existence d'une obligation générale de renseignement dans tous les contrats. Mais le principe de bonne foi commande sa reconnaissance à chaque fois que l'on constate un déséquilibre des connaissances. L'exigence de loyauté dans les relations précontractuelles oblige alors à communiquer à son partenaire toutes les informations dont on dispose qui seraient de nature à éclairer son consentement* »[327]

226. En effet, nous l'avons vu, le devoir de négocier de bonne foi a aujourd'hui gagné son autonomie, et va impliquer certaines obligations et certains devoirs, notamment le devoir de ne pas tromper son partenaire, fût ce en gardant le silence. Ainsi, une Cour d'appel a pu se voir reprocher de ne pas avoir recherché si un employeur *« n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant d'informer »* une société des conséquences probables d'un accident du travail[328]. Le silence était sanctionné ici sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

227. Ainsi, si on ne peut pas proprement parler d'obligation d'information préexistante, le devoir de négocier le contrat de bonne foi implique, dans certains cas, un comportement actif, celui d'informer. Encore une fois, la bonne foi joue un rôle résiduel, lorsque ni la loi ni le contrat ne justifient une telle obligation. Son domaine dépasse largement celui de l'obligation d'information découverte par le juge sur le fondement du contrat. En effet, cette obligation, totalement détachée du contrat, ne sera pas influencée par sa nature. Seule la réalité de la relation entre les parties et leurs compétences respectives devraient permettre de qualifier le manquement à ce devoir. Ce fondement autonome permet ainsi de sanctionner le silence de celui qui n'était pas à l'origine tenu de parler, mais qui a gardé intentionnellement le silence dans le but de tromper son partenaire. Ce fondement permet d'apporter une réponse particulière à certaines situations pour lesquelles il peut paraître dangereux d'imposer une obligation générique.

---

[327] P. JOURDAIN, *Rapport Français, La bonne foi,* Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, éd. Litec, 1992, p. 124.

[328] Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : *D.* 2005, p. 1462, note A. CATHIARD, *Quand la bonne foi trouve un second souffle*.

228. **L'opportunité de ce fondement.** On se souvient de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 avril 2007[329]. Il s'agissait en l'espèce d'un ancien agriculteur devenu manœuvre qui avait été abusé par un agent immobilier dans la vente de sa maison. Celui-ci, qui s'était vu consentir une promesse de vente pour son propre compte, n'était pas tenu de l'obligation de conseil qui aurait été la sienne s'il avait agi en tant qu'agent immobilier. Bien que connaissant la valeur réelle du bien, conscient qu'il l'acquérait à un prix bien inférieur à sa valeur réelle, il n'avait dit mot. Découvrant la valeur réelle de sa maison, le vendeur refusa d'exécuter cette promesse, ce qui amena l'acheteur à en exiger l'exécution en justice. Le vendeur malheureux avait alors tenté de faire valoir la réticence dolosive de l'acheteur afin de voir la promesse de vente annulée, demande à laquelle avaient accédé les juges du fond. Faisant œuvre de cassation, la Haute Cour saisit l'occasion de poser le principe en des termes généraux, entérinant ainsi la solution du célèbre arrêt *« Baldus »*[330] : *«L'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »*. Si certains ont pu se réjouir d'une telle solution, d'autres y ont vu la disparition programmée de l'obligation de contracter de bonne foi, tant les termes utilisés par la Cour, *« ancien agriculteur devenu manœuvre, dont la femme était en incapacité totale de travail »*, renvoyaient à l'idée que l'agent immobilier avait ici abusé de la situation de faiblesse du vendeur. L'arrêt revient, en effet, « *à autoriser un contractant professionnel à ne pas informer délibérément son partenaire profane d'un élément essentiel et déterminant de son consentement, et, donc, à admettre que le contrat puisse être conclu de mauvaise foi »*[331]. Si le consentement a bien été vicié, le lien étroit développé par les juges entre obligation d'information et réticence dolosive semblait impliquer, afin de reconnaître le vice, de reconnaître au préalable l'existence de cette obligation d'information préexistante. On comprend la réticence des juges à consacrer de manière générale une telle obligation à la charge de l'acheteur. En effet, il peut paraître dangereux de décourager la recherche de la bonne affaire, et d'imposer dans tous les contrats de vente une telle obligation d'information de l'acheteur sur la valeur du bien acquis[332].

---

[329] D. MAZEAUD, *Réticence de l'acheteur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite,* note sous Cass. 3ème civ., 17 janvier ou octobre ? 2007 : *D.* 2007, p. 1051.

[330] Cass. 1re civ., 3 mai 2000 : *JCP G*. 2001, II, 10510, note C. JAMIN, préc.

[331] D. MAZEAUD, *Réticence de l'acheteur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite* : art. préc., p. 1051.

[332] En ce sens, voir notamment les propos de B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace, pour un non devoir de renseignement, RTD civ*. 1985.

229. Constater en l'espèce un manquement à l'obligation de négocier le contrat de bonne foi aurait permis de sanctionner ce comportement fautif, sans pour autant reconnaître formellement une obligation d'information générale au profit du vendeur. Les juges du fond étaient allés dans ce sens, constatant le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi. Ils l'avaient cependant constaté afin de qualifier le silence de dolosif. Or selon la Cour de cassation, pour que le silence soit dolosif, il faut qu'il constitue le manquement à une obligation d'information préexistante. La solution aurait peut-être alors été différente si le fondement invoqué avait été l'article 1382, et non l'article 1116. Sanctionner le silence parce qu'il est contraire à l'obligation de contracter de bonne foi aurait alors permis de reprocher à l'acheteur son comportement qualifié de fautif compte tenu des qualités respectives des parties et de leur relation particulière. Sans encourir la nullité du contrat, des dommages et intérêts auraient alors pu être prononcés en réparation du préjudice subi, et compenser le dommage résultant de sa pérennité. On constate ici toute l'utilité d'un tel recours, qui n'était pas l'objet de la demande en l'espèce.

230. Ce fondement aurait également pu être utilement exploité concernant le contrat de commande de photographie, pour lequel la Cour de cassation a renié toute obligation d'information de l'auteur concernant la nécessité de se faire céder les droits d'exploitation. Encore aurait-il fallu prouver la mauvaise foi du photographe ou son manque de diligence contraire à une négociation loyale du contrat, fait qui n'était pas rapporté. Ce fondement peut être utile pour reprocher à l'auteur de n'avoir pas communiqué certaines informations, sans pour autant reconnaître à sa charge une obligation générale d'information. Un exploitant pourrait sur ce fondement se voir reprocher de ne pas avoir informé l'auteur des incertitudes de la conclusion du contrat futur, ou de sa mise en concurrence avec d'autres auteurs lorsque sa mauvaise foi est manifeste. Ce fondement, peu exploité en droit des contrats d'auteur, permettrait pourtant dans de nombreuses situations d'assainir et de moraliser les relations précontractuelles compte tenu des circonstances particulières de la négociation. Sa sanction également, comme nous allons le voir.

### II. LES SANCTIONS DU DEFAUT D'INFORMATION

231. L'obligation d'information préexistante liée à la nature du contrat ou à la qualité des parties et celle révélée *a posteriori* comme découlant de l'obligation légale de négocier de bonne foi souvent se recoupent, et renvoient les parties aux mêmes faits. Si les faits attendus sont parfois identiques, c'est la source de la contrainte qui change. L'obligation de contracter de bonne foi oblige les

contractants à remplir les obligations qui sont les leurs lors de la conclusion du contrat, mais oblige aussi à aller au-delà, en imposant un devoir de transparence en l'absence de toute obligation préexistante. Si les fautes contractuelles et délictuelles se recoupent en partie, c'est également le cas de leur sanction. On se situe aux frontières du contrat, ce qui va fonder la double nature de la sanction. L'abstention pourra alors être envisagée en tant que fait délictuel (***B***), mais aussi en tant que source de remise en cause du contrat ou de fait déclencheur de la responsabilité contractuelle (***A***). Selon les cas, le même fait, ou plutôt la même abstention, pourra être le fait générateur des deux ordres de responsabilité.

### A. Les sanctions du défaut d'information relatives au contrat

232. Le silence gardé par les parties lors de la période précontractuelle peut parfois justifier la remise en cause du contrat, lorsque celui-ci aura abouti à l'expression d'une volonté faussée (***1***). En dehors de l'hypothèse d'un vice du consentement, ce silence s'identifie parfois à une faute contractuelle, justifiant ainsi la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle (***2***).

#### *1. La remise en cause du contrat d'auteur*

233. La remise en cause du contrat d'auteur est parfois la conséquence directe du défaut d'information dans la période précontractuelle. Le dol ou la réticence dolosive sanctionnent directement le silence gardé par l'une des parties au contrat, ayant retenu les informations dans une intention dolosive (***a***). Indépendamment de toute intention dolosive, d'autres vices du consentement, l'erreur et la lésion, permettront à l'auteur de demander l'annulation du contrat car le manque d'information dans la période précontractuelle a conduit à l'expression d'un consentement non éclairé (***b***). L'action n'est pas alors envisagée comme une sanction du silence mais comme « un droit de critique de l'acte » conclu. Il convient cependant de l'envisager.

##### a. Le dol entrainant la remise en cause du contrat d'auteur

234. **L'admission tardive de la réticence dolosive.** On a longtemps considéré qu'une manœuvre, fait positif, était nécessaire à la démonstration d'un dol[333]. En effet, il est encore exact aujourd'hui que *« le dol dans la formation du contrat est la manifestation privilégiée de la malhonnêteté*

---

**333** Un arrêt du 17 février 1874 affirmait par exemple que « *la simple réticence est par elle même insuffisante pour constituer un dol » :* Req. 17 févr. 1874 : *S.* 1874, 1, 248 ; En ce sens également : Cass. 1re civ., 30 mai 1927 : *S*, 1928, 1, 105, note A. BRETON.

*précontractuelle »*[334]. Par le biais du dol, on a en premier lieu sanctionné l'information révélée mais inexacte, information volontairement biaisée ayant pour objectif de tromper son partenaire pour l'obliger à contracter. Une information inexacte peut justifier la remise en cause du contrat d'auteur si le consentement au contrat a réellement été vicié, et si l'intention dolosive de l'auteur ou de l'exploitant est prouvée. Ce n'est que tardivement qu'a été admise la notion de réticence dolosive. C'est alors le silence qui est sanctionné. Critiquée au départ par la doctrine, cette notion de réticence dolosive a été largement consacrée par la jurisprudence. *« Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »*[335]. On reproche à une partie de n'avoir pas révélé une information qui était pourtant essentielle pour l'autre, au point d'avoir vicié son consentement.

235. **Le lien tissé entre obligation d'information et réticence dolosive.** Obligation d'information et réticence dolosive ont à partir de là entretenu d'étroites relations. *« De l'admission d'un dol par simple réticence, il était aisé d'induire l'existence d'une obligation d'informer loyalement le cocontractant »*[336]. La réticence dolosive a longtemps été la seule sanction possible du défaut d'information dans la période précontractuelle. Cette dépendance peut surprendre, car l'intérêt d'une obligation d'information *a priori* est justement de pallier les conséquences d'une sanction qui ne purge le contrat de ses vices qu*'a posteriori*. Cette nécessité d'informer son partenaire n'était alors vue qu'à travers ses conséquences sur le contrat. Sa sanction impliquait donc la démonstration d'une intention dolosive, ainsi que d'une véritable altération du consentement.

236. **Le silence déloyal entrainant nécessairement un dol.** La jurisprudence a ensuite eu tendance à consacrer l'annulation du contrat dès lors qu'était constatée la mauvaise foi dans la conclusion du contrat, le fait qu'une partie ait intentionnellement gardé le silence, sans même rechercher si le consentement avait réellement été vicié. La jurisprudence a ainsi lié leur destin et on a pu lire sous la plume des juges de la Cour de cassation que *« manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence, la banque, qui sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager »*[337]. Ce

---

[334] P. JOURDAIN, *La bonne foi, Rapport français*, Travaux de l'association Henry Capitant, art. préc., p. 123.

[335] Cass. 3ème civ., 2 oct. 1974 : *GAJC*, 11ème éd., n°150.

[336] P. JOURDAIN, *La bonne foi, Rapport français,* Travaux de l'association Henry Capitant, art préc., p. 123.

[337] Cass. 1re civ., 10 mai 1989 : *JCP G*, 1989, 21363, note D. LEGEAIS.

détournement des vices du consentement était critiquable dans la mesure où la nullité du contrat n'est par principe pas une sanction mais un droit de critique de l'acte[338] pour lequel une des conditions de validité fait défaut. La nullité du contrat fondée sur les vices du consentement doit se fonder sur la réalité du vice. Or, si tout dol constitue une faute, toute faute n'entraine pas nécessairement un dol.

237. **Le silence déloyal entrainant potentiellement un dol.** La jurisprudence s'est ensuite opportunément rattachée aux conditions classiques du dol, exigeant outre le silence que soit prouvée l'intention dolosive ainsi que l'altération déterminante du consentement. Ainsi, la Cour de cassation a pu affirmer que *« le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci »*[339].

238. **L'exigence d'une obligation préexistante pour qualifier le dol.** Les liens entre réticence dolosive et obligation d'information sont ténus et complexes. Bien que la notion d'obligation d'information ait été consacrée indépendamment de celle de réticence dolosive, les juges semblent ne consacrer de réticence dolosive aujourd'hui qu'en cas de manquement à une obligation d'information préexistante. Ainsi, si ce manquement n'est plus une condition suffisante de la démonstration d'un dol par abstention, l'existence de l'obligation d'information en constitue le préalable nécessaire. On le constate notamment avec les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 mai 2000[340] et du 17 octobre 2007[341], qui ont tous deux renié toute réticence dolosive de l'acheteur au motif qu'aucune obligation d'information sur la valeur du bien acquis ne pesait sur lui. Seuls les cas où l'on reconnait que l'auteur ou son exploitant sont tenus par une obligation d'information préexistante pourraient ainsi, en cas de manquement à cette obligation, justifier l'annulation du contrat d'auteur pour réticence dolosive en l'état actuel de la jurisprudence, d'où l'intérêt de concevoir de manière large l'existence d'une telle obligation d'information dans la préparation du contrat d'auteur. À supposer l'existence de cette obligation démontrée et le constat de son

---

[338] R. JAPIOT : « *La nullité n'est point une manière d'être de l'acte, mais un droit de critique dirigé contre les conséquences de l'acte* », cité par J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris II, 1978, p.219.

[339] Cass. com., 28 juin 2005 : *RTD civ*. 2005, p. 591.

[340] Cass. 1re civ., 3 mai 2000, *« arrêt Baldus »* : note C. JAMIN, préc.

[341] Cass. 1re civ., 17 oct. 2007 : *D.* 2007, p. 1051. La solution de cet arrêt ajoute à celui précité de 2000 la précision selon laquelle la qualité professionnelle de l'acheteur n'y change rien, celui-ci n'est pas tenu d'une obligation d'information sur la valeur du bien acquis.

inexécution apporté[342], il faudra en outre prouver l'intention dolosive du partenaire peu bavard ainsi que la réalité de ses conséquences sur le consentement au contrat.

239. **Les diverses hypothèses de dol viciant le contrat d'auteur**. La délivrance d'une information défectueuse, erronée, peut justifier l'annulation du contrat d'auteur. Les hypothèses sont nombreuses, il peut s'agir d'un *« producteur impécunieux faisant croire qu'il pourra faire réaliser le film »*, qui *« s'est fait céder les droits d'adaptation, alors que les banques sont sur le point de faire ouvrir une sauvegarde ou un redressement judiciaire »*[343], d'un éditeur qui fournirait volontairement des estimations trop ambitieuses sur les bénéfices envisageables d'une exploitation en négociation, ou encore sur l'environnement de l'opération économique dans son ensemble, d'un éditeur qui mentirait sur la mise en concurrence de l'auteur à qui l'on a passé commande en vue d'une exploitation particulière en lui faisant croire que sa future exploitation était certaine. A également été condamné le producteur ayant *« dissimulé des informations de grande importance à l'auteur, auquel il demandait une prorogation de la cession de ses droits »* quant à l'appréciation des recettes attendues de l'exploitation de l'œuvre, le silence constituant ainsi un dol par réticence[344]. Il faut cependant que l'information n'ait pas été évidente[345], limite classique qu'apporte l'obligation de se renseigner à l'obligation de renseigner. Peut constituer un dol par réticence le silence gardé par l'éditeur sur le fait qu'il ne dispose pas des moyens de reproduction nécessaires à l'exploitation de l'œuvre. L'obligation d'information qui est la sienne devrait dans ce cas le pousser à révéler cette information à l'auteur avant la conclusion du contrat. C'est également le cas du producteur qui se fait céder les droits d'adaptation de l'œuvre alors qu'il sait pertinemment que son projet a peu de chances de voir le jour. Une telle information ne dissuaderait peut être pas l'auteur de lui céder les droits, mais le pousserait à circonscrire plus strictement dans le temps leur cession, afin de ne pas bloquer

---

[342] Rappelons qu'il appartient au débiteur d'une obligation d'information de prouver qu'il l'a bien exécutée, voir supra…

[343] Cette hypothèse est envisagée par P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°462, p. 502.

[344] TGI Paris, 2 juin 1988 *« Grandes gueules »* : *RIDA*, janv. 1989, p. 194.

[345] TGI Paris, 23 févr. 1994 : *D.* 1994, somm. p. 283. Dans cette affaire, les juges du fond ont refusé de qualifier la réticence dolosive dont se disaient victimes les fils héritiers de Claude François, à l'occasion de la cession de leurs parts sociales de la société détentrice des droits de distribution exclusive des œuvres du chanteur. En effet, ils soutenaient que le gérant de cette société leur avait volontairement caché l'espoir plus que probable de voir les bénéfices de cette société augmenter dans un avenir proche. Rejetant leur demande en nullité de la cession de ces parts sociales, les juges ont considéré que *« le dixième anniversaire de la mort de Claude François rendait prévisible une recrudescence des ventes de phonogrammes du chanteur mythique et, donc, le retour à une situation plus saine de la Sté Créations »*. Les héritiers auraient donc du s'informer de l'évolution probable de la situation financière de la société.

trop longtemps l'exploitation de son œuvre. Or, outre le dol principal, le dol incident[346] est aujourd'hui admis par la jurisprudence comme cause d'annulation du contrat. Ainsi, même s'il apparaît que l'auteur aurait, s'il avait eu l'information, persisté dans sa volonté de contracter mais à des conditions différentes, l'annulation du contrat est envisageable[347]. L'auteur n'est pas en reste. Son mensonge pourrait souvent justifier la remise en cause du contrat[348]. Il peut avoir menti sur l'avancement de son travail, sur la conception des suites envisagées de l'œuvre dont l'exploitation est négociée, sur la disponibilité des droits à céder sur laquelle nous reviendrons, sur son implication pour la promotion de l'œuvre, *etc.* Au-delà de ces quelques illustrations les hypothèses sont nombreuses**.** Conformément à la position actuelle de la jurisprudence, il faudra cependant admettre, afin de qualifier le dol, qu'une obligation d'information préexistante existait à la charge de l'auteur ou de l'exploitant de son œuvre, ce qui, nous l'avons vu, n'est pas une évidence.

240. En ce qui concerne les contrats d'auteur, les cas de dol par réticence restent rares en jurisprudence alors même que l'on connait très bien en pratique les déceptions que peuvent connaître certains artistes s'étant fait « promettre la lune et n'ayant finalement touché qu'un caillou ». Les incertitudes quant à la reconnaissance d'une obligation d'information dans ce domaine n'y sont certainement pas étrangères.

b. Les autres vices du consentement causés par le défaut d'information

241. **L'erreur, conséquence possible du défaut d'information.** L'erreur provoquée par le dol n'est pas la seule hypothèse dans laquelle le défaut d'information dans la période précontractuelle peut justifier la remise en cause du contrat d'auteur. L'erreur spontanée peut elle aussi être la conséquence d'un défaut d'information dans la période précontractuelle. Ce fondement sera parfois

---

[346] La distinction entre dol principal et dol incident tient au caractère déterminant de l'erreur provoquée par le dol. Le dol est dit principal lorsque, sans celui-ci, la victime n'aurait pas contracté. Il est incident lorsque, sans lui, la victime aurait tout de même donné son consentement mais à des conditions différentes.

[347] Cass. 3ème civ., 22 juin 2005 : *Bull. civ.* III, n°135. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve la Cour d'appel, *« qui a souverainement retenu que ces éléments étaient déterminants pour l'acquéreur qui devait être mis à même d'apprécier la rentabilité d'une opération et aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation exacte (de l'immeuble). Celle-ci « en a exactement déduit que les réticences dolosives imputables à la société X entrainaient la nullité de la vente ».*

[348] CA Versailles, 15 mars 1988 : *D.* 1989, somm. 51, obs. C. COLOMBET ; *RTD civ.* 1989, p. 295, obs. J. MESTRE. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Versailles à qualifié le dol de l'auteur qui, à l'occasion de la conclusion d'un contrat d'édition portant sur un livre intitulé « *j'ai rencontré Mengele* » destiné à rapporter une interview de ce médecin d'Auschwitz, a affirmé avoir interviewé celui-ci alors qu'il s'est avéré plus tard qu'il ne l'avait jamais rencontré.

plus accueillant, dans la mesure où la caractérisation de l'erreur ne suppose pas la démonstration d'une obligation d'information préexistante.

242. L'ignorance d'une information dans la période précontractuelle peut entrainer l'erreur dans la production du consentement. Cette erreur peut dans certains cas justifier l'annulation du contrat, alors même que le silence n'a pas été gardé dans une intention dolosive. Comme le prévoit l'article 1109 du Code civil, *« il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol »*. Seule la réalité du vice est prise en compte, il ne s'agit pas de la sanction du silence gardé mais d'une régularisation de ses conséquences. La bonne foi joue encore ici un rôle important car celui qui invoque l'erreur doit être de bonne foi, et son ignorance doit être légitime. La mauvaise foi du demandeur peut ainsi faire obstacle à l'action. Elle peut également faire échec aux conséquences de celle-ci, ce qu'illustre le célèbre adage *« Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*[349], et ainsi le priver des restitutions découlant de la nullité du contrat. La bonne foi joue à bien des égards un rôle décisif dans cette période précontractuelle.

243. Pour être une cause de nullité de la convention, l'erreur doit porter sur la substance de la chose[350], envisagée largement par la jurisprudence et la doctrine comme étendue à sa qualité substantielle. L'erreur de droit peut ainsi également justifier la remise en cause du contrat[351]. Monsieur Gautier envisage ainsi certaines hypothèses d'erreur pouvant justifier l'annulation du

---

[349] L'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », est traduit comme le principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

[350] L'article 1110 du Code civil prévoit en effet que « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ».

[351] CA Paris, 31 mars 1999 : *CCE.*, janv. 2000, p. 17, note C. CARON. Dans cette affaire, une société s'était fait céder les droits d'exploitation cinématographiques, vidéos et télévisuels d'extraits d'émissions de France 2, afin d'intégrer ces extraits dans un film. Réalisant bien plus tard que cette utilisation aurait pu entrer dans le cadre de l'exception de courte citation, lui dispensant, sous réserve du respect des conditions de celle-ci, de se faire céder les droits et donc d'en payer le prix, la société faisait valoir l'absence de cause du paiement des droits d'exploitation, ainsi que l'erreur sur les qualités substantielles de la chose dont elle était victime. La Cour d'appel de Paris, confirmant le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 22 octobre 1996, débouta la société de sa demande, en précisant que celle-ci aurait pu faire valoir l'erreur de droit qui avait été la sienne, puisque *« il y a erreur sur la substance notamment quand le consentement de l'une des parties a été déterminé par l'idée fausse que cette partie avait de l'existence de ses droits »*. La Cour d'appel refuse cependant de caractériser cette erreur de droit en l'espèce, car l'utilisation des extraits n'entrait finalement pas dans le cadre strict de l'exception de courte citation défini par l'article L 211-3 du CPI, puisque la condition d'une identification possible de la source des extraits n'était pas respectée, et que le spectateur ne pouvait distinguer l'œuvre citée de l'œuvre citante.

contrat d'auteur[352]. Peut avoir donné son consentement sous l'emprise d'une croyance erronée l'auteur se méprenant sur l'étendue de sa propre prestation ou plus généralement sur les conséquences juridiques de son acte. C'est également le cas de l'auteur qui se croyait à tort tenu par un pacte de préférence. Dans la plupart des hypothèses, une bonne information précontractuelle permettrait d'éclairer *l'errans*, et ainsi d'éviter une remise en cause du contrat *a posteriori*. Il convient cependant de préciser que l'erreur sur la « valeur » d'un artiste ne saurait, conformément au droit commun, être admise pour se dégager du contrat[353]. L'admission de la révision du contrat pour lésion a pour objet d'assurer ce rôle-là.

244. **L'admission de la rescision pour lésion en droit d'auteur.** L'action en rescision pour lésion permet dans certains cas de sortir d'une relation contractuelle déséquilibrée, et de réparer ainsi les conséquences de l'ignorance par le vendeur de la valeur du bien cédé. Encore une fois, ce mécanisme de droit commun peut permettre à l'auteur de se dégager d'une relation dans laquelle il ne se serait pas engagé s'il avait disposé de toutes les informations pertinentes dès le départ.

245. Le droit commun des contrats n'admet pas l'action en rescision pour lésion de manière large, mais prévoit expressément les hypothèses dans lesquelles une telle action est envisageable. L'article 1118 du Code civil dispose en effet que *« la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes »*. Ainsi, le « nouveau majeur » pourra toujours agir en rescision pour lésion pour les actes qu'il a conclus lors de sa minorité, sous réserve de ne pas dépasser le délai de prescription, et ce quelle que soit la nature du contrat : *« La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur émancipé, contre toutes sortes de conventions »*[354]. Ce sera également le cas du majeur incapable[355]. Indépendamment de la qualité des parties, seul le contrat de vente d'un immeuble[356] peut faire l'objet d'une action en rescision pour lésion.

246. Le droit d'auteur a admis cette action de manière plus générale. L'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet que : *« En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque*

---

[352] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., n°462, p. 501.

[353] TGI Paris, 23 févr. 1994 : *D*. 94 somm. p. 283, obs. T. HASSLER - TGI Paris, 2 juin 1988 : *RIDA*, janv. 1989, p.194, préc.

[354] Article 1305 du Code civil.

[355] Cette mesure de protection est prévue aux articles 435, 465 et 488 du Code civil.

[356] L'article 1674 du Code civil prévoit que : « *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value* ».

*l'auteur aura subi un préjudice de plus des sept douzièmes, dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat »*. Si cette possibilité est ouverte à tous les contrats d'auteur, l'article précise cependant que *« cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire »*. Or, la plupart des contrats d'auteur prévoient une rémunération proportionnelle, qui reste le principe en droit d'auteur[357]. L'action en rescision pour lésion constitue donc parfois une issue de secours pour l'auteur, mais son application reste cantonnée à une partie minoritaire des contrats d'auteur. Fermer cette action aux contrats à rémunération proportionnelle le prive d'une grande part de son intérêt. On peut cependant penser, en cas de rémunération proportionnelle qui se révèlerait clairement dérisoire, que le contrat d'auteur conclu par un mineur ou par un majeur protégé pourra ouvrir droit à une action en rescision pour lésion en vertu du droit commun.

247. Indépendamment de ces hypothèses de remise en cause du contrat d'auteur, l'inexécution d'une obligation d'information, lorsque celle-ci présente une nature contractuelle, peut engager la responsabilité contractuelle de son débiteur. Cette inexécution peut parfois revêtir la forme d'une action en garantie des vices cachés, ou d'une action en non-conformité de la délivrance. En droit d'auteur, cette inexécution pourra être sanctionnée par l'appel en garantie de l'auteur, par la responsabilité contractuelle classique de son exploitant ou encore par la demande de résolution du contrat.

*2. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle*

248. **Les sanctions contractuelles envisageables :** Si l'on admet que l'obligation d'information présente parfois une nature contractuelle, toutes les conséquences classiques du manquement à une obligation contractuelle sont alors envisageables. Ainsi, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, *« le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »*. La mise en œuvre de cette responsabilité contractuelle peut justifier l'octroi de dommages et intérêts au créancier de l'obligation, quel qu'il soit. L'action étant

---

[357] L'article L. 131-4 du CPI prévoit 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* ».

contractuelle, la réparation du dommage sera limitée aux prévisions du contrat *« le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée »*[358]. La non révélation d'une information précontractuelle confinant souvent au dol ou à la faute lourde, dans de nombreux cas cette limitation du dommage réparable pourra cependant être écartée.

249. **L'action en résolution du contrat.** Dans l'hypothèse d'un contrat à exécution successive, comme peut l'être par exemple le pacte de préférence dans le contrat d'édition règlementé par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui peut porter sur plusieurs œuvres futures, nous pouvons également envisager une action en résolution du contrat, *« qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement »*[359]. L'exploitant ayant manqué à son obligation d'information peut voir sa responsabilité engagée sur ce terrain-là. Les contrats d'édition conclus en exécution de ce pacte pourraient alors être remis en cause.

250. **L'action en résiliation du contrat.** Le manquement à l'obligation d'information peut également entrainer la résiliation du contrat. A ainsi été prononcée la résiliation d'un contrat à compte d'auteur au motif que l'éditeur n'avait pas conseillé à l'auteur de corriger les fautes d'orthographe demeurant dans son manuscrit une fois les corrections apportées à l'auteur. Même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'un contrat d'auteur, la solution est intéressante. L'éditeur aurait dû informer l'auteur, et transmettre en ce sens ces instructions à l'imprimeur. *« compte tenu du devoir de conseil mis à la charge de tout éditeur à l'égard des auteurs, et surtout des auteurs amateurs, il lui appartient, même dans le cadre d'un contrat à compte d'auteur, d'en aviser expressément l'auteur en lui indiquant la nécessité d'un travail serré de « rewriting » et en lui offrant éventuellement l'aide d'un spécialiste, et de renouveler expressément ses réserves lors de la conclusion du contrat, au lieu de lui demander de confirmer que le manuscrit est bon pour l'impression »*[360]. Le défaut de conseil et d'information participe ici de la faute grave ayant conduit à

---

[358] Article 1150 du Code civil.

[359] L'article 1184 du Code civil prévoit que « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé un délai selon les circonstances* ».

[360] CA Paris, 4 févr. 1988 : *D*. 1989, somm. p. 49.

la résiliation du contrat. La sanction est de nature contractuelle alors même que l'information devait être délivrée avant la conclusion du contrat.

251. **L'action en garantie exercée contre l'auteur :** Lorsque c'est l'auteur qui a manqué à son obligation d'information, la mise en œuvre de sa responsabilité prendra souvent la forme d'un appel à la garantie qu'il doit à son exploitant. Dans le contrat d'édition notamment, l'auteur doit *« garantir l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé »*[361]. À ce titre, l'auteur ne doit céder que les droits dont il est encore titulaire, les droits qui lui sont disponibles. L'auteur qui a menti sur cette disponibilité ou qui a « omis » d'en parler à son éditeur pourra voir sa responsabilité mise en œuvre. Lorsqu'il est contacté par un second éditeur au sujet d'une œuvre dont il a déjà cédé les droits, il est tenu de refuser l'offre qui lui est faite. Dans le cas contraire, l'auteur devra répondre de ses actes auprès de son premier cessionnaire pour qui il se doit d'assurer *« une jouissance paisible des droits »,* mais pourra également être condamné au terme de la garantie qu'il doit au second. L'auteur se doit de ne céder qu'une seule fois les droits sur son œuvre, ce qui implique qu'il révèle à son partenaire de négociation les informations concernant la disponibilité de ses droits d'auteur.

252. En effet, si l'on observe l'application faite par la jurisprudence de ces dispositions, on peut découvrir qu'à la base de cette garantie, il existe une obligation d'information de l'auteur dont celle-ci constitue, à côté de la réticence dolosive, la sanction. *« Le fait pour un éditeur de traiter ainsi en connaissance de cause sur une seconde cession constitue une faute l'obligeant à réparer le dommage subi par le premier cessionnaire »*[362]. Nous pouvons déduire de cette application de l'article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle que le fait d'informer le partenaire des éventuelles cessions déjà intervenues constitue une obligation de l'auteur, dont le manquement fera peser sur lui la charge de la responsabilité envers son premier cessionnaire.

253. Il en est de même en dehors du contrat d'édition. Une fois de plus, le droit commun va prendre le relais du droit d'auteur. Comme le montre Monsieur Gautier[363], bien que concernant particulièrement la vente, les articles 1626 et 1628 du Code civil peuvent ici trouver vocation à s'appliquer. L'article 1626 prévoit que : *« Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans*

---

[361] Article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle.

[362] CA Anger, 3 mai 1950 : *D.* 1950, p. 584.

[363] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°568, p. 614.

*la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente »*. Quant à l'article 1628, il dispose que : *« Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garanti, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle »*. Pour toute cession parallèle, l'auteur engage ainsi sa responsabilité pour avoir d'une part perturbé la jouissance paisible des droits du premier cessionnaire, mais aussi, indépendamment de cela, pour n'avoir pas révélé au deuxième exploitant l'état de la chaine des droits sur l'œuvre, cette abstention pouvant conduire celui-ci à un acte de contrefaçon. Le silence de l'auteur ne dédouane pas pour autant automatiquement l'exploitant de toute responsabilité. En tant que professionnel, il est tenu d'une obligation de se renseigner, et ne peut légitimement faire une confiance aveugle aux dires de l'auteur[364].

### B. La sanction délictuelle du défaut d'information

254. **La sanction du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi.** Lorsque le devoir d'information ne trouve pas sa source dans une obligation contractuelle ou légale spécifique mais qu'elle s'induit de l'obligation plus générale de contracter de bonne foi, sa sanction commande la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Ainsi, *« en l'absence d'obligation contractuelle d'informer, le défaut d'information peut être traité par application de la responsabilité délictuelle »*[365]. Nous avons pu constater l'autonomie qu'avait acquise la sanction de l'obligation de contracter de bonne foi vis-à-vis des vices du consentement. Garder le silence de mauvaise foi est une faute délictuelle qui peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ne pas prendre toutes les diligences requises dans la conclusion du contrat confine à la déloyauté, et ainsi même le silence gardé de manière non intentionnelle peut parfois justifier que l'on actionne cette responsabilité, sur le fondement de l'article 1383 du Code civil. C'est ici la psychologie et le comportement des parties qu'il va falloir étudier, et non les conséquences que le silence gardé a pu avoir sur le contrat[366]. Ce comportement sera apprécié au regard de la norme de comportement attendu au vu des bons usages de la vie en société, et de la confiance suscitée chez le partenaire qui en est victime. Si la preuve est apportée que le silence s'éloigne de ce comportement, le manquement

---

[364] TGI Paris, 19 janv. 2000 : *Légipresse*, 2000, I, p. 56. : « *Si le contrat d'édition comporte une clause aux termes de laquelle l'auteur déclare que son œuvre ne comporte aucun emprunt susceptible d'engager la responsabilité de l'éditeur, il n'en demeure pas moins que celui-ci ne saurait se dégager de la responsabilité propre qui pèse sur lui comme professionnel, en présence d'un plagiat d'une particulière importance* »

[365] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français* : art. préc., p. 552.

[366] Ces conséquences seront sondées afin de déterminer le préjudice réparable.

à l'obligation de contracter de bonne foi est par là même démontré, et va ainsi constituer le fait générateur de cette responsabilité. Lorsque ce fait générateur aura directement causé un dommage, il obligera *« celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Lorsque le vice ne pourra être établi, la faute pourra être sanctionnée sur ce terrain-là, de même que lorsque le contrat ne sera finalement pas conclu car l'un des partenaires ne disposait pas de toutes les informations nécessaires pour pouvoir apprécier l'intérêt qu'il pouvait retirer du contrat envisagé.

255. Au-delà de son rôle protecteur du consentement, la bonne foi va ici plus loin en imposant un comportement loyal actif. Si cette sanction a un domaine plus vaste que celui des vices du consentement, les fautes se recoupent puisque introduire dans le contrat un vice du consentement est en soi une faute délictuelle.

256. **La sanction délictuelle du manquement à l'obligation légale ou contractuelle d'information.** Si l'inverse n'est pas vrai, tout manquement à une obligation contractuelle ou légale d'information constitue par là même une faute délictuelle. Le manquement à une obligation légale en est une en soi, le manquement à une obligation contractuelle d'information ayant conduit à vicier le contrat en sera une aussi car *« l'introduction dans le contrat d'une cause de nullité est une faute qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur »*[367]. La faute précontractuelle est-elle constituée à la fois du manquement contractuel à l'obligation d'information, et du manquement au devoir de loyauté constitué par le silence. Une action délictuelle sera donc toujours envisageable[368].

257. Ainsi, si la sanction d'un vice du consentement est par principe la nullité du contrat, le consentement étant une condition de validité de celui-ci, le demandeur peut choisir de le conserver intact en demandant des dommages et intérêts afin de compenser le préjudice subi. Par ailleurs, en cas d'annulation du contrat, lorsque celle-ci est due à une faute précontractuelle, le préjudice causé par cette remise en cause du contrat pourra être réparé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, parallèlement à l'action relative aux vices du consentement[369].

---

[367] J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle : RTD civ*. 1974, p. 65.

[368] L'action délictuelle est toujours envisageable, à condition de pouvoir prouver, de manière classique, la réalité de cette faute, et le préjudice qui y est directement lié, conformément aux prescriptions de l'article 1382 du Code civil.

[369] En effet, *« une action en réparation pour faute précontractuelle dommageable a toujours été admise en accompagnement des actions en annulation de contrats dont un vice du consentement a affecté la conclusion »* J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n°38, p. 49. Ainsi, le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice

258. **Conclusion.** Que l'on envisage les fondements ou les sanctions du défaut d'information dans la période précontractuelle, le droit commun met ainsi à la disposition des auteurs et de leurs exploitants de nombreux outils permettant de répondre efficacement au besoin d'information existant dans la période précontractuelle, le formalisme informatif se révélant dans de nombreux cas insuffisant. Les juges ont révélé dans certains contrats d'auteur une obligation contractuelle d'information et, à défaut, la réticence précontractuelle peut être sanctionnée par la responsabilité délictuelle lorsqu'elle constitue une faute précontractuelle plus générale, le manquement au devoir de transparence. Si ces outils et mécanismes apparaissent aujourd'hui sous exploités, ils sont pourtant théoriquement efficaces pour imposer une véritable information de l'auteur et de son cocontractant dans la période précontractuelle.

## *Section 2. Le devoir de ne pas divulguer les révélations précontractuelles*

259. **Le besoin de protection des révélations précontractuelles**. La négociation de la cession de ses droits s'avère être une épreuve particulièrement délicate pour l'auteur. Il doit veiller à ne pas en dire trop, ni trop peu. Parfois tenu d'une obligation d'information, il se voit contraint de révéler certains éléments relatifs à son projet ou à son œuvre. Même en l'absence d'une telle obligation, il doit vendre sa création, la dévoiler suffisamment pour séduire, charmer son cocontractant, le convaincre du potentiel de son exploitation. Il devra bien souvent communiquer un plan, un manuscrit, une maquette, un synopsis, dévoiler le fruit de son travail, fruit d'un investissement intellectuel, financier, temporel. En se livrant ainsi, il prend un risque important. La protection de l'information ainsi transmise apparaît alors indispensable à une approche sereine des négociations. Il peut paraître curieux de traiter des œuvres et des idées en terme « d'informations précontractuelles » révélées. Pourtant, *« les inventions, les œuvres littéraires et artistique, les dessins, les modèles, les logiciels sont protégés non pas au titre de supports tangibles par lesquels ils sont véhiculés, mais plutôt en tant que structures cristallisées d'information – intangibles- quel que soit leur support. Tous les droits de propriété intellectuelle protègent des formes particulières d'information »*[370]. C'est cette information que nous allons appréhender.

---

qu'elle a subi : Cass. 1re civ., 4 févr. 1975 : *Bull civ*. I, n°43. – Cass. com., 15 janv. 2002 : *Dt et patr*. avr. 2002, p. 92, note F. CHABAS.

[370] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, p. 266.

260. **L'hypothèse marginale de la conclusion d'un contrat de confidentialité**. Les parties peuvent se garantir cette protection par le contrat, et s'assurer ainsi contre les risques pris en révélant l'idée ou l'œuvre à leur partenaire. La conclusion d'un contrat de confidentialité[371], de discrétion ou de révélation dans cette période de négociation embrasse ainsi cette finalité. Ces contrats de négociation ont pour objet de créer à la charge des parties à la négociation une obligation de ne pas divulguer les informations qui leur ont été révélées au cours des pourparlers, ainsi qu'une obligation de ne pas les exploiter lorsque le contrat n'est finalement pas conclu. Très fréquents en matière de négociation d'un savoir-faire[372] ou d'exploitation d'un brevet, les contrats de confidentialité demeurent rares en droit d'auteur, même s'ils se développent ces dernières années, particulièrement en matière de négociation de droits concernant les jeux vidéo, ou de droits sur les œuvres des « arts appliqués ». Lorsque l'auteur n'est pas en position de force dans la négociation, et il est difficile pour lui de demander la signature d'un tel contrat avant même d'avoir exposé son projet, son idée ou son œuvre. Il n'y pensera d'ailleurs pas toujours. La protection contractuelle des révélations précontractuelles serait pourtant efficace, et ménagerait l'auteur dans l'attribution de la charge de la preuve. En l'absence d'un tel contrat, l'auteur s'expose en exposant son œuvre au danger d'une reprise injustifiée de celle-ci. Face à ce risque, toute révélation précontractuelle ne présente cependant pas les mêmes dangers.

261. **La recherche d'une protection.** Une distinction devra être opérée entre la négociation d'une idée, d'un concept, d'un projet, et celle d'une œuvre achevée ou suffisamment avancée qui bénéficiera de la protection du droit d'auteur. Si les révélations précontractuelles sont parfois protégées par le droit d'auteur car cristallisées dans une forme sensible et originale, ce ne sera pas toujours le cas puisque le droit d'auteur ne permet pas l'appropriation des idées, ni la réservation de celles étant à l'origine de l'œuvre protégée (***Paragraphe 1***). Il faudra alors se tourner vers le droit commun qui, sans organiser une véritable réservation des révélations précontractuelles, pourra parfois les protéger (***Paragraphe 2***).

---

[371] V. DUHAUT, *Les conventions de confidentialité*, Thèse, Nice-Sophia Antipolis, 2005 ; M. VIVANT, *Les clauses de secret, in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, 1990, p. 101 et s ; J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOUL, *Violation de la confidentialité des négociations : LPA*, 4 avr. 1990.

[372] M. MALAURIE-VIGNAL, *La protection des informations privilégiées et du savoir faire* : *Dalloz*, 1997, chron. p. 207 ; R. FABRE, *Le know How, sa réservation en droit commun*, préf. J.-M. MOUSSERON, Librairies Techniques, 1976.

**Paragraphe 1. Les révélations précontractuelles insuffisamment protégées par le droit d'auteur**

262. L'auteur qui, conscient ou non que son idée ou son œuvre n'est pas protégeable, va livrer sans filets les résultats de son travail intellectuel en vue d'en négocier l'exploitation, ne se voit accorder aucune protection par le droit d'auteur (***I***). L'on pourrait croire, *a contrario*, que celui qui dévoile une œuvre réservée par le droit d'auteur bénéficie d'une protection efficace. Or, le droit d'auteur, dans de nombreuses situations, se révèle malgré tout insuffisant à assurer une véritable protection des informations concernant l'œuvre, révélées à l'occasion des pourparlers (***II***).

I. L'IMPOSSIBLE RESERVATION DES IDEES DEVOILEES A L'OCCASION DES POURPARLERS

263. **L'exclusion des idées du champ de protection du droit d'auteur.** Si l'auteur négocie bien souvent les droits d'exploitation d'une œuvre finie, façonnée, la définition restrictive de celle-ci exclue toutes les idées qui ne remplissent pas les conditions requises par le Code de la propriété intellectuelle. Pour qu'une œuvre entre sous le joug de sa protection, et fasse ainsi l'objet d'une propriété privative au bénéfice de son « auteur », celle-ci doit être originale, mais aussi suffisamment mise en forme[373], emprunter une forme perceptible aux sens. Renvoyant à la formule classique selon laquelle « *les idées sont de libre parcours* »[374], on dénie à l'idée toute possibilité d'appropriation privative. *« La pensée en elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre ».* [375] Ainsi, le droit d'auteur ne protège ni les idées ni les concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés, la jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de l'affirmer, en faisant *« un véritable*

---

[373] Le Code de la propriété intellectuelle ne vise pas expressément cette obligation de mise en forme en tant que telle, ce qui a pu donner lieu à quelques controverses doctrinales. L'article L. 112-1 du CPI prévoit la protection des droits des auteurs *« sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »*. Quelle qu'en soit la forme d'expression…Il faut donc une mise en forme pour que l'idée accède au statut d'œuvre protégeable, ce que la jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de confirmer.

Cass. com., 29 nov. 1960 : *Bull. civ*. IV, n°389 ; *GP*, 1961.1.152 ; *RIDA*, avr. 1961, p. 78; *RTD com.* 1961, p. 607, obs. H. DESBOIS : Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a pour la première fois posé ce principe en des termes clairs et généraux : *«Une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative »*. La jurisprudence est constante sur ce point : Cass. 1re civ., 17 juin 2003 : *Bull. civ*. I, 2003, n°148, p. 116 ; *CCE*, 2003, comm. n°80, p. 22, obs. C. CARON *; PI*, 2003, p. 293 : *« La propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés »*. Voir également sur ce sujet : R. LINDON, *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation* : *JCP G*. 1970, I, 2295.

[374] « *Quelle qu'en soit l'ingéniosité et même si elles sont marquées au coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peut être contrariée par les servitudes inhérentes aux droits d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours* », H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd., 1978, p. 22.

[375] E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Paris, 1908, p. 45.

*principe général du droit »,* selon les termes de Monsieur Gautier[376]. L'impossible appropriation des idées s'induit de la nécessité de préserver un « fond commun » dans lequel chacun pourrait venir puiser ressources et inspiration[377]. Accorder un monopole sur une idée conduirait à réduire rapidement à peau de chagrin liberté de création, liberté d'expression et domaine public. L'organisation de l'appropriation des idées montrerait de plus rapidement ses limites, tant sa gestion serait complexe.

264. Seulement une idée ou un concept ont parfois une valeur économique[378] par eux-mêmes, et il arrive bien souvent que l'auteur, le créateur, n'ait pas encore mis en forme cette idée lorsqu'il négocie un contrat avec un exploitant. C'est le cas par exemple lorsqu'il attend du contrat négocié qu'il lui permette de développer son idée, notamment quand il n'en a pas tout seul les moyens matériels. On peut penser aux concepts, aux projets de jeux ou d'émissions de télévision communément appelés bibles[379] ou formats[380] selon leur contenu, ou autres synopsis, à l'idée d'un

---

[376] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°39, p. 53.

[377] Cette règle est également formulée au niveau international, par l'article 9.2 des accords ADPIC et par l'article 2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

[378] La reconnaissance de cette valeur économique parfois importante a conduit certains auteurs à envisager des modes de protection alternatifs pour les idées, notamment à travers la notion de bien. Sans aller aussi loin, de nombreux auteurs critiquent le régime uniforme d'exclusion des idées, certaines méritant, de par leur valeur propre et leur originalité, protection. Cette critique s'entend d'autant plus que la jurisprudence, dans l'application qu'elle fait de ce principe, n'est pas toujours cohérente, et entretient parfois la confusion entre le fond et la forme. Voir sur ce point : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 52 et s. Voir également Ph. LE TOURNEAU, *Folles idées sur les idées* : *CCE,* Févr. 2001, chron. p. 8. S'y ajoute la problématique de l'art contemporain, et notamment de ses ready-made, pouvant être définis comme des œuvres d'art créées par la seule force de l'esprit, sans acte matériel créateur, en se contentant de déclarer œuvre d'art de simples objets de la vie courante, dont l'originalité vient de l'idée, plus que de sa mise en forme : V. sur ce point N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines,* Economica, coll. *Patrimoine*, 2005.

[379] On parle souvent de bible pour les séries télévisées, mais tout projet d'œuvre audiovisuelle peut emprunter cette dénomination. Il s'agit de la détermination d'une feuille de route, d'un cadre qui va prévoir certains éléments de l'œuvre future. La bible décrit souvent l'action, les personnages principaux, leurs caractéristiques, leurs vies, le décor, un générique etc. Elle se voit parfois accorder la protection du droit d'auteur, lorsqu'elle est suffisamment matérialisée et originale : TGI Paris, 23 sept. 1992 : Protection d'une bible d'émission au motif que : *« La filiation, l'âge, la profession, les traits particuliers de chacun des personnages sont suffisamment déterminés pour donner naissance à des personnes individualisables ; que par le choix et la combinaison de ces éléments, (les auteurs) ont manifesté un effort intellectuel, que les personnages de la « bible » portent empreinte de la personnalité de leur auteur et constituent une œuvre originale protégeable au titre du droit d'auteur ».* Si la bible n'est pas toujours protégeable, sa communication est une étape indispensable à la protection d'un projet d'émission de télévision. A défaut, le projet sera bien souvent qualifié de simple concept, dont on sait qu'ils ne sont pas protégeables : TGI Paris, 19 mai 2009 : *Légipresse*, sept. 2009, I, p. 122.

[380] Le format d'une émission de télévision correspond « à quelque chose comme le concept ou cadre général de l'émission, à certaines de ses caractéristiques. Il s'agit probablement de ce que l'on pourrait considérer comme un type, un style, un ton, une couleur, un climat ou une ambiance…tout à la fois plus précis et spécifique mais aussi peut être plus subjectifs que les genres ou catégories généralement retenus, donnant une unité à toutes les émissions de la même série ou « collection » et par lesquels elle se distinguent pourtant d'autres émissions de la même espèce » : E. DERIEUX, *La*

concours[381], *etc*. L'appréciation de leur possible protection demeure une affaire d'espèce[382]. Leur qualification tournera toujours autour deux questions, celle de leur originalité et celle de leur mise en forme[383]. Le défaut de l'une de ces qualités conduira le juge à leur dénier la protection du droit d'auteur, les reléguant au seul statut d'idée[384]. Si aucun droit privatif ne protège l'idée, ou l'œuvre qui n'est pas suffisamment mise en forme, seul le secret permet de s'en préserver l'exclusivité[385]. Or, ici, le secret va justement être dévoilé pour voir briller tout son éclat, apparaître attractif, attrayant. Le créateur peut-il alors s'assurer que son cocontractant ne dénigrera pas son idée sur le moment, afin de l'exploiter ensuite sans impliquer son concepteur dans le projet ? Il est malheureusement certain que ce type de déconvenue n'est pas un cas d'école.

265. **Une exclusion nécessaire du champ de protection du droit d'auteur.** On peut se demander comment s'assurer contre ce risque. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause cette exclusion et de créer de nouveaux monopoles. Nous approuverons Monsieur Caron selon qui *« si les idées étaient des œuvres, la pression du droit d'auteur serait purement et simplement insoutenable »*[386]. Chacun est libre de reprendre une idée et de la traiter « à sa sauce », à son style, ce qui est heureusement le cas. L'exemple est souvent donné d'une même montagne, qui peut être peinte de mille façons

---

*protection des projets et genres d'émissions de radio et de télévision par le droit d'auteur et de droit de la responsabilité : Légipresse*, déc. 1994, II, chron. et op., n°117, p. 100.

[381] CA Paris, 29 juin 1977 : *ann. Propr. Ind.*, 1978, p. 219. A propos du concours « Miss France ». Dans le même sens de la non protection du concept d'un concours : Cass. 1re civ., 29 nov. 2005, n°04-12721 relatif à un concours récompensant les meilleurs produits de beauté de l'année.

[382] Qu'il s'agisse de bibles, de formats, de l'idée d'un concours, d'un logiciel, d'une idée de scénario, leur protection par le droit d'auteur n'est pas exclue de manière automatique. Pour chaque affaire, le juge va mener une opération de qualification. S'il considère que l'idée brute est suffisamment originale et mise en forme, sa formalisation pourra faire naître un droit privatif au profit de l'auteur.

[383] P.-Y. GAUTIER propose, au regard de la jurisprudence, un autre critère de qualification de l'œuvre protégeable, celui de la précision. Le problème vient selon lui de la définition même de la forme *: « La mise en forme de l'idée, ce n'est pas l'écriture du roman ou son plan détaillé , consigné sur une feuille de papier, c'est le fait de parvenir à une précision suffisante quand à l'œuvre future dans l'exposé que l'on peut en faire à autrui, oralement ou de toute autre façon, c'est la détermination des contours de ce qui n'est pas un vague thème, un sujet encore flou ».* P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°42, p. 56.

[384] Les juges ne voient souvent, dans la divulgation d'un projet d'émission, que l'expression d'une idée, l'absence de protection par le droit d'auteur faisant alors naturellement échec à l'action en contrefaçon.

C'est le cas de l'auteur qui n'a fait que fournir les grandes lignes d'une histoire romancée, même bien documentée, à un scénariste qui lui assurera sa mise en forme : TGI Paris, 27 févr. 1986 : *RIDA*, juill. 1991, p. 93.

[385] Le secret est ainsi un « moyen de fait » permettant la réservation des informations ayant une valeur économique, F. HAGEL, *Secret et droits de propriété intellectuelle : Un tour d'horizon* : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, oct. 2009, n°53, p. 73.

[386] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit*., n°67, p. 60.

différentes. Si l'idée de peindre cette montagne était protégeable, cela stériliserait la création. Que se passerait-il si l'idée la plus exploitée par le cinéma et la littérature, celle d'une histoire d'amour impossible, avait été réservée par le droit d'auteur ? Ce seul exemple montre bien les dangers d'un tel monopole. Selon la formule de Monsieur Caron, *« une idée...peut se décliner par de nombreuses formes protégeables qui sont susceptibles d'être autant d'œuvres de l'esprit »*[387].

266. **Une exclusion problématique lors de pourparlers.** L'idée doit donc pouvoir circuler librement. Le problème peut cependant venir de la manière dont elle circule. La reprise d'une idée n'est pas en elle-même condamnable, mais les circonstances entourant cette reprise peuvent rendre celle-ci injuste. Une telle injustice semble être caractérisée dans l'hypothèse où cette idée aurait été « volée » au cours de pourparlers. Le droit d'auteur ne permet, en de telles circonstances, aucun recours. À défaut d'œuvre protégeable, l'action en contrefaçon est naturellement fermée au créateur. On constate ici que selon la qualité de l'objet des négociations, la problématique de sa protection n'est pas la même. Le statut d'œuvre protégeable confère *a priori* une protection permettant une approche plus sereine des négociations.

### II. L'INSUFFISANTE PROTECTION DES ŒUVRES PROTEGEABLES NEGOCIEES

267. **La protection des œuvres divulguées à l'occasion des négociations**. Contrairement à l'idée ou au simple projet, l'œuvre protégeable va pouvoir être délivrée lors des négociations avec moins d'appréhension. Une fois l'œuvre créée, celle-ci est du fait même de sa création protégée par le droit d'auteur et son créateur est automatiquement investi d'un monopole d'exploitation sans avoir à effectuer la moindre publicité ou dépôt[388]. Celui qui exploiterait une œuvre qui lui a été révélée lors de pourparlers non aboutis commet ainsi un acte de contrefaçon[389] pouvant être sanctionné de manière autonome[390]. C'est également le cas du négociateur qui n'exploiterait pas lui-même l'œuvre qui lui a été dévoilée mais qui la communiquerait à un tiers en vue de son exploitation. L'acte de contrefaçon pourrait également être qualifié par cette divulgation de l'œuvre ayant conduit à sa

---

[387] *Ibidem.*

[388] Selon les termes de l'article L. 111-1 du CPI : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

[389] La qualification de l'acte de contrefaçon ne sera pas influencée par la négociation des droits : « *Dans la mesure où le droit français n'admet pas la théorie des rencontres fortuites et ne se préoccupe que de la présence de ressemblances entre deux œuvres originales, la connaissance de la préexistence d'un projet n'a d'influence que dans le cadre d'une action fondée sur le parasitisme* », Dalloz, 2003, somm. 40, p. 2754. obs. à propos de : CA Paris, 28 mai 2003 concernant la délicate protection d'un projet de jeu télévisé.

reproduction par un tiers. Le droit d'auteur protège donc l'auteur de l'œuvre protégeable révélée dans la période précontractuelle. Celui-ci peut cependant se heurter à plusieurs difficultés.

268. **La délicate appréhension de « l'œuvre protégeable ».** La première source de difficulté peut venir de la frontière, parfois fragile, entre l'idée, le concept, le projet, et l'œuvre protégeable. L'auteur croit parfois négocier l'exploitation d'une œuvre protégeable, dont le juge reniera la qualité ensuite. Le problème se cristallisera bien souvent autour de la question de la mise en forme suffisante de l'œuvre. À partir de quand l'œuvre est-elle créée ? La réponse est propre à chaque type d'œuvre. Un individu qui va négocier la divulgation d'un concept, la bible d'une série télé, l'idée d'un scénario bénéficie-t-il des droits d'auteurs ? La question est complexe et a une importance capitale en pratique. Nous l'avons vu, il s'agit ici d'une question d'espèce, qui en cas de désaccord n'est tranchée par le juge qu'*a posteriori*. Lors des pourparlers, l'idée est souvent dévoilée à l'oral. Cela influe nécessairement sur la perception de sa mise en forme. Monsieur Derieux met en exergue ces difficultés de distinction de l'œuvre et de l'œuvre protégeable à propos des formats d'émission. *« On est, avec le format, à la zone frontière, mal tracée et peut être mouvante, entre les idées, auxquelles ne s'applique pas la protection du droit d'auteur, et un début de mise en forme, même inachevée, admise à ce régime de protection »*[391]. Monsieur Vivant met quant à lui en avant ces difficultés pour l'œuvre logicielle[392]. Il n'est donc pas toujours aisé pour le créateur de savoir si son œuvre est protégeable ou non, d'autant plus que la jurisprudence manque parfois de cohérence sur ce point[393]. Il s'agit là d'une première source d'insécurité pour l'auteur.

---

[390] TGI Paris, 4 juin 1997 : *RIDA*, janv. 1998, p. 333.

[391] E. DERIEUX, *La protection des projets et genres d'émission de radio et de télévision par le droit d'auteur et le droit de la responsabilité:* art. préc., p. 100.

[392] M. VIVANT, *Lamy informatique et réseaux*, 2008, n°153 : « *Il est certain que l'idée-et-notamment celle de créer un programme-ne l'est point (protégeable). Il est plus difficile de dire quand on passe effectivement à la réalisation susceptible d'appeler protection. On peut certainement admettre que le programme ou le logiciel protégeable se constitue au fur et à mesure de son écriture, aussi imparfait soit-il. La directive ajoute que le matériel de conception préparatoire, dans la forme qui est la sienne, est protégé et l'est comme une composante du programme. Encore nous paraît-il indispensable de préciser : il est raisonnable de penser que (ce matériel) ne peut prétendre à ce caractère que s'il est à même, comme le disent les considérants plus haut citées, de déboucher sur un programme. L'amont subit l'attraction de l'aval. A défaut, ce matériel préparatoire…ne préparant à rien ne serait pas, pour autant, dépourvu de protection. Formalisé, il devrait être protégé selon le droit commun* ».

[393] P.-Y. GAUTIER montre que la jurisprudence est parfois hésitante, et ses solutions artificielles : *« En vérité, si l'on scrute attentivement la jurisprudence, apparemment hostile à l'appropriation de l'idée, fût-elle originale, l'on s'aperçoit non seulement qu'elle est souvent embarrassée par le respect de cette règle prétorienne, mais encore que, pour s'y conformer, elle a recours à des subtilités qui confinent parfois à l'artifice et à la contradiction »*, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°44, p. 57..

269. **La protection de l'œuvre inachevée.** Si l'on parvient à dépasser la question de la forme, l'œuvre même inachevée bénéficie des droits de propriété intellectuelle. L'article L. 111-2 prévoit que « *l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». L'œuvre en projet est parfois protégeable, c'est le cas des esquisses, des ébauches, du synopsis. Qu'elle ne soit pas terminée n'est pas en soi un obstacle.

270. **La preuve de la paternité de l'œuvre.** À supposer le caractère protégeable de l'œuvre avéré, l'auteur peut se trouver confronté à une autre difficulté. Il doit en effet prouver sa paternité. Le défaut de publicité peut alors se révéler dangereux, d'autant plus qu'il ne bénéficiera pas de la présomption de paternité instaurée par le Code de la propriété intellectuelle[394] puisque l'œuvre n'a pas été divulguée sous son nom. Il devra donc prouver qu'il est bien l'auteur effectif de l'œuvre, preuve parfois difficile à rapporter.

271. **L'insuffisante protection par le droit d'auteur des œuvres négociées.** Une fois toutes ces difficultés surmontées, la voie de l'action en contrefaçon ouverte au vu de ces faits peut *a priori* sembler suffisante. L'auteur est protégé contre toute reprise sauvage de son œuvre. Il n'est pas pour autant « au bout de ses peines ». En effet, pour que l'acte de contrefaçon soit caractérisé, il faut une reprise des éléments protégés de l'œuvre, donc une reprise de la mise en forme originale de l'idée. Or, souvent, celui qui a eu vent de l'œuvre ne va pas l'exploiter telle qu'elle lui a été présentée, il va la transformer, la modifier, la détourner pour échapper à la caractérisation d'un acte de contrefaçon en n'en gardant que l'esprit ou l'idée génératrice, qui elle n'entre pas dans le champ de la protection.

272. Une telle difficulté est mise en lumière par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 juillet 1972[395]. Un parolier, M. Barbe, avait présenté à la société Alpha, société d'édition musicale, une chanson intitulée « *la publicité* », qu'il avait écrite pour Jacques Dutronc et dont il avait composé la musique. La société d'édition lui fit savoir que cette chanson ne l'intéressait pas. Là s'arrêtèrent ces brefs pourparlers. Quelques mois plus tard pourtant, M. Barbe eut la désagréable surprise de découvrir qu'une chanson, dont les auteurs étaient selon la pochette Lanzmann, Dutronc et dame Ségalen, venait d'être éditée par la société Vogue, sous le titre « *la publicité* ». Cette chanson présentait d'étranges similitudes avec celle qu'il avait proposée, similitudes tenant au ton employé, à

---

[394] C'est l'article L. 113-1 du CPI qui instaure cette présomption : « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».

l'ironie présente dans la chanson, aux nombreuses références à des slogans publicitaires. M. Barbe agit à l'encontre de la société Alpha, Vogue et des auteurs de la seconde chanson en contrefaçon, sur le fondement du droit spécial d'auteur, et sur le fondement du droit commun, invoquant une faute précontractuelle susceptible d'entrainer la mise en œuvre de leur responsabilité délictuelle.

273. Le 23 mars 1971, le TGI de Paris, tout en refusant de caractériser un acte de contrefaçon, engagea la responsabilité délictuelle des deux sociétés. Cinq ans plus tard, la Cour d'appel de Paris rend un arrêt particulièrement intéressant. Elle met tout d'abord hors de cause la société Vogue, car la preuve n'est pas apportée qu'elle était au courant des circonstances de la transmission de la chanson en cause. Le raisonnement est le même pour exclure la responsabilité des auteurs de l'œuvre nouvelle, Lanzmann, Dutronc et Dame Ségalen. Seule la responsabilité de la société Alpha est alors susceptible d'être engagée. La cour rejette l'hypothèse de la contrefaçon, faute de ressemblances suffisantes : *« Considérant que s'il est vrai que certaines ressemblances existent entre les deux chansons (allusion aux slogans publicitaires, ton ironique, rythme des deux premières mesures, calembour sur le nom de Dutronc), ces ressemblances n'en sont pas moins insuffisantes pour caractériser une contrefaçon ».*

274. Cet exemple est parlant et révélateur d'un problème qui est en réalité fréquent. Le droit d'auteur n'est ici d'aucune utilité à l'auteur. Son œuvre n'a pas été contrefaite, puisque la forme originale sous laquelle l'auteur l'avait présentée a changé. Seule l'idée génératrice de son œuvre présentée lors de l'approche contractuelle a été reprise et les paroles modifiées pour échapper au grief de contrefaçon. L'auteur, qui a pourtant dévoilé à son partenaire une œuvre aboutie, se retrouve aussi démuni que celui ayant présenté une idée ou un simple projet ou concept. La protection accordée par le droit d'auteur s'avère ainsi insuffisante en elle-même pour protéger l'œuvre présentée lors de pourparlers. Le droit commun, une fois de plus, va prendre le relais du droit d'auteur et venir renforcer la position des créateurs. De manière classique concernant la période précontractuelle il s'agira de mettre en balance liberté et loyauté, liberté du commerce et de l'industrie, liberté de création, liberté de circulation des idées, et loyauté liée aux circonstances de leur circulation.

---

[395] CA Paris, 8 juill. 1972 : *JCP G,* 1973, II, 17509 ; *RTD com.* 1974, p. 91.

**Paragraphe 2. Les révélations précontractuelles potentiellement protégées par le droit commun**

275. Si la protection par le seul droit d'auteur des idées et des œuvres négociées s'avère parfois insuffisante, le mécanisme de la responsabilité délictuelle va offrir aux auteurs les moyens de revendiquer certaines révélations précontractuelles dont le droit spécial ne permet pas l'appropriation. Le devoir de négocier le contrat de bonne foi va en théorie lui permettre de voir la circulation déloyale de l'idée ou de l'œuvre dévoilée lors des pourparlers sanctionnée (***I***). Cet acte de déloyauté pourra parfois aboutir à un acte de concurrence déloyale, conséquence directe de la divulgation fautive (***II***). La théorie de l'enrichissement sans cause peut également être mobilisée ici (***III***).

I. LA DIVULGATION FAUTIVE

276. Le devoir de négocier le contrat de bonne foi impose aux parties de ne pas dévoiler et *a fortiori* de ne pas exploiter les informations relatives à une œuvre ou à une idée qui ont été communiquées à l'occasion d'une négociation (***A***). La violation de ce devoir de discrétion constitue donc à ce titre une faute précontractuelle (***B***).

**A. Le recours au devoir de discrétion**

277. La problématique de la reprise d'une idée dévoilée lors de pourparlers n'est pas inhérente à la négociation des contrats d'auteur. Elle s'est posée lors de la négociation de nombreux contrats, notamment des contrats de transmission de savoir-faire et des contrats de distribution dont l'objet est parfois l'information elle-même. Elle s'épanouit cependant parfaitement en droit d'auteur, du fait des facilités de reproduction de l'œuvre ou de l'idée dévoilée. Afin de pallier le manque de réservation privative des informations pouvant être injustement ré-exploitées, certains recours peuvent être envisagés afin de sanctionner cette exploitation fautive. On pense ici, en priorité, à l'action en concurrence déloyale et au parasitisme économique que nous aborderons ultérieurement.

278. **Le devoir de discrétion à la charge des négociateurs.** L'acte de concurrence déloyale ou de parasitisme faisant suite à des pourparlers n'est cependant que la conséquence d'une divulgation de l'idée qui n'a pas lieu d'être, et qui va pouvoir être sanctionnée de manière autonome lorsqu'elle a directement causé un dommage. En effet, divulguer une idée ou une œuvre révélée à l'occasion de pourparlers n'ayant pas abouti peut s'analyser en un acte de déloyauté dans la période précontractuelle. Ainsi, la jurisprudence, qui a déduit du devoir de négocier de bonne foi une obligation de transmission de l'information, a également déduit de cette norme de comportement un devoir de discrétion relatif à certaines informations divulguées lors des pourparlers, indépendamment

de toute obligation contractuelle issue d'un contrat de confidentialité. Celui qui s'est vu révéler une information est tenu de ne pas l'exploiter, mais aussi de ne pas la divulguer à des tiers. Le droit commun va ainsi imposer un devoir de discrétion, de confidentialité[396] à la charge de celui qui a reçu l'information en sanctionnant l'indiscret ayant fait preuve de mauvaise foi ou d'un manque de diligence. Ce devoir de discrétion concerne toutes les informations qu'il sait être confidentielles. Par application du droit commun, cette exigence est naturellement requise lors de la négociation des contrats d'auteur. Sur ce terrain, les juges ont par exemple considéré qu' *« une obligation de réserve et de discrétion pèse sur toute personne physique ou morale qui se voit remettre un scénario en vue de son adaptation télévisée »*[397].

279. **L'utilité du devoir de discrétion imposé aux négociateurs.** Toute l'utilité de cette exigence de droit commun se révèlera lorsque les éléments de l'œuvre dévoilée ne sont pas protégeables, ou lorsque seule l'idée de l'œuvre protégeable dévoilée lors des pourparlers aura été reprise. Le droit commun prend alors le relais du droit d'auteur qui ne permet dans une telle hypothèse aucun recours. Rappelons que, dans l'affaire précitée concernant la reprise de l'idée d'une chanson écrite pour Jacques Dutronc qui avait été dévoilée lors de pourparlers[398], les juges de la Cour d'appel avaient rejeté l'action en contrefaçon, considérant que les éléments repris n'étaient pas suffisants pour qualifier cet acte. L'arrêt poursuit ainsi : *« Considérant que le tribunal a relevé à juste titre que si les idées sont de libre parcours*[399]*, des circonstances particulières peuvent obliger certains tiers à ne pas révéler une idée qui leur a été confiée ; qu'en l'espèce il n'est pas contesté qu'après avoir eu connaissance de la chanson de Barbe dans l'éventualité d'un contrat d'édition, le gérant de la société Alpha a, dans les semaines qui ont suivi les pourparlers, communiqué l'idée génératrice de cette œuvre à Lanzmann, Dutronc et Dame Ségolen qui l'ont utilisée pour composer une œuvre du même genre ». « Qu'agissant ainsi, la société Alpha a commis une faute qui a causé un préjudice à Barbe, lequel n'a pu, en raison de la similitude du sujet et du titre, exploiter utilement la chanson qu'il avait créée ».*

---

[396] Voir sur ce point, entre autres, J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, p. 77.

[397] CA Paris, 1er févr. 1989 : *D.* 1990, somm. p. 292.

[398] *Renvoi supra*, n°272.

[399] L'absence d'appropriation des idées était l'argument principal développé en défense par la société Alpha, qui arguait « *qu'on ne saurait sans méconnaître les principes fondamentaux de la propriété littéraire et artistique, accorder à un*

### B. La caractérisation de la divulgation fautive

280. **La divulgation fautive.** Si la divulgation et la reprise d'une idée ne sont par principe pas fautives, ce sont donc les circonstances anormales, « particulières » de cette reprise qui lui confèrent son caractère fautif. Ces circonstances spéciales tiennent au fait d'avoir obtenu ces informations lors de négociations, parfois d'avoir fait preuve de mauvaise foi en étant entré en négociation uniquement dans le but de recueillir l'information, ou encore d'avoir trahi la confiance légitime de son partenaire en dévoilant des informations qui lui avaient été confiées dans un climat de confiance, confiance en son partenaire et en la conclusion du contrat. Ainsi, *« la personne qui communique une idée ou un projet, à un producteur ou à un organisme de radio ou de télévision, dans l'espoir d'un contrat de cession ou d'exploitation, est sans doute en droit d'espérer qu'il n'en sera pas fait usage sans son accord. En l'absence ou dans l'attente d'un tel contrat, pèse, sur celui auquel ce projet a été confié, une obligation de non utilisation et de non divulgation. Tout autre comportement constituerait, de sa part, un abus de confiance engageant sa responsabilité »*[400].

281. Les exemples de ce type de reprise déloyale sont nombreux. À propos du film « Tanguy », les auteurs d'un scénario proposé à un producteur accusaient celui-ci d'avoir repris leur idée alors même que les négociations n'avaient pas abouti. Certes l'histoire avait été modifiée, l'intrigue ne se déroulait pas de la même manière et les intentions des parents étaient différentes. Pour ces raisons, malgré un « *même choix de départ dans la situation posée* », l'acte de contrefaçon n'a pas été qualifié. *« En revanche, les ressemblances indéniables (…) même si elles ne portent pas nécessairement sur des éléments d'originalité, établissent que la société défenderesse ne s'est pas bornée à lire le scénario qui lui avait été transmis et à le refuser mais l'a communiqué à son réalisateur habituel, lequel en a retiré une base de travail en conservant quelques idées intéressantes, base sur laquelle ils ont construit un autre scénario, se distinguant suffisamment de l'œuvre d'origine pour créer une autre œuvre également originale. En divulguant le scénario des demandeurs, la société a commis une faute, qui procède de la responsabilité civile dans le cadre de relations précontractuelles impliquant dans le domaine de la création artistique une nécessaire confidentialité du contenu du document communiqué pour étude »*[401].

---

*auteur une protection de l'idée, aucune idée n'étant susceptible d'appropriation et de protection* »

[400] E. DERIEUX, *La protection des projets et genres d'émissions de radio et de télévision par le droit d'auteur et de droit de la responsabilité :* art. préc., p. 102.

[401] TGI Paris, 29 juin 2006 : *Légipresse,* oct. 2006, I, p. 137.

282. **Le manquement au devoir de discrétion, faute précontractuelle**. Ces arrêts nous renseignent sur la faute, fait générateur de la mise en œuvre de la responsabilité du négociateur peu scrupuleux. Le raisonnement de la cour est clair, les idées sont et doivent rester de libre parcours. Elle ne protège pas l'idée, mais en règlemente la circulation lorsqu'elle a été révélée par son auteur à l'occasion de pourparlers. L'exploitation de l'idée « volée » ne pouvant être sanctionnée en raison d'une carence de formalisation par une action en contrefaçon, cette responsabilité de droit commun va permettre à l'auteur d'obtenir un minimum de sécurité juridique durant cette période précontractuelle. L'intérêt et l'utilité d'un tel recours tiennent au fait que le droit commun régit ici un comportement, sans s'attacher à la particularité de l'objet en question.

283. **Le préjudice causé par le manquement au devoir de discrétion.** L'arrêt du 23 mars 1971 nous renseigne également sur le préjudice subi et réparable, directement causé par ce manquement au devoir de discrétion qui a conduit à une exploitation de l'idée à la base de l'œuvre dévoilée. En effet, la cour considère qu' *« en agissant ainsi, la société Alpha a commis une faute qui a causé un préjudice à Barbe, lequel n'a pu, en raison de la similitude du sujet et du titre, exploiter utilement la chanson qu'il avait créée »*. La divulgation fautive de l'œuvre a conduit à son exploitation, cette seule communication peut être sanctionnée. La seule divulgation de l'œuvre à un tiers qui va l'exploiter est la cause directe du préjudice que subi l'auteur, car il perd le bénéfice de son secret, ce qui l'empêche de l'exploiter utilement. Le préjudice n'est pas pour autant certain. C'est la perte d'une chance qui est ici réparée par l'attribution de dommages et intérêts. Leur appréciation sera cependant délicate. Si le préjudice est aisément identifiable, il s'agit de la perte de la primauté d'une idée ou de la possibilité d'exploiter son œuvre, de la perte de sa paternité aux yeux du public, il est en revanche difficilement quantifiable. Les juges du fond l'apprécieront en fonction des éléments dont ils disposent, de l'état du marché, du potentiel de l'idée, des bénéfices récoltés du fait de l'exploitation fautive, de la perte d'une occasion de conclure un autre contrat qui était en négociation, *etc*.

284. **La preuve incombant à l'auteur**. Ce mécanisme de droit commun permet donc à l'auteur de ne pas se trouver totalement démuni en découvrant la reprise de son œuvre ou de son idée. Si ce fondement est théoriquement opérant pour la négociation des contrats d'auteur, il fait toutefois peser sur le créateur une lourde charge de la preuve. Les difficultés probatoires auxquelles l'auteur est

confronté sont parfaitement illustrées par un arrêt du TGI de Paris du 19 avril 1989[402]. L'objet de la discorde était un livre sur l'évolution du corps de la femme pendant la grossesse. C'est un médecin qui en avait eu l'idée. Il était entré en contact avec une journaliste en vue d'une collaboration qui n'avait pas aboutie. Découvrant la reprise de son sujet, du titre de son livre et de son plan, il avait agi à l'encontre de la journaliste et de sa maison d'édition. Sa demande principale était fondée sur un acte de parasitisme économique, demande rejetée faute de ressemblance suffisante entre les deux ouvrages, tout comme celle fondée sur une rupture abusive des pourparlers, leur rupture étant justifiée et la mauvaise foi ou la légèreté non prouvée. Les juges font cependant appel, et c'est ce qui va nous intéresser ici, à la notion de violation de secret. Ils commencent par rappeler le principe selon lequel *« si les idées sont de libre parcours, des circonstances particulières peuvent obliger certains tiers à ne pas révéler une idée qui leur a été confiée »* puis poursuivent ainsi : *« Attendu que faute de rapporter la preuve de circonstances particulières seules susceptibles de s'analyser en un comportement déloyal … et de la violation d'un secret qu'elle lui aurait confié sur une idée, dénuée en l'espèce de toute originalité, la demanderesse sera déboutée de son action de ce chef »*.

285. La démarche du juge montre les difficultés auxquelles va se trouver confronté l'auteur en pareille hypothèse. Il devra tout d'abord prouver la paternité de son idée. Il devra parfois prouver son originalité, car de celle-ci va dépendre la justification de l'action qui pallie le manque de droit privatif[403]. Il devra ensuite montrer que cette idée a été dévoilée lors de négociations en vue de son exploitation, qu'elle a été reprise, et que c'est son partenaire à la négociation qui l'a divulguée. Cette charge de la preuve a été rappelée à plusieurs reprises : *« Si une obligation de réserve et de discrétion pèse effectivement sur toute personne physique ou morale qui se voit remettre un scénario en vue de sa réalisation ou de son adaptation télévisée, il appartient aux auteurs de cette œuvre de prouver conformément à la loi, la divulgation dommageable à un tiers qu'ils allèguent »*[404]. L'auteur devra en somme prouver que celui qui a repris son idée originale en a eu connaissance lors des négociations, qu'il ne s'agit donc pas d'une coïncidence. Cet élément permettra d'établir la faute

---

[402] TGI Paris, 19 avr. 1989 *: RIDA*, oct. 1989, p. 361.

[403] Ce sont J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOL qui ont mis en relief cette obligation supplémentaire d'originalité, tout en considérant que *« s'en dispenser est peut être plus sage »*, l'appréciation de l'originalité s'avérant délicate à plus d'un titre. J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOL, *La violation de la confidentialité des négociations* : art. préc., p. 9.

[404] CA Paris, 1er févr. 1989 : *D.* 1990, somm. p. 2., *op cit.* Dans cette affaire, l'œuvre ayant fait l'objet d'un dépôt et d'une divulgation à plusieurs personnes, il n'était pas prouvé que c'était bien la chaine France 3, mise en cause par l'auteur, qui avait divulgué l'information au tiers s'en étant largement inspiré pour réaliser le feuilleton « *les tentations de l'abbé Saunière* ». Le comportement déloyal de France 3 n'était ainsi pas prouvé. – CA Paris, 30 janv. 2008 : RG

précontractuelle, et de caractériser le lien de causalité entre cette faute et le dommage subi. Cette faute est celle de son partenaire à la négociation. Même si ce n'est pas lui qui l'exploite directement, c'est contre lui que l'auteur devra agir sur ce fondement.

286. En dehors de tout contrat de confidentialité, révéler une information confidentielle confiée lors de pourparlers, telle la substance d'une œuvre ou l'idée originale qui en est à l'origine constitue donc une faute précontractuelle, ce qui va permettre à l'auteur de voir son préjudice réparé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La charge de la preuve nuance cependant l'opérabilité de ce fondement, le recours à un contrat de confidentialité, qui renversera la charge de la preuve, est donc recommandé. À défaut, certaines précautions sont de mise. La principale est de se préconstituer la preuve de la paternité de l'œuvre, ou de l'idée originale, afin de pouvoir dater celle-ci. À cette fin, Monsieur Gautier propose plusieurs solutions à l'auteur, déposer son idée auprès d'une société de perception ou chez un officier ministériel, utiliser une enveloppe Soleau, s'adresser une lettre RAR sans l'ouvrir pour pouvoir prouver son contenu, déposer une clé USB chez un huissier, *etc.* La preuve se faisant par tous moyens, toute précaution est bonne à prendre. Il peut ainsi déposer lui-même ses maquettes, manuscrits, vidéos, lorsqu'il les adresse à un éditeur, et lui demander d'en accuser réception. Cette précaution lui permettra de prouver l'antériorité de sa création, mais surtout sa divulgation à son partenaire[405].

287. Si la divulgation peut être sanctionnée en elle-même en tant que manquement au devoir de négocier de bonne foi, le droit commun connait également des mécanismes sanctionnant les conséquences de cette divulgation injustifiée.

---

07/03634

[405] Cette preuve sera d'autant plus utile qu'elle sera aussi nécessaire en cas d'action en contrefaçon. Nous pouvons en ce sens citer une affaire dans laquelle l'auteur d'un manuscrit, faute de rapporter cette preuve, se voit fermer les portes de l'action en contrefaçon d'une bible de série télévisée : CA Paris, 30 janv. 2008 : n°07-3634 : *« Considérant que si pour caractériser l'existence d'une contrefaçon qui, conformément à un principe constant, s'apprécie au regard des ressemblances et non des différences, il convient de confronter par une analyse comparative, les œuvres opposées en tant que structure composée d'éléments tels que, notamment thèmes, intrigues, personnages principaux et secondaires, relations entre eux, situations, dialogues, encore faut-il que le demandeur à la contrefaçon établisse que, outre le caractère premier de l'œuvre par rapport à celle taxée de contrefaçon, condition remplie en l'espèce, que l'auteur de l'œuvre seconde ait, suivant les circonstances propres à chaque espèce, été mis à même d'avoir connaissance de l'œuvre première ».*

## II. LE COMPORTEMENT PARASITAIRE

288. En cas d'exploitation des éléments non protégeables d'une œuvre ou d'une idée révélés lors de pourparlers, le recours à la notion d'agissement parasitaire peut se révéler opportun (***A***). La caractérisation de l'agissement parasitaire faisant suite aux pourparlers permettra à l'auteur de voir, par la mise en œuvre du mécanisme de la responsabilité délictuelle, son préjudice réparé (***B***).

### A. Le recours à la notion d'agissement parasitaire

289. **La diversité des recours**. Le droit commun connait des mécanismes palliant le manque de réservation privative des idées, qui peuvent être d'un secours précieux à l'auteur, en permettant de sanctionner la reprise fautive d'une idée ou d'éléments d'une œuvre divulguée lors de l'approche précontractuelle. Nous avons vu que la divulgation de ces éléments, lorsqu'ils étaient protégés par un droit privatif, pouvait être sanctionnée en tant qu'acte de contrefaçon. Nous avons vu également que parallèlement à un acte en contrefaçon ou en cas de défaut des éléments constitutifs de celle-ci, le devoir de négocier de bonne foi imposait de manière autonome un devoir de discrétion concernant les informations divulguées lors des négociations. C'est ici la révélation de l'idée ou de l'œuvre qui est sanctionnée, soit par l'appel à la responsabilité délictuelle du négociateur bavard, soit par la sanction du délit de contrefaçon dont il se rend coupable en portant atteinte au droit de divulgation lorsque l'œuvre est protégeable.

290. **L'hypothèse de l'action en concurrence déloyale.** Dénoncer la divulgation fautive de son idée ou de son œuvre n'est pas le seul recours qui s'ouvre à l'auteur en pareille circonstance. L'exploitation de celle-ci, conséquence de sa révélation fautive, peut également être sanctionnée par la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, qui est ici envisagée dans sa fonction de défense des droits subjectifs plus que dans sa fonction collective de protection du marché. Trouvant son fondement dans l'article 1382 du Code civil, cette action, délictuelle, est parfaitement indépendante de l'action en contrefaçon, celles-ci, outre des fondements différents, connaissant des finalités différentes[406]. L'action en contrefaçon sanctionne le non-respect d'un droit privatif, alors que l'action en concurrence déloyale va sanctionner un comportement, et c'est justement ce

---

[406] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle* : Sirey, T.1, 1952, n°70, p. 308. ROUBIER démontre ainsi la différence de nature et de finalité existant entre contrefaçon et concurrence déloyale. Il faut cependant relativiser cette identité de finalité dans les cas où l'action en contrefaçon passe par la voie civile, ce qui constitue aujourd'hui le choix le plus courant. Voir sur ce point N. MARTIN, *Concurrence déloyale et propriété intellectuelle*, *in* Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007, p. 381.

comportement qui va nous intéresser ici[407]. Peu importe donc que l'œuvre copiée soit protégeable ou non, l'action en concurrence déloyale a justement « *pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif* »[408].

291. **La concurrence déloyale classique, un fondement inadapté à la diversité des hypothèses envisagées**. Il semble cependant que la concurrence déloyale « classique » ne corresponde que rarement à notre hypothèse. En effet, au regard du « principe de spécialité », seul un concurrent de l'entreprise victime pourrait commettre un acte de concurrence déloyale. Or, l'auteur qui vient négocier ses droits n'a par principe pas encore exploité son œuvre. Il n'est bien souvent qu'un concurrent potentiel, ne possédant pas à ce titre de « clientèle ». La notion de concurrence déloyale classique semble ainsi, dans de nombreux cas, inadaptée à l'hypothèse envisagée. Cette notion a cependant été étendue, afin d'englober et de voir certains comportements déloyaux sanctionnés en l'absence de toute situation de concurrence.

292. **L'agissement parasitaire, un fondement adéquat**. Le parasitisme économique est une forme de concurrence déloyale apparue en 1956, mise en évidence par Saint-Gal, systématisée par Monsieur Le Tourneau notamment[409], consacrée ensuite par la jurisprudence[410] qui le définit comme *« l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire »*[411]. Le parasitisme

---

[407] Cass. com., 22 sept. 1983 : « *L'action en concurrence déloyale exige une faute alors que l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif, (…) ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, (…), la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première* ». Cité par S. DURRANDE, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale : Dalloz-Sirey*, 1984, chron. p. 187.

[408] Cass. com., 3 oct. 1978 : *D.* 1980, p. 55 ; *D.*1979, IR, p. 56, à propos de l'utilisation de secrets industriels qui avaient été révélés lors de la négociation d'un procédé dont le brevet n'avait pas encore été obtenu. Ce principe est ensuite apparu dans de nombreuses jurisprudences.

[409] Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme, notion, prévention, protection*, Litec, Paris, 1998.

[410] Certains arrêts semblent cependant aujourd'hui aller à l'encontre de la notion de parasitisme économique dans l'hypothèse de la copie d'un élément déjà exploité sur le marché, refusant de sanctionner le simple fait de s'immiscer dans le sillage d'un autre afin d'en tirer profit, à défaut de réservation privative : CA Paris, 18 oct. 2000 : *D.* 2001, p. 850, note J. PASSA – CA Paris, 25 oct. 2006 : *Propr. Intell.* 2007, n°22, p. 122 : *« Le principe de la liberté et de l'industrie implique que la prestation d'autrui, qui n'est plus ou n'est pas protégées par un droit de propriété intellectuelle, peut être librement reproduite, à la condition qu'une telle reprise soit exempte de tout risque de confusion dans l'esprit du consommateur sur l'origine du produit ; que le fait qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies ne saurait être à lui seul fautif sauf à vider de sa substance ce principe ».* La formule a depuis été réitérée : Cass. com., 8 avr. 2008 : *Propr. Intell.* Juill. 2008, p. 359, note J. PASSA. Nous verrons cependant que le fait d'avoir eu accès aux éléments non protégés à l'occasion d'une négociation non aboutie peut caractériser cette faute.

[411] Cass. com., 26 janv. 1999 : *D.* 2000, p. 87, note Y. SERRA.

regroupe des actes de « concurrence parasitaire », mais également des « agissements parasitaires ». L'agissement parasitaire ne suppose pas de situation de concurrence, qui sera souvent absente dans notre hypothèse dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'auteur négociateur est rarement déjà un auteur exploitant. Comme le montre Madame Izorche, *« il n'est pas nécessaire qu'il y ait transfert de clientèle pour que l'action puisse prospérer. Il n'est pas même indispensable, d'ailleurs, qu'une perte de clientèle ait été subie. Il n'est pas exigé non plus que l'auteur ou la victime, soient titulaires d'une clientèle. Il n'est donc plus nécessaire,* a priori*, que l'auteur de l'acte dommageable et sa victime partagent une clientèle commune ».* L'auteur négociant ses droits ne dispose, vis-à-vis de son œuvre qui n'est pas encore exploitée, que d'une clientèle potentielle. Le fait qu'il ne se trouve pas en situation de concurrence avec l'exploitant fautif ne fermera donc pas les portes de l'action.

293. Une fois dépassé ce problème, la question de la qualification se pose. Le fait d'exploiter une idée ou des éléments d'une œuvre protégée révélés lors de pourparlers est-il constitutif d'un agissement parasitaire ? Nous pensons que cette qualification est envisageable. Monsieur Le Tourneau prévoit également cette hypothèse : *« Souvent, dans les affaires, les négociations impliquent, pour qu'elles soient sérieuses, que des informations confidentielles et des connaissances, voire des éléments d'un savoir-faire, soient échangés entre les parties. Certaines de ces données peuvent procurer un avantage concurrentiel à son bénéficiaire. En l'absence même d'une clause ad hoc de confidentialité, la bonne foi impose au sachant de ne pas les divulguer et même, sans doute, de ne pas les utiliser si, finalement, le contrat n'est pas signé. Celui qui divulguerait ou utiliserait ainsi une information commettrait une faute délictuelle ; elle mériterait éventuellement d'entrer dans la catégorie de la concurrence déloyale ou dans celle des agissements parasitaires ».* Si une telle action est théoriquement envisageable, encore faut-il que ses conditions soient remplies.

**B. L'agissement parasitaire faisant suite à la négociation**

294. **Les conditions de l'agissement parasitaire.** Il faut tout d'abord prouver la reprise d'une idée ou d'une œuvre, qui doit avoir en elle-même une certaine valeur, et être pour cela suffisamment développée[412]. Si l'idée ne peut faire l'objet d'un droit privatif, sa valeur intrinsèque ne laisse pas le

---

[412] Un arrêt de Cour d'appel de Versailles du 14 janvier 2010 est parlant à cet égard. La cour avait été saisie d'une action en parasitisme de l'idée d'un jeux concours sur téléphone mobile ouvert à des jeunes talents comiques soumis à l'appréciation d'un jury populaire. Les concepteurs du projet avaient présentés à plusieurs opérateurs leur concept sous forme de power point qu'ils avaient déposé à la SACD. La mise en forme de leur idée n'était pas suffisante pour appeler protection par un droit privatif, ce qu'avaient expressément constaté les juges du fond, écartant dès lors tout acte de contrefaçon. En appel, seul le parasitisme était invoqué. La Cour d'appel refusa de qualifier l'acte parasitaire, prenant

droit indifférent, et la notion de parasitisme économique contribue ici à moraliser les relations commerciales. « *Aujourd'hui, nous pouvons formuler l'état présent de la question, en droit positif, dans la proposition suivante : Quiconque, à titre lucratif, et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements commet un agissement parasitaire fautif. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non concurrents, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est, en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et la réparation, s'il ne dispose pas d'une autre action spécifique»*[413]. L'acte de parasitisme économique suppose également que les ressemblances entre l'idée ou l'œuvre dévoilée et celle exploitée soient suffisantes[414].

295. La seule copie, servile ou non, d'éléments d'une œuvre, ou d'une idée originale ne devrait cependant pas suffire à qualifier l'acte de concurrence déloyale. Le but de cette action n'est pas, en effet, de restaurer un monopole sur un élément que l'on a délibérément choisi d'exclure des objets de propriétés intellectuelles[415]. Il faut pouvoir démontrer une faute, condition classique de la mise en

---

notamment en compte le fait que *« ce document ne contient aucune données chiffrées susceptibles d'être appropriées par les sociétés démarchées par la société Pélican Production, qui lui auraient permis de développer un projet similaire sans l'assistance de celle-ci ou en profitant des travaux préparatoires déjà engagés par la société Pélican Production »*. Monsieur Pollaud-Dulian en déduit que *« la solution serait différente, sur le terrain de la concurrence déloyale ou parasitaire, si l'idée avait fait l'objet d'une mise en forme ou de développements particuliers eux-mêmes repris sans nécessité et en particulier, dans des conditions propres à créer un risque de confusion »*. CA Versailles, 14 janv. 2010 : *RTD com*. 2011, p. 338 obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[413] Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme dans tous ses états* : art. préc., p. 30.

[414] CA Paris, 21 févr. 2007 : *Légipresse*, 2007, n°240, I, p. 51. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris revient sur un jugement qui avait condamné une chaine de télévision pour parasitisme économique et concurrence déloyale, celle-ci ayant diffusé une émission dont le concept semblait, « fortement inspiré » par celui qui lui avait été dévoilé par deux journalistes au cours de pourparlers qui n'avaient pas abouti. La Cour d'appel procède à une analyse du format de l'émission proposée, de son rythme, de sa finalité, de son thème. Elle considère que : *« Le projet initial comme l'émission diffusée s'inscrivent dans un courant plus général d'émissions qui entendent répondre aux interrogations, voire aux angoisses contemporaines. Dès lors, le concept invoqué par les intimés s'inscrivait dans l'air du temps et l'émission diffusée se distinguait de ce projet »*. A défaut d'un tel constat, *« aucun comportement déloyal ne peut être imputé aux appelants »*. Nous pouvons également citer l'affaire concernant le film « *Léon* ». Un scénariste avait remis pour lecture un scénario intitulé « *l'enfance déchirée* » à Claude Besson, le père du réalisateur Luc Besson, qui après lecture lui avait fait savoir qu'il ne donnerait pas suite au projet. Considérant que son scénario était à l'origine du film « *Léon* », qui en serait l'adaptation, il avait intenté une action en contrefaçon et en concurrence déloyale à l'encontre de Luc Besson et de sa société de production. Les juges, constatant que seul le thème, de libre parcours, était commun dans les deux œuvres, rejeta les prétentions relatives à l'acte de contrefaçon. Elle rejeta également l'acte de concurrence déloyale. Faute de confusion pouvant s'instaurer entre les deux œuvres, rien ne permettait de penser que le scénario avait pu conditionner l'élaboration du film : CA Paris, 27 juin 2001 : *RIDA*, avr. 2002, p. 426.

[415]C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI montrent cependant que pour M. Saint Gal, premier promoteur de cette

œuvre de toute responsabilité délictuelle. La concurrence déloyale suppose donc un acte contraire aux lois et règlements et aux usages du commerce. En effet, *« la jurisprudence n'admet pas que le simple fait d'utiliser une technique, un procédé nouveau et extériorisé, pour améliorer la qualité d'une offre puisse être fautif, parasitaire. Les exemples jurisprudentiels qui semblent protéger les valeurs économiques intrinsèques provenant d'efforts et/ou d'investissements ont tous trait à des situations dans lesquelles une action commerciale trompeuse, déceptive ou troublante était menée en direction de la clientèle »… « Lorsque l'on vise des connaissances ou des savoirs, le critère est alors celui, tout à fait classique en matière de concurrence déloyale, de l'obtention indue des connaissances soit parce qu'elles sont demeurées secrètes au sein de l'entreprise victime, soit parce qu'elles ont été obtenues de manière déloyale »*[416]. On retrouve ici notre faute précontractuelle, la divulgation d'informations obtenues lors de pourparlers et dévoilées ou exploitées de manière déloyale constituera cette faute lorsque celui qui exploite l'œuvre est celui à qui l'auteur les a dévoilées dans la période précontractuelle. Lorsque celui qui exploite l'idée ou l'œuvre n'est pas directement celui à qui l'auteur l'a confiée mais un tiers, il faudra alors distinguer selon que ce tiers connaissait ou non l'origine de l'idée ou de l'œuvre qui lui a été transmise. S'il en connaissait l'origine, on peut imaginer qu'une faute puisse être retenue à son encontre, l'obtention des connaissances exploitées étant indue. Il s'agit ici d'une première faute. Le fait de se placer dans le sillage d'un autre, et de profiter indument de son travail, ou de sa notoriété pourra alors être pleinement caractérisé[417]. Notre hypothèse correspond bien à ce cas, puisque celui qui va « voler » une idée ou une œuvre dévoilées lors de pourparlers, comment une faute lui permettant de profiter indument du travail fourni par l'auteur, et de ses investissements, qu'ils soient financiers,

---

théorie du parasitisme économique, celle-ci avait vocation à aller *« au-delà de la dilution de la marque, puisqu'elle voulait protéger toutes les sources de renom, et puisqu'elle voulait protéger toutes les idées créatrices suffisamment originales »*. Il ne semble cependant pas opportun d'aller aussi loin, et il apparaît comme nécessaire d'exiger, en plus de la reprise de l'idée, une faute. C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché,* 1re éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2002, p. 1010.

[416] *Ibid*.

[417] Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 5 juillet 2006, il a été ainsi jugé que la reprise de plans et croquis un architecte, qui avaient été communiqués par celui-ci à l'occasion d'un projet de contrat, et qui n'étaient pas suffisamment originaux pour appeler protection par le droit d'auteur, était constitutive d'un acte de concurrence déloyale, cassant la décision de la Cour d'appel qui considérait que l'économie réelle n'était pas démontrée, la cour considéra *: « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la société Karelis avait utilisé le projet et les plans de la société Cuny, remis par M. Y. pour réaliser, au profit de ce dernier, la construction d'un bâtiment identique, ce qui faisait nécessairement ressortir qu'en s'appropriant le travail d'autrui elle avait réalisé une économie et détourné, par des procédés déloyaux, le client de sa concurrente, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé »*. Cass. 1re civ., 5 juill. 2006 : *Bull civ.* I, n° 360.

intellectuels ou envisagés en termes de temps de travail lorsque ce travail était suffisamment développé.

296. Est ainsi caractérisé le fait générateur de la mise en œuvre de l'action, l'agissement parasitaire. Il faut bien un fait distinct de l'acte de contrefaçon en lui-même lorsque l'œuvre est protégeable. L'intention malveillante n'est pas nécessairement requise, la faute peut être non intentionnelle. L'auteur n'aura donc pas à prouver cette intention[418]. Il faudra ensuite identifier un dommage, et le lien de causalité entre celui-ci et la faute. Le préjudice sera le même que celui résultant de la divulgation fautive de l'idée, à savoir la perte par l'auteur du bénéfice de son secret, et l'impossibilité qui en résulte de l'exploiter normalement. Le dommage s'appréciera en fonction du potentiel de l'œuvre, des bénéfices de l'exploitation fautive, de l'état du marché, *etc*. C'est la divulgation fautive de l'idée ou de l'œuvre qui permettra d'établir le lien de causalité, encore faut-il, encore une fois, pouvoir la prouver.

297. **La sanction de l'agissement parasitaire.** La réparation prononcée en sanction de l'agissement parasitaire résulte en premier de l'allocation de dommages et intérêts correspondant au dommage réparable, dont nous avons déjà évoqué les difficultés d'appréciation. La cessation de l'exploitation litigieuse paraît *a priori* être une sanction plus adaptée. L'auteur peut s'adresser au juge des référés qui, en vertu de l'article 809 du Code de procédure civile, pourra ordonner cette cessation dans les plus brefs délais. Il est cependant bien souvent trop tard. L'idée n'est plus neuve, et l'attrait du public en sera amoindri. Nous pouvons reprendre à titre d'exemple la chanson « la publicité » destinée à Jacques Dutronc. Une cessation de l'exploitation de l'œuvre n'aurait pas nécessairement été utile à l'auteur. Il est certain qu'aucun producteur n'aurait ensuite accepté d'exploiter sa chanson, qui ne serait passée, auprès du public, que pour une pâle copie de la première. La sanction intervient bien trop tard, car même en cas d'intervention du juge des référés, l'auteur n'a connaissance de l'œuvre qu'en même temps que le public.

298. **Rappel des actions.** En résumé, en cas de divulgation ou d'exploitation fautive de l'œuvre ou de l'idée dévoilée lors de pourparlers et à défaut de contrat de confidentialité, plusieurs recours s'offrent à l'auteur, selon les hypothèses envisagées. La divulgation est en elle-même fautive, et ouvre deux actions, une action en contrefaçon pour atteinte au droit moral de divulgation, lorsque des

---

[418] CA Rouen, 13 janv.1981 : *D.* 1983, juris. p. 53. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Rouen, sur renvoi, suit la Cour de Cassation en prononçant la condamnation d'une société pour parasitisme économique alors même que l'intention de nuire n'était pas prouvée, absence de preuve qui avait conduit la Cour d'appel de Paris à ne pas qualifier celui-ci.

éléments protégés par le droit d'auteur sont repris et révélés au public, et une action en responsabilité délictuelle fondée sur la faute précontractuelle que constitue la révélation d'une information transmise lors de pourparlers contractuels, en tant que manquement au devoir de bonne foi dans la période précontractuelle. Il s'agit, dans ces deux cas, de la sanction de la diffusion de l'information. L'exploitation de cette information peut également être sanctionnée de manière autonome. Elle peut l'être par l'action en contrefaçon, lorsque les éléments repris sont couverts par le droit d'auteur, il s'agit alors de la sanction de la reproduction et de la représentation non autorisées de l'œuvre. Parallèlement à cette action en contrefaçon, ou à défaut de ses éléments constitutifs, une action peut être fondée sur l'agissement parasitaire que constitue l'exploitation, pourra elle être intentée contre celui qui exploite l'idée ou les éléments de l'œuvre, lorsqu'un préjudice, un lien de causalité et une faute indépendante de la reproduction seront constatés. Nous pouvons également noter que les destinataires de ces différentes actions ne seront pas toujours les mêmes. L'auteur peut se retourner contre celui avec qui il a négocié ses droits, et lui reprocher la seule divulgation de son œuvre, ou de son idée lorsqu'il ne l'exploite pas directement. Il pourra également lui reprocher son exploitation fautive s'il l'exploite directement. Il pourra agir indépendamment de cette action contre celui qui l'exploite même s'il n'est pas celui à qui il a révélé son œuvre. Il faudra pour cela rapporter la faute de celui-ci, puisque la faute précontractuelle de divulgation de l'information ne sera pas la sienne.

299. **Opportunité des différentes actions.** Pour l'auteur, une action en contrefaçon sera toujours préférable à une action en responsabilité délictuelle. Elle se révèle plus dissuasive, entrainant des amendes et non des dommages et intérêts fondés sur un préjudice parfois difficile à prouver. Quant à la notion de loyauté précontractuelle, tout son intérêt se révèlera notamment lorsque ni les conditions de la contrefaçon, ni les conditions du parasitisme économique ne seront réunies, et lorsque, de manière générale, celui à qui l'œuvre a été dévoilée n'est pas celui qui l'exploite directement. Le seul comportement du négociateur pourra alors être sanctionné. C'est encore une fois le droit commun, qui s'adapte parfaitement ici à la relation entre auteurs et exploitants, qui va s'assurer de la saine négociation du contrat d'auteur préparé. Ces procédures sont cependant lourdes, d'issue incertaine et imposent à l'auteur une lourde charge de la preuve, et les sanctions prononcées sur la base d'un préjudice difficilement chiffrable. Les auteurs seront donc bien avisés de se montrer prudents, et, dès qu'ils en ont la possibilité, d'imposer la signature d'un contrat de confidentialité ou de réservation, qui inversera la charge de la preuve, mais qui surtout aura un effet dissuasif. À défaut, l'entreprise de moralisation des relations précontractuelles trouve malgré tout, dans nos mécanismes classiques, des

moyens opérants tendant à préserver l'équilibre nécessaire entre liberté et responsabilité. Dans cette optique, il convient de ne pas admettre ces actions trop facilement.

### III. LA THEORIE DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

300. Nous avions envisagé, au titre des fondements de la responsabilité précontractuelle, celui de l'enrichissement sans cause. Il nous semble que ce fondement pourrait dans une telle situation être opérant. Certains y ont même vu un fondement plus adapté que celui de la concurrence déloyale, « *dans la mesure où elle (la théorie de l'enrichissement sans cause) assure au créateur une compensation financière tout en restant compatible avec le postulat selon lequel une création publicitaire non protégée appartient au domaine public* »[419]. S'il est établi que celui qui exploite l'idée ou les éléments non protégeables de l'œuvre en tire un avantage injustifié, entrainant un appauvrissement corrélatif de « l'auteur » qui en est à l'origine et qui les a révélés lors de pourparlers, une action pourrait être envisagée sur ce terrain-là. Le fondement de l'enrichissement sans cause a cependant un caractère subsidiaire. Il ouvre droit à une action « *de in rem verso* », « *dans tous les cas où, le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* ». Cette action ne saurait donc perdurer que lorsque les autres actions envisagées précédemment ne pourront aboutir. C'est le cas notamment lorsqu'on ne peut prouver à l'égard du tiers exploitant une faute, celui-ci ne connaissant pas le caractère fautif de la divulgation de l'idée ou de l'œuvre par celui qui les lui a révélées. Il faudra, pour que cette action aboutisse, que l'auteur ait préalablement agi contre celui qui a révélé ces informations au tiers, et qu'il n'ait pu obtenir paiement de ce débiteur immédiat en raison de son insolvabilité[420]. L'auteur pourrait donc trouver dans ce fondement un recours supplémentaire.

---

[419] A. LUCAS, note sous CA Rouen, 13 janv. 1981 : *D.* 1983, juris. p. 53.

[420] En effet, « *dans l'hypothèse où l'enrichissement a transité par un patrimoine tiers, la subsidiarité revêt une signification supplémentaire. L'appauvri ne peut agir contre l'enrichi sur le fondement de l'action de in rem verso qu'après avoir cherché à obtenir paiement de son débiteur immédiat. C'est seulement après avoir agi contre le tiers et s'être heurté à son insolvabilité qu'il pourra se retourner contre l'enrichi* ». F.TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n°1073-1, p. 1068.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

301. Au terme de ce chapitre, il apparaît que le droit commun permet, dans la période de l'avant-contrat, d'imposer la transmission de certaines informations, et de réparer, lorsque cela s'avère nécessaire, les conséquences dommageables de la révélation de l'œuvre ou de l'idée qu'impose le projet de contrat. Les règles générales du droit d'auteur ne demeurent cependant pas sans influence. Le droit de divulgation, notamment, devrait conduire à voir l'exploitant soumis à une obligation d'information renforcée concernant la prévision de l'exploitation future de l'œuvre. Ce même droit devrait conduire à une appréhension stricte du devoir de discrétion pesant sur celui à qui une œuvre a été dévoilée en vue de son exploitation. Le droit spécial offre parfois ses propres sanctions. La qualification d'œuvre protégeable ouvrira les portes de l'action en contrefaçon lorsqu'une œuvre négociée sera contrefaite. C'est cependant dans le droit commun que peuvent être puisés les moyens d'une appréhension globale des informations transmises dans la période précontractuelle. Le devoir de transparence inhérent à une négociation loyale du contrat fonde l'obligation de communiquer certaines informations susceptibles d'influencer le consentement de l'auteur, mais aussi celui de son partenaire. La réticence de ces informations ou la communication de fausses informations pourront être sanctionnées par la remise en cause du contrat, par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle parfois, ou par l'allocation de dommages et intérêts fondés sur le seul constat d'une faute précontractuelle ayant causé un dommage. Le devoir de discrétion permettra de sanctionner la divulgation et l'exploitation des éléments non protégés de l'œuvre ou de l'idée devant être développée. La notion d'agissement parasitaire, pourra également être mobilisée. Le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause est lui aussi envisageable.

302. Nous avons vu que la négociation du contrat d'auteur était irriguée par deux principes directeurs, celui de la bonne foi et celui de la liberté précontractuelle. Sont ici aussi en jeu la liberté de création et la liberté du commerce et de l'industrie. C'est dans l'articulation de ces deux principes, liberté et loyauté, qu'il faudra trouver la mesure de la régulation de la négociation. La responsabilité engagée du fait d'un manquement au devoir de transparence ou de discrétion devra donc être engagée avec parcimonie. Le droit commun s'avère ici apte à prendre en compte à la fois la qualité des parties à la négociation, la réalité de la relation entretenue et par là même la diversité des contrats d'auteur. Dans la réalité des faits, l'auteur n'est pas toujours la partie faible au contrat, et la souplesse des critères utilisés par les juges pour imposer une obligation d'information permet de prendre en compte cette réalité. Elle pâtit cependant d'un manque de visibilité qui minore son intérêt. Quant à la revendication des œuvres ou idées dévoilées, l'auteur s'expose nécessairement, en dévoilant le fruit

de sa réflexion intellectuelle, à une reprise injustifiée de son œuvre. Malgré toutes les actions qui lui sont offertes, il demeure des cas où l'auteur ne verra pas son préjudice réparé, notamment faute de preuve. Le seul moyen d'une protection plus efficace passera alors par la conclusion d'un contrat de confidentialité, ou tout au moins par la matérialisation de la preuve de la transmission de l'information au cours de pourparlers. Malgré ces difficultés, la protection qui lui est assurée ne semble pas pouvoir être renforcée, sauf à décourager les initiatives, car tout exploitant craindrait alors d'écouter un auteur de peur de ne plus jamais, ensuite, pouvoir exploiter une œuvre ou une idée ressemblant à celle qu'il lui a décrite. Le recours à la notion de faute semble alors opportun.

## Chapitre 2. LES DEVOIRS TENANT AU COMPORTEMENT DES PARTIES A LA NEGOCIATION

303. L'aboutissement des pourparlers, qu'il se traduise par la conclusion du contrat d'auteur ou par l'abandon du projet de contrat, sonne l'heure du bilan, celui du comportement qu'auront eu les négociateurs dans la période précontractuelle et par là même celui de la cohérence dont ils auront fait preuve dans la progression vers le contrat. C'est souvent l'instant où le comportement déloyal des parties à la négociation va se révéler. Si la négociation du contrat d'auteur demeure, en dehors de tout engagement contractuel, libre et informelle, l'exigence de bonne foi peut conduire l'une des parties à la négociation à voir sa responsabilité engagée au regard du manque de cohérence ou de tout autre comportement fautif dont elle aura fait preuve dans la période de l'avant-contrat. Que cette déloyauté ait poussé à la conclusion du contrat (***Section 1***) ou au contraire qu'elle se révèle à l'occasion de son abandon, (***Section 2***), elle trouvera vocation à être sanctionnée par la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle de son auteur. Le comportement des parties lors des négociations justifiera aussi parfois la remise en cause du contrat d'auteur, car, comme le disait Carbonnier, *« le contrat est suivi par son passé »*[421].

### *Section 1. Les devoirs tenant à la conclusion du contrat*

304. Le projet de contrat d'auteur porte parfois en lui de grands espoirs et de grands enjeux. L'avenir d'un auteur va parfois dépendre de l'issue d'une négociation de l'exploitation de ses droits avec un éditeur, un producteur. Le producteur négociant les droits d'adaptation cinématographiques d'une œuvre littéraire va peut-être, s'il n'obtient pas la cession de ces droits, passer à côté du succès, de la fortune, de la reconnaissance. L'argent se mêle alors aux sentiments, au ressenti, au désir, à l'enthousiasme, aux déceptions. L'un aura parfois plus d'intérêt que l'autre à conclure le contrat. Dans ce cas, convaincre son partenaire qu'il doit conclure le contrat envisagé fait partie intégrante du jeu de la négociation. Le bon négociateur doit séduire et convaincre. En l'absence de règles préétablies, il est cependant délicat d'établir la frontière entre ce pouvoir de séduction, simple manifestation de la stratégie de la négociation, et la pression exercée sur un des partenaires à la négociation qui pourrait s'avérer trop forte. La pression que peuvent ressentir les négociateurs est parfois lourde de conséquences. L'issue de la négociation dépend souvent de la capacité des

---

[421] J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, T.4, 22ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2000, p. 71.

négociateurs à gérer au mieux cette pression. Encore faut-il, pour cela, qu'ils aient le sentiment que le choix de l'issue des négociations leur appartient. Sans cette liberté, le consentement est vidé de son sens. Les règles protectrices du Code civil tendent à assurer cette liberté. Le consentement, nous l'avons vu, doit être éclairé, il doit aussi être libre. Cette liberté apparaît pourtant souvent bien relative. L'auteur, s'il veut vivre de son art, n'est-il jamais contraint d'accepter l'exploitation de son œuvre à des conditions qu'il ne considère pas comme étant les meilleures ? La contrainte est, de fait, souvent présente. Pour être acceptable, elle doit cependant être librement acceptée par celui qui s'y plie[422]. Dans le cas contraire, cette contrainte s'assimile parfois à de la violence. Cette violence est définie par Monsieur Cornu, dans une approche contractuelle, comme tout *« fait de nature à inspirer une crainte telle que la victime donne son consentement à un acte que, sans cela, elle n'aurait pas accepté »*. Le consentement donné étant la conséquence, l'aboutissement des relations précontractuelles, c'est vers la période de l'*ante* contrat qu'il va falloir se tourner, afin de vérifier si la pression pesant sur l'un des partenaires est allée au-delà de la simple et saine stratégie précontractuelle.

305. La pression illégitime exercée lors de la période précontractuelle afin de pousser son cocontractant à conclure le contrat va ainsi à l'encontre de deux principes généraux, dont les sanctions respectives pourront être mises en œuvre. Il s'agit tout d'abord de la liberté contractuelle, dont l'admission subordonne la validité du contrat à l'expression d'un consentement libre. L'absence de liberté dans la production du consentement sera sanctionnée par la remise en cause du contrat ayant été conclu sous la contrainte (***Paragraphe 1***). Le comportement de celui ayant poussé son partenaire à conclure le contrat avec trop d'insistance peut être analysé comme un comportement déloyal, pouvant être sanctionné indépendamment de l'avenir du contrat car portant atteinte à un deuxième principe, celui de la bonne foi devant guider les négociations (***Paragraphe 2***).

### Paragraphe 1. La violence, vice du consentement

306. Toute pression exercée sur son partenaire à la négociation n'est pas répréhensible. Il faut savoir distinguer ce qui participe du jeu précontractuel de ce qui le dépasse. Il faut pour cela analyser le comportement des parties à la négociation car la contrainte, pour être une cause de nullité du contrat, doit être illégitime. Le terme « violence » employé par le législateur est évocateur et l'on en

---

[422] Pour être assimilable à de la violence, la contrainte doit en effet venir du fait d'autrui et ne pas être purement personnelle : J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle* : *RTD civ.* 1974, p. 64, citant Doneau.

saisit rapidement la teneur. Celle-ci a cependant dû être largement précisée par les juges. La violence, telle que l'entend l'article 1109 du Code civil peut en effet se décliner sous des formes très différentes[423]. L'article 1112 du Code civil précise que : *« Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ».*

307. **L'hypothèse marginale de la violence physique**. Cette violence s'entend en premier lieu de la violence physique. L'hypothèse d'un contrat de cession de droit d'auteur conclu sous la contrainte physique n'est guère imaginable aujourd'hui. Elle n'est cependant pas la seule forme de violence sanctionnée ici par le législateur.

308. **L'hypothèse de la violence morale.** La pression illégitime exercée sur une partie à la négociation pour la contraindre à conclure le contrat peut être morale. Cette hypothèse appliquée au contrat d'auteur est beaucoup plus probable[424] que celle de la violence physique. La violence morale peut tout d'abord venir de la menace d'une action en justice. Monsieur Gautier donne l'exemple d'un éditeur menaçant l'auteur d'intenter un procès contre lui si le contrat n'est pas renouvelé. En sens inverse, on pourrait imaginer l'auteur menaçant le producteur d'intenter une action pour avoir manqué au respect de son œuvre s'il ne conclut pas un deuxième contrat. Les hypothèses de contrainte morale sont nombreuses. Pour être une cause de nullité, cette contrainte morale doit cependant être illégitime. Ainsi, lorsqu'il s'agit de la menace d'une voie de droit, comme celle de la menace d'une action en contrefaçon, il faudra, pour que celle-ci soit sanctionnée, montrer qu'il ne s'agit pas du simple exercice d'un droit, mais au contraire que celui qui l'exerce entend obtenir autre chose que ce à quoi il pourrait prétendre[425].

309. En dehors de toute menace d'action en justice, il est de nombreuses circonstances dans lesquelles la contrainte morale exercée durant la période précontractuelle peut révéler un vice de

---

[423] Sur les différents aspects de la violence au sens de l'article 1112 du Code civil : voir F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, coll. *Précis,* 2009, p. 251 et s. – A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2010, p. 73 et s.

[424] Sur l'application du vice de violence en droit d'auteur : voir P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n° 463, p. 503 – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur,* 1re éd., Dalloz, coll. *Précis,* 2009, n°658, p. 456 – C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, coll. *Manuels*, 2009, n°399, p. 336.

[425] La Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser que *« la menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence au sens des articles 1111 et suivants du Code civil que s'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* ». Cass. 3ème civ., 17 janv. 1984 : *Bull. civ*. III, n°13.

violence. Cette violence morale peut jouer un rôle particulièrement important en droit d'auteur, au vu de la précarité de situation de certains auteurs et de la pression du milieu qui est forte, et où les informations circulent rapidement. Ce risque est patent car l'auteur est parfois en situation de faiblesse ou de dépendance vis-à-vis de l'exploitant. Prenons l'hypothèse dans laquelle un exploitant, quel qu'il soit, promettrait à l'auteur de le décrédibiliser dans le milieu de son art s'il refuse de signer un contrat de cession des droits. Cette pression est bien *« de nature à faire impression sur une personne raisonnable »*[426], car il est raisonnable, pour un auteur, de croire au pouvoir qu'a l'exploitant de le faire. Cette violence, pour vicier le consentement, doit *« lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »*. La crainte de voir les exploitants lui tourner le dos est bien réelle, sa réalisation est probable, dans certains milieux plus que d'autres. Le vice de violence peut ici, si ces conditions sont remplies et prouvées, offrir une porte de sortie à l'auteur ayant retrouvé ses esprits, se sentant libéré de la contrainte. On peut également penser au dénigrement que l'auteur pourrait subir de la part de son exploitant, qui le pousserait à croire qu'il n'obtiendra de toute façon pas plus que ce qu'il lui propose. Comment prouver que ses dires ne sont pas fondés ? Qu'il s'agit d'une pression illégitime plutôt que d'une recommandation ? L'appréciation de la violence sera alors très délicate, et ainsi il en sera de même de celle de la frontière entre la stratégie précontractuelle et la malhonnêteté. Même lorsque toutes les conditions de la violence sont remplies, la preuve de la psychologie des deux contractants sera particulièrement difficile à rapporter, privant le vice de violence morale d'une partie de son utilité en droit d'auteur.

310. **L'hypothèse de la violence économique.** À côté de cette violence morale, le juge a découvert et développé la notion de violence économique[427]. Il s'agit également d'une violence morale, exercée et fondée sur le lien de dépendance économique qui peut exister entre les deux parties à la négociation. L'un des arrêts fondateurs de cette notion de violence économique avait justement pour objet une cession de droits d'auteur.

311. Il s'agissait d'une salariée de la société Larousse-Bordas qui avait réalisé, au terme d'une activité complémentaire au cadre de son contrat de travail, un dictionnaire à destination des enfants. En 1984, se sentant d'après ses dires menacée par un plan de restructuration de l'entreprise dont elle

---

[426] Les critères de la violence comme vice du consentement sont définis par l'article 1112 du Code civil : « *Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présen*t ».

[427] Cass. 1re civ., 30 mai 2000 : *Bull. civ.* I, n°169 ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2001. somm. p. 1140, obs. D. MAZEAUD. La Cour de Cassation, dans cet arrêt, rattache la contrainte économique à la violence et non à la lésion.

avait eu vent, elle avait accepté de céder à son employeur les droits d'exploitation de son dictionnaire, moyennant une somme forfaitaire de 30000 euros destinée à compenser le travail supplémentaire qu'elle avait fourni en vue de son élaboration. En 1996, elle se voit licenciée de la société et en 1997, 13 ans après la cession de ses droits d'auteur, elle assigne la société Larousse-Bordas en nullité de l'acte, invoquant la violence qui avait vicié son consentement[428]. La Cour d'appel de Paris, le 12 janvier 2000[429], rend un arrêt intéressant et pour le moins inquiétant. Elle qualifie la violence économique et annule ainsi la cession des droits d'auteur au motif que le statut de salarié la plaçait en situation de dépendance économique, et qu'elle avait donc été contrainte d'accepter les termes du contrat sans pouvoir les négocier. Aucune menace personnelle n'avait cependant eu lieu. Pour la Cour d'appel le seul rapport de force suffit à caractériser ici la violence économique. Cette conception apparaît dangereuse car elle conduit à remettre en cause tous les contrats de cession de droit d'auteur intervenus dans le cadre d'un contrat de travail, même des années plus tard, lorsque l'auteur affirme que les conditions fixées ne lui convenaient pas. L'hypothèse du contrat de travail n'est d'ailleurs pas la seule, l'auteur étant souvent en position de faiblesse économique, et donc de fait souvent en situation de dépendance vis-à-vis de son exploitant. Si l'objectif était ici de protéger l'auteur, la solution ainsi pensée risque de se révéler contre-productive. L'auteur comme son cocontractant a besoin d'un minimum de sécurité juridique. La violence aurait pu légitimement être qualifiée s'il avait été prouvé que l'employeur l'avait réellement menacée de licenciement au cas où elle refuserait de céder ses droits d'auteur, ce qui n'était pas le cas ici.

312. La Cour de cassation[430], cassant l'arrêt de la Cour d'appel, rétablit l'équilibre en considérant que « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ». La situation de dépendance économique ne suffit pas, celle-ci doit être exploitée de manière abusive, et il n'était pas prouvé que l'employeur ait évoqué devant elle la

---

[428] Que l'action ne soit pas prescrite peut déjà sembler surprenant. Le TGI de Paris, le 22 janvier 1999, avait déclaré cette demande irrecevable car prescrite, mais ni la Cour d'appel ni la Cour de Cassation n'ont remis en cause sa recevabilité. Le délai de prescription court à partir du moment où la contrainte cesse, et l'auteur faisait valoir que la contrainte avait cessé au moment où le lien de subordination avait rompu, donc au jour de son licenciement. Aussi contestable que soit l'appréciation d'une telle violence existant pendant 13 ans, ce n'est pas le point qui nous intéresse ici.

[429] CA Paris, 12 janv. 2000 : *JCP G*, 2000, II, 10433, note P. PIERRE ; *CCE*, 2000, comm. 43, note C. CARON ; *D.* 2001, juris. p. 2067, note P. FADHEUILLE.

[430] Cass. 1re civ., 3 avr. 2002: *Bull. civ*. I, n°108 ; *D.* 2002, p.1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL ; *CCE*, comm.

possibilité d'un licenciement ni une quelconque menace. C'est la preuve de la contrainte elle-même qui n'est pas rapportée ici, et qui ne permet donc pas de qualifier l'existence d'un *« mal considérable et présent* », comme le prescrit l'article 1112 du Code civil. Elle admet cependant la notion de violence économique, et en rappelle les strictes conditions d'application.

313. Cette décision nous apparaît salutaire. Tout comme Monsieur Caron, nous pensons que « *la violence économique à un rôle à jouer en droit d'auteur, tant il peut paraître nécessaire de protéger l'auteur qui est, bien souvent, la partie faible du contrat qu'il soit ou non salarié* »[431]. Mais cette protection doit être mesurée, et c'est cette mesure que rappelle ici la Cour de cassation, en se rattachant aux conditions classiques des articles 1111 du Code civil. Comme le dit très justement Monsieur Caron, il est important « *de ne pas créer une présomption de violence qui ferait planer sur tout contrat formé dans l'univers des relations de travail, l'épée de Damoclès d'une annulation éventuelle* » [432]. Il conclut ainsi : « *Le contrat serait alors, en droit de la propriété littéraire et artistique, un acte d'imprévision, porteur d'insécurité juridique. Il n'est pas certain que l'auteur soit le bénéficiaire d'une telle instabilité contractuelle, tant il est certain que l'excès de protection nuit fréquemment à celui que l'on veut protéger* »[433]. Nous partageons ce point de vue.

314. **Les conséquences de la violence sur le contrat d'auteur.** Si la violence est constatée et qualifiée ainsi par les juges, le consentement perd sa valeur et son pouvoir. La sanction première de la violence est donc l'annulation du contrat pour défaut d'une de ses conditions de validité, le consentement, puisqu'il *« n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol »*[434]. Pour autant faut-il prouver que la violence a été déterminante du consentement. Comme toute action fondée sur les vices du consentement, la victime aura également la possibilité de demander le maintien du contrat et de préférer des dommages et intérêts permettant de rétablir l'équilibre contractuel.

315. La Cour de cassation n'a pas défini quelle était cette situation de dépendance économique. Or, il est de nombreuses situations dans lesquelles un tel lien pourrait être caractérisé en droit des

---

juin 2002, p. 23, note C. CARON ; *CCE*, comm. juin 2002, p. 35, note P. STOFFEL-MUNCK.

[431] C. CARON, note sous Civ 1re, 3 avr. 2002, « *Sté Larousse-Bordas c/ Mme Claude Sobotka, épouse Kannas* » : note préc.

[432] *Ibid.*

[433] *Ibidem.*

[434] Article 1109 du Code civil.

contrats d'auteur, même en dehors de tout lien de subordination. S'il est salutaire que cette situation de dépendance appelle une attention accrue quant à la réalité du consentement donné, il convient cependant de se montrer prudent en ne permettant pas de remettre en cause le contrat d'auteur trop facilement.

### Paragraphe 2. L'insistance, manquement à la loyauté précontractuelle

316. **L'identification possible d'une faute civile.** Indépendamment de ses conséquences sur le contrat, le simple fait de faire pression sur l'auteur lors des négociations peut, selon les circonstances, constituer un acte de déloyauté précontractuelle, qui peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil par des dommages et intérêts. Il faut pour cela que la pression exercée sur l'auteur dépasse le simple jeu des négociations, ou de manière plus générale, que celle-ci soit illégitime. Le juge a, à plusieurs reprises, manqué l'occasion d'apporter une pierre à l'édifice de moralisation des relations précontractuelles en droit d'auteur. Le bâton lui a pourtant été tendu.

317. Une affaire aurait pu lui permettre de se prononcer sur la question et d'expliciter certains points demeurant en suspens. Il s'agissait d'une société de traduction dont l'objet était de réaliser des adaptations en français d'œuvres audiovisuelles étrangères. Elle faisait pour cela appel à des traducteurs. Souhaitant modifier son système interne de répartition des droits, la société fit passer une note les informant qu'elle leur proposerait dorénavant soit, dans quelques cas particuliers, un contrat d'auteur à 100% soit, dans toutes les autres hypothèses, un contrat de coauteur à 50% des droits. L'explication donnée était que dans la plupart des cas, la société devait procéder à des réécritures plus ou moins importantes afin d'adapter les programmes aux spécificités de la télévision française. La note précisait qu'en cas de refus de la part du traducteur de signer l'œuvre terminée, il n'aurait aucun droit sur l'œuvre et la société se passerait de ses services.

318. Il s'agit ici d'une menace, menace de mettre fin aux relations contractuelles si les traducteurs refusent de signer une nouvelle forme de contrat qui se révèle être illégale. En effet, l'attribution de la qualité d'auteur n'est pas question de volonté, mais de contribution concrète à la création de l'œuvre. En clair, on ne peut se répartir la qualité d'auteur par contrat, celle-ci ne dépend, au cas par cas, que de la participation à la création. Une société ne peut donc pas prévoir à l'avance la détermination de la qualité d'auteur, ni décider de se l'attribuer en cas de refus des traducteurs de

signer une œuvre. Allant dans le sens de la Cour d'appel, la Cour de cassation[435] rappelle dans un premier temps ce principe. Pour que ceux qui procèdent aux réécritures après traduction puissent bénéficier de la qualité d'auteur, il faut analyser leur contribution concrète une fois l'œuvre créée. Le contrat, de ce point de vue, était donc illicite. Il l'était également au regard du droit moral. Celui-ci, c'est une solution bien classique aujourd'hui, ne peut être cédé et l'on ne peut y renoncer par avance. Or, en signant les contrats proposés, l'auteur s'engageait à renoncer à sa paternité au cas où il refuserait de signer l'œuvre. Au regard du droit d'auteur, le contrat n'était donc pas valable, ce que constatèrent la Cour d'appel puis la Cour de cassation. Ce moyen ne posait guère de difficulté, et la solution offerte par la Cour de cassation est une stricte application des prescriptions du CPI, solution qu'elle a eu ensuite l'occasion de confirmer[436].

319. Le deuxième moyen était cependant moins orthodoxe. La SCAN, représentant les intérêts des auteurs, invoquait la mise en œuvre de la responsabilité civile de la société, fondée sur l'article 1382 du Code civil. Selon eux, la menace de ne plus faire appel aux traducteurs en cas de refus de l'offre constituait une faute précontractuelle. Il s'agissait pour les juges d'analyser le comportement de la société à l'occasion de ce temps précontractuel. La question était simple, le fait de faire pression sur un auteur pour qu'il signe un contrat illégal peut-il être considéré comme une faute précontractuelle ? Si les juges du fond ont qualifié la faute, la Cour de cassation a quant à elle refusé une telle qualification en l'espèce. Elle constate que la société a maintenu son projet de contrat qu'elle a souhaité défendre en justice. Elle considère alors que la Cour d'appel, en qualifiant la faute a méconnu *« le droit de défendre en justice à l'action par laquelle est contestée la licéité d'un projet communiqué de conventions »*. Le raisonnement est clair, la société pensait le contrat proposé valable, et le droit de se défendre lui offrait la possibilité de le revendiquer jusqu'à ce que projet soit déclaré illicite.

320. Selon Monsieur Pollaud-Dulian, elle ne répond donc pas sur le point précis de la légitimité ou de l'illégitimité de la pression exercée par la menace de mettre fin aux relations contractuelles avec les traducteurs qui n'acceptaient pas l'offre : il ne se montre *« pas tout à fait convaincu que l'attendu de la Cour de cassation réponde pleinement à la question : l'emploi de menaces fondées sur une*

---

[435] Cass. 1re civ., 6 mai 2003 : *Bull. civ.* I, n°110, p. 86 ; *RIDA*, juill. 2003, p. 193, obs. A. KEREVER ; *RTD com.* 2004, p. 267, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[436] Se fondant sur l'article L.111-1 du CPI, les juges ont par la suite rappelé que *« la détermination de l'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi »* : Cass. 1re civ., 16 nov. 2004 : *RTD com.* 2005, p. 81, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

*pratique illicite dans la négociation contractuelle n'est-elle pas un manquement à l'obligation de loyauté ou de bonne foi qui s'impose dès le stade de la négociation, si l'on veut moraliser la période précontractuelle »*[437]. En effet, la Cour de cassation n'y répond pas directement, puisqu'elle part du postulat que la société considérait son offre comme étant valable. Elle ne rejette donc pas le principe selon lequel la pression illégitime d'un négociateur sur son partenaire en vue de la conclusion du contrat constitue une faute précontractuelle, en tant que manquement à l'obligation de négocier de bonne foi. Cet arrêt nous montre cependant que la preuve du caractère illégitime de cette pression sera délicate à apporter. L'on pourrait toutefois aller plus loin en considérant que le devoir de loyauté précontractuelle entraine un devoir de diligence imposant à une société professionnelle de se renseigner sur la validité des contrats qu'elle propose à ses auteurs. L'action pourrait trouver en l'article 1383 du Code civil un fondement accueillant. Il appartiendrait alors à la société de prouver qu'elle s'est montrée diligente. La Cour de cassation a manqué ici l'occasion d'apporter des précisions sur ce point. En théorie cependant, rien ne s'oppose à une telle qualification.

321. **L'identification possible d'une faute pénale.** Notons également que la pression précontractuelle peut, selon sa gravité, entrainer une sanction pénale. *« L'infraction réside dans le fait de tenter de forcer à contracter, qu'il s'agisse d'une violence physique ou morale »*[438]. La violence physique peut dans certains cas être qualifiée d'extorsion au regard de l'article 312-1 du Code pénal qui la définie comme *« le fait d'obtenir par violence, menace de violence ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque »*. La violence morale peut quant à elle emprunter les traits du chantage, défini par l'article 312-10 du Code pénal comme *« le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque »*.

322. Que ce soit par la remise en cause du contrat, par la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, ou exceptionnellement par la mise en œuvre de la responsabilité pénale, la pression exercée sur l'auteur pour l'obliger à conclure le contrat trouve vocation à être sanctionnée. Le comportement des parties est donc régulé dans le déroulement des négociations, puisque c'est vers le

---

[437] Cass. 1re civ., 6 mai 2003 : *RTD com.* 2004, p. 268, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[438] M. BENILLOUCHE, *Le droit pénal de la période précontractuelle*, *in* L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 117.

temps de l'avant-contrat que l'on va se tourner pour apprécier ce comportement. Si la responsabilité peut être engagée pour avoir forcé la conclusion du contrat, elle peut l'être dans la manière dont les parties ont esquivé cette conclusion. C'est ainsi au moment de la rupture des négociations que l'on appréciera la cohérence du comportement des parties à la négociation.

## *Section 2. Les devoirs tenant à la rupture des négociations*

323. La liberté de ne pas conclure le contrat d'auteur demeure, au bénéfice de l'auteur comme de l'exploitant, tant que le contrat d'auteur ou un avant-contrat portant déjà en lui le consentement au contrat définitif n'a pas été conclu[439]. En l'absence d'un tel engagement, il ne peut, par principe, leur être reproché de mettre un terme au projet de contrat. L'échec des pourparlers révèle cependant parfois l'incohérence de leur attitude durant les négociations. Négocier le contrat loyalement implique d'avoir un comportement cohérent vis-à-vis de son partenaire, aussi bien dans le déroulement des pourparlers que dans leur dénouement. Le manque de cohérence peut ainsi constituer une faute précontractuelle, susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur. Cette cohérence, ou plutôt l'absence de cohérence s'apprécie en général lors de la rupture des pourparlers, car c'est à ce moment-là que les défauts dans le comportement des parties vont se révéler. L'auteur fonde généralement beaucoup d'espoir dans la négociation de l'exploitation de son œuvre, espoir grandissant au fur et à mesure de l'avancement des négociations. L'échec de celles-ci lui causera nécessairement un préjudice, parfois matériel mais aussi et peut être surtout moral. Il vit souvent cet échec comme un échec personnel, et ce sentiment sera d'autant plus grand que le comportement de l'exploitant aura parfois fait naître chez lui une légitime confiance dans la conclusion du contrat. De même, lorsque l'auteur est à l'origine de l'abandon du projet de contrat, son exploitant peut subir un préjudice important, il peut avoir déjà engagé des dépenses de tous ordres, frais d'études, recherches de financement d'un projet, frais de publicité *etc.*

324. Si le préjudice causé par la rupture des négociations est parfois réel, il n'est pourtant bien souvent que la conséquence d'un risque inhérent à toute négociation. Rien ne garantit le succès des pourparlers. Tant que les parties ne sont pas engagées dans les liens du contrat, leur liberté reste, nous l'avons vu, de principe. La rupture des pourparlers ne devrait donc pas être en elle-même

---

[439] Certains parlent alors d'un droit de rompre les pourparlers, droit qui doit être exercé sans abus. L'abus dans la rupture des pourparlers constituerait la faute permettant de mettre en œuvre la responsabilité délictuelle de son auteur. Les décisions font en effet souvent référence à l'abus dans la rupture des pourparlers : J. GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers : JCP G.* 2007, n°155, p. 15.

fautive. Les circonstances de cette rupture peuvent l'être en revanche, c'est ce que nous allons découvrir (***Paragraphe 1***). L'identification de cette faute permettra à l'éconduit de voir compensé le préjudice directement causé par celle-ci (***Paragraphe 2***).

### Paragraphe 1. La faute tenant à la rupture des négociations du contrat d'auteur

325. L'analyse des critères retenus par la jurisprudence afin de qualifier la rupture fautive des négociations du contrat d'auteur (***I***) laisse apparaître tant l'absence de spécificité de ces critères dans le domaine du droit d'auteur que les possibilités de prendre en compte pour son appréciation la diversité des contrats d'auteur et la réalité de la relation établie (***II***).

#### I. LA CARACTERISATION DE LA FAUTE

326. **La nécessité de caractériser une faute.** Rappelons en premier lieu qu'il est important de ne pas engager la responsabilité précontractuelle à la légère. L'étymologie même du mot pourparlers l'indique, *« les discussions que les plénipotentiaires ont engagées sont juste pour parler (en deux mots) ; non point certes parler pour ne rien dire, mais parler pour voir et, éventuellement pour s'entendre, pour conclure. Mais aussi le cas échéant pour se séparer, en tout bien tout honneur, la vie reprenant son cours comme devant, et des négociations s'ouvrant probablement immédiatement après, avec un autre éventuel partenaire »*[440]. Que l'on se place du point de vue de l'auteur ou de son exploitant, la liberté reste de mise et il faut se garder de décourager les initiatives que l'un ou l'autre pourrait prendre. *« Désirable en vue d'instaurer un climat de sécurité, le risque de responsabilité ne doit pas inhiber pour autant l'indispensable liberté exploratoire que supposent les choix économiques rationnels et partant le bon fonctionnement du marché »*[441]. Il n'est donc pas question de remettre en cause cette liberté, mais de vérifier si celle-ci est surveillée de manière efficace lorsque l'auteur et un quelconque exploitant ont en prévision la conclusion d'un contrat d'auteur.

327. « Comme les fiancés, les plénipotentiaires conservent la liberté de rompre, mais dans la dignité, la loyauté étant sauve, sans bafouer la légitime confiance qui s'était instaurée. Cela implique que la courtoisie soit respectée, tant dans la forme que dans le moment de la rupture. Il existe une sorte de « devoir de préparation psychologique du partenaire à cette épreuve »[442]. La relation entre

---

[440] Ph. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations : RTD com*. 1998, p. 479.

[441] H. MUIR-WATT, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance, in* Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 55.

[442] Ph. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations* : art. préc., p. 484.

l'auteur et l'exploitant a souvent été comparée à celle d'un couple[443]. Cette relation toute particulière, bien qu'elle se soit quelque peu dématérialisée aujourd'hui, demeure une réalité, au moins en ce qui concerne les « belles-œuvres ». Elle justifie en tout cas que, à l'image des fiançailles, les projets d'exploitation des œuvres ne soient pas pris trop à la légère, et cette régulation suppose que le comportement des plénipotentiaires soit parfois considéré comme fautif.

328. **Diversité des fautes.** Comme nous l'avons montré, la faute précontractuelle conserve le caractère de généralité et d'unité propre à la faute délictuelle[444]. Ainsi, il n'existe pas de faute spécifique à la rupture des pourparlers, mais des fautes relatives au comportement des parties qui vont se révéler à l'occasion de cette rupture. Le critère de la mauvaise foi est le plus récurrent mais il n'est pas exclusif. L'ensemble des comportements sanctionnés au titre de la rupture des pourparlers convergent cependant vers la caractérisation d'une déloyauté, intentionnelle ou non. La jurisprudence et la doctrine, sans définir une faute précontractuelle, nous offrent des indices, des exemples de comportements pouvant être considérés comme fautifs. La norme de comportement attendu est celle du négociateur faisant *« preuve de continuité et de constance dans son comportement »*[445].

329. **De l'intention de nuire à la légèreté blâmable.** S'éloigner de cette norme de comportement ne suppose pas nécessairement de mauvaise foi ou d'intention de nuire. La jurisprudence a un temps exigé la démonstration d'une telle intention, traduisant la pensée de Monsieur Cohérier[446]. La jurisprudence est cependant revenue à une conception plus générale de la faute précontractuelle, en affirmant au sujet des pourparlers, que *« la responsabilité délictuelle prévue aux articles 1382 et 1383 du Code civil (pourrait) être retenue en l'absence d'intention de nuire »*[447]. Si l'intention de nuire n'est plus nécessaire pour caractériser la faute, sa démonstration est cependant suffisante, et au moment de la rupture l'on constate parfois que dès l'entrée en pourparlers, le comportement des

---

[443] S. PEREZ, *Un couple infernal, l'écrivain et son éditeur*, Bartillat, 2006. Son livre raconte « l'aventure épineuse et charnelle » d'un couple, l'écrivain et son éditeur.

[444] *Voir supra*, n°155 et s.

[445] D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons*, *in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. CEPRISCA, 2008, p. 13.

[446] A. COHERIER, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse, Paris, 1939, p. 154. Selon lui, il faut opérer une distinction selon que l'intention de nuire est la cause essentielle de la rupture ou non. Il elle en est la cause essentielle, la responsabilité est engagée. Si elle ne l'est pas, aucune responsabilité ne peut être mise en œuvre.

[447] Cass. 3ème civ., 3 oct. 1972 : *Bull. civ*. III, n°491, p. 359.

négociateurs était fautif. Pourrait par exemple être sanctionné l'exploitant qui est entré en pourparlers avec un auteur dans le seul but de se voir dévoiler un projet, une idée ou une œuvre. Outre le devoir de discrétion dont il devra répondre, l'intention de nuire à l'auteur suffira à engager sa responsabilité. On comprend cependant, avec ce seul exemple, que la preuve d'une telle intention sera difficile à apporter. Cette volonté de nuisance n'est pas toujours dirigée contre son partenaire à la négociation, mais parfois contre un tiers. Il peut s'agir par exemple du producteur négociant longuement les droits d'adaptation cinématographique d'une œuvre dans le seul but d'empêcher un concurrent de réaliser une adaptation qui pourrait nuire à l'exploitation d'une de ses productions. De manière plus générale, la négociation peut être une stratégie d'immobilisation des droits.

330. Peut être également sanctionné sur ce terrain-là l'auteur négociant des droits qui ne lui appartiennent pas, ou qu'il a déjà cédés, sachant dès lors que les négociations ne pourront aboutir qu'en violation des droits de son premier cessionnaire. Si l'intention de nuire ou la mauvaise foi ne peuvent être prouvées, une telle légèreté dans la négociation ne peut être que blâmable. Or, la légèreté blâmable dans la négociation constitue une faute[448]. Il en est de même de l'exploitant qui entame des négociations avec un auteur alors qu'il sait qu'il sera bientôt mis en liquidation judiciaire[449], ce qui fera obstacle à une bonne exploitation de l'œuvre.

331. L'incohérence dans le déroulement des négociations peut aussi être constituée par la passivité d'un des négociateurs, qui refuse de faire des propositions, ou par des changements d'attitudes ou d'exigences. Le devoir de cohérence implique une certaine continuité dans les propositions et souhaits que l'on peut émettre. S'il est normal de discuter des conditions du contrat, c'est la base même du jeu précontractuel, vouloir modifier l'économie du contrat ou ses éléments essentiels à la dernière minute peut constituer une faute. Ainsi, a été jugé fautif par les juges l'ajout tardif de conditions inhabituelles vis-à-vis des usages de l'édition ayant conduit à la rupture du projet de contrat : *« En tentant, postérieurement à l'envoie à M.Y de l'offre de contracter précitée, d'imposer la stipulation d'une condition suspensive à la publication, modifiant sensiblement l'économie du contrat de directeur de collection et de l'offre d'édition et consistant, pour l'auteur(...), à justifier d'une pré-vente de 300 exemplaires de l'ouvrage, la S.A ATLANTICA doit être considérée…comme*

---

**448** Cass. com., 22 févr. 1994 : *Bull. civ*. IV, n°79.

449 Outre le défaut d'information que constitue le silence sur ce point, le simple fait d'être entré en pourparlers en sachant qu'ils ne pourraient aboutir à une exploitation peut être considéré comme un comportement d'une telle légèreté qu'il en est fautif, révélant le manque de cohérence dans le comportement de l'exploitant.

*ayant abusivement rompu les pourparlers avec M..Y (...) en vue de la publication de l'ouvrage litigieux »*[450]. Cette incohérence s'apprécie notamment au regard de l'avancement des négociations. Il n'est pas reproché ici d'avoir voulu imposer des conditions particulières, mais de l'avoir fait au dernier moment, de manière incohérente, alors même qu'une offre avait déjà été émise par l'éditeur.

332. **La prise en compte de l'avancement des pourparlers**. Dans l'appréciation du comportement des parties à la négociation, le critère temporel joue, depuis les premières jurisprudences sur la question, un rôle essentiel. Au fur et à mesure que les pourparlers avancent et que l'on se rapproche de la conclusion du contrat définitif, les devoirs à la charge des négociateurs prennent de plus en plus de consistance. Le contrat se dessine, et la confiance en la conclusion du contrat devient légitime. C'est pour ne pas décevoir cette confiance légitime que les négociateurs doivent se montrer cohérents. Ils ne doivent pas tromper la confiance qu'ils ont eux-mêmes suscités chez leur partenaire. Ainsi, *« si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que, lorsque ces derniers ont atteint en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure le contrat,(...), la rupture est alors fautive »*[451]. A l'approche du moment tant attendu de la conclusion du contrat, légèreté, insouciance, mauvaise foi et autres déloyautés sont appréciés beaucoup plus strictement. Plus les pourparlers avancent, plus la rupture des pourparlers confine à la faute. Ainsi, abandonner tardivement le projet de contrat suffit parfois à la qualifier, notamment lorsque l'attitude de celui qui rompt les pourparlers a amené son partenaire à croire en l'issue heureuse des négociations. A ainsi été condamné un éditeur qui avait entretenu l'auteur dans l'illusion qu'il allait publier son ouvrage[452]. Le fait que le refus d'édition intervienne après trois ans de réflexion, alors même que l'auteur pensait, légitimement, voir enfin « le bout du tunnel » suffit à constituer la faute. Cette même volonté de

---

[450] CA Pau, 9 sept. 2008 : n°06-03694.

[451] CA Riom, 10 juin 1992 : *RTD civ.* 1993, p. 343, obs. J. MESTRE.

[452]Cass. 1re civ., 20 juin 1961 : *D.* 1962, somm. p. 3. « *Saisis d'une action en dommages et intérêts introduite par un auteur contre un éditeur, à la suite du refus de ce dernier de publier un manuscrit remis trois ans auparavant, les juges du fond ne se contredisent nullement lorsqu'après avoir dénié l'existence de tout contrat d'édition entre les parties, ils déclarent que l'éditeur a commis une faute en entretenant l'auteur dans l'illusion qu'il allait publier son ouvrage et sanctionnent cette faute délictuelle par l'allocation de dommages et intérêts* »

protéger la confiance née de la négociation justifie que l'offre formulée doive être maintenue durant un certain délai[453], le délai contenu dans l'offre[454] ou à défaut un délai raisonnable[455].

333. Toute la difficulté est donc de déterminer si les pourparlers étaient suffisamment avancés à l'instant de leur rupture. Cette difficulté est d'autant plus grande que les contrats d'auteur étant des contrats très différents, les points essentiels sur lesquels les parties doivent se mettre d'accord seront différents selon le contrat envisagé. Il faudra de plus se demander si, au-delà de la détermination objective des éléments essentiels du contrat, les parties n'ont pas entendu faire de certains éléments accessoires un élément essentiel de leur consentement. Ces différents points influeront nécessairement sur la qualification du caractère avancé des négociations. Le juge pourra alors opportunément se référer aux documents précontractuels échangés entre les parties, souvent révélateurs de leurs intentions[456]. La formulation d'une offre, si elle est en principe révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée[457] sera parfois un bon indicateur de cet avancement, la formulation de lettres d'intention également[458], comme celle d'un accord sur le principe même de la volonté d'aboutir à la conclusion du contrat. Les juges devront alors apprécier la proximité des points arrêtés lors de la négociation de l'accord définitif.

334. Ainsi, à un producteur qui reprochait à l'auteur d'avoir abandonné un projet de film et contracté avec un autre producteur, la Cour de cassation, qui devait statuer sur sa demande d'indemnisation au titre de la rupture abusive des pourparlers fondée sur la confiance qu'il avait eu en la conclusion du contrat du fait de la remise du scénario, répondit que *« fin 86, les éléments essentiels pour contracter entre professionnels n'étaient pas réunis, qu'en interrompant des négociations qui n'aboutissaient pas, après plusieurs mois, M.X ne s'était pas rendu coupable d'une*

---

[453] H. KENFACK : *La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p. 122. ; J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle : art. préc., p. 56. ; Ph. LE TOURNEAU, La rupture des négociations : art. préc., p. 486.

[454] Cass. 3ème civ., 7 mai 2008 : *Revue Lamy droit civil*, avr. 2009, p. 7, note E. BURDIN *; Revue Lamy droit civil*, mars 2009, p. 36, note P. JACQUES.

[455] Cass. 3ème civ., 25 mai 2005 : *RDC*, 2006, n°2, p. 311, obs. D. MAZEAUD.

[456] J. CEDRAS, *L'obligation de négocier : RTD com.* 1985, p. 265.

[457]Cass. 3ème civ., 3 févr. 1919 : *DP*, 1923, 1, p. 126. Cette solution, ancienne, a été réitérée depuis à de nombreuses reprises.

[458]J. SCHMIDT-SZALEWSKI, note sous Cass. com., 9 févr. 1981 : *D.* 1982, p. 4.

*brusque rupture»*[459]. La remise d'un scénario, ou plus généralement la présentation d'une œuvre à un exploitant ne suffit pas à constituer des pourparlers avancés.

335. C'est ce qu'a rappelé le TGI de Paris le 10 octobre 2007, à propos de l'échec de pourparlers concernant la cession des droits d'un portefolio de 60 photographies à une agence de presse. Dans cette affaire, l'échec des pourparlers s'était traduit par une utilisation non autorisée des œuvres. Parallèlement à l'action en contrefaçon, la société détentrice des droits sur les photographies invoquait la rupture fautive des pourparlers, l'agence ayant finalement préféré utiliser les photographies de manière illicite. Les juges ont considéré que les pourparlers n'étaient pas suffisamment avancés pour que la rupture puisse être qualifiée de fautive : *« Une rupture de pourparlers n'est fautive et n'ouvre droit à dommages et intérêts qu'autant que les deux parties sont bien avancées dans leurs négociations notamment par des concessions réciproques. En l'espèce, il est seulement établi que la société Jet Set Denis Taranto a proposé un portefolio de plus de soixante photographies à la vente et que la société Prisma Presse a refusé de l'acquérir, ce qui est insuffisant à caractériser des pourparlers et plus encore une rupture abusive de ceux-ci »*[460]. La formulation d'une simple offre, ici la présentation d'un portefolio, bien heureusement, ne suffit pas à caractériser des pourparlers avancés que l'on pourrait opposer à son bénéficiaire. Les juges auraient pu ici s'attacher davantage aux motifs qui ont poussé l'agence de presse à ne pas donner suite à cette offre, puisque celle-ci, plutôt que de financer l'acquisition des droits, a finalement préféré exploiter les photographies de manière illégale. Pour autant le tribunal ne retient pas cette intention pour apprécier le caractère fautif ou non de la rupture. Les juges se sont parfois montrés plus attentifs aux motifs ayant poussé les négociateurs à mettre fin au projet de contrat.

336. **La prise en compte des raisons de la rupture des négociations.** En effet, afin de déterminer si la rupture des pourparlers est cohérente vis-à-vis du déroulement des négociations, et ne reflète pas la déloyauté de son auteur, les juges analysent parfois les raisons ayant motivé cette rupture. La preuve d'une raison illégitime peut, lorsque les pourparlers sont suffisamment avancés, conduire à qualifier la faute précontractuelle. En 1929, la Cour d'appel de Rennes a par exemple sanctionné le

---

[459] Cass. 2ème civ., 5 janv. 1994 : n°92-13856, non publié. Dans le même sens, TGI Paris, 25 mars 1992 : *Juris-data* n°046931 : « *Il n'y a pas eu, en l'espèce, rupture abusive des pourparlers entre une chaine de télévision et l'auteur d'une œuvre, dès lors qu'aucune décision définitive n'avait été prise par le prédécesseur du président de cette chaine, tant sur la forme définitive de l'adaptation télévisée que sur son financement, en l'absence d'engagement contractuel, il ne peut être reproché aucun acte déloyal à cette chaine de télévision* ».

[460] TGI Paris, 10 oct. 2007 : n° 06-00097

comportement de la personne ayant *« fait miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et ensuite, par caprice, refusé de la réaliser »*[461]. Si la preuve d'une raison illégitime peut parfois suffire à qualifier la faute, il n'en est pas de même du simple fait de ne pouvoir la justifier. Les parties restent en principe *« libres de tout remettre en cause sans avoir à fournir de justification légitime »*[462].

337. De nombreuses raisons légitimes sont susceptibles de conduire à l'échec du projet d'exploitation de l'œuvre. Il peut s'agir d'une divergence sur ses conditions d'exploitation, sur les modifications à y apporter. Lorsque son exercice n'est pas abusif, le droit moral de l'auteur devrait alors renforcer le caractère légitime de son refus de contracter. La divergence peut également porter sur le prix de la cession des droits. Le projet peut être abandonné car il s'avère irréalisable, ou finalement peu rentable. Les financements escomptés peuvent ne pas avoir été obtenus, *etc.* Le seul fait de ne pouvoir justifier d'une telle raison ne suffit pas à caractériser la déloyauté. Cette absence de motif y contribue cependant, en droit d'auteur comme en droit commun. *« Certes la rupture n'a pas à être spécialement motivée, et l'on ne saurait établir une présomption de faute à la charge de son auteur. Il reste que l'absence de motif légitime est un élément essentiel de la responsabilité puisque l'existence d'une juste raison est susceptible de la faire disparaître »*[463].

338. À titre d'illustration, nous pouvons citer un jugement du TGI de Paris du 9 janvier 2008[464]. Une société spécialisée dans le mobilier et l'architecture du XXème siècle était entré en contact avec un collectionneur Américain passionné de cette même période. Ensemble, ils décidèrent de former une personne morale afin de constituer une collection de mobilier, d'objets décoratifs, de photographies et d'œuvres d'art. À cette fin, ils organisèrent des voyages en Afrique et en Inde pour photographier les œuvres *« in situ »*. Pour ce faire la société spécialisée passa commande à un photographe, qui se joint donc au voyage. Sentant rapidement leurs relations se dégrader, la société spécialisée et le collectionneur décidèrent de conclure un protocole d'accord réglant le sort des droits sur les dites photographies. Le collectionneur se voyait ainsi attribuer les droits relatifs à l'utilisation des clichés pris en Inde, et la société ceux des clichés pris en Afrique. La société spécialisée eut

---

[461] CA Rennes, 8 juill. 1929 : *D.* 1929, p. 548, cité par A. Cohérier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse, Paris, 1939, p. 170.

[462] Com., 12 janv. 1999 : *Dt et patr.* 1999, n°2375, p. 97, obs. P. CHAUVEL.

[463] P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dt et Patr*. nov. 1999, p. 39.

[464] TGI Paris, 9 janv. 2008, n° de RG : 07-03519.

cependant la déconvenue de constater que, contrairement à ce que prévoyait cet accord, le photographe avait cédé ses droits sur toutes les photographies au collectionneur. Or, celle-ci avait déjà prévu et organisé une exposition autour de ces photographies qui devait avoir lieu quelques semaines plus tard, et dont la réalisation était désormais impossible, faute de disposer des droits nécessaires sur les photographies en question. La société, agissant en référé puis devant le TGI de Paris, demandait en premier lieu que lui soit reconnue la titularité des droits, qui lui auraient été transmis par le protocole d'accord. Le photographe n'étant pas partie au protocole, c'est sans surprise que le tribunal refusa de constater le transfert des droits, qui n'avait pas non plus été opéré par le contrat de commande passé entre la société et le photographe. Le tribunal constata donc la titularité des droits sur toutes les photographies au bénéfice du collectionneur. Sa responsabilité contractuelle fut cependant engagée au terme de la violation du protocole d'accord auquel il avait consenti.

339. À titre subsidiaire, la société avait demandé que soit engagée la responsabilité délictuelle du photographe pour avoir brutalement rompu les pourparlers en cours. Le tribunal répondit favorablement à cet argument : *« Il est acquis (…) que M. Y (le photographe) était informé de l'exposition que la Galerie 54 (la société spécialisée) devait réaliser à la rentrée 2006 sur la maison tropicale de Jean C. et sur le souhait de celle-ci d'utiliser une sélection de clichés du reportage photographique qu'elle lui avait commandé. Aussi, le tribunal considère que M. Y, en interrompant brutalement le travail de sélection des clichés, en ne donnant pas suite au projet de cession alors qu'il n'avait émis aucune critique particulière sur cette proposition et cela pour signer à cette même période un contrat de cession au profit de M. X (le collectionneur), convention qui privait la société galerie 54 de la possibilité d'exploitation du reportage pour son exposition, a commis une rupture fautive des pourparlers étant relevé que la cession avec M. X a été conclue à un prix équivalent à celui proposé par la société 54 pour une étendue de cession plus importante ».*

340. Le jugement est intéressant, tant au regard des critères pris en compte par les juges pour qualifier la rupture de fautive qu'au regard des conséquences que peut avoir en pratique une telle jurisprudence sur le contrat de commande. Le critère mis en avant est l'absence de raison légitime justifiant la cession des droits au collectionneur plutôt qu'à la société qui lui avait passé commande. En effet, il n'a émis aucune critique particulière et a finalement cédé ses droits à des conditions moins intéressantes, puisque le prix était équivalent et la cession consentie en contrepartie plus importante. Cette absence de justification, associée à la brutalité de la rupture, permettent ici, selon les juges, de qualifier la faute. On peut se demander si, au fond, les juges ne déduisent pas de l'absence de motifs légitimes l'intention de nuire du photographe, en insistant sur le fait qu'il était au

courant de l'intention de la société d'utiliser ces photographies, et qu'il les a volontairement cédées à quelqu'un d'autre sans que cette préférence soit à son avantage. Si la démarche des juges n'était pas là, la solution peut sembler sévère. Est-ce à dire que tout contrat de commande conduit nécessairement à un droit de préférence lorsque l'auteur est conscient que le maitre d'ouvrage a l'intention d'utiliser l'œuvre ?[465] C'est certainement ce que l'on pourrait déduire de ce jugement si un autre critère n'était pas mis en avant, celui de la brutalité de la rupture. Celle-ci constatée, on ne peut affirmer que la seule absence de justification légitime de la rupture aurait conduit au même résultat. L'idée est cependant intéressante.

### II. L'ABSENCE DE SPECIFICITE DE LA FAUTE

341. **L'absence de spécificité des critères de la rupture fautive des pourparlers de droit d'auteur**. La jurisprudence n'est pas dense sur la question en droit d'auteur. Nous pouvons cependant conclure des arrêts étudiés que les critères pris en compte par les juges pour qualifier la rupture ou le comportement fautif des parties à la négociation sont les mêmes en droit d'auteur que dans les autres domaines. La faute s'apprécie au regard du devoir de cohérence dont doivent faire preuve les négociateurs. Avancement des pourparlers, causes de la rupture, existence de relations antérieures, mauvaise foi, intention de nuire, légèreté *etc.* Finalement, qu'il s'agisse de l'auteur ou de son exploitant, sera condamnable la rupture des pourparlers inattendue, brutale, tardive, et dans une certaine mesure injustifiée, dénotant une incohérence dans le comportement de l'auteur de la rupture. Plusieurs de ces caractéristiques sont parfois nécessaires à la qualification de la faute. Celle-ci consistera parfois, au contraire, à ne pas avoir rompu les pourparlers suffisamment tôt, alors même que la conclusion du contrat était déjà définitivement compromise. La faute entourant l'échec des pourparlers peut donc revêtir des formes diverses, et sur ce point la négociation des droits d'auteurs ne présente pas de spécificité. Le principe de généralité de la faute est préservé, et celle-ci ne peut se cantonner à une définition préétablie. Comme le montre Madame Muir-Watt au sujet de cette faute, *« les solutions concrètes s'avèrent réfractaires à la systémisation »*[466] ce qui selon nous est souhaitable dans la mesure où ainsi, les contours de la faute peuvent être appréciés au cas par cas, laissant place à une appréciation circonstanciée.

---

[465] Il s'agirait cependant d'un droit de préférence un peu particulier, dont la violation serait sanctionnée via l'article 1382 du Code civil et dont la réparation serait exclusivement pécuniaire.

[466] H. MUIR-WATT, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance*, art. préc., p. 55.

342. **L'appréciation spécifique de la faute liée à la réalité de la relation d'auteur.** Dans l'appréciation de cette faute, les juges prennent nécessairement en compte la relation concrète existant entre l'auteur et l'exploitant avec qui il négocie. Leur démarche consiste bien souvent à identifier les critères vus précédemment afin de constater si une réelle confiance s'était installée à la table des négociations, et si celle-ci a été trompée. Une telle confiance s'apprécie au regard de la qualité des parties, de leur connaissances, de l'aval que l'une peut avoir sur l'autre. Les professionnels seront jugés plus sévèrement, leurs connaissances seront supposées plus grandes, leur naïveté moins justifiée, leur confiance moins légitime. L'auteur devrait ainsi être dans de nombreux cas moins exposé que son exploitant à la qualification d'une rupture fautive, aux regards de leurs situations respectives. Une telle régulation des relations précontractuelles devrait en tout cas pousser son exploitant, non pas à ne pas rompre de pourparlers, ce qui n'aurait aucun sens, mais à tenir informé l'auteur de l'évolution de sa position vis-à-vis de la conclusion du contrat, et à le ménager dans sa rupture. Il faut cependant que le déséquilibre soit réel entre eux, ce qui n'est pas toujours le cas au vu de la diversité des contrats d'auteur.

343. Lorsque l'auteur est un professionnel, la confiance qu'il peut avoir dans la conclusion du contrat se doit d'être particulièrement raisonnable, et réaliste, comme celle de son exploitant. Un jugement du TGI de Paris reflète bien cette appréciation concrète des connaissances des parties. Cinq chansons avaient été commandées à un auteur-compositeur en vue de l'ouverture d'un cabaret. Quelques mois plus tard, mise en liquidation judiciaire, la société dut abandonner son projet, mettant fin ainsi à toute possibilité de transaction concernant les droits des dites chansons. L'auteur lui reprocha une rupture abusive des pourparlers. Le TGI rejeta sa demande, en considération du fait que, bien qu'agissant ici en tant qu'auteur, il se revendiquait lui-même professionnel de l'édition musicale. En cette qualité de professionnel, connaissant les difficultés de la société, il ne pouvait tenir pour certaine l'ouverture du cabaret. La rupture n'a pas été qualifiée de fautive pour cette raison[467]. Les connaissances de l'auteur peuvent donc lui être opposées, ce qui semble opportun dans la mesure où l'action ne doit pas permettre à l'auteur de retirer un avantage injustifié, mais de réparer un préjudice réel. Cette appréciation spécifique en fonction de la réalité de la relation, nous l'avons vu, ne remet pas en cause la généralité de la faute précontractuelle.

---

[467] TGI Paris, 16 mars 2006, n° 04-12914.

## Paragraphe 2. La réparation du préjudice causé par rupture fautive des négociations

344. Une fois surmontées les difficultés liées à l'identification de la faute, il faut déterminer le préjudice directement causé par celle-ci. La question du préjudice indemnisable est délicate, et a donné lieu à d'importantes controverses. Tous les frais engagés et les gains manqués liés à la rupture des pourparlers ne comptent pas parmi le préjudice réparable, qui devra être déterminé par la démonstration d'un lien direct de causalité entre celui-ci et la faute précontractuelle (***I***). Cette réparation s'opèrera opportunément par l'allocation de dommages et intérêts (***II***).

### I. L'IDENTIFICATION DU PREJUDICE REPARABLE

345. **Identification du préjudice.** Le préjudice que subit le partenaire déçu varie selon le type de contrat envisagé, l'avancée des négociations, leurs durées. Lorsque les négociations ont été brèves ou qu'il n'y a eu que de simples échanges informels, ce ne sont parfois que quelques espoirs déçus qui découlent de cette rupture. Il arrive cependant que les parties aient investi beaucoup de temps, d'argent et d'énergie dans la négociation, qu'il s'agisse de réunions, de déplacements, de frais d'étude, d'expertise, de frais de mandat, de conseil juridique, de frais de reproduction, pour des maquettes par exemple, de frais de conception, de temps, de travail perdu, *etc.* De manière schématique, le préjudice précontractuel peut se décomposer en deux catégories, les pertes subies à l'occasion des négociations avortées, et les gains manqués liés non seulement à l'abandon du projet de contrat, mais aussi à l'occasion manquée de conclure un contrat avec un tiers. L'éventail des préjudices possibles est large et les exemples aussi nombreux que les situations précontractuelles.

346. **Diversité des préjudices.** Ce préjudice peut être pécuniaire, mais aussi moral ou professionnel. L'échec d'une négociation de droit d'auteur cause un préjudice à l'auteur qui sera souvent tant moral que financier. Un éditeur qui entretient chez l'auteur l'espoir de publier son livre et qui au dernier moment lui tourne le dos lui cause un préjudice moral important. L'auteur vit souvent cet échec de manière très personnelle, une telle attitude de la part d'un exploitant peut être vécue de manière très douloureuse. En présentant son travail, il présente le fruit de son imagination, de sa créativité. Le lien qui le lie à son œuvre le pousse à vivre de manière peut être plus intense tout échec vis-à-vis de celle-ci. Il peut également subir un préjudice financier, notamment lorsqu'il aura refusé l'offre d'un tiers ou, à la demande de l'exploitant, fourni un travail important[468]. Il est

---

[468] Indépendamment de la cession des droits, un contrat de commande peut cependant être qualifié dans certains cas, permettant à l'auteur de se voir rétribuer pour le travail fourni : Cass. 1re civ., 24 févr. 87 : *D.* 1988, p. 97.

cependant parfois l'auteur de la rupture. L'hypothèse la plus fréquente est celle d'un contrat finalement passé avec un exploitant tiers car, pour des auteurs encore méconnus du public, le simple fait d'être en négociation avec un exploitant représente un grand pas, qui certes ne l'emmènera pas toujours où il le souhaite, mais dont il ne se détachera pas à la légère. Lorsque la rupture des pourparlers est à l'initiative de l'auteur, le préjudice subi par son partenaire est généralement plus financier et professionnel que moral. Il peut avoir déjà investi des sommes importantes pour le lancement du projet ou de l'artiste, financé des études d'impact, des études de développement, avoir pris des risques pour trouver des financements, des partenaires, avoir engagé sa parole, sa réputation, avoir prévu des manifestations, imprimé des tracts, des catalogues[469].

347. Certains instruments contractuels vont permettre une meilleure gestion de ces risques, en aménageant à l'avance les conséquences de la rupture des pourparlers. C'est souvent le cas lorsque l'on s'adresse à un architecte[470]. En dehors de cette hypothèse, les contrats de ce type ne sont pas fréquents en ce qui concerne la négociation du contrat d'auteur. En l'absence d'un tel accord, la tentation est grande pour celui qui souhaitait réellement parvenir à un accord de tenter d'engager la responsabilité de celui qui a mis fin au projet de contrat. Pourtant, il sera souvent déçu. Si le préjudice subi du fait de la rupture est souvent bien réel, ne pas voir le contrat définitif conclu est un risque inhérent à toute négociation. C'est pourquoi tout préjudice subi du fait d'une rupture des pourparlers, même fautive, ne sera pas réparable.

348. **Sélection du préjudice réparable.** Comme le montre Madame Schmidt, « *le dommage précontractuel ne présente pas d'originalité par rapport à celui ordinairement réparable dans le cadre de la responsabilité délictuelle. Loin de chercher à lui découvrir une physionomie particulière,*

---

[469] Dans l'affaire précitée ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 12 janvier 1999, les juges, après avoir qualifié la faute du photographe dans la rupture des pourparlers, ont identifié le préjudice subi comme étant notamment constitué des frais nécessaires à la conception d'un nouveau catalogue : *« cette rupture fautive a causé un préjudice à la Galerie 54 qui a dû refaire le catalogue de l'exposition pour éviter de contrefaire les droits patrimoniaux nouvellement acquis par M.X lors de la tenue de l'exposition »*. Cass. com., 12 janv. 1999 : *Dt. et patr.* 1999, n°2375, p. 97, obs. P. CHAUVEL.

[470] Un accord entre l'architecte et le maitre d'œuvre est souvent conclu afin de régler le sort des devis, plans et maquettes de l'auteur. En effet, eu égard à la nature de sa prestation, le travail effectué afin de pouvoir présenter un projet, indispensable à un certain degré d'avancement dans la négociation du contrat, demande un investissement considérable : frais d'études, maquettes, plans, adaptation aux contraintes du cahier des charges, une large partie du travail des architectes se fait en amont de l'acceptation du projet, au stade de sa conception. Or, rien ne lui garantie l'obtention du chantier, notamment en cas d'appel d'offre. Il apparaît alors dans certains cas opportun de gérer à l'avance les risques liés à l'échec des négociations, notamment par la pratique de devis ou de plans payants en cas d'abandon du projet.

*la jurisprudence le soumet aux conditions classiques exigées du dommage réparable* »[471]. En effet, s'agissant d'une faute délictuelle, déterminer le préjudice réparable lié à l'échec des pourparlers implique de démontrer le lien de causalité entre celui-ci et la faute qui en est à l'origine. Pourtant, la jurisprudence a longtemps accueilli très largement la notion de préjudice précontractuel réparable, et accepté l'indemnisation de l'intégralité du dommage subi du fait de la rupture des pourparlers lorsque celle-ci était fautive[472]. L'intégralité des pertes subies et des gains manqués liés à la non conclusion du contrat était alors indemnisée, dès lors que la faute dans la rupture était démontrée. Doctrine et jurisprudence ont ainsi longtemps admis la réparation de tous les frais engagés dans la négociation, ainsi que des gains manqués, sur la base des bénéfices escomptés de la conclusion du contrat. Si l'on applique les conditions classiques de la responsabilité civile, l'on parvient rapidement aux limites de ce raisonnement. Comme l'a montré Monsieur Deshayes, *« compenser, par l'allocation de dommages et intérêts, ne serait-ce que la perte d'une chance de conclure le contrat avorté, c'est déjà consacrer une forme d'exécution par équivalent de ce contrat ; c'est admettre qu'en l'absence de faute le contrat aurait été conclu, ou avait de sérieuses chances de l'être. Or cette anticipation est en un sens contraire à la liberté reconnue aux parties »*[473].

349. Encore une fois, lors de l'engagement des négociations, rien ne garantit la conclusion du contrat. Ne pas aboutir à un accord est un risque que chaque partie doit accepter et bien souvent, la rupture aurait été tout aussi préjudiciable si elle n'avait pas été fautive. C'est alors au lien de causalité existant entre la faute et le dommage qu'il faut se rattacher. Si l'on considère que la faute n'est pas constituée par la rupture des négociations en elle-même mais par les circonstances qui l'entourent, alors la perte d'une chance de conclure le contrat ne devrait pas être réparable. C'est le raisonnement que semble avoir tenu la Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence remarqué. C'est la chambre commerciale qui a ouvert le pas à l'occasion de l'arrêt « Manoukian », en affirmant par une formule assez générale que : *« les circonstances constitutives d'une faute dans l'exercice du droit de rupture des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du*

---

[471] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français* : art. préc., p. 550.

[472] Sur ce constat, voir notamment : O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel : RTD com.* 2004, p. 187.

[473] *Ibid*.

*contrat »*[474]. Trois ans plus tard, la troisième chambre civile s'est ralliée à cette position dans des termes similaires[475], entérinant une position aujourd'hui clairement établie[476].

350. À suivre ce raisonnement, seules devraient être indemnisées les pertes liées non pas à la rupture, mais aux circonstances fautives entourant cette rupture. Une sélection entre les différents préjudices devrait donc être opérée sur cette base. Cette exigence causale devrait conduire les juges à ne prononcer l'indemnisation de l'ensemble des dépenses de négociation que dans les cas où la faute est constituée par l'entrée même en négociation.

351. En dehors de cette hypothèse, seuls par exemple les frais supplémentaires engagés alors même que l'autre partie savait déjà que le contrat ne serait pas conclu, ou la perte d'une chance de conclure un contrat avec un tiers en cas de prolongement fautif des négociations devraient par exemple être réparables[477]. Il convient, afin de respecter l'exigence de causalité directe entre la faute et le dommage, de remettre les parties non pas dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat avait été conclu, ni dans l'état où elles se seraient trouvées si les négociations n'avaient jamais eu lieu, mais dans l'état où elles se seraient trouvées si la rupture des négociations n'avait pas été fautive.

### II. LES MODALITES DE REPARATION DU PREJUDICE

352. L'allocation de dommages et intérêts semble être une réparation du préjudice causé par la rupture fautive des pourparlers à privilégier. Une sanction en nature pourrait consister à obliger les parties à reprendre les négociations. Or, aussi bien en droit d'auteur qu'en d'autres domaines, une telle négociation forcée serait très certainement vouée à l'échec. La plupart des auteurs s'accordent à

---

[474] Cass. com., 26 nov. 2003 : *Bull civ.* IV, n°186 ; *Lamy droit civil*, 2004, p. 7, obs. S. DOIREAU ; *Dt et patr.* mars 2004, p. 102, obs. D. PORACCHIA ; *D.* 2004, p. 869, obs. A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE ; *Rev. Sociétés* 2004, p. 325, note N. MATHEY ; *RIDA*, juill. 1991, p. 195.

[475] Cass. 3ème civ., 28 juin 2006 : *D.* 2006, p. 2963, note D. MAZEAUD ; *RDC*, 2006, p.311, note D. MAZEAUD ; *Dt et patr.* mars 2007, p. 26, note P. CHAUVEL. ; J. MESTRE et B. FAGES, *Le contrat : jurisprudence et principales questions d'actualité* : *Revue Lamy droit civil*, févr. 2007, p. 29.

[476] Cass. 3ème civ., 7 janv. 2009 : *D.* 2009, p. 297 : « *La faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ».

[477] S. JACQUIER donne ainsi l'exemple d'un auteur de série à succès qui, étant en discussion avec un éditeur à propos de son adaptation en jeu vidéo, laisserait différents projets s'élaborer, représentant chacun du temps et des frais exceptionnels. S. JACQUIER, *Le contrat forcé en droit d'auteur : CCE*, 2001, chron. p. 14.

dire qu'une telle solution serait parfaitement inopportune[478]. Obliger l'auteur et son exploitant à négocier le contrat laisserait peu de chances à l'émergence d'une relation contractuelle saine. De plus, si l'on admet que la sanction de la faute précontractuelle n'a pas pour objet de remettre les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat avait été conclu, la sanction ne pourra pas être la conclusion forcée du contrat.

353. Il est cependant un cas où une telle sanction peut être envisagée. C'est l'hypothèse dans laquelle le juge, *a posteriori*, constaterait l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat, ou l'engagement des parties ou de l'une d'entre elles dans les liens d'un avant-contrat. La sanction ne serait alors pas l'obligation de reprendre les négociations, mais le constat de la conclusion d'un contrat engageant les parties, qu'il s'agisse du contrat définitif ou de certains contrats préparatoires. Or comme nous allons le voir, cette conclusion présente des spécificités imposant au juge d'apprécier de manière particulière la conclusion d'un contrat et d'un avant-contrat en droit d'auteur. Un simple accord sur le principe de la cession ne pourrait y suffire[479].

---

[478] D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons, contribution in* « l'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. CEPRISCA, 2008, p. 21 ; Ph. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations* : art. préc., p. 488 ; P. JOURDAIN, Rapport Français, La bonne foi, Travaux de l'association Henry Capitant, art. préc., p. 131 ; J. SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, art. préc., p.554.

[479] CA Versailles, 8 avr. 2010 : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, juill. 2010, p. 39, note J.-M. GUILLOUX : « *L'acceptation par l'auteur du principe de la cession de ses droits d'édition ne suffit pas à la transmission des droits de l'auteur qui est subordonnée à une convention de cession délimitant le domaine d'exploitation des droits cédés, quant à son étendue et sa destination, quant au lieu et à la durée* »

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

354. Au terme de ce chapitre, il apparaît donc que, par la caractérisation d'une faute précontractuelle tenant tant à la pression exercée sur un des négociateurs pour le pousser à conclure le contrat qu'à l'incohérence dont il fait preuve dans son attitude et dans ses paroles, le mécanisme de la responsabilité délictuelle permet aux juges de réguler le comportement de l'auteur et de son exploitant dans la période de l'avant-contrat. *« De toute décision admettant l'existence d'une faute sans relever l'inobservation d'une prescription imposée spécialement par un texte on peut en effet induire l'existence d'un devoir préexistant qui présente, dans chaque hypothèse, un caractère particulier »*[480]. Ce devoir est celui de cohérence, mais aussi celui de mesure qui s'impose dans la manière dont on tente de convaincre l'autre de conclure le contrat. Ces devoirs sont induits du devoir de négocier le contrat de bonne foi, en toute loyauté. En effet, la loyauté exige d'« *adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude double, qui égare autrui et ruine ses prévisions* »[481]. Encore une fois, la jurisprudence n'est pas riche sur l'application de ces devoirs à la négociation du contrat d'auteur. Il semble cependant qu'ils soient appréhendés de la même manière que pour les autres contrats. L'auteur devrait par exemple y trouver les moyens de se prémunir de l'attitude de l'exploitant faisant volontairement « trainer les choses », l'exploitant y trouvera le fondement d'une sanction de l'auteur qui changerait d'avis au dernier moment sans raison légitime, alors même qu'il a déjà investi beaucoup dans le projet. Les devoirs de cohérence et de mesure permettent en théorie de réguler tant le comportement de l'auteur que celui de l'exploitant de manière efficace.

---

[480] G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Traité de droit civil, 3ème éd., LGDJ, 2006, p. 411.

[481] L. AYNES, *L'obligation de loyauté*, *in* L'obligation : *Arch. Phil. Droit*, T. 44, 2000, p. 197.

# CONCLUSION DU TITRE 2

355. Transparence, cohérence, mesure, discrétion, tels seront donc les maîtres mots d'une négociation loyale du contrat d'auteur. L'ensemble de ces devoirs tend à *« assurer la rectitude des relations précontractuelles »*[482]. Nous avons vu que le juge, à travers ces devoirs communs, disposait des moyens d'une régulation efficace de la période précédant le contrat d'auteur, et de la possibilité d'apprécier la faute précontractuelle de manière particulière au regard de la qualité des parties, de la confiance qu'elles ont pu légitimement placer dans l'autre, dans leur relation, dans l'avancement des négociations. Cette marge de manœuvre que lui offre la souplesse inhérente à la norme de comportement attendu, la « bonne foi précontractuelle », permet d'embrasser la diversité des contrats d'auteur, la diversité des relations existant entre un auteur et son exploitant, la diversité des comportements pouvant se révéler dommageables. Les devoirs imposés tant à l'auteur qu'à son exploitant tendent ainsi à une véritable régulation de l'avant-contrat d'auteur par le droit commun.

---

[482] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, note sous Cass. com., 9 févr. 1981 *: D.* 1982, p. 4.

# CONCLUSION DE LA PARTIE 1

356. « *L'observateur, d'abord déçu ou inquiété par l'absence de dispositions propres, perçoit tout un ensemble de sanctions dont la diversité atteste puis accuse l'hétérogénéité des fautes précontractuelles* »[483]. Nous avons montré que la période de l'avant-contrat précédant le contrat d'auteur était, dans son cheminement vers le contrat définitif, soumise au droit commun, malgré une influence des règles générales du droit d'auteur sur l'appréciation des devoirs imposés aux négociateurs. Le droit des contrats d'auteur, pourtant soucieux de la protection des auteurs au moment de la conclusion du contrat faisant accéder l'œuvre à la vie économique, n'appréhende pas ce temps de maturation du contrat, contrairement à certains droits spéciaux. Le droit commun joue alors, dans ce temps prolixe aux conflits, un rôle régulateur. Les négociations ne sont pas abandonnées aux lois de la jungle, à la loi du plus fort. Il offre les fondements et les outils permettant une relative moralisation des relations précontractuelles, en droit d'auteur comme dans d'autres domaines. Il s'y adapte même plutôt bien, trouvant dans les notions cadres, celle de confiance légitime, de bonne foi, la notion de professionnel et de non professionnel, les ressorts d'une application circonstanciée de ces principes directeurs aux particularités de la relation existant entre auteurs et exploitants. Le recours à la notion de faute semble à ce titre opportun. Pourtant, un sentiment demeure. Si cette régulation est efficace, en pratique rares sont les cas où une telle attitude est sanctionnée par les juges, alors même que l'on sait qu'elle n'est pas un cas d'école. Le manque de visibilité du contentieux en est un indice patent. Le problème est donc ailleurs. Il ne vient pas de l'inadaptabilité des règles à la relation engagée, nous l'avons montré. Il vient alors certainement de la réalité de la relation existant entre un auteur et un exploitant, de la réalité économique, sociale. Nous l'avions dit, nous le répétons, les auteurs n'ont, de fait, pas toujours les moyens, l'envie et parfois le courage d'agir en justice contre un exploitant, même lorsque son comportement leur a causé un réel préjudice. Nombre d'exploitants quant à eux redoutent la publicité du contentieux. Les conflits se

---

[483] Nous reprenons ici une phrase de J. Schmidt, qui fait référence à l'absence de dispositions propres à la période précontractuelle. Nous faisons ici référence, plus particulièrement, à l'absence de disposition propre à la période précontractuelle dans le droit des contrats d'auteur. J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle* : *RTD civ*. 1974, p. 72.

règlent alors autrement, par voie de transaction plus ou moins formalisée. Or, l'auteur échappe alors à la bienveillance du juge, et acceptera souvent une maigre compensation financière en échange du tarissement du conflit. Le droit ne peut guère contre cela. Le manque de visibilité des règles applicables y contribue cependant. Là seraient alors les vertus d'un encadrement a priori de la période précontractuelle par le droit d'auteur, concernant certains de ces devoirs.

357. Si cette période demeure, dans la majorité des cas, informelle, et fait souvent naître bien des désillusions, celles-ci sont cependant inhérentes à cette période, le temps de l'avant-contrat n'est pas celui de la sécurité, c'est celui de l'espoir. La conclusion du contrat n'est à ce stade pas garantie, et même si la confiance légitime née de l'avancement vers le contrat définitif se trouve parfois compensée lorsqu'elle est déçue, l'auteur subira parfois un préjudice moral important. Peut-on pour autant espérer meilleure protection à ce stade ? Il n'est pas certain qu'une règlementation spécifique au droit d'auteur de la période précontractuelle, outre peut être le cas de l'obligation d'information, sécuriserait cette période, tout simplement parce qu'elle ne s'y prête pas. Si liberté et loyauté sont les deux principes dirigeant la période de négociation, la liberté ne peut souffrir d'une restriction trop forte. Elle s'estompe dans le cheminement vers le contrat, mais la sanction de la déloyauté, nous l'avons vu, ne sera jamais la conclusion forcée du contrat.

358. La sécurité dans la période contractuelle ne peut être le fait que de la volonté des parties. Puisant encore une fois dans les mécanismes connus du droit commun, la liberté contractuelle leur permettra de s'engager progressivement vers le contrat futur. La mécanique des avant-contrats présente à leur égard de nombreuses utilités. Mais il faut se montrer prudent. Par la conclusion d'un avant-contrat, le droit des contrats d'auteur va s'infiltrer dans la relation contractuelle naissante. Jusque-là indifférent à la négociation du contrat, l'engagement de l'auteur vis-à-vis du contrat futur entraine l'application des règles du droit des contrats d'auteur.

# Partie II. LES AVANT-CONTRATS ENCADRES PAR LE DROIT D'AUTEUR

359. Il est temps à présent de s'intéresser aux avant-contrats pouvant être conclus durant la période précontractuelle, contrats qui vont avoir pour effet de former le contrat d'auteur pas à pas. Les avant-contrats se distinguent selon nous des simples contrats de négociation[484]. En effet, leur objet va bien au-delà de la simple organisation des négociations. Par une promesse, unilatérale ou synallagmatique, l'un des promettant, voire les deux, donne déjà son consentement au contrat futur[485]. Par un pacte de préférence, le promettant s'engage déjà vis-à-vis du choix de son futur cocontractant[486]. L'identification des contrat-cadres à un avant-contrat peut quant à elle être discutée. Envisagés comme une « enveloppe » pouvant contenir des obligations diverses, celle-ci dépendra de leur contenant. Ces mécanismes de construction du contrat par étape, fréquemment utilisés dans certains domaines, se retrouvent-ils en droit d'auteur ? Des contrats peuvent-ils à l'avance recueillir le consentement de l'auteur ou de son exploitant sur certains éléments du contrat d'auteur ? Les

---

[484] En ce sens notamment : P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3ème éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007, n°442, p. 229 ; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2005, n°52, p. 36 et s. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9ème éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2010. – M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 2ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2010, p. 235. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°190, p. 197.

[485] De manière aléatoire et non exhaustive : D. R. MARTIN, *Des promesses précontractuelles*, *in* Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 487 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, note sous Cass. 3ème civ., 27 mars 2008 : *RDC*, 2008, n°4, p. 1239. ; P. BRUN, note sous Cass. 3ème civ., 27 mars 2008 : *RDC*, 2009, n°1, p. 143. ; P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel des contrats : RTD civ*. 1999, p. 771. ; L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats : RTD civ*. 1949, p. 1. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats : RTD civ*. 2000, p. 25 et s. ; Y. PACLOT et E. MOREAU, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, « comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations » : JCP E*. n°26, Etudes et comm. 1504, p. 21. ; R.-N. SCHÜTZ, *L'exécution des promesses de vente : Rép. Not*. 1999, p. 833 et s. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°191, p. 198 ; En ce sens, Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 considérant au sujet d'une promesse consentie par un promettant décédé avant la levée de l'option que *« l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur »*, car *« le promettant avait définitivement consenti à la vente »* Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 : *JCP G.* 2010, 1051, note G. PILLET ; *Gaz. Pal*. 2 déc. 2010, p. 15, note G. PIGNARRE. *Contra*, cependant, D. MAINGUY, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter : RTD civ*. 2004, p. 1.

[486] En effet, le pacte de préférence « *relève des promesses précontractuelles en ce qu'il traduit, chez celui qui concède la préférence, un consentement à valoir, le cas échéant, sur un contrat futur* ». D. R. MARTIN, *Des promesses précontractuelles*, art. préc., p. 493.

règles du droit d'auteur s'opposent-elles à ce que, sur le modèle de la vente ou du bail par exemple, un avant-contrat, de promesse, ou de préférence, soit conclu ? Dans quelle mesure un auteur peut-il par avance s'engager à céder ses droits ? Telles sont les questions qui nous guideront dans cette partie.

360. **La diversité des normes applicables.** Envisagés dans le domaine du droit d'auteur, les avant-contrats sont soumis à diverses influences normatives. Evoluant dans un domaine très spécial, celui des contrats d'auteur, ils ne seront pas sans rapport avec le droit des contrats qu'ils préparent. Indépendamment de l'objet sur lequel ils portent, les contrats d'auteur, au vu des obligations qu'ils supportent, peuvent ensuite être identifiés à d'autres contrats spéciaux. Nombre de travaux récents se sont ainsi attachés à montrer le rattachement des contrats d'exploitation à des figures contractuelles plus classiques, connues du droit civil[487]. Au vu de ces démonstrations, le contrat d'auteur prend parfois les traits d'un contrat de cession, parfois ceux d'un contrat de licence. Le contrat de cession de droits d'auteur s'identifierait à un contrat de vente, lorsque le contrat de licence pourrait quant à lui être qualifié de contrat de bail. Les avant-contrats en droit d'auteur pourraient donc tantôt être considérés comme des contrats préparant un bail, tantôt comme des contrats préparant une vente. Ils s'en distinguent cependant, notamment en ce que les règles du droit d'auteur créent une relation très particulière entre l'auteur et son œuvre, et impose un encadrement particulier de ces contrats. Lorsque nous aborderons l'influence des règles du droit des contrats d'auteur, nous emploierons le terme cession pour évoquer à la fois le contrat de cession et de concession. Le Code de la propriété intellectuelle ne parlant que de « *cession* », l'emploi du terme cession est *« au fond, assez indifférent (…) il recouvre toutes les formes d'autorisation d'exploiter, dont l'étendue peut être extrêmement variable »*[488]. Il faudra donc entendre « *cession* » par une notion plus large, celle de contrat d'exploitation. Reste évidemment le droit commun des contrats, dont la théorie générale viendra enrichir nos propos.

361. **L'articulation entre les normes applicables.** Afin de déterminer les règles propres aux avant-contrats en droit d'auteur, il faudra donc avoir à l'esprit l'articulation entre ces différents corps

---

[487] Sur la qualification du contrat d'auteur, voir notamment : N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, 2010. ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. C. CARON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle*, 2010. A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préf. M. VIVANT, LGDJ, coll. *Droit et économie*, 2008.

[488] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005, n°940, p. 577.

de règles, dont la hiérarchie sera organisée par le principe de subsidiarité. *« Specialia generalibus derogant »*, tel est l'adage qui guidera nécessairement notre démarche. À l'image d'un arbre aux multiples ramifications, les avant-contrats en droit d'auteur devront avant tout ne pas contrarier les règles propres au droit d'auteur, feuillage vivace. Ils devront aussi respecter certaines règles propres aux contrats spéciaux auxquels ils peuvent être identifiés, qui constituent les branches. Dans les interstices laissés par ces différents droits spéciaux, la théorie générale fera figure de tronc, commun.

362. Il s'agit ici d'envisager la possibilité de gérer par avance la conclusion du contrat futur. Le droit très spécial du Code de la propriété intellectuelle ne prévoit qu'un contrat s'apparentant à un avant-contrat, le pacte de préférence, pouvant, dans une certaine mesure, être intégré au contrat d'édition. À cette exception, le législateur est donc resté silencieux sur les mécanismes d'anticipation du contrat d'auteur. C'est donc à la lumière des dispositions générales du droit d'auteur, articulées avec les règles de droit commun et le droit des contrats spéciaux, que pourra être défini le cadre normatif des avant-contrats pouvant préparer un contrat d'auteur. (***Titre 1***). La détermination de ce cadre normatif permettra de mettre en lumière le champ du possible, mais aussi les contours des « mots qui engagent »[489] leurs auteurs. Les contrats d'auteur étant divers et variés, nous devrons avoir ici une démarche générale, qui devra ensuite être adaptée à la particularité de chaque contrat préparé, au regard de ses éléments généralement considérés comme essentiels, et au regard des éléments que les parties ont tenu pour essentiels bien qu'ils ne soient généralement qu'accessoires. Les avant-contrats peuvent être nombreux et organiser dans le temps la cession de l'ensemble des droits patrimoniaux, ou de certains droits seulement. Ils peuvent préparer tant un contrat nommé par le Code de la propriété intellectuelle qu'un contrat innomé. Certaines de ces particularités devront être prises en compte dans le cadre de référence. Une fois ce cadre défini, nous pourrons envisager les avant-contrats les plus usuels de manière plus particulière. C'est à travers leur utilité que nous les présenterons. Certaines sont propres aux problématiques du droit d'auteur, d'autres seront plus communes. Sera alors mis en lumière le cadre fonctionnel des avant-contrats d'auteur (***Titre 2***).

TITRE. 1 : LE CADRE NORMATIF DE L'AVANT-CONTRAT D'AUTEUR

TITRE 2 : LE CADRE FONCTIONNEL DE L'AVANT-CONTRAT D'AUTEUR

---

[489] J.-A. ALBERTINI, *Les mots qui vous engagent* : *D*. 2004, p. 230.

# Titre 1. LE CADRE NORMATIF DES AVANT-CONTRATS D'AUTEUR

363. Les différents corps de règles sollicités semblent, en matière d'avant-contrat, s'affronter. Là où le Code civil admet de manière large la spéculation sur un objet futur, en droit commun comme en matière de vente, le droit d'auteur s'emploie à restreindre les possibilités d'anticipation de l'exploitation des œuvres futures, que ce soit par le biais du droit moral ou des restrictions aux cessions trop larges de droits patrimoniaux. Là où le droit commun ne suppose qu'un échange de volontés afin de conclure un avant-contrat, le droit d'auteur recèle un certain formalisme qui pourrait bien y mettre un frein. Par nature, le droit d'auteur semble *a priori* rétif à l'anticipation contractuelle[490]. Il n'y est cependant pas totalement hermétique.

364. L'objet de ce présent titre sera ainsi la détermination et la délimitation du cadre dans lequel pourraient s'épanouir les avant-contrats en droit d'auteur. Les différents avant-contrats que l'on rencontre en droit commun ne recouvrent pas une seule et même catégorie juridique, mais constituent des contrats différents, aux finalités différentes. Il n'y a donc *a priori* pas lieu d'établir des règles de validité communes entre les différents outils précontractuels que sont les pactes de préférence, les promesses unilatérales ou synallagmatiques de contrat et certains contrat-cadres. Pour autant, le point commun entre ces différents contrats préparatoires réside dans la notion d'engagement, et dans la force que l'on accorde à la parole donnée. Envisagés en droit d'auteur, cette identité justifie une première approche globale de ces avant-contrats, car les grands principes guidant le droit des contrats d'auteur sont tous tournés vers un seul objectif, la protection de l'auteur, et passent par un seul moyen, la limitation de ses possibilités d'engagement, et le contrôle strict de celui-ci, son interprétation en sa faveur. Dans le silence de la loi très spéciale du droit d'auteur, hormis le cas du pacte de préférence dans le contrat d'édition, les avant-contrats en droit d'auteur devraient puiser dans les droits spéciaux de la vente ou du bail et, à défaut de dispositions spéciales, dans le droit commun. Le Code civil n'ayant pas défini ces avant-contrats et ne les ayant pas pourvus d'un régime propre, ce sont les règles de la théorie générale des contrats qui ont permis à la jurisprudence d'en définir des conditions de validité et un régime adapté. Il faudra donc s'y référer. Pourtant, certains grands principes du droit d'auteur vont avoir une emprise certaine sur la validité et

---

[490] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, PUAM, coll. *Droit de l'informatique et de la communication*, 2008.

le régime de ces avant-contrats, quels qu'ils soient. L'engagement de l'auteur est ainsi limité par des règles générales, communes à tous les contrats d'auteur, dont certaines trouveront à s'appliquer à tous les avant-contrats d'auteur, ainsi que par des règles spécifiques à certains contrats d'auteur.

365. Afin d'apprécier l'incidence des règles du droit des contrats d'auteur sur les avant-contrats, il serait tentant de distinguer entre règles de forme et règles de fond, le formalisme venant perturber la conclusion des avant-contrats et les règles de fond venant en contrôler le contenu. À l'étude, il apparaît cependant que parfois, les règles de forme sont aussi au service de l'encadrement de leur contenu, de leur objet. Certaines d'entre elles vont ainsi ajouter au droit commun des conditions renforçant les exigences classiques de validité des contrats posées par les articles 1108 et suivants du Code civil (***Chapitre 1***), tandis que d'autres, dérogatoires du droit commun, délimiteront leur contenu prohibé, soustrayant au droit commun certaines possibilités d'anticipation de la relation contractuelle (***Chapitre 2***). Il s'agit dès lors d'une étape nécessaire, ce n'est qu'une fois ce cadre défini que l'on pourra apprécier les possibilités, en droit des contrats d'auteur, de conclure des avant-contrats en dehors de la figure contractuelle prévue par le Code de la propriété intellectuelle[491].

[491] Nous faisons ici référence au pacte de préférence dans le contrat d'édition nommé par l'article L. 132-4 du Code de la

## Chapitre 1. LES CONDITIONS AJOUTEES AU DROIT COMMUN PAR LE DROIT D'AUTEUR

366. Le droit des contrats d'auteur parfois déroge au droit commun et au droit des contrats spéciaux auxquels se rattachent les contrats d'auteur, parfois il les complète. Parfois, même, il y laisse libre cours. À l'intérieur du droit très spécial des contrats d'auteur, une autre distinction s'opère. Le droit des contrats d'auteur recèle lui-même des règles générales, s'appliquant à l'ensemble des contrats d'auteur, et des règles particulières, ne s'imposant qu'à certains contrats nommés par le Code de la propriété intellectuelle. L'étude du fruit de l'articulation entre ces différentes normes met en évidence l'ajout au droit commun de conditions de preuve et de validité auxquelles sont soumis les contrats d'auteur. Les règles du droit d'auteur influent ainsi tant sur la reconnaissance du lien contractuel que sur sa formation. La reconnaissance de certains contrats d'auteur est conditionnée par un certain formalisme. Ce formalisme est une des principales mesures de protection des intérêts des créateurs et domine ainsi le droit contractuel d'auteur[492]. *« Il existe une véritable théorie générale des obligations en droit d'auteur. Elle peut se résumer dans le mot clé « formalisme »* »[493].

367. Son étude peut paraître *a priori* éloignée de notre sujet d'étude. Les avant-contrats en droit d'auteur ne sont pas des contrats d'auteur. Pourtant, le formalisme prévu en droit des contrats d'auteur ne sera pas sans influence sur la reconnaissance du lien contractuel qui se noue lors de la construction par étape du contrat d'auteur, à l'heure de la conclusion d'un avant-contrat (***Section 1***). Certaines dispositions, faisant naître *a priori* des règles de forme, vont également influer sur la naissance même des contrats d'auteur, en encadrant de manière stricte le consentement de l'auteur et l'objet de son engagement. Il nous appartiendra alors d'apprécier la mesure de l'influence de ces règles sur la formation des avant-contrats (***Section 2***).

---

propriété intellectuelle.

[492] Pour une étude du formalisme dans les contrats d'auteurs, voir notamment A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur, contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique,* préf. J.-M. BRUGUIERE, PUAM, 2010. ; G. VERCKEN, *Le formalisme dans les contrats d'auteur, un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 : RIDA*, janv. 2009, p. 5.

[493] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique* : PUF, coll. *Quadrige*, 2003, p. 1263.

## *Section 1. Les conditions relatives à la preuve des avant-contrats*

368. **Les formalismes en droit des contrats d'auteur.** Ce n'est qu'en 1957 que les contrats d'auteur ont été en partie soustraits au droit de la vente, ainsi qu'au droit commun des contrats. Les contrats d'auteur étaient alors exclusivement conçus comme des contrats translatifs de propriété, en contemplation du modèle de la cession des droits. Rien ne faisait alors obstacle à ce que des avant-contrats anticipent librement et de manière très large la conclusion d'un contrat d'auteur. La règlementation adoptée en 1957 est entre autre venue imposer un formalisme propre à ces contrats spéciaux. Doté d'une fonction protectrice, celui-ci est envisagé uniquement au regard des dangers auxquels l'auteur peut se trouver confronté. La crainte qu'il ne s'engage à la légère, sans avoir réellement conscience de ce à quoi il consent, a poussé le législateur en 1957 à mettre en place un formalisme à géométrie variable, ne profitant qu'à l'auteur. Ce souci de protection se retrouve par ailleurs en dehors du droit d'auteur, emportant un retour de la forme dans plusieurs types de relations contractuelles : *« L'ère contemporaine est marquée par un regain de la forme dans le droit des contrats. Solution de principe à l'époque de Rome, laissé pour compte ensuite par le Code civil, le formalisme est réapparu progressivement au fil du XXe siècle à mesure que le souci de protéger le faible dans la relation contractuelle s'est fait sentir »*[494]. Cet objectif de protection justifie une application large de cette exigence de forme, qui devrait s'imposer à tous les contrats d'auteur, mais aussi aux avant-contrats, afin que le recours à ceux-ci ne permette pas de contourner ces règles protectrices. D'autant que, comme nous l'avons montré, le formalisme en droit d'auteur remplit une mission d'information. En droit positif, cette application extensive des règles de forme à tous les contrats d'auteur demeure cependant incertaine. Cette incertitude est d'autant plus forte pour les avant-contrats, qui ne sont pas en eux-mêmes des contrats d'auteur. Ce point mérite quelques développements.

369. À l'étude, la qualification d'avant-contrat ne semble pas suffire à imposer, de manière certaine, aux avant-contrats le formalisme propre aux contrats qu'ils préparent. Seul un raisonnement analogique permettrait de le faire, de manière indirecte (***Paragraphe 1***). Au-delà de cette qualification, c'est le contenu obligationnel des avant-contrats qui, au cas par cas, pourrait bien se

---

[494] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°149, p. 145.

révéler déterminant de l'application de ce formalisme, conduisant alors à une application directe de la règle de droit (***Paragraphe 2***).

## Paragraphe 1. L'hypothèse d'une application analogique des articles L. 131-2 et L. 131-3 al. 3 aux avant-contrats

370. Si le législateur a doté certains contrats d'auteur d'un formalisme protecteur (***A***), son application, par analogie, aux avant-contrats les préparant, demeure incertaine (***B***).

### I. Le formalisme probatoire impose a certains contrats d'auteur

371. **Présentation de l'article L. 131-2**. Relatif au formalisme dans les contrats d'auteur, l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle fait figure de *« texte cardinal »*[495]. Il impose un écrit pour la cession de droit d'auteur dans certains contrats nommés: *« 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. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil sont applicables »*. La doctrine semble aujourd'hui unanime sur la valeur à accorder à cette exigence et sur la délimitation de son domaine[496]. Cette règle serait uniquement probatoire, ne conditionnant pas la validité des contrats d'auteurs concernés par le texte. Ces contrats demeureraient ainsi des contrats consensuels, échappant à la qualification lourde de conséquence de contrats solennels.

372. **Justifications du caractère probatoire de l'exigence d'un écrit.** Plusieurs indices amènent à une telle lecture du texte. L'articulation entre les deux alinéas montre très clairement qu'il s'agit ici d'une exception au droit commun de la preuve, du fait même de la formulation du texte. La référence immédiate aux articles 1341 à 1348 qui vont avoir à s'appliquer *« dans tous les autres cas »* va bien en ce sens. Le choix des termes employés devrait également conduire à cette conclusion. Ces contrats doivent être « constatés » par écrit, le terme renvoie assurément à une fonction de reconnaissance du lien contractuel plutôt qu'à une détermination de celui-ci. Force est

---

[495] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°689, p.479.

[496] A. MAFFRE-BAUGE, faisant le point sur l'état de la doctrine, selon qui « cet article est le siège d'un formalisme ad probationem », *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation des droits*, Fasc. 1310, 2010.

cependant de constater, comme de nombreux auteurs, que la seule analyse exégétique de la loi ne suffit parfois pas à appréhender le sens que le législateur a voulu lui donner, celui-ci ayant commis un certain nombre de maladresses[497]. Certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle pourraient même justifier la reconnaissance d'une valeur de l'écrit *ad validitatem* et non seulement *ad probationem* car, si la lettre de cette disposition est claire, *« le doute s'insinue pourtant à la lecture d'autres dispositions qui entourent l'article L. 131-2 »*[498]. En effet, l'article L. 131-3 du CPI prévoit la possibilité, un peu surannée, de conclure « valablement » le contrat par l'échange de télégrammes[499]. Le terme « valablement » renvoie assurément à une condition de validité du contrat, ce que montre bien l'analyse étymologique de ces deux termes. Nous pouvons également citer l'article L. 132-7 prévu pour le contrat d'édition, que nous étudierons plus tard, qui dispose que *« le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire »*. Comme l'affirment certains auteurs, *« l'on ne peut pas mieux dire que l'écrit est exigé ad validitatem »*[500].

373. Malgré ces « arguments forts », le caractère solennel des contrats d'auteur est aujourd'hui écarté. Si la valeur de l'exigence a soulevé quelques débats et opinions dissidentes[501], l'ensemble de la doctrine semble aujourd'hui être au diapason[502], les contrats de représentation, d'édition, de

---

[497] L'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle relatif au contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels dispose par exemple que : *« Le contrat de nantissement est, à peine de nullité, constaté par un écrit »*. Cet article énonce une condition de validité du contrat de nantissement, pourtant le législateur a choisi le terme « constaté ». La même terminologie est employée en ce qui concerne les cessions ou licences de brevet, l'article L. 613-8 disposant que : *« Les actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers articles, sont constatés par écrit, à peine de nullité »*. L'argument selon lequel l'article L. 131-2 ne prescrirait un écrit qu'à titre probatoire car ces contrats doivent être « constatés » par écrit ne peut donc pas à lui seul emporter conviction. A propos de l'article L. 131-2, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE résument parfaitement le caractère équivoque du texte : *« A priori transparent, il ne nous éclaire pas pourtant sur la nature de l'exigence posée et les interprétations variables qui en ont été faites montre que sa portée n'est pas non plus assurée »*, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit*., n°689, p.479. Il faut cependant noter que les articles précités prévoient expressément la valeur de l'écrit qu'ils imposent, ce qui n'est pas le cas de l'article L. 131-2.

[498] *Ibid*., n°690, p.480.

[499] L'article L. 131-3 dispose que : « *Lorsque des circonstances spéciales l'exigent, le contrat peut être valablement conclu par l'échange de télégrammes* ».

[500] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit*., n°690, p.480.

[501] A. LE TARNEC, *Manuel de propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Paris, 1966, n°100, p. 109. Selon cet auteur, *« si l'écrit est requis dans la matière des contrats conclus dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, il l'est comme condition de validité »*.

[502] Voir sur ce point : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, 2009, n°406, p. 343 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France,* 3ème éd., Dalloz, 1978, n°511 ; A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur : D.* 1976, chron. p. 55 et s ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°452, p. 489. ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, coll. *Traités*, 2006, n°572, p. 435. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit*., n°690, p.480.

production audiovisuelle ainsi que les autorisations gratuites d'exécution peuvent être, au regard de l'article L. 131-2, conclus valablement sans avoir recours à l'écrit. La jurisprudence a eu à de nombreuses reprises l'occasion de se prononcer en ce sens[503]. Les conséquences de l'absence d'écrit ne seront donc que probatoires.

374. **Le cas du contrat d'adaptation audiovisuelle.** La liste des contrats devant être constatés par écrit viendra s'enrichir en 1985, outre les contrats de production audiovisuelle ajoutés à l'article L. 131-2, des contrats de cession des droits d'adaptation, qui *« doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct»* aux termes du troisième alinéa de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle[504]. La formulation employée, à travers l'utilisation du présent de l'indicatif et l'emploie du verbe « devoir » apparaît impérative. Pour autant, le formalisme organisé ici l'est également à titre de preuve[505]. Nous approuvons la pensée de Messieurs A. Lucas et H.-J. Lucas selon qui il ne serait absolument pas logique d'imposer une cession des droits d'adaptation cinématographique conditionnée par l'existence d'un écrit, alors qu'il n'est souvent que l'accessoire du contrat d'édition pour lequel le formalisme n'est requis qu'à titre de preuve[506].

375. **Les incidences du formalisme probatoire.** La preuve de l'existence de ces contrats sera donc conditionnée par l'écrit, ce qui peut s'avérer dans de nombreux cas aussi contraignant qu'une règle de validité, puisque, comme il est classique de le dire en empruntant cette formule latine,

---

[503] La Cour d'appel de Toulouse a ainsi pu confirmer le fait que : « *En raison du principe du consensualisme, la validité de la cession n'est pas subordonnée à l'emploi de la forme écrite* », CA Toulouse, 20 sept. 1999 : *Juris-Data n°1999-115944*. Cette solution n'est pas nouvelle : Tribunal Civil de la Seine, 29 mars 1952 : *D.* 1952, somm. p. 63. - Cass. 1re civ., 12 avr. 1976 : *D.* 1976, IR, p. 195 - Cass. 1re civ., 6 nov. 1979 : *Bull. civ.* I, n°271 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°14, comm. A. MAFFRE-BAUGE ; *RIDA*, 1980, n°105, p. 167.

[504] L'article L. 131-3 alinéa 3 dispose 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 »*. Ce contrat bénéficie d'un fondement différent de l'article L. 131-2, et semble, par son intégration à l'article L. 131-3, être envisagé comme une mention.

[505] Ce point peut toutefois être discuté. La CA de Paris a même affirmé dans un arrêt demeuré isolé que « le défaut d'un document distinct relatif aux droits d'adaptation audiovisuelle emporte nullité de la clause prévoyant la cession de ses droits », y voyant une condition de validité de ce contrat de cession : CA Paris, 14 mai 1997 : Juris-Data, n°1997-023248. De nombreux auteurs considèrent cependant qu'il ne s'agit que d'un formalisme probatoire. Certains, dans leurs manuels, traitent ensemble le formalisme de l'article L. 131-2 et celui de l'article L.131-3 alinéa 3, en employant des formules telles que « *il faut ajouter à cette liste le contrat d'adaptation audiovisuelle* » : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n°691, p.480. ; Voir également sur ce point A. MAFFRE-BAUGE, *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation des droits, fasc. préc.* ; Le même type de formule est employée par C. CARON, celui-ci précisant ensuite que : *« L'absence d'écrit, pour ces contrats, ne remet pas en cause leur validité »*, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°406, p. 343. ; En ce sens également P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, coll. *Manuels*, 2007, n°197, p. 173.

[506] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°572, p. 436.

*« idem est non esse et non probari »*[507]. Il revient ainsi au même de ne pas avoir de droit que de ne pouvoir le prouver. Simple règle de preuve, celle-ci n'en est donc pas pour autant négligeable. Monsieur Flour montre ainsi l'importance de ce formalisme : *« Tout texte imposant un écrit est exceptionnel, quelque sens qu'on lui donne : s'il l'impose ad validitatem, il déroge à la liberté des formes ; s'il l'impose ad probationem, il déroge à la liberté des preuves »*[508]. Cet article, perturbant « la liberté des preuves », ne déroge cependant que peu au droit commun des contrats, qui prévoit qu'au-delà d'une certaine somme, la preuve du contrat doit être administrée par écrit, somme actuellement fixée à 1500 euros[509]. Cette mesure spéciale du droit d'auteur ne soustrait donc au droit commun que les contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle, d'adaptation ainsi que les autorisations gratuites d'exécution portant sur une somme inférieure à 1500 euros, somme qui est cependant difficilement évaluable dans la mesure où les contrats d'auteurs prévoient par principe une rémunération de l'auteur proportionnelle aux recettes de l'exploitation de l'œuvre.

376. Ce qui fait la particularité de ce régime est alors à rechercher ailleurs que dans la valeur de cette exigence. Elle se matérialise dans la mesure de son application. L'auteur, partie au contrat supposée la plus faible, en est le bénéficiaire exclusif[510]. Il ne pourra se voir reprocher l'absence d'écrit, et pourra, au regard de l'article L. 110-3 du Code de commerce, apporter la preuve du contrat d'auteur par tous moyens, lorsque le rattachement du contrat d'auteur à un acte mixte est possible. L'exploitant, ou futur exploitant, verra quant à lui ses modes de preuves limités, dans la mesure où il ne pourra pas se prévaloir des dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil. Il n'aura donc pas la possibilité de recourir au commencement de preuve par écrit, aux présomptions de l'homme, au témoignage, et ne pourra pas invoquer son impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit.

---

[507] Cette formule signifie textuellement : « *C'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé* » S. BISSARDON, *Droit et justice en citation et adages*, 3ème éd., Litec, coll. *Objectif droit*, 2011, p. 192.

[508] J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in* Le droit privé au milieu du XXe siècle, études offertes à Georges Ripert, T. I, LGDJ, études générales, coll. *Droit de la famille*, 1950, p. 93.

[509] Cette somme est fixée par décret. Depuis le 1er janvier 2005, date de l'entrée en application du décret n°2004-836 du 20 aout 2004, elle a été portée à 1500 euros.

[510] Nous pouvons ainsi citer un arrêt de la CA de Paris du 31 octobre 2000, dit arrêt « *Assimil* » : « *L'écrit, s'il ne conditionne pas la validité du contrat d'édition, a pour but de protéger l'auteur ; la réalité de la cession ne peut, en son absence, être admise que si elle résulte d'éléments précis et circonstanciés, ne pouvant laisser aucun doute à son sujet* ». M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE écrivent à ce sujet que : « *Le juge considère que le créateur, sur lequel pèse la charge de la preuve, ne peut se voir reprocher le défaut d'écrit* » : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n°692, p.481. Ainsi, en tant qu'acte mixte, « *la preuve est libre contre l'éditeur* » : P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n°197, p. 173.

Reste au partenaire de l'auteur la possibilité d'administrer sa preuve par l'aveu[511] ou le serment de l'auteur. Cette dissymétrie reflète bien la nature de nombreux contrats d'auteur, contrat spécial du droit civil pour l'auteur, contrat spécial du droit commercial pour son partenaire. Cette particularité justifie que ce traitement de faveur probatoire soit réservé à l'auteur, le cessionnaire des droits n'en bénéficiant pas en cas de contrat de sous-cession[512]. En dehors de ces contrats, le droit commun de la preuve retrouvera sa vigueur.

377. **L'importance du formalisme.** Les incidences de ce formalisme probatoire sont donc importantes en pratique, et participent de la protection des auteurs contre leur propre engouement. Imposer la production d'un écrit, même à titre de preuve, permet de *« mettre en adéquation l'acte juridique et le fait psychologique »*[513] rattachant la signature à un réel engagement. Bien que le contrat verbal n'en soit pas moins valable, sa preuve par l'exploitant de l'auteur sera particulièrement difficile à rapporter, ce qui concrètement va l'inciter à avoir dans tous les cas recours à un acte écrit, permettant, comme nous l'avons vu, une meilleure information de l'auteur, et une prise en compte plus réaliste de la mesure de son engagement. Or, l'engagement de l'auteur par un avant-contrat peut être tout aussi fort que son engagement dans les liens du contrat d'auteur. Le formalisme probatoire devrait donc être exigé à leur endroit. Il apparaît cependant que cette extension du domaine du formalisme aux avant-contrats demeure incertaine au seul regard des articles L. 131-2 et L. 131-3 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle.

### II. L'APPLICATION INCERTAINE DU FORMALISME PROBATOIRE AUX AVANT-CONTRATS D'AUTEUR

378. Bien que souhaitable, l'extension du formalisme probatoire des contrats d'auteur apparaît incertaine au seul regard du caractère préparatoire des avant-contrats, seule une approche analogique permettrait de la justifier (***A***). Au-delà de cette problématique générale, il convient d'apprécier la mesure de certaines règles spécifiques qui pourraient influer sur la forme de certains avant-contrats (***B***)

---

[511] Les juges ont même parfois admis l'aveu extrajudiciaire tacite de l'auteur, déduit de son comportement : TGI. Paris, 28 févr. 1973 : *RIDA*, avr. 1974, p. 88 ; *RTD com*. 1975, p. 99, obs. H. DESBOIS.

[512] Cette distinction entre l'auteur et son partenaire, qui s'explique par la finalité protectrice de cette exigence, a été clairement affirmée par les juges. Voir sur ce point : Cass. 1re civ., 12 avr. 1976 : *RTD com.* 1978, p. 103, note H. DESBOIS - CA Paris, 20 déc. 1984 : *Juris-Data* n°1984-028137.

[513] B. NUYTTEN et L. LESAGE, *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme : Defrénois*, 30 avr. 1998, n° 8, p. 504.

### A. Problématique générale

379. **Le domaine limité des articles L. 131-2 et L. 131-3 alinéa 3.** Ces deux articles étant le siège d'un formalisme probatoire, la question se posera de la même manière pour les avant-contrats préparant la cession des droits d'adaptation audiovisuelle que pour les avant-contrats préparant les contrats prévus par l'article L. 131-2. Il convient tout d'abord d'étudier le domaine de ces articles pour savoir si leurs exigences pourraient être étendues à ces avant-contrats. Une réponse négative semble d'emblée s'imposer. Leur domaine est limité aux contrats énumérés en leur sein[514], même si certains arrêts ont tenté d'appliquer les dispositions de l'article L. 131-2 à d'autres contrats[515], ou encore d'étendre les dispositions de l'article L. 131-3 alinéa 3 à des contrats de d'adaptation non audiovisuelle ou de traduction[516]. Il est permis de regretter la limitation de l'application de ce formalisme, l'objectif de protection existant en théorie dans tous les contrats d'auteur. Celle-ci respecte malgré tout la lettre du texte. Les avant-contrats devraient donc *a priori* se trouver hors de son giron. Même lorsque ceux-ci ont directement pour objet de préparer les contrats cités par cet article, un contrat de promesse ou de préférence concernant un contrat d'édition n'est pas un contrat d'édition, un contrat de promesse ou de préférence concernant un contrat de production audiovisuelle n'est pas un contrat de production audiovisuelle, un contrat d'option d'achat des droits d'adaptation n'est pas un contrat de cession des droits d'adaptation, *etc.* Si, *de lege lata*, ces contrats ne sont pas expressément visés, *de lege ferenda* il serait opportun de leur appliquer, par analogie, le formalisme propre aux contrats qu'ils préparent, car en droit d'auteur comme dans de nombreux domaines, le formalisme est envisagé comme *« un remède à la précipitation »*[517], et cette précipitation peut marquer la conclusion d'un avant-contrat, qui a parfois pour objet d'anticiper la conclusion d'un

---

[514] La jurisprudence s'est clairement positionnée dans ce sens, excluant ce formalisme probatoire pour le contrat de cession d'une œuvre relevant des arts appliqués. Pour un exemple : CA Versailles, 31 oct. 1996 : *JCP E*, 1997, I, 655, obs. F. GREFFE ; Pour une cession de droit d'auteur sur un dessin ou modèle : CA Paris, 18 déc. 2002 : *Propr. Ind.* comm. 22, p. 26.

[515] Un arrêt de la CA de Paris a ainsi appliqué ce formalisme probatoire à l'encontre d'un parfumeur qui prétendait qu'un auteur lui avait cédé ses droits d'auteur sur les décorations ornant les flacons et emballages de parfums. Contrairement à la doctrine majoritaire et à une jurisprudence relativement constante, la cour affirme en substance que : *« A l'encontre d'un auteur qui n'a pas la qualité de commerçant, l'exploitant doit rapporter la preuve d'un écrit constatant les échanges de consentement où, à défaut, doit pouvoir à tout le moins faire état d'un aveu judiciaire ou extra judiciaire »*, CA Paris, 16 janv. 2004 *: RIDA*, avr. 2004, p. 329**.**

[516] CA Paris, 10 mai 1973 *: D.* 1973, p. 548, concl. CABANNES ; *RTD com.* 1973, p. 796, obs. H. DESBOIS ; *JCP G*, 1973, II, 17476.

[517] S. ZAKI MAGDI, *Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre : RIDC*, 1986, n°4, p.1044.

contrat futur que l'on ne peut ou que l'on ne veut pas encore finaliser. Il faut alors réserver de nos développements les promesses synallagmatiques de contrats d'auteur valant déjà contrat d'auteur.

380. **Le parallélisme des formes envisagé.** Les articles L. 131-2 et L. 131-3 alinéa 3 étant textuellement inapplicables aux avant-contrats, nous nous rattacherons à une question plus générale. Les avant-contrats doivent-ils nécessairement emprunter la forme des contrats qu'ils préparent ? Doit-on ainsi appliquer une règle de parallélisme des formes, qui permettrait d'imposer aux avant-contrats le formalisme des contrats d'auteur ? Aucun texte de droit commun ne résout cette question, le Code civil n'ayant fait qu'envisager certains avant-contrats sans les doter expressément de règles propres. La doctrine, suivie parfois par la jurisprudence, y apporte quelques éléments de réponse.

381. **L'opportunité du parallélisme des formes.** En ce qui concerne les promesses de contrat, de nombreux auteurs se prononcent en faveur de ce parallélisme, opérant cependant parfois une distinction entre les formalités ayant pour objet de protéger un des cocontractants présumé le plus faible, et celles n'ayant qu'un objectif probatoire ou de publicité[518]. Il semblerait par exemple logique qu'une promesse de contrat solennel soit aussi un contrat solennel, dans la mesure où *« le non-respect des formes imposées pour un contrat par la conclusion d'un autre contrat, consensuel, de promesse de ce contrat solennel, reviendrait à contourner ce formalisme, notamment lorsque ce formalisme est protecteur. A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'un formalisme simplement informatif, le danger serait moindre »*[519].

382. Même requis à simple titre de preuve, le formalisme en droit d'auteur est clairement pensé comme un formalisme protecteur, il semblerait donc opportun qu'il s'applique également aux avant-contrats en droit d'auteur[520]. Ainsi, une promesse de cession des droits d'auteur devrait être prouvée par un écrit lorsqu'elle est invoquée par un exploitant. Cet objectif de protection justifierait également d'étendre ce formalisme aux pactes de préférences qui pourraient être conclus en droit d'auteur.

383. **Un parallélisme incertain.** Cette finalité protectrice ne suffit toutefois pas à prouver la contamination des avant-contrats en droit d'auteur par le formalisme propre aux contrats d'auteur.

---

[518] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°138, p. 152.

[519] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat,* éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 553, p. 334.

[520] Dans des domaines proches, un tel parallélisme a été expressément prévu par le législateur. Un écrit est ainsi exigé à peine de nullité pour la promesse synallagmatique de cession de brevet d'invention (L. 613-8 al. 3) ou de marque (L. 714-4 al 4).

Tout d'abord, l'ensemble des contrats d'auteur appelle cette protection, pour autant le champ d'application de cet article n'a pas été étendu à d'autres contrats que ceux énumérés. Le simple fait que l'auteur soit partie au contrat ne suffit pas, contrairement à ce qui a pu être avancé parfois. Ainsi, Monsieur Bories, dans sa thèse consacrée au formalisme dans les contrats d'auteur, et plus particulièrement dans une partie relative aux « applications discutées » du domaine de l'article L. 131-2, tentait de répondre ainsi à cette question : *« Nous pouvons nous interroger sur l'avant-contrat qu'est la promesse unilatérale de vente. Une promesse de contrat d'auteur doit-elle respecter les articles L. 131-2 et suivants du CPI ? Nous pensons qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative. Car le promettant n'en est pas moins auteur ; il faut donc appliquer les dispositions protectrices des articles L. 131-2 et suivant du CPI »*[521]. Bien que séduisante, cette justification nous paraît insuffisante.

384. De plus, dans d'autres domaines, le parallélisme entre forme du contrat et forme de l'avant-contrat ne se vérifie pas toujours, certaines promesses de contrats solennels étant des promesses consensuelles[522], et au contraire certains contrats consensuels appelant une promesse solennelle[523]. L'argument est d'autant plus fragile que lorsque les auteurs parlent de parallélisme, ils prennent appui sur des contrats requérant l'écrit à titre de validité et non de preuve, ce qui n'est pas le cas du contrat d'auteur. Certains écrits de la doctrine semblent même admettre un possible détournement de ce formalisme légal par le recours à l'avant-contrat. Monsieur Gautier énonce à ce sujet que l'on *« pourrait considérer que le contrat de commande d'œuvres de tous genres échappe au formalisme*

---

[521] A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur, contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, thèse préc., p. 88 et s.

[522] J.-M. MOUSSERON, L. GUIBAL et D. MAINGUY, dans leur ouvrage consacré à l'avant-contrat, donnent à titre d'illustration l'exemple de la promesse de constitution d'hypothèque : *« La promesse d'hypothèque est une promesse de contrat solennel dans laquelle la solennité - l'exigence d'un acte authentique - intervient pour l'information des tiers mais aussi pour protéger le constituant pour cet acte très grave. Pourtant, la promesse de constitution d'hypothèque n'est pas annulable et la jurisprudence valide des telles promesses faites par acte sous sein privé même si l'efficacité d'un tel acte pâtit de ne pas être réalisé sous forme authentique puisque faute de réitération de l'acte en sa forme authentique, la promesse ne tiendra pas lieu d'un tel acte. Il n'est pas inefficace cependant car le contractant qui refuserait d'exécuter sa promesse engage sa responsabilité »*, J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n°553, p. 334.

[523] Nous pensons ici à la promesse de vente d'immeuble à construire, de droits sociaux et de fond de commerce. « Le législateur a imposé, à peine de nullité, l'enregistrement de toute promesse de vente constatée dans un acte sous sein privé afférant à un immeuble, un fond de commerce ou à des droits sociaux dans certaines sociétés civiles immobilières dans les dix jours de son acceptation par le bénéficiaire, c'est-à-dire non de la levée de l'option mais de la conclusion de la promesse (…) Lorsqu'elle porte sur l'un des biens énumérés par ce texte, la promesse de vente devient donc un contrat solennel ». La raison de cette différence de sort réservé à la promesse de vente et au contrat de vente s'explique cependant pour des raisons exclusivement fiscales. Il s'agit de lutter « *contre la dissimulation d'une partie du prix de*

*du droit d'auteur, car constitutif d'un avant-contrat »*[524]. Même si nous pensons que le contrat de commande n'est un avant-contrat que dans les cas où il intègre une clause d'option d'achat des droits d'auteur ou une clause de préférence, et qu'il n'est donc pas en lui-même un avant-contrat, l'idée est posée d'une application des règles de forme auxquelles pourraient échapper les avant-contrats. Le même auteur considère cependant, quelques lignes plus loin, 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 »*.

385. Il nous semble donc que, malgré l'opportunité d'un raisonnement analogique, la qualification de promesse et *a fortiori* de pacte de préférence ne suffise pas à appliquer de manière certaine le formalisme des contrats d'auteurs aux avant-contrats les préparant, d'autant que la jurisprudence ne nous fournit pas d'exemples permettant, par induction, de dégager une règle générale. Au-delà de ces généralités, certains avant-contrats appellent quelques développements spécifiques.

**B. Cas particuliers**

386. Certains indices semblent nous permettre d'apporter quelques éléments de réponse pour deux avant-contrats en droit d'auteur, le contrat d'option d'achat des droits d'adaptation d'une œuvre audiovisuelle (***1***) et le pacte de préférence dans le contrat d'édition (***2***). Parmi ceux-ci, certains constituent de faux indices, d'autres de vraies pistes de réflexion.

*1.Le contrat d'option relatif aux droits d'adaptation audiovisuelle*

387. **Les faux indices écartés.** En pratique, le contrat d'adaptation audiovisuelle est très souvent précédé d'un contrat d'option d'achat des droits d'adaptation. Ce contrat d'option est parfois constitutif d'une promesse de cession des droits d'auteur, comme nous aurons l'occasion de le voir[525]. Par celui-ci, l'auteur, ou son cessionnaire en cas de sous-cession, donne déjà son consentement définitif à la cession de son droit d'adaptation, conférant à son partenaire une option qu'il n'aura en principe qu'à lever pour voir le contrat conclu.

388. Concernant cet avant-contrat particulier, l'on aurait pu voir une règle de forme dans une mesure de publicité édictée par le pouvoir règlementaire. L'ordonnance n°2005-652 du 6 juin 2005,

---

*vente* », P. PUIG, *Les contrats spéciaux*, 4ème éd., Dalloz, coll. *HyperCours*, 2011, n°177, p. 148.

[524] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 453, p. 492.

[525] *Voir supra*, n°291 et s.

venue modifier le Code de l'industrie cinématographique, y a introduit des articles[526] mettant en place un « registre des options », s'ajoutant au registre public du cinéma et de l'audiovisuel déjà existant[527]. Ce registre des options a été créé *« pour assurer la publicité des projets et des contrats auxquels il donne lieu dans cette période intermédiaire »,* à savoir la période située entre la conclusion de l'avant-contrat et la levée de l'option. Si cette inscription était obligatoire, il s'agirait d'une formalité conditionnant la reconnaissance de cet avant-contrat particulier. L'écrit serait de plus requis implicitement car, pour que le producteur puisse procéder à cette inscription, il faut qu'il apporte une preuve du contrat d'option, ainsi que celle du versement de l'indemnité d'immobilisation. Or, le registre des options n'est qu'un outil à la disposition des producteurs dont l'inscription à ce titre n'est en rien obligatoire, et n'a pour objet que d'assurer la publicité de ces contrats auprès des tiers, conditionnant à leur endroit son opposabilité[528]. Aucune règle de forme ne peut donc en être déduite. Il convient de préciser cependant qu'en pratique l'auteur cède directement ses droits d'adaptation à son éditeur, et c'est celui-ci qui dans la plupart des cas conclura le contrat d'option.

*2. Le pacte de préférence dans le contrat d'édition*

389. **Les vraies pistes dégagées.** Il convient de réserver un cas de nos développements, celui du pacte de préférence dans le contrat d'édition. Véritable avant-contrat, en ce qu'il a pour objet l'engagement de l'auteur à préférer un cocontractant pour le contrat d'édition futur, celui-ci est encadré par le Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 132-4 prévoit ainsi que : *« 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 déterminé ».* Le terme « stipulation » ne renvoie pas nécessairement à la notion d'écrit[529], et ne nous fournit donc pas d'indices sur la forme que doit emprunter cet avant-contrat. Une fois de plus, la terminologie employée n'est pas éclairante.

---

[526] Il s'agit des articles 33-1 et 33-2 du Code de l'industrie cinématographique.

[527] Notons que le Code de l'industrie cinématographique a été remplacé, aux termes de l'ordonnance n°2009-901 du 24 juillet 2009, par le Code du cinéma et de l'image animée. Les dispositions relatives au registre des options sont aujourd'hui contenues aux articles L. 122-2 et L. 123-2 de ce code.

[528] Voir sur ce point : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°693, p.482.

[529] Selon la définition donnée par le Littré, le terme stipulation renvoie à *« une clause, condition, convention contenue dans un contrat* ». Il précise que *« les romains ont été longtemps sans écrire les traités entre particuliers, comme il paraît par l'obligation en paroles, qu'ils appelaient stipulation* ». L'écrit n'est donc pas inhérent au terme « stipulation » dans la tradition juridique.

390. Il faudrait cependant selon nous, dans un souci de protection des intérêts de l'auteur, exiger l'écrit à leur endroit[530]. Dans un article consacré à la pratique de ce pacte de préférence dans le contrat d'édition, madame Roux s'interroge sur la nécessité pour celui-ci d'être conclu par écrit, et apporte une vraie piste de réflexion sur le sujet qui pourrait bien intéresser les autres avant-contrats : *« Si le contrat de préférence ne constitue pas en lui-même l'acte de cession, alors la question reste ouverte. Cependant, si le pacte de préférence prévoit que la simple levée de l'option vaudra signature d'un contrat d'édition, alors les exigences de formalisme se trouvent à nouveau requises »*[531]. Est ici pointé du doigt l'élément qui devrait permettre d'imposer le formalisme propre aux contrats d'auteur à certains avant-contrats en droit d'auteur, les avant-contrats abritant d'ores et déjà le consentement de l'auteur au contrat futur.

391. **Conclusion.** Nous pouvons conclure de ces développements qu'appliquer le formalisme probatoire des articles L. 131-2 et L. 131-3 alinéa 3 aux avant-contrats préparant ces contrats spéciaux se justifie au regard de l'objectif de protection de l'auteur. Le fait qu'il s'agisse d'un avant-contrat n'impose cependant pas de lui appliquer de manière certaine le formalisme probatoire inhérent aux contrats d'auteur au regard de la seule lettre des textes. La question est d'importance car c'est souvent *a posteriori*, en cas de conflit, que le juge devra se prononcer sur l'existence, ou non, d'un avant-contrat.

392. Il en va différemment de l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur donné par écrit. Certains avant-contrats abritent d'ores et déjà le consentement de l'auteur ou de son cocontractant, ce qui pourrait justifier que ceux-ci respectent un certain formalisme. Il faudrait alors distinguer entre les différents avant-contrats selon les obligations qu'ils abritent, selon leur contenu obligationnel. Les avant-contrats contenant dès leur conclusion le consentement de l'auteur au contrat futur devraient, en tout logique, se voir appliquer l'ensemble des règles qui ont pour objectif de protéger ce consentement.

---

[530] Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°508, p. 549.

[531] M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale* : *Légipresse*, n°233, juill-août 2006, p. 84.

**Paragraphe 2. L'hypothèse d'une application directe de l'article L. 132-7 aux avant-contrats**

393. « *Le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* », dispose l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle. Abrité au sein des « *dispositions particulières à certains contrats* », dans une section relative au contrat d'édition, l'environnement de cet article semble en réduire automatiquement le champ d'application. Celui-ci ne devrait concerner que le contrat d'édition, puisque c'est ainsi qu'il trouve sa place au sein du code. Malgré un domaine qui ne semble pas appeler débat, la majorité de la doctrine considère aujourd'hui que son application doit dépasser sa prévision formelle, et s'étendre au-delà du contrat d'édition à tous les contrats d'auteur. Cette extension admise, celle-ci entrainerait une application directe de la règle à certains avant-contrats (**I**). Nous verrons cependant que tant cette extension que ses implications demeurent incertaines, se confrontant à une fausse distinction mais aussi à un vrai obstacle (**II**)

I. LES ARGUMENTS EN FAVEUR D'UNE APPLICATION DE L'ARTICLE L. 132-7

394. **Une application extensive de l'article L. 132-7 *a priori* certaine.** Résumant l'état de la doctrine sur ce point, madame Maffre-Baugé, dans le fascicule *Jurisclasseurs* consacré au contrat d'auteur, montre cette vision extensive de l'application de cette disposition : *« A priori relative au seul contrat d'édition, puisqu'elle trouve sa place dans la section qui lui est consacrée, la règle est néanmoins présentée par une grande partie de la doctrine comme devant s'appliquer à tous les contrats de droits d'auteur »*[532].

395. Ainsi, selon Monsieur Gautier, l'article L. 132-7 est « *applicable à tous les contrats et pas seulement à l'édition, en dépit de sa place – et sans doute également aux contrats d'artistes* »[533]. Pareille vision est adoptée par Monsieur Colombet : *« Bien que cette règle soit posée dans la section relative au contrat d'édition, il est admis sans contestation qu'elle doit s'appliquer à tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur* »[534]. Monsieur Pollaud-Dulian affirme même qu'il serait « *injuste d'en tirer la conclusion qu'il ne s'applique qu'à ces seuls contrats* »[535]. La règle issue de l'article L. 132-7 serait ainsi « *une règle du droit commun des contrats d'auteur, au moins pour son*

---

[532] A. MAFFRE-BAUGE, *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation des droits*, Fasc. préc.

[533] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°451, p. 488.

[534] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ème éd., Dalloz, Droit privé, coll. *Précis*, 1999, n°293, p. 239.

[535] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°946, p. 580.

*exigence d'un consentement personnel* »[536], selon Monsieur Caron. La même vision est partagée Desbois[537], et Françon[538].

396. **Les conséquences envisageables d'une telle extension sur les avant-contrats.** Le consentement de l'auteur devrait donc être formulé par écrit pour tous les contrats d'auteur au regard de l'article L. 132-7 du CPI. Une fois de plus, cette règle ne semble *a priori* pas devoir s'appliquer aux avant-contrats préparant le contrat d'auteur, ceux-ci n'étant pas des contrats d'auteur. Pourtant, certains avant-contrats sont déjà porteurs de son consentement à la cession de ses droits, faisant naître un droit potestatif au profit de l'exploitant, qui aura alors seul le pouvoir de parfaire la conclusion du contrat. Il en est ainsi de la promesse de cession de droits d'auteur, parfois nommée par la pratique « contrat d'option » dans certains domaines. Lorsque la prévision contractuelle est ainsi faite que l'auteur n'a pas à réitérer son consentement pour que le contrat d'auteur soit conclu, l'avant-contrat, en tant que support du consentement définitif de l'auteur, devrait donc voir cette exigence d'un consentement écrit s'imposer de manière directe, sans avoir recours à un raisonnement par analogie. En effet, le consentement à cet avant-contrat entrainerait *de facto* le consentement de l'auteur au contrat futur.

397. **Une première distinction à opérer, fondée sur le contenu de l'avant-contrat.** Il faudrait alors distinguer, parmi les avant-contrats, ceux qui ont déjà pour objet le consentement de l'auteur au contrat définitif, de ceux par lesquels il ne s'engage que sur certains éléments du contrat définitif, l'auteur devant manifester sa volonté de contracter pour que celui-ci puisse être conclu. Ce raisonnement amènerait donc à considérer que les promesses par lesquelles l'auteur est engagé doivent être constatées par écrit, tandis que les pactes ou clauses de préférence, ne se verraient pas appliquer de formalisme probatoire dérogatoire du droit commun. Cette distinction fondée sur le contenu obligationnel de l'avant-contrat apparaît opportune, dans une certaine mesure. Elle est opportune car, *a priori*, s'engager dans les liens d'une promesse est un acte plus grave que consentir un simple droit de préférence. L'opportunité de cette distinction est cependant limitée par le constat de la pratique, qui montre que parfois, l'engagement de l'auteur dans les liens d'un pacte de préférence peut se montrer tout aussi contraignant. Une seconde distinction s'impose au regard des justifications fondant l'extension du domaine de cet article.

---

[536] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°405, p. 342.

[537] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 494.

398. **La justification de l'extension de l'article L. 132-7 par le droit de divulgation.** Selon les auteurs prônant l'extension du domaine de l'article 132-7 du CPI, c'est au regard d'une prérogative du droit moral de l'auteur, le droit de divulgation, qu'il faudrait étendre le domaine de cet article à tous les contrats d'auteur. Selon Monsieur Colombet, la raison d'être de l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur donné par écrit est *« d'empêcher que soient violés les droits moraux de l'auteur »*. Cette approche se justifie ainsi : *« L'article L. 132-7, alinéa 1er, serait (...) le pendant, en matière contractuelle, de l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle qui reconnaît à l'auteur le droit exclusif de divulguer son œuvre : par cette exigence, le législateur aurait en effet voulu protéger les intérêts moraux de l'auteur en frappant de nullité le contrat auquel il n'aurait pas personnellement pris part »*[539]. Une interprétation littérale du texte irait alors *« contre la ratio legis »*, et il n'y aurait *« aucune logique à n'appliquer l'exigence d'un consentement qu'à un type de contrat et pas aux autres, alors que, sur ce point, rien ne les différencie au fond et que cette exigence légale est en rapport étroit avec le droit moral »*[540]. Donner son consentement personnel au contrat d'auteur permettrait à l'auteur d'exercer ce droit de divulgation.

399. **Une seconde distinction à opérer, fondée sur le critère de la divulgation**. À suivre ce raisonnement, une deuxième distinction devrait donc être opérée dans l'application de cet article aux avant-contrats en droit d'auteur, selon l'œuvre sur laquelle ils portent. Ainsi, lorsque l'œuvre est achevée et a déjà fait l'objet d'une divulgation, cette exigence ne serait pas imposée, au regard du principe d'épuisement du droit de divulgation, les raisons de l'extension disparaissant alors. Quand au contraire l'œuvre en question n'a pas encore fait l'objet d'une divulgation, cette exigence serait requise.

400. **Conclusion, une double distinction.** Si l'on adopte la vision de la doctrine majoritaire, celle-ci conduit donc à imposer le formalisme probatoire de l'article L. 132-7 aux seuls avant-contrats par lesquels l'auteur donne déjà son consentement au contrat d'auteur, lorsqu'ils portent sur une œuvre qui n'a pas fait l'objet d'une divulgation. Il faut cependant se montrer prudent. En effet, cette interprétation doit être nuancée, pour deux raisons, qui tiennent toutes deux à la justification apportée par ces auteurs à cette extension.

---

[538] A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle* : Litec, coll. *Les cours de droit*, 1999, p. 265.

[539] A. MAFFRE-BAUGE, *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation des droits*, Fasc. préc.

[540] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°946, p. 580.

## II. LES OBSTACLES A L'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 132-7

401. Deux nuances doivent être apportées à ce raisonnement. La première tient au fait que cette extension est souvent présentée comme entrainant des conséquences de fond et non de forme. Il s'agit selon nous d'une fausse distinction (***A***). La deuxième tient à la justification même de cette extension, qui pousse aujourd'hui certains auteurs à se placer en marge de la doctrine majoritaire. Nous nous rallions à cette position dissidente, constatant alors de vrais obstacles à cette extension (***B***).

### A. La fausse distinction

402. **Présentation de la distinction entre conséquences de fond et de forme.** La doctrine majoritaire, lorsqu'elle envisage l'extension de cet article à tous les contrats d'auteur, vise généralement plus les conséquences de fond de cet article que ses conséquences de forme. Ainsi, elle entend souvent étendre l'exigence d'un consentement *« personnel »* de l'auteur, sans se préoccuper de celle d'un consentement *« écrit »*. Bien que cette distinction soit fondée sur la justification de cette extension, donc sur le droit de divulgation, il semble curieux de n'appréhender la généralisation de cet article que sous un seul de ses deux aspects, ceux-ci étant de surcroit exprimés dans une formule très ramassée, celle de l'exigence d'un *« consentement personnel et donné par écrit »*.

403. **Rejet de la distinction entre conséquences de fond et de forme.** Est-ce seulement l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur qui devrait être étendue à tous les contrats d'auteur ? Est-ce aussi l'exigence d'un consentement écrit ? Les deux sont selon nous liés. Exiger un consentement écrit de l'auteur a pour seul objectif de s'assurer de la réalité de ce consentement personnel. Il nous paraît alors assez artificiel de distinguer les deux. Si l'écrit ne constitue pas *« l'aspect central du texte »*, elle en est selon nous un corollaire protecteur. Nous adopterons donc sur ce point une vision moins tranchée que Monsieur Khalvadjian, selon qui : *« L'interprétation faite de la portée de l'exigence de l'écrit sur la base de l'article L. 132-7 ne peut que se révéler inexacte. Ce texte entend avant tout imposer le consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition. Il s'agit de veiller à ce que l'auteur consente en personne à la cession de ses droits alors même qu'il est légalement incapable. La référence à l'écrit sans dire qu'elle serait purement accessoire, est loin de constituer l'aspect central du texte »*[541].

---

[541] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc. n°156, p. 151.

404. Les auteurs prônant cette extension envisagent pourtant bien souvent, dans leurs manuels, la généralisation de l'article L. 132-7 lorsqu'ils abordent les conditions de fond présidant à la conclusion des contrats, mais aussi lorsqu'ils glosent sur leurs conditions de forme. Messieurs Vivant et Bruguière, qui pourtant contestent la justification de la généralisation de l'article L. 132-7 à tous les contrats d'auteur, abordent eux aussi cet article non seulement comme contenant une obligation de fond concernant le consentement personnel de l'auteur, mais aussi comme une condition de forme, marquant d'une écriture en italique l'acception duale de cet article : *« « Le consentement personnel et* donné par écrit *de l'auteur est obligatoire » On ne peut pas mieux dire que l'écrit est exigé ad validitatem »*[542].

405. La généralisation sélective des effets de cet article est donc selon nous une fausse distinction. Rien ne s'opposerait alors à ce que l'on admette la contamination du formalisme à certains avant-contrats. Pourtant, à l'étude, un vrai obstacle apparaît. La justification de l'extension de l'article L. 132-7 semble pouvoir être contestée.

**B. Le vrai obstacle**

406. **Réfutation de la justification de l'extension du domaine de l'article L. 132-7.** Le lien fait par la doctrine entre la nécessité d'un consentement personnel et écrit au contrat d'auteur et le droit de divulgation, bien que séduisant en ce qu'il permet, comme nous l'avons vu, l'application du formalisme à certains avant-contrats, n'entraine pas notre conviction. À suivre ce raisonnement, l'auteur exercerait son droit de divulgation en donnant son consentement au contrat de cession. Or, selon nous, l'exercice du droit de divulgation ne coïncide pas nécessairement avec la signature du contrat d'auteur. Ce droit, incessible, trouve vocation à jouer parfois avant, parfois après la conclusion du contrat, ou de l'avant-contrat. En cas de gestion par avance des droits sur une œuvre future, le droit de divulgation intervient parfois après le consentement à la cession des droits, lorsque l'auteur remettra l'œuvre achevée à son cocontractant. Si l'œuvre n'a pas été divulguée au public au moment où l'auteur conclut le contrat ou l'avant-contrat, cette simple conclusion n'entraine pas *per se* exercice du droit de divulgation. Son exercice se matérialisant selon nous par un fait et non par un acte juridique[543], celui-ci interviendra parfois *a posteriori*. L'auteur qui cède par avance ses droits sur

---

[542] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°690, p. 480.

[543] Nous nous rallions sur ce point à l'argumentation développée par Messieurs A. Lucas et H.-J. Lucas, ainsi que Messieurs M. Vivant et J.-M. Bruguière, que nous exposerons plus loin.

une œuvre future, ou qui s'engage à les céder, n'exerce pas, par là même, son droit de divulgation, qui ne préexiste pas à l'œuvre. Cette justification ne nous semble donc pas convaincante.

407. **Les arguments de la doctrine contestataire.** Elle n'a d'ailleurs pas convaincu l'ensemble de la doctrine, et même si Monsieur Colombet affirmait que cette extension de l'article L. 132-7 est admise *« sans contestation »*[544], force est de constater que des voix dissidentes se font aujourd'hui entendre. Nous pouvons à ce titre citer Messieurs Bruguière et Vivant, qui, bien qu'admettant que *« l'on reconnaît une portée générale »* à cet article, considèrent que le rattachement qu'en fait la doctrine au droit de divulgation est *« à vrai dire un peu étrange »*. En effet, la vision adoptée par ces deux auteurs de l'exercice du droit de divulgation, en tant que fait matériel et non en tant qu'acte juridique, entre en confrontation avec les justifications de la doctrine dominante, selon laquelle le consentement au contrat emporterait exercice du droit de divulgation. Comme nous l'avons dit, nous approuvons cette argumentation. Ces auteurs se placent dans le sillon de Messieurs A. et H.-J. Lucas, selon lesquels une telle justification *« paraît difficile à admettre »,* mettant en avant les contradictions entre les différents arguments avancés et la conception qu'ils retiennent du droit de divulgation. « *C'est la notion même de divulgation qui est au cœur du débat. Si elle se ramène à une manifestation de volonté, on peut admettre qu'elle conditionne la validité d'un acte juridique. Mais nous avons déjà récusé cette analyse et tenté de démontrer que la divulgation, tout en procédant d'une décision intime de l'auteur, devait être regardée avant tout comme un fait matériel et qu'elle pouvait précéder aussi bien que suivre la conclusion du contrat d'exploitation. Celui-ci ne saurait donc être annulé au seul motif que l'auteur n'aurait pas exercé son droit de divulgation. Il suffit, pensons-nous, de préciser que tant que l'œuvre n'est pas divulguée, l'auteur est en mesure de paralyser le contrat »*[545]. En effet, si le droit de divulgation peut influer sur la permanence du lien contractuel, il n'influe en principe pas sur sa naissance. L'auteur n'exerçant pas automatiquement son droit de divulgation en donnant son consentement au contrat, l'existence du droit de divulgation ne saurait, à elle seule, justifier l'extension de l'article L. 132-7 à tous les contrats d'auteur, et par là même à tous les avant-contrats contenant déjà le consentement de l'auteur au contrat futur.

408. **Le cas spécifique de l'avant-contrat d'édition.** Reste ainsi à préciser qu'il existe un avant-contrat pour lequel la question ne se pose pas, il s'agit de l'avant-contrat qui contiendrait déjà le consentement de l'auteur à un contrat d'édition. Il est inutile de recourir à une interprétation

---

[544] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, op. cit*., n°293, p. 239.

extensive de l'article L. 132-7 pour l'imposer à cet avant-contrat. Cet article vise, en l'état, le consentement au contrat d'édition. La promesse de cession des droits d'auteur à un éditeur, devra donc, de manière certaine cette fois-ci, être prouvée par un écrit lorsque ce sera l'exploitant de l'auteur qui l'invoquera, ce qui semble en toute logique l'hypothèse contentieuse la plus probable. Un tel avant-contrat devra donc être prouvé conformément aux règles du formalisme probatoire que nous avons préalablement exposées.

409. **Conclusion.** Au regard des développements de la doctrine majoritaire, tous les éléments semblent réunis pour appliquer les exigences de l'article L. 132-7 à tous les avant-contrats prévoyant d'ores et déjà le consentement de l'auteur au contrat futur lorsque l'œuvre n'a pas fait l'objet d'une divulgation. Il convient cependant de se montrer prudent, tant au regard de la généralisation de cet article à tous les contrats portant le consentement de l'auteur, qu'au regard des conséquences sur la forme du contrat de cette éventuelle extension, bien que cette dernière constitue selon nous une fausse distinction. N'étant pas convaincu par la justification apportée à cette extension, seule une lecture téléologique de la *ratio legis*, au regard de l'objectif de protection des auteurs, permettrait selon nous de la justifier. *De lege ferenda*, il serait opportun de le faire, non au regard du droit de divulgation qui serait en cause mais au regard de la gravité de l'acte, et, comme le disent Messieurs A. Lucas et H.-J. Lucas, au regard *« du lien entre l'œuvre dont l'exploitation est en cause et la personnalité de son auteur »*[546]. *De lege lata*, nous ne pouvons cependant pas affirmer une telle extension. Nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux une lecture téléologique. Ne nous fondant pas sur le droit de divulgation afin de justifier une telle extension, il n'y aurait pas alors à distinguer entre règle de forme et règle de fond, entre avant-contrats intervenant avant ou après la divulgation de l'œuvre. La seule distinction serait alors une distinction entre les avant-contrats emportant par eux même le consentement de l'auteur au futur contrat d'auteur, et ceux qui n'en prévoient que certains éléments. C'est ainsi la distinction qui doit être opérée entre les avant-contrats préparant le contrat d'édition.

410. Les règles du droit d'auteur, bien que d'application parfois incertaine, vont donc nécessairement influer sur la reconnaissance des avant-contrats en droit d'auteur, du moins sur la reconnaissance de certains d'entre eux. Malgré ces incertitudes subsistantes, une disposition essentielle du Code de la propriété intellectuelle va venir perturber le caractère probatoire du

---

[545] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°585, p. 445.

formalisme des contrats d'auteur, et ainsi celui de certains avant-contrats d'auteur. L'article L. 131-3 al 1, imposant une détermination extensive de l'objet du contrat d'auteur, va, en pratique, pour être respecté, nécessiter un écrit. Les dispositions de cet article ont des conséquences tant de fond que de forme. Nous nous concentrerons ici sur ses implications de fond, les implications de forme n'en étant que la conséquence. Nous allons voir que cet article va imposer aux avant-contrats un contenu venant conditionner leur naissance, ajoutant aux règles du droit commun des exigences particulières. Il ne sera pas le seul à pouvoir perturber la formation de l'avant-contrat. Il faudra également prendre en compte les dispositions relatives au prix du contrat envisagé, ainsi que les règles propres au consentement de l'auteur.

## *Section 2. Les conditions relatives à la validité des avant-contrats*

411. Nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, les avant-contrats, dont l'objet est de préparer les contrats futurs, sont déjà des contrats. En tant que tels, leur validité est subordonnée au respect des articles 1108 du Code civil, ils doivent ainsi contenir un objet, une cause, et le consentement de celui qui s'oblige, dont la capacité de conclure l'acte ne fait pas défaut. Pour être valables en droit d'auteur, ces avant-contrats devront également respecter certaines dispositions générales du droit des contrats d'auteur. Deux conditions de droit commun semblent particulièrement renforcées en droit d'auteur, il s'agit du contrôle de l'objet du contrat, et de l'assurance de la production du consentement de l'auteur. Nous envisagerons successivement ces deux conditions, afin d'en évaluer les conséquences sur la validité des avant-contrats que l'on pourrait envisager en droit d'auteur. Un objet particulièrement déterminé (***Paragraphe 1***), un consentement personnel *a priori* exigé (***Paragraphe 2***), telles sont les conditions de validité des contrats d'auteur susceptibles de perturber la création du lien contractuel, et par là même la conclusion des avant-contrats d'auteur.

### Paragraphe 1.Les conditions tenant à la détermination de l'objet du contrat

412. « *Un grand nombre de dispositions du Code de la propriété intellectuelle ont trait à l'objet du contrat ; elles sont toutes dictées par le même but : la protection de l'auteur au moment de la passation d'un contrat qui peut s'avérer pour lui, souvent partie faible, défavorable, alors qu'il serait exagérément avantageux pour son cessionnaire, souvent partie forte* »[547]. C'est dans cet esprit,

---

[546] *Ibid*., n°585, p. 446.

[547] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, op. cit*., n°295, p. 240.

fortement orienté par la frilosité relative aux engagements de l'auteur, que le droit des contrats d'auteur encadre de manière particulière l'objet de cet engagement. Conformément au droit commun, trois conditions sont relatives à l'objet[548]. Celui-ci doit exister, il doit être licite et déterminé, ou déterminable. Nous n'aborderons pas pour l'instant la question de la licéité de l'objet, celle-ci étant envisagée si strictement en droit d'auteur qu'elle mérite des développements spécifiques, qui feront l'objet de notre chapitre 2. La question de l'existence de l'objet n'appelle pas quant à elle de remarques particulières. Rappelons simplement que l'auteur doit ne pas avoir déjà cédé ses droits, le contrat serait nul faute d'objet, et par là même faute de cause. Nous nous concentrerons ici sur la condition de détermination de l'objet du contrat. L'article L. 131-3 du CPI, « *fleuron du droit d'auteur contractuel* »[549], en est le principal fondement, renforçant les exigences de l'article 1129 du Code civil. Par une formule entrainant tant des conséquences de fond que de forme, celui-ci dispose que : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Bien que la jurisprudence ait parfois suggéré d'en restreindre la portée[550], cet article trouve vocation à s'appliquer à tous les contrats d'auteur. Ses conséquences sur les engagements précontractuels seront variables selon la nature et l'objet de l'avant-contrat envisagé. Il en est de même de l'exigence de détermination du prix de la cession, organisée par l'article L. 131-4 du CPI. Il convient ici de faire le départ entre les avant-contrats par lesquels la cession des droits d'auteur est déjà consentie, par un contrat de promesse (**I**), et ceux par lesquels cette cession est seulement pressentie, par un contrat de préférence notamment, mais aussi parfois par un contrat-cadre (**II**). Nous verrons ainsi que la mesure de la détermination de l'objet de l'avant-contrat est fonction de ses obligations caractéristiques.

## I. LA DETERMINATION DE L'OBJET DE L'AVANT-CONTRAT EN CAS DE CESSION CONSENTIE

413. S'interroger sur l'objet d'un avant-contrat suppose de distinguer deux questions appelant des développements propres. Il faut tout d'abord envisager l'objet direct de l'avant-contrat, qui est, en cas de promesse, l'engagement de l'une des parties ou des deux à conclure le contrat en donnant, par avance, son consentement au contrat futur. Il faut ensuite s'intéresser à « *l'objet des prestations,*

---

[548] A. BENABENT, *Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 2010, n°143, p. 109.

[549] C.CARON, note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006 : *CCE*, janv. 2007, p. 28.

*autrement dit la chose sur laquelle portent ces prestations »*[551]. Appliqué aux avant-contrats, cette « chose » s'entend à la fois de l'œuvre visée par l'avant-contrat, mais aussi de l'objet du contrat en gestation. Objet de l'obligation, objet des prestations, ces deux réalités participent de l'objet du contrat, qui *« appréhende l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser »*[552]. Nous nous concentrerons cependant sur la détermination de l'objet des prestations.

414. **L'objet direct de la promesse de contrat.** Les obligations nées de la promesse unilatérale sont parfois considérées comme des obligations de faire, conclure le contrat au cas où le bénéficiaire de la promesse lèverait l'option[553]. Elles sont parfois considérées comme des obligations de ne pas faire, ne pas conclure le contrat avec un tiers, et ne pas rétracter sa promesse. De nombreux auteurs s'accordent cependant à dire que le promettant n'a, une fois la promesse valablement conclue, plus aucune obligation, mise à part l'obligation éventuelle de mettre en forme le contrat définitif et d'y apposer sa signature, ce qui n'est plus à cette heure qu'une formalité. Son consentement au contrat futur est déjà donné. Il serait alors simplement tenu par la force obligatoire de son engagement. Nous pouvons alors utilement nous référer aux développements de Monsieur Ancel, qui voit dans la promesse une manifestation de la force obligatoire d'un contrat dépourvu de contenu obligationnel[554]. Le principe est le même pour la promesse synallagmatique, qui contient d'ores et déjà le consentement de l'auteur et de son partenaire au contrat futur, contrat plus ou moins proche du contrat définitif selon les termes du contrat et la volonté des parties. L'objet direct des promesses de contrat n'appelle pas de remarques propres au domaine du droit d'auteur. Les particularités du droit des contrats d'auteur s'accusent cependant lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet de la prestation de ces avant-contrats, autrement dit l'objet du contrat préparé par les promesses de contrat d'auteur.

---

[550] Cass. 1re civ., 21 nov. 2006 : *D.* 2007, p. 316, note P. ALLAEYS ; *CCE*, janv. 2007, p. 28, note C. CARON.

[551] Nous reprenons ici la distinction de Nathalie Blanc, selon qui : « *Le Code civil emploie le terme d'objet à diverses reprises afin d'évoquer tantôt l'objet des obligations – c'est-à-dire la prestation à laquelle se sont engagées chacune des parties-, tantôt l'objet des prestations – autrement dit la chose sur laquelle portent ces prestations. L'objet du contrat apparaît en revanche comme une notion d'origine doctrinale visant à appréhender l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser* », N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, thèse préc., n°441, p. 386.

[552] *Ibid*.

[553] D. MAINGUY, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter : RTD civ*. 2004, p. 1 et s. C'est effectivement en ce sens que semble se prononcer de manière générale la Cour de cassation, admettant, au visa de l'article 1142 du Code civil l'efficacité de la rétractation de la promesse. *Contra* cependant un arrêt du 8 sept. 2010 : Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 : *JCP G*. 2010, 1051, note G. PILLET ; *Gaz. Pal*. 2 déc. 2010, p. 15, note G. PIGNARRE.

[554] P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel* : art. préc., p. 771.

415. **L'objet de la prestation : objet du contrat préparé**. La question de la détermination de l'objet du contrat d'auteur préparé est délicate. Il convient de s'interroger sur le degré de précision que doit contenir la promesse sur le contrat futur pour qu'il soit valable, lorsque celle-ci porte sur un contrat d'auteur. Nous avons déjà souligné l'encadrement particulièrement strict de l'objet des contrats d'auteur. Cet encadrement doit-il se retrouver dès la promesse de contrat ? L'ensemble des conditions du contrat futur doivent-elles être contenues dans cet avant-contrat ? Il semble *a priori* que oui. Cette exigence existe déjà en droit commun, dans une certaine mesure (***A***). Le renforcement de la détermination de l'objet des contrats d'auteur devrait selon nous être étendu aux promesses de contrat d'auteur (***B***).

### A. La détermination de l'objet du contrat en gestation en droit commun

416. La définition même des avant-contrats portant le consentement au contrat futur participe de ce constat, ils doivent prévoir d'ores et déjà les conditions et termes du contrat préparé. La promesse unilatérale de contrat peut ainsi être définie comme l'accord par lequel *« une des parties, le promettant, promet à l'égard de l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celle-ci lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord »*[555]. La promesse synallagmatique est quant à elle « *un contrat de promesse dans lequel les deux parties prennent réciproquement l'engagement de conclure un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord* »[556].

417. **La détermination de la chose.** L'article 1129 du Code civil, prévoyant qu' « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* », et que la *« quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* » va venir imposer une détermination précise de la chose objet du contrat préparé pour ces deux figures contractuelles. Envisagé en droit d'auteur, cet article impose pour ces deux types de contrat de définir avec précision l'œuvre concernée, et la nature des droits cédés, à savoir le droit de reproduction, de représentation, d'adaptation, de traduction, *etc.*

418. **La détermination du prix**. La question du prix semble *a priori* mériter un traitement différent au regard du droit commun, dans la mesure où il a été jugé que l'article 1129 du Code civil était étranger à sa détermination. Les arrêts du 1er décembre 1995 sont venus soustraire la question

---

[555] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op. cit.*, n° 543, p. 328.

[556] *Ibid.*, n° 573, p. 359.

du prix du champ d'application de l'article 1129 du Code civil, précisant expressément que *« l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix »* [557]. La détermination du prix n'est donc plus une condition de validité de l'ensemble des contrats. Elle s'impose cependant, au regard de textes spéciaux, dans certains contrats, et par là même dans certaines promesses de contrat.

419. **La détermination du prix dans le contrat de vente.** C'est le cas du contrat de vente, pour lequel l'article 1591 du Code civil dispose que : *« Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties »*. Une pareille exigence doit donc être remplie dès la promesse de vente. En effet, *« l'offre objet de la promesse doit porter sur la conclusion d'un contrat déterminé à des conditions également déterminées. Il convient donc que la promesse comporte les éléments essentiels du contrat à conclure. Ainsi, une promesse unilatérale de vente ne sera valable que si elle contient les éléments essentiels de la vente, c'est-à-dire la chose et le prix »*[558].

420. **La détermination du prix dans le contrat de bail**. Savoir si une telle exigence existe pour le contrat de bail se révèle plus délicat, dans la mesure où aucun texte, sur le modèle de la vente, ne l'impose expressément. Le prix participe de la qualification du contrat de bail, l'article 1709 du Code civil disposant que *« le louage de chose est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer »*. Est-ce pour autant une condition de validité de ce contrat ? Selon Madame Blanc, *« il s'agit là de deux questions distinctes : même si certains contrats exigent pour leur qualification qu'un prix soit stipulé, cela n'implique pas que celui-ci soit déterminé et désigné par les parties lors de la formation du contrat »*[559]. Cet auteur donne l'exemple éclairant du contrat d'entreprise, dont la qualification englobe la question du prix au regard de l'article 1710 du Code civil, sans que sa détermination ait été érigée en condition de validité. Toutefois, afin que *« la rencontre de volonté puisse effectivement s'opérer »*[560], doctrine et jurisprudence considèrent

---

[557] Ass. Plén. 1er déc. 1995 : JCP G, 1996, II, 22565, note J. GHESTIN - A. BRUNET et A. GHOZI, *La jurisprudence de l'assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat* : Dalloz, 1998, p. 1.

[558] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op. cit*., n° 567, p. 351. Voir également sur ce point : Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n°111, p. 70. A actualiser

[559] N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, thèse préc., n°443, p. 388.

[560] P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6ème éd., Litec, 2008, n°310, p. 236.

aujourd'hui que la mention d'un prix est une condition de validité du contrat de bail. Il en est de même de la promesse de bail[561].

421. La promesse de cession des droits d'auteur pouvant s'apparenter parfois à une promesse de bail ou à une promesse de vente[562], celle-ci devrait alors comprendre, au seul regard du droit de ces contrats spéciaux, le prix de la cession envisagée.

422. **Conclusion.** Le droit commun, et le droit des contrats spéciaux que sont le bail et la vente, appliqués à la préparation du contrat d'auteur, imposeraient donc *a priori* aux promesses, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques, de déterminer la nature des droits cédés par le contrat préparé et l'œuvre concernée. Le prix de la cession devrait également être déterminé. Le droit d'auteur diffère-t-il sur ce point ? Remet-il en cause ces conditions ? Complète-t-il ici les règles déjà posées ? Le droit d'auteur impose en réalité d'aller plus loin, et de déterminer avec une particulière précision *« non seulement l'œuvre cédée mais encore les droits objet du contrat »*[563], et surtout, dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, l'utilisation qui pourra en être faite, ce qui est étranger aux conditions du droit commun[564]. *« S'il est classique d'exiger que l'objet des contrats d'auteur soit déterminé, force est de constater que celui des contrats d'auteur doit l'être particulièrement »*[565]. Les règles diffèrent aussi sensiblement concernant la détermination du prix.

---

[561]Dans ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER : *« Le bail, comme la vente, peut être précédé d'avant-contrats qui relèvent, pour l'essentiel, du droit commun : à la différence du simple projet ou de l'accord de principe, la promesse de bail est obligatoire pour l'une des parties (promesse unilatérale) ou pour les deux (promesse synallagmatique) lorsque la volonté de s'obliger s'exprime par une détermination suffisante des éléments du contrat ». Ces mêmes auteurs précisent quels sont les éléments essentiels d'un contrat de bail, parmi lesquels le montant du loyer : « Conformément au droit commun, le bail est formé lorsque l'accord s'est fait sur des éléments essentiels : la chose et son utilisation, le montant du loyer et la date d'entrée en jouissance »*, Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit*., 2011, n°648, p. 361. En ce sens Cass. 3ème civ., 27 juin 1973 : *Bull civ*. III, n°446 : *« Le prix étant un élément essentiel du contrat de louage, une promesse de bail ne peut valoir bail que si elle contient accord des parties sur la chose et le prix »*. Pour remplir l'ensemble des fonctions dévolues aux promesses de contrat, la promesse de bail doit donc d'ores et déjà prévoir le montant du loyer du bail consenti par une ou deux des parties. A. BENABENT est très clair sur cette question. Selon lui : « *Le prix du bail, nécessaire à sa validité obéit aux même principes que celui d'une vente : il doit être déterminé et réel* ». Le juge ne pouvant fixer le prix pour compléter le contrat, « *la promesse de donner un bien en location sans indication du prix est sans valeur* », A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ème éd., Montchrestien, coll. *Domat Droit privé,* 2011, n°526, p. 239.

[562] Sur ce point, voir la thèse de Sébastien Raimond : S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, thèse préc. Egalement la thèse de N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, thèse préc.

[563] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit*., n°661, p. 458.

[564] Un parallèle peut cependant être fait avec le contrat de bail, dans lequel la destination de la chose louée doit être précisée, aux termes de l'article 1728 du Code civil.

[565] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°407, p. 344.

### B. La détermination de l'objet du contrat en gestation renforcée en droit des contrats d'auteur

423. Identifier les droits cédés ne suffit pas à satisfaire les exigences du droit des contrats d'auteur. La détermination de la chose objet du contrat (***1***) et de sa contrepartie (***2***) fait l'objet de dispositions spécifiques au droit d'auteur.

*1.La nécessaire détermination des droits cédés et de leur domaine d'exploitation*

424. **Présentation de l'article L. 131-3 alinéa 1**. L'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose, dans son alinéa premier, que *« la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »*. Il s'agit ici d'une condition de validité du contrat d'auteur, introduite par la loi du 11 mars 1957[566], dont le non-respect est sanctionné par la nullité relative du contrat pour défaut d'objet[567]. Bien que le formalisme des contrats d'auteur soit requis à titre de preuve uniquement pour certains contrats, le respect des mentions de cet article conduit en pratique à utiliser la forme écrite, telle en est la première conséquence. Une deuxième conséquence nait de la logique qui en découle, celle de droit retenu, déjà matérialisée par l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que *« la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction»* et que, inversement, *«la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation*. Ainsi, l'auteur est supposé s'être réservé tout droit ou mode d'exploitation non expressément inclus dans un contrat de cession[568]. Tout dépassement de ce cadre par l'exploitant constituerait alors un acte de contrefaçon[569]. Les implications de cet article étant lourdes, son domaine doit être étudié afin de savoir si ces exigences s'imposent dès la conclusion d'un avant-contrat.

---

[566]Au regard des articles 1er du décret des 19 et 24 juillet 1793 ainsi que de l'article 1314 du Code civil, « *la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la propriété d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux d'auteur* » Cass. 1re civ., 25 mai 2005, « *Sté Albin Michel c/ A.C de Jouvenel des Ursins et autres » : Légipresse*, n°226, nov. 2005, III, p. 223, note A. MAFFRE-BAUGE ; *D.* 2006, p. 661, note B. EDELMAN.

[567] Voir sur ce point : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n°661, p. 458.

[568] CA Versailles, 13 avr. 1992 : *D.* 1993, p. 402, note B. EDELMAN.

[569] CA Paris, 5 mai 2000, « *Sté Galerie de France* » : *RIDA*, avr. 2001, p.352, obs. A. KEREVER.

425. **Domaine matériel de l'article L. 131-3 alinéa 1er.** Il est classique de dire que le domaine de cet article s'étend à tous les contrats d'auteur. Mesure centrale de la protection des créateurs, cette disposition n'appelle en soi aucune distinction. Les termes sont généraux, et au regard de la lettre du texte, aucun indice n'invite à en circonscrire la portée[570]. Sa place au sein du CPI, dans le chapitre consacré aux dispositions générales relatives à l'exploitation des droits, conduit également à une telle analyse. Un arrêt devenu célèbre, l'arrêt *« Chaussade »*[571], est cependant venu troubler la délimitation claire du domaine de cet article. Un créateur de mode reprochait à la société l'ayant licencié d'exploiter sans son autorisation les modèles de la collection qu'il avait créés. Les juges du fond répondirent positivement à son action en contrefaçon, considérant qu'il n'y avait pas eu de cession en bonne et due forme, conformément aux prescriptions de l'article L.131-3 du Code de propriété intellectuelle. Interjetant appel, la société invoquait une cession implicite des droits d'auteur, pouvant se déduire du comportement du créateur, ce que l'article L. 131-3 rend techniquement impossible. La Cour d'appel créa alors la surprise en invalidant la décision des juges du fond, considérant qu'ils avaient, à tort, fait application de l'article L. 131-3 du même code qui ne vise que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2 alinéa 1, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ainsi que les autorisations gratuites d'exécution. En dehors de ces contrats, la cession de droit d'auteurs ne serait donc soumise à aucune forme. Les commentateurs de cet arrêt surprenant pensaient alors que la Cour de cassation censurerait cette décision, tant elle prenait de libertés avec la lettre du texte. Elle n'en fit rien et rejeta le pourvoi formé par le créateur, réitérant la formule générale posée par la Cour d'appel[572]. L'exigence d'une détermination extensive de l'objet du contrat à travers les mentions obligatoires de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle serait donc limitée aux contrats pour lesquels un écrit est exigé à titre de preuve, ouvrant par là même la porte à la validité des cessions implicites de droits, quelquefois admises par les juges. Le comportement abusif du salarié ainsi que l'économie de l'opération contractuelle telle que conçue par les parties justifiaient dans les faits qu'il ne puisse pas se prévaloir de l'absence d'écrit et des mentions en question afin de faire condamner la société qui avait beaucoup investi pour lancer son projet. Pour autant, la solution, rendue dans des termes

---

[570] Certains auteurs, tentant de trouver les justifications de l'arrêt *« Chaussade »*, ont avancé le fait que l'article vise l'acte de cession, renvoyant peut être aux contrats nécessitant un acte écrit. Or, l'acte visé l'est au sens du *negocium*, pas de l'*instrumentum*.

[571] Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, « *Emmanuel Chaussade c/ Sté EOS SA* » : *CCE*, janv. 2007, p. 28, note C. CARON ; *D.* 2007, p. 316, note P. ALLAEYS.

généraux, avait des airs d'arrêt de principe. Elle demeura, cependant, une décision d'espèce, qui ne fut pas publiée au bulletin et ne connut pas, à notre connaissance, de postérité jurisprudentielle. Souvent présentée comme la clé de voûte du droit des contrats d'auteur[573], l'exigence de ces mentions demeure donc, pour l'heure, commune à tous les contrats par lesquels l'auteur donne son consentement à la cession de ses droits. En effet, l'objet commun de tous les contrats d'auteur est le consentement de l'auteur à l'exploitation de ses droits.

426. **Applicabilité de l'article L. 131-3 al 1 aux promesses de contrat.** Une telle approche conduit à étendre le domaine de cet article aux avant-contrats ayant justement pour objet de fournir par avance le consentement de l'auteur dans le cadre d'une promesse. Le décalage temporel existant entre le temps de la promesse et le temps du contrat définitif n'en justifie pas selon nous le détournement. Le syllogisme est simple, c'est le consentement de l'auteur au contrat de cession des droits d'auteur qui est encadré. Or, par de tels avant-contrats, l'auteur donne déjà son consentement au contrat d'auteur. Le consentement à l'avant-contrat doit donc être tout aussi encadré que le consentement au contrat définitif. Si l'objectif de protection justifie une telle détermination de l'objet de la cession au moment de la conclusion du contrat d'auteur, *a fortiori*, celle-ci devrait être d'autant plus importante à un moment où l'auteur n'est parfois pas réellement conscient de la portée de ses actes, et à un moment où l'œuvre n'est souvent pas encore achevée.

427. Plusieurs auteurs se sont d'ailleurs prononcés en faveur de cette exigence. Nous pouvons à ce titre citer Monsieur Raimond, selon qui *« il n'est pas inutile de rappeler que les exigences de l'article L. 131-3 et suivant du CPI doivent être respectées dès la conclusion du contrat d'option, l'auteur exprimant d'ores et déjà son consentement à la cession. La situation en la matière n'apparaît pas très différente de celle qui se constate en matière de promesse unilatérale de vente de fonds de commerce, qui doit d'ores et déjà comporter les mentions exigées à peine de nullité lors de la cession du fond »*[574]. Le parallèle ainsi fait entre la cession de fonds de commerce et la cession de droits d'auteur est intéressant. Les mentions exigées par l'article L. 141-1 du Code de commerce sont des mentions informatives, et c'est à ce titre qu'elles sont exigées dès la conclusion de la promesse de cession, *« comme pour toute promesse d'un contrat pour lequel sont exigées des mentions*

---

[572] Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, préc.

[573] Cette expression est notamment utilisée par C. CARON : *CCE*, janv. 2007, note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, p. 29.

[574] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, thèse préc., n°593, p. 400.

*protectrices du consommateur »*[575]. Nous avons eu l'occasion de constater que les mentions requises par l'article L. 131-3 du CPI avaient, elles-aussi, un rôle informatif[576]. C'est ici la promesse qui devra remplir ce rôle dévolu classiquement au contrat. Monsieur Gautier va également dans ce sens, bien que soulignant le caractère incertain de cette exigence : *« Les parties peuvent parfaitement faire précéder le contrat définitif de la signature d'un pacte de préférence, mais aussi d'une promesse unilatérale de vente, préparant la convention à venir ; simplement, à titre de précaution, elles feront bien de respecter le formalisme des arts. L.131-3 et s. sans doute en annexant le projet de contrat définitif au moins dans ses grandes lignes »*[577]. Les exigences du droit commun sont donc, selon nous, renforcées pour les contrats de promesse.

428. **Conséquences de l'article L. 131-3 sur les promesses de contrat.** L'applicabilité de cet article aux promesses de contrat entraine des conséquences diverses. Dès leur conclusion, pour être valables en droit d'auteur, elles devront « ciseler l'objet » du futur contrat d'auteur, en précisant distinctement les différents droits cédés, ce qui correspond aux exigences de l'article 1129 du Code civil, puisqu'il s'agit d'identifier l'objet de la prestation caractéristique du contrat, mais aussi, et c'est ici que la singularité du domaine du droit d'auteur apparaît, l'étendue et la destination du domaine de l'exploitation des droits cédés, ainsi que son lieu et sa durée. Nous l'avons vu, l'application aux avant-contrats en droit d'auteur du formalisme probatoire propre aux contrats d'auteur est souhaitable, mais incertaine. Lorsqu'ils ont pour objet la production, par avance, du consentement au contrat futur, les exigences de l'article L. 131-3 devraient en pratique obliger les parties concernées à avoir recours à l'écrit, faute de quoi la preuve du respect de ces mentions imposées sera impossible à rapporter.

429. La deuxième conséquence est qu'on ne peut promettre de céder ses droits implicitement, pas plus que l'on ne peut les céder de manière trop informelle. Ainsi, par exemple, le simple fait de conclure un contrat de commande ne devrait pas constituer pour le commanditaire une preuve suffisante de la volonté de l'auteur d'autoriser l'exploitation de l'œuvre à sa réception[578]. Une option attachée à ce contrat de commande devrait donc respecter les exigences de l'article L. 131-3. La

---

[575] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op. cit.*, n°575, p. 361.

[576] *Voir supra*, n°192 et s.

[577] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°455, p. 495.

[578] Il convient cependant de se montrer prudent et de faire preuve de nuances, la jurisprudence a parfois constaté une cession implicite des droits dans de telles conditions. Par ex. Cass. 1re civ., 27 oct. 1993 : *RIDA*, janv. 1994, p. 318.

pratique a cependant parfois besoin d'une dose de souplesse permettant une anticipation mesurée du contrat d'auteur[579]. La jurisprudence a admis, ponctuellement, l'assouplissement de ces règles en contemplation d'un droit d'auteur « plus économique ».

*2.La nécessaire détermination de la contrepartie de la cession*

430. **La détermination du prix de la cession.** Nous avons dit que le droit des contrats spéciaux, à travers l'article 1591 du Code civil pour la vente[580] exigeait que le prix soit déterminé ou au moins déterminable au moment de la formation du contrat, et par extension dans le contrat de promesse. Nous avons vu également qu'en l'absence d'article spécifique à la détermination du prix du bail, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, précisé que celui-ci devait également être déterminé, ou déterminable, dès la promesse de bail[581]. Le droit d'auteur contient lui aussi une telle exigence concernant la mention du prix dans ses contrats, indépendamment de sa catégorie de rattachement à d'autres contrats spéciaux. L'article L. 131-4 dispose 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 »*[582]. Le contrat d'auteur doit ainsi mentionner le prix de la cession qui doit, *a minima*, être déterminable, *« faute de quoi le contrat serait nul, compte tenu de l'extrême impérativité de l'art. L.131-4, par rapport au droit commun »*[583].

431. **La détermination du prix dès la promesse de cession.** Toutes les promesses par lesquelles l'auteur donne son consentement au contrat définitif devraient comporter une telle mention quitte à en demander une renégociation sur le terrain de la bonne foi en cas d'évolution des circonstances au moment de la conclusion du contrat définitif, la sanction du prix dérisoire[584] ou encore la lésion en

---

[579] Ce que démontre B. KHAVALDJIAN dans sa thèse consacrée au contrat d'auteur, outil d'anticipation. B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc. Le formalisme du droit des contrats d'auteur est parfois considéré comme trop pointilleux : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°695, p. 484. ; A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur, contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, thèse préc.

[580] Article 1591 du Code civil : « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* »

[581] Cass. 3ème civ., 17 juin 1973 : *Bull civ.* III, n°446 ; Dans le même sens : Cass. 3ème civ., 10 déc. 1975 : *Bull. civ.* III, n°369.

[582] La sanction du non respect de cette disposition est en principe la nullité de l'acte. Il s'agit cependant d'une nullité relative, bien que cette disposition soit d'ordre public, celle-ci étant édictée dans le seul intérêt de l'auteur.

[583] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°482, p. 520.

[584] Voir sur ce point : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°492, p. 531.

cas de prix excessivement bas[585] dans l'hypothèse exceptionnelle d'un forfait. L'on peut cependant douter que la seule mention du taux de proportion revenant à l'auteur et son assiette ne suffise à rendre le prix de la cession déterminable, dans la mesure où ce prix sera fonction du prix d'accès à l'œuvre du public[586]. Devrait-on alors fixer dès l'avant-contrat ce prix d'accès ? Une telle anticipation ne semble en pratique guère opportune et bien délicate, à un moment où l'œuvre n'est parfois pas seulement créée. Nous approuvons sur ce point Monsieur Gautier, qui admet que celui-ci pourra être fixé unilatéralement par l'exploitant, mais sous réserve d'abus, conformément au droit commun[587]. Le droit des contrats d'auteur s'avère donc relativement souple sur l'exigence de la détermination du prix dans le contrat, et ce dès l'avant-contrat.

432. **Les autres obligations de l'exploitant.** Le prix n'est pas la seule contrepartie de la cession des droits d'auteur. Bien souvent, l'exploitant a une obligation d'exploiter l'œuvre, de l'informer de l'état des recettes, d'en rendre compte, d'en assurer la promotion, de rechercher des débouchés, *etc.* Lorsque l'auteur s'engage d'ores et déjà par l'avant-contrat, celui-ci devrait également détailler les obligations de l'exploitant. Aucun texte ne l'impose, pour autant la mission informative que remplit l'*instrumentum* du contrat pourrait selon nous justifier un tel détail.

433. **Domaine organique des articles L. 131-3 et L. 131-4.** L'encadrement de l'objet du contrat d'auteur a pour objectif la protection de l'auteur et l'assurance de la mesure de son engagement. Ce dessin parfaitement orienté justifie, pour de nombreux auteurs, que leurs domaines respectifs soient cantonnés aux contrats auxquels l'auteur est partie, se limitant à l'encadrement de l'acte liminaire de la chaîne des droits. La jurisprudence s'est fixée en ce sens, excluant les contrats conclus par les cessionnaires avec les sous exploitants tant du domaine de l'article L. 131-3[588] que de celui de

---

[585] *Voir supra*, n°244 et s.

[586] Dans ce sens, N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, thèse préc., n°455, p. 402. ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, thèse préc., n°616, p. 413.

[587] Selon lui, l'orientation prise par le droit commun à travers les arrêts du 1er décembre 1995 est *« parfaitement transposable au droit d'auteur et constitue une occasion pour les créateurs de contrôler les nombreux cas où leurs partenaires déterminent unilatéralement le prix de l'accès de l'œuvre au public* » P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°501, p. 541.

[588] Dans le célèbre arrêt Perrier du 13 octobre 1993, la première chambre civile de la Cour de Cassation a posé le principe selon lequel : *« Les dispositions de l'article L. 131-3 CPI 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 »* Cass. 1re civ., 13 oct.1993 : *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°14, comm. A. MAFFRE-BAUGE ; *RIDA*, 1994, n°160, p. 210 ; *RTD com.* 1994, p. 272, obs. A. FRANÇON. ; *D.* 1994. somm. 280, obs. T. HASSLER.

l'article L. 131-4[589]. L'avant-contrat ayant pour objet l'obligation que se donne le cessionnaire de céder les droits de l'auteur dont il dispose à un sous-exploitant sera donc, de ce point de vue, soumis entièrement au droit commun des contrats, malgré le fait que celui-ci puisse avoir des conséquences touchant directement les intérêts de l'auteur. Il faut cependant avoir à l'esprit que ce formalisme est lourd et les clauses en découlant le sont tout autant. Il n'est donc pas inopportun d'admettre plus de souplesse lorsque l'auteur n'est plus partie directe au contrat.

434. **Conclusion.** Nous pouvons, pour conclure, affirmer qu'une promesse de cession de droit d'auteurs, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, doit contenir les mentions requises par l'article L. 131-3 du CPI, ainsi que le taux de proportion et l'assiette de la rémunération de la cession envisagée, conformément à l'article L. 131-4 du CPI. Ces exigences concernent les cas où l'auteur est partie au contrat, une promesse de cession des droits faite par le cessionnaire des droits d'auteur est au contraire soumise au droit commun, du point de vue de la forme et du contenu imposé pour sa validité. Lorsque c'est l'auteur qui s'engage, le non-respect de ces mentions ne devrait pas pour autant entrainer automatiquement la nullité relative de la promesse, mais parfois une requalification de l'acte puisque, en droit d'auteur comme dans tous les domaines, le juge n'est pas tenu par la qualification des parties. Ainsi, un tel accord, parce que son objet est indéterminé, se verra dans certains cas attribuer la qualification d'accord de principe, accord par lequel les parties s'accordent sur le principe de la cession, sans y consentir définitivement car tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat n'ont pas encore été établis[590]. Il n'est pas pour autant dépourvu d'intérêts, le constat d'un tel accord, s'il n'est pas de nature à faire obstacle à une action en contrefaçon[591], diminuera parfois la sanction prononcée, notamment lorsque l'auteur aura de mauvaise foi contribué à l'échec des discutions permettant de compléter cet accord afin de conclure le contrat définitif.

---

[589] La Cour d'Appel de Paris a confirmé cette exclusion : « *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* », CA Paris, 16 janv. 2004 : *Propr. Intell*. 2005, n°14, p. 64, obs. A. LUCAS ; *CCE* 2004, comm. 38, p. 23, note C. CARON ; *Légipresse*, 2004, n°217, III, p. 219, note RENAULD. Arrêt cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., n°673, p. 469.

[590] CA Versailles, 8 avr. 2010 : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2010, p. 39, note J.-M. GUILLOUX : « *L'acceptation par l'auteur du principe de la cession de ses droit d'édition ne suffit pas à la transmission des droits de l'auteur qui est subordonnée à une convention de cession délimitant le domaine d'exploitation des droits cédés, quant à son étendue et sa destination, quant au lieu et à la durée* ».

[591] Pour que l'accord vaille autorisation, il faudrait qu'il soit suffisamment certain dans son intention et précis dans son contenu, Cass. 1re civ., 27 nov. 2001 : *CCE*, mars 2002, p. 27. - TGI Paris, 25 févr. 1998 : *RIDA*, juill. 1998, p. 183, obs. A. KEREVER. Voir également CA Paris, 10 févr. 2010 : *Propr. Intell*, avr. 2010, n°35, p. 717, obs. A. LUCAS ; CA Paris, 3 avr. 2002 : *RIDA*, oct. 2002, p. 229, obs. A. KEREVER.

Contrairement au contrat de négociation qui est voulu et pensé par les parties, cet accord de principe est découvert *a posteriori* par le juge. Le consentement au contrat définitif n'ayant pu être valablement donné par l'auteur, les pourparlers ont atteint un point qui place les parties dans une situation qui n'est plus tout à fait celle d'étrangers, mais pas encore celle de cocontractants. L'accord de principe pourra également être invoqué par l'auteur contre l'exploitant. Il devrait permettre à l'auteur d'engager sa responsabilité lorsque celui-ci ne sera pas suivi d'effets. Cependant, une fois de plus, la preuve d'un tel accord de principe, en pratique exprimé de manière informelle, sera particulièrement difficile à apporter.

435. Reste à apprécier les incidences de l'exigence d'une détermination stricte de l'objet du contrat d'auteur à l'aune des contrats préparatoires qui ne sont pas porteurs du consentement de l'auteur au contrat définitif.

### II. LA DETERMINATION DE L'OBJET DU CONTRAT PREPARE EN CAS DE CESSION PRESSENTIE

436. Il convient cette fois-ci de s'arrêter quelques instants sur l'objet direct de l'avant-contrat qu'est le pacte de préférence (***A***), avant de nous attarder plus longuement sur l'objet du contrat préparé par ce pacte (***B***).

#### A. L'objet direct du pacte de préférence en droit des contrats d'auteur

437. **Particularité du pacte de préférence.** Le pacte de préférence, figure contractuelle classique de l'avant-contrat, se distingue des promesses unilatérales et synallagmatiques, par le fait que celui-ci ne porte pas en lui-même le consentement de son débiteur au contrat futur, mais seulement son consentement préalable sur le choix de son futur cocontractant. Il peut ainsi se définir comme *« l'avant-contrat qui engendre pour l'une des parties l'obligation de conclure avec l'autre, de préférence à un tiers, un contrat ultérieur dont ni le principe, ni le contenu n'ont été arrêtés »*[592]. Madame Schmidt quant à elle le définit comme : *« Une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à ne pas conclure avec un tiers, un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion »*[593]. L'objet direct de ce contrat est donc constitué de cette obligation de préférer, que l'on peut envisager comme une obligation de faire, proposer le contrat en priorité au bénéficiaire du pacte, ou comme une obligation de ne pas faire, ne pas conclure le contrat avec un

---

[592] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n° 486, p. 290. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit., n°28, p. 25.*

[593] J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n°386, p. 208.

tiers sans l'avoir au préalable proposé au bénéficiaire du pacte. Envisagé en droit d'auteur, l'objet direct d'un pacte de préférence serait donc l'obligation que se donnerait l'auteur de préférer un exploitant pour l'exploitation future de son œuvre, et de ne pas céder ses droits d'auteur à un autre exploitant sans en avoir donné la priorité à l'exploitant bénéficiaire.

438. **Le cas particulier du pacte de l'article L. 132-4.** Parmi les différents pactes de préférence envisageables dans le domaine du droit des contrats d'auteur, il convient de mettre à part le pacte de préférence portant sur des œuvres futures dans le contrat d'édition nommé par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle. Madame Gaumont Prat, dans la thèse qu'elle lui a consacrée, l'a défini comme étant *« un accord entre l'auteur et l'éditeur par lequel l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures »*[594]. La détermination de l'objet de l'obligation de ce pacte particulier n'appelle à cet égard pas de remarques spécifiques. L'auteur s'engage à céder ses droits en priorité à l'éditeur *« au cas où il créerait quelque chose de nouveau »*[595]. L'objet de l'obligation de ce pacte de préférence ne semble pas à ce niveau étranger à l'objet du pacte de préférence envisagé en droit commun. L'exigence de détermination de l'objet direct de l'obligation est de ce point de vue la même. Une condition s'y ajoute pourtant. Contrairement au pacte de préférence de droit commun, la durée de cette préférence doit parfois être précisée.

439. Seul avant-contrat prévu par le Code de la propriété intellectuelle, le pacte de préférence dans le contrat d'édition est en effet strictement règlementé par l'article L. 132-4, qui dispose que : *« Est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés »*. Les conditions de validité de cet avant-contrat semblent à première vue bien éloignées de celles du pacte de préférence de droit commun, contrat innommé. Leur rapprochement sera toutefois utile, le droit commun permettant de combler les lacunes de la loi spéciale et s'appliquant en cas de silence de celle-ci, selon le principe *specialia generalibus derogant*. Nous verrons que, malgré leurs différences, le mécanisme mobilisé par ces deux pactes est le même[596]. Si le législateur autorise un tel avant-contrat, celui-ci est strictement encadré. Cet encadrement concerne, de manière alternative, soit l'objet de l'obligation, la durée du droit de préférence, soit l'objet sur lequel porte cette obligation, la délimitation des œuvres

---

[594] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Thèse, Paris II, 1993, p.9.

[595] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°727, p. 508.

futures concernées par la préférence. En effet, l'alinéa 2 de ce même article pose cette limitation alternative[597] : *« Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour »*. Pour être valable, le pacte de préférence dans le contrat d'édition doit donc voir son objet direct limité à cinq ans à compter du premier contrat d'édition, ou la chose objet de la prestation limitée à cinq œuvres. La détermination de l'objet direct du pacte de préférence suppose donc dans certains cas d'en prévoir la durée.

440. **Le pacte ne correspondant pas à l'article L. 132-4**. En dehors de cet avant-contrat nommé, le pacte de préférence portant sur des œuvres déjà créées, ne correspondant donc pas aux prescriptions de l'article L. 132-4 du CPI, doit, du point de vue de sa durée, être soumis au droit commun, dans la mesure où il n'est pas règlementé spécifiquement par la loi spéciale. La préférence pourrait alors se passer d'une détermination temporelle de la préférence. Il faudra cependant admettre que le débiteur du pacte de préférence puisse unilatéralement s'en défaire au bout d'un certain temps, conformément au principe de prohibition des engagements perpétuels.

441. L'étude de la détermination de l'objet direct du pacte de préférence en droit d'auteur ne présente donc pas de grandes particularités, celui-ci étant classiquement soumis à l'article 1129 du Code civil, sauf en ce qui concerne sa durée, conformément à la limitation alternative posée par le texte lorsque l'on envisage plus particulièrement le pacte de préférence portant sur des œuvres futures dans le contrat d'édition. Il en est autrement de l'étude de l'objet de cette préférence, l'objet de la prestation.

### B. L'objet de la prestation, objet de la préférence

442. C'est par le biais de l'objet de la prestation caractéristique du pacte de préférence dans le contrat d'édition que peut être constatée sa singularité vis-à-vis du pacte de préférence de droit commun. Cette singularité tient principalement à la détermination des œuvres objet de la préférence

---

[596] *Voir infra*, n°454 et s.

[597] L'interprétation de ces deux conditions a pu prêter à confusion. L'on s'est en effet demandé si ces deux conditions étaient alternatives ou cumulatives. L'on admet aujourd'hui leur caractère alternatif, la jurisprudence ayant répondu de manière très claire à cette question, notamment dans un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 27 mars 1998 : *« Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq ans à compter du même jour, ces conditions légales n'étant pas cumulative"*. CA Paris, 27 mars 1998 : *RIDA*, 1998, p. 259.

(***1***). La détermination des conditions de l'exploitation future de l'œuvre pose quant à elle difficulté (***2***).

*1. La détermination des œuvres objet de la préférence*

443. La chose objet de la préférence doit être déterminée, quel que soit le domaine dans lequel s'inscrit cet avant-contrat. Cette condition est bien logique, pour que le promettant sache à quoi il s'engage, il doit savoir sur quel bien porte son engagement. De même, pour que le bénéficiaire puisse apprécier la mesure de l'intérêt qu'il retire de ce contrat, il doit savoir sur quoi porte l'engagement de son cocontractant. Un droit de préférence préparant la vente d'un immeuble devrait donc identifier cet immeuble, un droit de préférence préparant un contrat de bail devrait en faire de même. Le pacte de préférence nommé par le droit des contrats d'auteur doit lui aussi comporter la description de l'objet matériel sur lequel il porte. Le CPI se montre toutefois particulièrement exigeant en imposant de désigner expressément les œuvres futures qui seront couvertes par ce droit, à peine de nullité. Elles doivent ainsi être *« de genre nettement déterminé »*. Les œuvres futures couvertes par le pacte de préférence seront donc uniquement celle dont le genre a été prévu dans le pacte de préférence. Peu claire quant à la réalité que recouvre un « genre », cette disposition a entraîné un certain nombre d'incertitudes et de contentieux[598]. Nous ne faisons qu'évoquer ici cette condition, propre à cet avant-contrat très particulier, que nous développerons lorsque nous l'étudierons. Il n'y a pas ici de grande confrontation entre les règles de la théorie générale des contrats et ce contrat nommé, celui-ci se montre un peu plus exigeant dans la détermination de la chose objet de la prestation. Il s'agit juste ici de fixer *« l'étendue de la convention de préférence »*[599]. En dehors de ce contrat nommé, un contrat de préférence portant sur une ou plusieurs œuvres déjà créées devra, conformément au droit commun, déterminer quelles sont les œuvres couvertes par ce droit de préférence, les identifier. Ce peut être l'ensemble du répertoire d'un auteur d'œuvres déjà créées dont les droits sont encore disponibles, une seule œuvre ou encore une partie de son catalogue comme c'est souvent le cas en matière d'édition musicale. La confrontation entre ces différents corps de règles est plus problématique en ce qui concerne la détermination des conditions d'exploitation des contrats futurs préparés par le pacte de préférence.

---

[598] Les principaux problèmes concernant le pacte de préférence dont on peut trouver des traces devant nos tribunaux concernent la définition du « genre », qui doit être nettement déterminé.

*2. L'exigence contestable de détermination des conditions d'exploitation de l'œuvre*

444. Si l'étendue des droits cédés, le domaine d'exploitation de l'œuvre et les conditions financières du contrat, ont pu être considérées comme une condition de validité du pacte de préférence (***a***), celle-ci n'en est selon nous pas une (***b***).

a. Une exigence suggérée

445. **Une exigence inexistante en droit commun.** La question du degré de précision que doit prévoir le pacte vis-à-vis de l'objet du contrat préparé est délicate. L'indétermination des conditions du contrat préparé par un pacte de préférence résulte en droit commun de la définition même de ce pacte. Celui-ci peut être défini comme *« l'avant-contrat qui engendre pour l'une des parties l'obligation de conclure avec l'autre, de préférence à un tiers, un contrat ultérieur dont ni le principe, ni le contenu n'ont été arrêtés »*[600]. La pratique classique en droit commun de la clause d'offre concurrente invite au contraire à ne pas déterminer par avance trop strictement les conditions du contrat futur, qui seront définies en fonction des offres qui se présentent au débiteur de ce pacte. L'article 1129 du Code civil, prévoyant qu' *« il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce »*, n'y serait ainsi pas applicable[601] du moins en ce qui concerne la détermination de l'objet du contrat préparé. Ainsi, *« à la différence des accords partiels, qui portent d'ores et déjà sur certaines clauses du contrat définitif, les accords de préférence, comme les accords de principe, ne fixent généralement pas le contenu du contrat dont ils envisagent la conclusion »*[602].

446. L'on peut s'interroger sur la possibilité pour l'auteur de s'engager à préférer un exploitant, sans que les conditions de l'exploitation future envisagée ne soient arrêtées. Le mécanisme de la

---

[599] D. LORENTZ, note sous CA Paris, 8 juill. 1972 : *JCP G*, 1973, 17466.

[600] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n° 486, p. 290. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, n°28, p. 25.

[601] *« Selon le droit commun, l'article 1129 ne s'applique pas en principe aux accords de préférence »*. Affirmant cette exclusion, J.-P. DESIDERI donne l'exemple de la préférence portant sur un bail, laquelle, contrairement à la promesse de bail, n'a pas à comporter les éléments essentiels du bail, et notamment le prix. Cette solution se dégage très clairement de l'arrêt suivant : Cass. com., 29 mai 1968 : *AJPI*, 1968, n°10, p. 562, obs. J. VIATTE, cité par J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n°120, p. 90.

[602] J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, thèse préc., n°91, p. 76. Sur ce point également, J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n°514, p. 304, selon qui : *« En définitive, les éléments du contrat définitif projeté peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, être prévus dans le pacte de préférence. Il suffit qu'ils soient déterminables au moment de l'exécution du pacte, c'est-à-dire lorsque l'offre de contrat définitif sera adressée au bénéficiaire »*.

préférence contractuelle en droit d'auteur pousse-t-il plus loin que le droit commun l'exigence de détermination sur ce point ? Le « prix » de la cession future par exemple devrait-il être déterminé au moment de la conclusion du contrat de préférence ? Le pacte de préférence portant sur des œuvres déjà créées ne devrait pas présenter à ce titre de particularité. On peut se demander s'il en est de même du contrat nommé par l'article L. 132-4.

447. **L'absence de règle de droit d'auteur imposant cette détermination.** Aucune règle du droit des contrats d'auteur ne semble l'imposer. L'article L.132-4, pourtant pointilleux sur la détermination du genre des œuvres objet du contrat, ne fait aucune référence au prix, aux conditions d'exploitation de l'œuvre ou à l'étendue des droits cédés. L'article L. 131-3 du CPI, imposant que chaque droit cédé fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession, est quant à lui étranger à cet avant-contrat, ce qu'a rappelé clairement le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris le 12 janvier 1988 : *« Attendu qu'une telle convention (le pacte de préférence) diffère d'un contrat de cession soumis aux dispositions impératives de l'article 31 de la loi du 11 mars 1957 »*[603]. Malgré la réticence de certains auteurs à admettre cette solution[604], nous penchons en faveur de cette exclusion[605]. En effet, l'auteur, par un tel pacte, ne s'engage pas à conclure le contrat futur. Il devra donc donner son consentement à tous les contrats de cessions qui seront conclus en application de ce pacte. Cette considération devrait selon nous appeler une certaine souplesse, et permettre une négociation de l'ensemble des contrats de cessions ultérieurs, ce qui supposerait de ne pas définir trop à l'avance la nature des droits cédés, les formes d'exploitation, l'étendue territoriale de la cession envisagée. Il devrait en être de même de la détermination du prix de la cession, visé par l'article L. 131-4, qui est tout aussi étranger au pacte de préférence, le domaine de cet article étant cantonné à l'acte de cession. Rien ne semble donc, au regard des règles spéciales du droit d'auteur et au regard de celles, générales, du droit commun des contrats, imposer une telle prévision.

---

[603] TGI Paris, 12 janv. 1988 : *RIDA*, juill. 1988, p. 116, note P.-Y. GAUTIER.

[604] Selon P.-Y. GAUTIER, « *on trouvera normalement (dans le pacte) les conditions des contrats d'application à conclure. Ce sont essentiellement les précisions requises par l'art. L. 131-3, ainsi que par l'art. L. 131-4* ». L'emploie du terme « normalement » montre cependant qu'il ne tient pas cette détermination pour une condition de validité certaine des pactes de préférence. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°511, p. 553.

[605] Déjà dans ce sens, J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, thèse préc., n°120, p. 90. Selon cet auteur, « *il est clair qu'il (le jugement) ne pouvait en principe invalider le pacte sur le fondement de l'article L. 131-3* », dans la mesure où « *selon la lettre de la loi, le dispositif applicable aux contrats d'édition ne vise pas les clauses de préférence* », et ce malgré « *la portée extensive de la protection de l'auteur* » donnée par le juge.

448. **Le jugement imposant cette détermination.** Un jugement est cependant venu semer le trouble sur cette question. Dans les faits, un compositeur avait accordé à un éditeur une préférence durant les cinq années à venir sur toutes les chansons qu'il pourrait écrire pour la chanteuse Jeanne Mas. Les termes de leur accord précisaient que « *chaque ouvrage de l'auteur, retenu par l'éditeur, sera cédé à ce dernier pour toutes les formes d'exploitation prévues par le contrat-type de cession, dont un modèle est joint au présent accord, et sera régi par l'ensemble des clauses, charges et conditions mentionnées audit contrat* ».Le contrat-type en question n'ayant pas été annexé au contrat de préférence, le compositeur invoquait en justice la nullité du pacte pour indétermination de son objet, sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, dans la mesure où *« ni la nature des droits d'auteur qu'il promettait de céder, ni les formes d'exploitation pour lesquelles le droits devaient être cédés, ni l'étendue de cette promesse de cession quant aux territoires d'exploitation n'étaient déterminés* ». Lors d'un jugement du 12 janvier 1988, le Tribunal de grande instance de Paris accédait à sa demande : *« Attendu qu'à défaut d'accord des parties sur la nature et l'étendue des droits dont la cession était promise, il convient de constater, en application de l'article 1129 du Code civil, la nullité du pacte de préférence* ».

449. La solution se justifie par le fait que « *faute d'indications sur la nature des droits que l'auteur promettait de céder, leur forme d'exploitation et leur prix, l'auteur pouvait se voir contraint, sans l'avoir initialement voulu, de céder la totalité de ses droits d'édition moyennant une rémunération dérisoire, alors que l'éditeur restait libre de refuser un manuscrit pour la cession duquel l'auteur aurait prétendu percevoir une rémunération excessive* ».

b. Une exigence rejetée

450. **Une solution à relativiser.** C'est ainsi sur le fondement d'un article du droit commun des obligations, pourtant inapplicable aux pactes de préférence de droit commun en ce qui concerne l'objet du contrat préparé, que le pacte de préférence en droit d'auteur devrait indiquer les conditions du futur contrat de cession des droits. Il faut cependant se montrer prudents quant à la portée d'une telle solution, et ce pour plusieurs raisons.

451. **Une réserve tenant de la casuistique.** La première tient à l'espèce, les parties avaient convenu de la présence de ce contrat-type dans leur accord de préférence. Cette détermination était donc entrée dans le champ contractuel, montrant leur volonté de déterminer à l'avance ces conditions. La solution aurait-elle été la même en l'absence d'une telle référence dans le pacte ? Rien

n'est moins sûr[606]. L'articulation entre les différents attendus semble même cantonner cette solution au cas d'espèce.

452. En effet, la cour précise qu'une « *telle convention diffère d'un contrat de cession soumis aux dispositions impératives de l'article 31 de la loi du 11 mars 1957* », ce qui justifierait d'admettre que les conditions de la cession n'ont pas à être précisées dans le pacte, « *mais attendu qu'en l'occurrence, il résulte des dispositions de l'article 4 que dans la commune intention des parties, l'édition qui ferait suite à l'acceptation émise par l'éditeur, dans le cadre du pacte de préférence devait avoir lieu aux conditions incluses dans le contrat type* ». L'articulation entre ces deux attendus, *« mais attendu qu'en l'occurrence »*[607] justifie selon nous l'explication selon laquelle ce sont les parties qui ont fait ici de cette détermination expresse une condition de validité de leur accord[608].

453. **Une réserve tenant à la qualification du contrat**. La deuxième réserve à apporter à la solution ici dégagée tient à la définition donnée du pacte de préférence, envisagé par la cour comme *« une promesse faite par l'auteur de céder tout ou partie de ses droits sur un certain nombre d'œuvres, d'un genre défini, pendant une certaine durée, à un éditeur à qui il appartient d'en exiger l'exécution ou non »*. La formule employée est trompeuse. Le terme de promesse supposerait que l'auteur s'engage, au moment de la conclusion du pacte de préférence, à céder ses droits. Or, que l'on envisage l'obligation de l'auteur de manière positive, préférer, ou négative, ne pas contracter avec un tiers avant d'avoir proposé le contrat au bénéficiaire du pacte, il n'a pas donné par avance son consentement à la cession des droits d'auteur.

454. **Distinction avec la promesse de cession des droits**. Contrairement à une promesse de cession, l'auteur ne s'engage donc pas ici à conclure les contrats d'éditions. Il ne s'engage qu'à en accorder une préférence, au cas où il déciderait de conclure le contrat d'exploitation de son œuvre. Il ne donne donc pas d'ores et déjà son consentement au contrat, ce qui permet de le distinguer

---

[606] De nombreux auteurs mettent en avant cette incertitude. Pour J.-P. DESIDERI par exemple, ce jugement «laisse entière l'incertitude sur la solution qui aurait été retenue en l'absence de la clause exigeant que soient précisées l'ensemble des conditions des contrats d'édition à conclure ». J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, thèse préc., n°120, p. 90.

[607] Les termes *« en l'occurrence »* portent en effet le sceau de la casuistique. Le sens donné à cette expression est : *« Dans cette circonstance, en ce cas »*, selon la définition du Petit Larousse.

[608] Il semble cependant curieux que le tribunal ait alors prononcé une nullité absolue du contrat de préférence, en précisant que celui-ci n'était pas susceptible de confirmation. Voir sur ce point : J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, thèse préc., n°120, p. 89.

nettement de la promesse de cession, qui impliquerait que son débiteur soit d'ores et déjà engagé. La conclusion d'un pacte de préférence tel que prévu par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle ne garantit pas la conclusion du contrat. En effet, *« l'élément distinctif des deux conventions ne présente pas le caractère accidentel de la condition ; il est inhérent au pacte de préférence, il est de son essence même »*[609] Certains ont alors avancé que le pacte de préférence dans le contrat d'édition serait une promesse conditionnelle de cession des droits[610]. Cette qualification ne semble en aucun cas pouvoir être retenue. La condition affectant la promesse serait nécessairement constituée à la fois par la création de l'œuvre par l'auteur et par la production de son consentement. Or, l'on sait aujourd'hui que le consentement de celui qui s'oblige ne peut être érigé en condition, celle-ci serait nécessairement potestative[611]. Pourtant, la jurisprudence a à plusieurs reprises appréhendé l'obligation de l'auteur comme étant une promesse de cession des droits, à l'image de l'arrêt précité. Cette qualification doit être condamnée. Cependant, là encore, la terminologie peut être source de confusion. Le débiteur d'un pacte de préférence peut être désigné comme étant le promettant, ce qui renvoie intuitivement à l'idée de promesse. Mais il n'est pas le promettant dans le cadre d'une promesse, il promet simplement d'accorder la préférence à son cocontractant.

455. Cette volonté d'identifier le pacte de préférence à une promesse a pu être observée en dehors du droit d'auteur. M. Dagot[612] montre ainsi que le juriste étant conditionné à la catégorisation, il se satisfait assez mal de l'absence de règlementation du pacte de préférence en droit commun, ce qui le pousse à le retrancher dans d'autres catégories qui lui semblent voisines. C'est ainsi que le pacte de préférence a été à de nombreuses reprises qualifié de promesse unilatérale conditionnelle, alors même qu'il semblait évident que cette condition encourrait le grief de potestativité. Deux conditions potestatives[613] séparent le pacte d'une telle promesse. En droit d'auteur pas plus qu'ailleurs, cette

---

[609] P. VOIRIN, *Le pacte de préférence : JCP G*, 1954, I, 1192.

[610] La jurisprudence est d'ailleurs parfois allée en ce sens : voir sur ce point H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 102.

[611] Sur ce point, par exemple : R.-N. SCHÜTZ, *L'exécution des promesses de vente :* art. préc., p. 833 et s.

[612] M. DAGOT, *Pacte de préférence, liberté ou contrainte ? Rapport introductif*, Acte du colloque organisé par l'université de Toulouse le 18 novembre 2005 : *Dt et patr*. janv. 2006, p. 36 et s.

[613] Ces deux conditions demeurent simplement potestatives, elles échappent donc à la nullité propre aux conditions purement potestatives. Déjà en ce sens, P.-Y. GAUTIER, selon qui ces conditions ne sont pas purement potestatives car *« le pollicitant n'a, à la différence du promettant, pas donné son consentement au contrat définitif à un contrat qui n'est pour l'instant qu'éventuel. En vérité, l'on est en présence d'une double application de la notion de droit potestatif : l'auteur n'est pas tenu de créer, pas plus que son éditeur n'est tenu de vendre »*. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°507, p. 549. Plus généralement, sur la distinction entre pacte de préférence et promesse, voir entre

qualification en saurait donc être retenue[614]. *A fortiori*, le pacte de préférence n'est pas une promesse synallagmatique, il est, à l'heure de sa conclusion, très éloigné du contrat définitif.

456. **Identification à un contrat-cadre.** Cette formule nous amène à envisager l'approche retenue par certains auteurs du pacte de préférence comme étant un contrat-cadre[615]. Le pacte de préférence éditorial se rapproche en effet à bien des égards d'un contrat-cadre, puisqu'il prépare la conclusion de plusieurs contrats d'édition, qui en seraient alors des contrats d'application. Nous approuvons cette conception, dans la mesure où le pacte de préférence dans le contrat d'édition a pour vocation d'inscrire la relation contractuelle dans le temps. Une telle approche suppose cependant de retenir une définition large du contrat-cadre, par lequel les parties ne s'engageraient pas à conclure les contrats d'application mais en détermineraient par avance les conditions de conclusion ou en aménageraient la négociation. Cette question fait cependant débat. Pour certains auteurs, la définition même du contrat-cadre conduit à ne qualifier comme tel que les accords comportant une obligation de conclure les contrats d'application[616]. Le contrat-cadre, contrat « *sui generis* »[617], peut cependant contenir des obligations diverses. La qualification de contrat-cadre conduirait-elle à imposer une telle détermination de l'étendue des droits cédés, des formes d'exploitation ou encore des conditions financières de la cession ? Un contrat-cadre nécessite une certaine souplesse. En effet, sa vocation étant de préparer plusieurs contrats d'application, plusieurs contrats d'auteur, il peut être contreproductif d'enfermer certains auteurs et exploitants dans une relation contractuelle longue durée dont les conditions seraient une fois pour toute déterminées. Les besoins de l'exploitant en

---

autre P. VOIRIN, *Le pacte de préférence :* art. préc., 1192.

[614] Voir par exemple en ce sens : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., n°727, p. 508. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., n° 507, p. 549. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit*., n°1055, p. 636.

[615] Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., n°507, p. 548. ; voir également M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., n°729, p. 509. ; H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Thèse préc., p. 215.

[616] C'est par exemple la vision adoptée par S. RAIMOND, dans sa thèse consacrée à la qualification du contrat d'auteur. Selon lui, une partie de la doctrine désigne à tort le pacte de préférence dans le contrat d'édition de contrat-cadre : *« cette assimilation paraît …discutable, dès lors que la qualification de contrat-cadre paraît impliquer l'obligation de contracter »*. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur,* thèse préc., n°597, p. 402. Voir sur ce point J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op. cit*., p. 310 et s. Ces auteurs placent le contrat-cadre dans une partie relative aux *« contrats préparatoires ayant pour objet une obligation de contracter ». « Le lien entre contrat-cadre et contrats d'application résulte de l'obligation de conclure les seconds, présente dans le premier, autour de toute une série d'obligations empruntant à des techniques connues de droit des contrats »* n°526, p. 315. Ils prévoient cependant la possibilité de contrat-cadres ne contenant pas d'obligation de conclure les contrats ultérieurs.

[617] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, op. cit., n°526, p. 315. Selon ces auteurs : « *Aucune qualification véritable ne paraît s'imposer pour les contrats-cadres dans leur généralité* ».

termes de possibilité d'exploitation peuvent se révéler dans le temps. Dans un contrat-cadre, l'auteur ne donne pas en principe son consentement au contrat définitif. Il s'oblige éventuellement, selon la manière dont est construit le contrat-cadre, à le donner. Dans le domaine du droit d'auteur, la Cour de cassation a donc admis un report de la détermination des conditions de la cession au moment de la conclusion du contrat d'application[618]. Il en est de même du prix, les arrêts du 1er décembre 1995 ayant posé le principe selon lequel *« lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci »*. Dans l'hypothèse où une obligation de conclure les contrats d'application serait prévue, envisager la validité du contrat-cadre non en lui-même mais au regard de l'ensemble qu'il forme avec le contrat d'application nous semble présenter quelques dangers pour l'auteur. Pour autant, les utilités pratiques d'un tel contrat peuvent justifier une telle souplesse.

457. Un contrat-cadre ne supportant pas une telle obligation devrait être d'autant plus souple, ce qui permettrait aux parties de fixer et de négocier ces conditions pour chaque contrat d'application. Les pactes de préférence éditoriaux, qui ne prévoient pas d'obligation de conclure le contrat d'édition, ne justifieraient donc pas, même en adoptant une telle qualification, une application stricte de l'article 1129 du Code civil ou encore de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle concernant les conditions d'exploitation future de l'œuvre et la détermination des droits concernés par la préférence. Ainsi, ni l'article L. 132-4 régissant ce contrat, ni sa qualification de contrat-cadre, ni sa qualification de pacte de préférence, ni les règles générales du droit des contrats d'auteur ne semblent imposer une telle détermination des conditions des cessions futures comme le font les juges dans ce jugement du 12 janvier 1988. Seule la qualification de promesse pourrait l'imposer, ce que semble retenir le TGI dans le prononcé de sa solution.

458. **Une réserve organique.** La pérennité de sa solution doit de plus être affectée d'une troisième réserve, une réserve organique. Il ne s'agit que d'un jugement, il est donc de toute manière délicat de lui conférer une portée trop importante, malgré la généralité des termes employés par le tribunal : *« A*

---

[618] La cour de cassation a approuvé la CA d'avoir apprécié la validité d'un premier contrat non en lui-même, mais au vu du projet du contrat d'exécution le complétant pour en déduire que le contrat litigieux était conforme aux exigences légales. En l'espèce, le premier contrat ne précisait ni l'étendue des droits cédés, ni la délimitation de leur domaine d'exploitation, ni la rémunération de l'auteur, ni la durée de la cession. L'auteur, par ce contrat, s'était pourtant engagé à conclure le contrat de cession des droits d'auteur, qui lui est venu apporter toutes ces précisions. Tout comme la CA, la Cour de Cassation considère ici que *« le contrat-cadre, tel qu'il devait être complété par celui du 9 décembre 1993, était conforme aux exigences légales »*. Cass. 1re civ., 25 janv. 2000 : *RIDA* oct. 2000, p. 267.

*défaut d'accord des parties sur la nature et l'étendue des droits dont la cession était promise, il convient de constater, en application de l'article 1129 du Code civil, la nullité du pacte de préférence »*. Cet arrêt est resté isolé, les juridictions n'ont à notre connaissance pas eu l'occasion de se pencher sur la question depuis, laissant courir l'incertitude relative à cette exigence. De nombreux auteurs se fondent cependant sur cet arrêt pour faire de cette condition ajoutée au texte de l'article L. 132-4 une condition de validité du contrat[619].

459. **Une incertitude persistante.** Cette incertitude explique peut-être le fait qu'en pratique, le pacte de préférence éditoriale contient bien souvent en annexe un contrat-type explicitant les conditions du contrat futur, faisant office de *« modèle des contrats d'application à venir »*[620], ou prévoit que les conditions applicables aux contrats d'édition conclus en application du pacte de préférence seront celles du premier contrat d'édition. Cette détermination préalable des conditions d'exploitation, fréquente mais non obligatoire selon nous[621], présente des avantages et des inconvénients pour l'auteur.

460. **Avantages.** Une telle détermination peut être avantageuse pour l'auteur. Concernant les droits concernés par la préférence, une telle prévision permettrait à l'auteur d'exclure de la préférence certains droits, les droits d'exploitation numériques de l'œuvre par exemple, s'il souhaite lui-même les exploiter ou les confier à un tiers. Concernant les conditions financières de l'exploitation de l'œuvre, sa détermination dès la conclusion du pacte de préférence constitue un minimum de garantie quant aux contrats futurs. La référence au premier contrat d'édition qu'il aura pu théoriquement négocier peut se montrer rassurante, et permettre d'éviter, comme le craignaient les juges dans leur jugement du 12 janvier 1988, que l'auteur se voit contraint de céder tous ses

---

[619] P.-Y. GAUTIER écrit que *« si elles manquent (les précisions relatives aux conditions des contrats futurs) la nullité devrait être au bout du chemin »*, visant comme fondement le jugement du 12 janvier 1988. L'emploi du conditionnel montre cependant les incertitudes subsistantes sur cette question. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°511, p. 553. Cet auteur reconnait par ailleurs que cette décision, isolée, ne peut constituer un précédent : *RIDA* juill. 88 p. 117.

[620] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°511, p. 553.

[621] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE semblent aller dans ce sens, dans la mesure où ils abordent cette question non pas dans les conditions de validité du pacte mais dans la partie relative à son exécution, en précisant que : *« Les conditions de la cession qui n'auraient pas été prévues dans le pacte doivent être déterminées par les parties »*, ce qui semble impliquer le pacte ne soit pas nul s'il ne les détermine pas. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°729, p. 509. P.-Y. GAUTIER, qui pourtant cite le jugement du 12 janvier 1988 en précisant que cette absence devrait conduire à la nullité du contrat, ne réfute pas totalement cette possibilité : *« Si le contrat définitif est précédé d'un contrat-cadre, peut-on admette que les mentions prescrites par la loi ne figurent pas dans celui-ci et soient reportées à plus tard ? Possible, mais dangereux »*. Or, nous avons vu qu'il qualifiait le pacte de préférence dans le contrat d'édition

droits pour un prix dérisoire. En effet, tenu par le pacte de préférence dans une situation de dépendance, le risque serait qu'il accepte lors de la signature des contrats futurs des conditions de cession désavantageuses.

461. **Inconvénients.** L'avantage se révèle être un inconvénient notamment dans le cas où l'auteur connaîtrait le succès entre le temps du premier contrat d'édition et la signature des contrats ultérieurs. Il nous semble de ce point de vue important de laisser à l'auteur la possibilité de négocier chaque contrat au fur et à mesure. Le pacte de préférence étant la contrepartie du risque encouru par l'éditeur, l'intérêt du pacte du point de vue de cet éditeur se révèle en cas de succès de l'œuvre. Les contrats d'éditions seront souvent conclus uniquement lorsque l'édition première aura été un succès. Il paraîtrait donc injuste que l'auteur ne puisse pas bénéficier de cette position de force nouvellement acquise, et qui est déjà grevée de ce droit de préférence. Certes, conformément aux règles générales du droit civil, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi imposerait certainement dans de telles conditions une renégociation des conditions qui auraient pu être prévues dans le pacte de préférence[622]. Cependant, si l'éditeur s'y refuse de lui-même, ce qui est probable, l'auteur devrait aller en justice pour réclamer cette renégociation, ce qui est cette fois-ci peu probable. Nous pouvons également remarquer que fixer par avance de manière définitive les conditions de la cession future devrait faire échec à la pratique de l'offre concurrente. Celle-ci consiste à n'accorder la priorité au bénéficiaire du pacte de préférence qu'à égalité d'offre exprimée par ses concurrents. Appliquée aux contrats de cessions de droit d'auteur, cette clause d'offre concurrente permettrait à l'auteur de démarcher d'autres éditeurs, et de faire valoir les offres plus avantageuses au bénéficiaire du pacte de préférence qui aurait alors une priorité sur la cession à ces conditions-là. Il s'agirait, selon une formule empruntée à Monsieur Désideri, d'une clause dite *pari passu*[623]. Fréquente dans certains domaines, en particulier en droit de la vente, cette clause d'offre concurrente est étrangère au droit des contrats d'auteur, ce qui fait de ce contrat nommé dans un souci de protection de l'auteur un

---

de contrat-cadre. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°466, p. 506.

[622] Sur ce point P.-Y. GAUTIER selon qui « *dans le mutisme de l'art. L. 132-4 nous pensons, ou bien qu'il faut revenir à la saine pratique de l'offre concurrente : rien n'interdit à l'auteur de la faire jouer, en tout état de cause ; ou bien que les parties seront tenues de renégocier de bonne foi les conditions des nouveaux contrats d'application, dès lors que les circonstances auront notablement changé. Faute de quoi, c'est le juge qui les établira* ».

[622] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°513, p. 555. Dans ce sens également, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, pour ces auteurs, dans le cas où les conditions initiales du pacte seraient en décalage avec la situation de l'auteur au moment de la conclusion du contrat d'édition, « *l'éditeur est tenu de renégocier de bonne foi les nouvelles conditions du contrat d'édition* ». M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n°729, p. 509.

[623] J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, thèse préc., n°118, p. 88.

contrat peut être plus dangereux encore que le pacte de préférence de droit commun[624], conduisant au-delà de la priorité à une quasi-exclusivité. Pourtant, comme le font remarquer Messieurs Bruguière et Vivant, rien en théorie ne s'opposerait à la mise en jeu d'une telle concurrence, la pratique ne s'est pas fixée dans ce sens, ce qui semble logique dans la mesure où les contrats sont proposés par les éditeurs, qui n'ont aucun intérêt à y insérer un tel mécanisme[625]. Théoriquement applicable aux pactes de préférence éditoriaux, le mécanisme de l'offre concurrente serait certainement bloqué par une détermination préalable des conditions d'exploitation des contrats futurs sur lesquelles on ne pourrait revenir.

462. Ainsi, malgré une exigence particulièrement stricte de détermination de l'objet des contrats d'auteur, la détermination de l'objet du pacte de préférence dans le contrat d'édition se révèle elle aussi assez stricte en ce qui concerne la délimitation de son objet direct, le domaine de la préférence et notamment les œuvres sur lesquelles elle porte, mais elle se révèle assez souple en ce qui concerne la détermination des conditions d'exploitation des œuvres futures, ne devant pas déroger selon nous au droit commun. Il est d'ailleurs assez paradoxal de remarquer que le seul jugement ayant sanctionné un pacte de préférence dans lequel les conditions du contrat futur faisaient défaut s'est fondé sur un article appartenant au droit commun des contrats, l'article 1129 du Code civil, alors même qu'il est étranger, en droit commun, à une telle détermination de l'objet du contrat préparé par le pacte.

463. **Le pacte de préférence innommé.** Cela nous amène à une autre interrogation, celle de la détermination de ces conditions en cas de pacte de préférence en dehors du contrat d'édition, dans l'hypothèse d'un pacte de préférence innommé en droit d'auteur[626]. En l'absence de règles directrices du droit des contrats d'auteur imposant une telle détermination, il conviendrait alors de se référer au droit commun des contrats, qui, nous l'avons vu, ne l'impose pas. Nous pourrions envisager l'intégration de la clause d'offre concurrente dans un tel contrat, conformément aux usages du pacte de préférence de droit commun, et à la définition qui en est donnée par certains auteurs qui y incluent automatiquement ce mécanisme.

---

[624] C'est le point de vue adopté par H. GAUMONT-PRAT dans sa thèse H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., 1993.

[625] Selon P.-Y. GAUTIER, « *Dans notre cas, il n'est pas question de concurrent (c'est ainsi que la pratique s'est fixée, mais rien de l'empêcherait de changer).* » P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°512, p. 554.

[626] Ce pacte ne devra cependant pas contrarier le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures, voir *infra* n°536 et s.

464. **Conclusion.** L'objet des accords de préférence développé, son étude fait donc apparaître l'absence de contrariété entre la souplesse propre à ces accords et les règles impératives du droit des contrats d'auteur, du moins en ce qui concerne la détermination de l'objet du contrat préparé. Cette souplesse permet notamment d'envisager le pacte de préférence dans le contrat d'édition comme faisant partie de la grande famille des pactes de préférence de droit civil. Cette identification ne conduit pas à renier son originalité, puisque le droit d'auteur l'a doté de règles propres. Elle conduira cependant à compléter utilement les règles de sa mise en œuvre. Cette souplesse ne doit pas se retrouver dans les promesses, unilatérales ou synallagmatiques de contrats d'auteur, car lorsque l'auteur en est le débiteur, il s'engage ferme. Ainsi, la détermination de l'objet du contrat préparé varie en fonction du contenu obligationnel de l'avant-contrat, selon que celui-ci porte ou non déjà en lui le consentement au contrat définitif. Nous avons vu également qu'un contrat-cadre, contenant ou non une obligation de conclure les contrats d'application, devait être doté d'une relative souplesse quant à cette détermination, dans la mesure où ceux-ci sont pressentis, mais pas encore consentis. Les éléments imposés par le droit des contrats d'auteur ont donc une influence variable, mais certaine, sur la détermination de l'objet du contrat préparé. Le recueillement de ce consentement appelle également quelques remarques propres.

## Paragraphe 2. Les conditions relatives au consentement à l'avant-contrat

465. Le consentement de l'auteur au contrat ou à l'avant-contrat n'appelle pas de grands développements. Il faut cependant s'arrêter quelques instants sur la possibilité reconnue à l'auteur de s'engager unilatéralement vis-à-vis de son exploitant par la formulation d'une offre (***I***), ainsi que sur la possibilité pour un représentant de s'engager pour l'auteur, que celui-ci soit capable ou incapable (***II***).

### I. L'EFFICACITE DE L'OFFRE EMANANT DE L'AUTEUR

466. **Le consentement matérialisé dans une offre.** Nous ne nous attarderons guère sur la question du consentement de l'auteur, sa protection passe notamment par les règles de forme que nous venons d'étudier, et par des mesures d'interprétation que nous étudierons en filigrane de nos différents développements. Des pourparlers au contrat définitif, le constat de l'engagement de l'auteur se fait à pas comptés. Le mécanisme de conclusion du contrat, ainsi que des avant-contrats, ne s'en trouve cependant pas modifié. La rencontre d'une offre et de son acceptation constitue

toujours le mode de conclusion du contrat d'auteur[627], et également de l'avant-contrat, puisque celui-ci, nous l'avons vu, demeure un contrat consensuel. L'offre est classiquement définie comme une proposition de contracter suffisamment ferme et précise pour que son acceptation suffise à former le contrat. L'offre doit être ferme, et doit donc, de manière non équivoque, montrer la volonté de l'auteur ou de son exploitant de s'engager. Pour remplir cette condition, elle ne doit pas être assortie de réserves, qui sont nombreuses dans notre domaine[628]. L'offre devra, pour être considérée comme suffisamment précise, contenir tous les éléments essentiels du contrat projeté[629]. Elle devra donc, en droit des contrats d'auteur, contenir les mentions visés par l'article L. 131-3 et L. 131-4 lorsqu'il s'agit d'une offre de cession des droits, ou d'une offre de promesse unilatérale ou synallagmatique de contracter, et que l'auteur en est le débiteur[630]. Pour les pactes de préférence, nous l'avons vu, une plus grande souplesse pourra être admise, la précision de l'offre de tels avant-contrats sera plus facilement constatée. L'on voit ainsi que les règles du droit d'auteur influent sur la qualification de certains avant-contrats, mais aussi sur leur formation, bien souvent retardée et renvoyée à l'apport de précisions supplémentaires. Les précisions requises étant plus lourdes que pour certains contrats, cela multiplie par là même les cas où l'acceptation[631], assortie de réserves, d'interrogations ou de nouvelle proposition, constituera l'échange d'un simple projet[632]. Ces précisions sont telles qu'en pratique, l'auteur n'est jamais, ou presque, à l'origine de l'offre dont l'acceptation suffira à former le

---

[627] Sur ce point, voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°654, p. 454 ; également P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°460, p. 499. CA Paris, 18 nov. 1959 : *D.* 1960, somm. 34. CA Versailles, 19 févr. 1993 : *D.* 1994, somm. 9, obs. Ph. DELEBECQUE.

[628] Les offres formulées par les exploitants sont souvent assorties de réserves liées à l'agrément de l'auteur et de l'œuvre. Lorsque celui-ci formule une offre à un autre exploitant, la réserve est parfois liées à l'autorisation de l'auteur ou de ses ayant-causes : TGI Paris, 25 févr. 1998 : *RIDA*, juill. 1998, p. 157, obs. A. KEREVER. La nature *intuitu personae* du contrat favorise l'existence de ces réserves. L'auteur peut quant à lui exprimer des réserves sur les modes d'exploitation de l'œuvre, sur les partenaires de l'exploitant, *etc.*

[629] Sur ce point, voir A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°57, p. 45.

[630] En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°460, p. 500. D'autres éléments propres au domaine du contrat peuvent être considérés comme des éléments essentiels, comme le point de départ des représentations par exemple pour un contrat d'artiste : CA Paris, 13 déc. 1984, « *Sté Sofracima c/ Isabelle Adjani* » : *RTD civ.* 1986, p. 97, obs. J. MESTRE.

[631] Notons que l'acceptation est constatée, conformément au droit commun, au jour de son émission. Pour un exemple d'arrêt allant dans ce sens : Cass. com., 7 janv. 1981 : *Bull. civ.* IV, n°14. Elle peut être tacite, même dans notre domaine. Le comportement du destinataire vaut ainsi parfois acceptation : Cass. 1re civ., 24 févr. 1987 : *D.* 1988, p. 97, note B. EDELMAN.

[632] C'est ainsi que dans l'arrêt précité du 13 décembre 1984, la Cour d'appel de Paris a considéré que les documents produits ne constituaient *« que des projets, et le simple échange de ces projets sans qu'il soit établi que les parties se soient rapprochées et mises d'accord en réglant les points restés en suspens, n'est pas suffisant pour faire la preuve d'un contrat définitivement passé entre elles »*.

contrat. Les clauses du contrat et la minutie que nécessite leur rédaction sont si importantes et les exigences si pointilleuses qu'il semble difficile pour lui de les établir sans l'intervention de l'exploitant. Envoyer une maquette à un éditeur constitue par exemple une offre d'entrer en pourparlers, qui est bien éloignée de l'offre de contrat. Concrètement, si l'auteur est souvent à l'origine de l'offre d'entrer en pourparlers, l'exploitant est lui dans la plupart des cas à l'origine de l'offre de contracter, et il proposera bien souvent à l'auteur la signature d'un contrat d'adhésion. Théoriquement pourtant, rien n'empêche l'auteur de s'engager par une telle offre de contracter, et de matérialiser ainsi son consentement, ce qui peut amener à quelques paradoxes.

467. **La nature ambigüe de l'offre.** L'offre se distingue nettement des avant-contrats en ce qu'elle ne constitue encore, en principe, qu'un acte unilatéral, exclusif de toute rencontre de volonté entre les parties au contrat envisagé[633]. Le droit positif est rétif, en France, à accorder force obligatoire à l'engagement unilatéral. Certains auteurs voient cependant dans l'offre de contrat assortie d'un délai une de ses manifestations privilégiées[634]. En effet, si l'offre demeure en principe librement rétractable tant qu'elle n'a pas été acceptée, il n'en est pas de même lorsque celle-ci est assortie d'un délai[635]. La jurisprudence considère aujourd'hui que l'offre doit être maintenue jusqu'à l'expiration du délai contenu dans l'offre, ou à défaut, jusqu'à l'expiration d'un délai raisonnable. De même, le décès de l'offrant n'entraine pas la caducité de l'offre lorsque celle-ci prévoit un délai d'acceptation. Dans ces différentes hypothèses, l'acceptation de l'offre avant l'expiration du délai entraine, selon les juges, la formation du contrat. Rendus au visa de l'article 1134 du Code civil, ces arrêts semblent accorder force obligatoire à cet engagement unilatéral tant redouté[636]. Madame

---

[633] Sur la distinction entre l'offre et la promesse, et leurs effets respectifs, voir : Cass. 3ème civ., 10 mai 1989 : *Bull civ.* III, n°109. Voir également A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°59, p. 47.

[634] M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008* : *Dalloz*, 2009, p. 440. De manière plus générale, sur l'engagement unilatéral, voir la thèse du même auteur : M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain,* PUAM, 1995. ; J.-L.. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970.

[635] Lorsque l'offrant s'engage à maintenir son offre jusqu'à un certain délai, il ne peut, sans commettre de faute, la retirer. Cass. 3ème civ., 10 mai 1968 : *Bull. civ.* III, n°209. De la même manière, son décès n'entraine pas dans un tel cas la caducité de sa pollicitation. Les héritiers en seront donc tenus. Cass. 3ème civ., 10 déc. 1997 : *Bull. civ.* III, n°223. En l'absence de délai, l'offrant doit tout de même maintenir son offre durant un délai raisonnable apprécié par les juges en fonction de l'espèce et de la qualité des parties. Cass. 3ème civ., 28 nov. 1968 : *JCP G*, 1969, II, 15797.

[636] En ce sens par exemple : M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008* : art. préc., p. 440 ; L. BOY, *La Cour de cassation réaffirme le caractère obligatoire de l'offre : D.* 1999, p. 170. ; E. BURDIN, *Du refus de la rétractation anticipée de l'offre*, note sous Cass. 3ème civ., 7 mai 2008 : *Revue Lamy droit civil*, n°59, avr. 2009, p. 7. ; Y. PACLOT et E. MOREAU, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, « comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations* : art. préc., p. 21. ; D. MAZEAUD,

Frison-Roche expliquait ainsi la distinction entre le consentement et la volonté : « *Consentir, c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser pavillon devant une assertion ou devant une personne. Tandis que la volonté consiste dans la force de ne pouvoir toujours admettre* »[637]. À prendre à la lettre cette distinction, l'offre, dans la conception retenue aujourd'hui par les juges, serait donc porteuse de l'engagement et non de la simple volonté de l'offrant, celui-ci n'ayant plus la force « *de ne pouvoir toujours admettre* ».

468. **La force accordée à l'engagement de l'auteur.** L'auteur peut s'engager par la formulation d'une offre. Cela peut cependant sembler curieux. L'offre assortie d'un délai a une force presque aussi importante que celle d'une promesse, puisque son retrait avant le terme devrait être inefficace, et une acceptation dans les délais devrait conduire au constat de la conclusion du contrat. Accorder autant de force à l'engagement unilatéral de l'auteur paraît surprenant, tant le lien contractuel par lequel il s'oblige se tisse en principe délicatement. Oubliées les vertus informatives du contrat, le devoir de conseil et d'information de l'exploitant, l'auteur peut seul s'engager. On peut répondre à cela que l'auteur qui serait capable de formuler une offre suffisamment précise pour que son acceptation suffise à former le contrat ou l'avant-contrat est nécessairement bien informé ou bien assisté. Cette présomption de connaissances n'est pas suffisante. Le consentement de l'auteur est strictement encadré et le droit d'auteur se montre frileux quant à son engagement, le droit de manière générale se montre frileux quant à la force à reconnaître à l'engagement unilatéral, et pourtant, l'engagement unilatéral de l'auteur devrait avoir autant de force que celui de son exploitant lorsque celui-ci se matérialise dans une offre suffisamment ferme et précise. Le pouvoir créateur de la volonté unilatérale est aussi puissant en droit d'auteur que dans d'autres domaines, permettant à l'exploitant d'engager la responsabilité de l'auteur qui retirerait son offre avant la date prévue ou avant qu'un délai raisonnable ne se soit écoulé.

469. **La preuve de l'offre.** La preuve d'un tel engagement n'est alors pas sans soulever de difficultés. S'agissant d'un acte unilatéral et non d'une promesse ou d'une cession de droits, les règles instaurant un formalisme protecteur de l'auteur conditionnent-elles la preuve de l'offre émanant de l'auteur ? Une telle extension des règles probatoires du droit d'auteur n'est pas impossible. Selon Madame Izorche, le support importe peu, ce qui compte c'est la volonté de

---

*Mystères et paradoxes de la période précontractuelle : in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 641.

[637] M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats : RTD*

s'engager[638]. Un tel argument pourrait sans doute constituer le fondement d'une telle extension, permettant ainsi d'imposer sa preuve par écrit lorsque l'offre a pour objet la conclusion d'un contrat soumis à ce formalisme probatoire. L'auteur quant à lui devrait pouvoir prouver l'offre de l'exploitant par tous moyens. Qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de volonté ou d'un engagement contractuel, c'est par le prisme de l'engagement de l'auteur que doivent, nous l'avons déjà montré, s'inférer les règles du droit d'auteur. Rien ne permet, en droit positif, d'attester d'une telle extension. Cependant, prouver l'existence d'une offre a pour principal intérêt de prouver l'existence du contrat. On retrouve alors les règles du droit d'auteur. La jurisprudence considère pourtant parfois qu'une offre de cession peut être tacite[639], comme c'est le cas en droit commun[640]. Le danger pour l'auteur est donc existant. Il demeure cependant très théorique, dans la mesure où, sans écrit, il sera presque impossible pour l'exploitant d'apporter la preuve d'une offre suffisamment ferme et précise de l'auteur. La force accordée à cet engagement unilatéral demeure malgré tout un bon moyen de s'assurer de la bonne foi des parties durant la période précontractuelle, en constatant la valeur accordée à la parole donnée. C'est dans la plupart des cas l'auteur qui en pratique invoquera l'offre de son partenaire. La force obligatoire accordée à l'engagement de l'exploitant permet alors de sécuriser cette période trouble et informelle. Le besoin de sécurité peut être ressenti tant du côté de l'exploitant que de celui de l'auteur. Preuve une fois de plus d'une telle nécessité, la capacité du pollicitant sera appréciée au moment de la formulation de l'offre, si bien que la perte de cette capacité au moment de la conclusion du contrat ne devrait pas la remettre en cause, tout comme son décès qui n'entraine pas sa caducité lorsqu'un délai a été formulé[641].

### II. LE POUVOIR DE CONCLURE L'AVANT-CONTRAT D'AUTEUR

470. Nous envisagerons ici la possibilité pour l'auteur de se faire représenter dans la conclusion du contrat d'auteur ainsi que dans la conclusion d'un avant-contrat (***B***), possibilité qui appelle des développements propres lorsque l'auteur est considéré comme incapable, ce qui implique de connaître le moment où doit être appréciée la capacité de l'auteur à céder ses droits (***A***).

---

*civ*. 1995, p. 574.

[638] M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008* : art. préc., p. 440.

[639] Cass. 1re civ., 27 oct. 1993 : *RIDA*, janv. 1994, p. 318.

[640] Pour un exemple d'offre tacite, Cass. 1re civ., 2 déc. 1969, *Bull. civ*. I, n°381.

[641] Cass. 3ème civ., 10 déc. 1997 : *Bull. civ*, III, n°223, préc.

### A. L'appréciation de la capacité de l'auteur à céder ses droits

471. **Le moment d'appréciation de la capacité de l'auteur en cas de promesse.** Si, concernant la conclusion des contrats d'auteur, la question de la capacité n'appelle pas de grands développements[642], le moment d'appréciation de la capacité de l'auteur à céder ses droits mérite de s'y arrêter un instant lorsque l'on envisage la formation des avant-contrats. Comme en matière d'offre, certains avant-contrats, de par leur nature, épuisent la nécessité de la capacité de contracter avant même la formation du contrat d'auteur. C'est le cas des avant-contrats contenant d'ores et déjà le consentement de l'auteur au contrat futur. Cette règle peut être tirée du droit commun. Ainsi *« le promettant, qui s'est engagé dès la conclusion de la promesse, doit disposer de la capacité nécessaire. C'est à ce moment que s'apprécie sa capacité ainsi que l'existence et l'intégrité du consentement. En revanche, la capacité du bénéficiaire à conclure le contrat définitif n'est appréciée qu'au moment de la levée de l'option »*[643]. Lorsque l'auteur est débiteur d'une promesse de cession de ses droits, sa capacité à consentir devrait donc être appréciée au moment de la promesse, peu importe qu'il soit devenu incapable ensuite, au temps de l'exploitation de son œuvre et de la levée de l'option qui en cristallise l'autorisation. Aucune règle de droit d'auteur ne semble *a priori* remettre en cause ce principe de droit commun déterminé par la jurisprudence.

472. **Le moment d'appréciation de la capacité de l'auteur en cas de préférence ou de contrat-cadre.** La règle n'est pas la même en ce qui concerne le droit contractuel de préférence, différence qui s'explique logiquement par la nature de l'engagement et la vigueur des obligations qu'il comporte. Le droit de préférence n'emporte pas le consentement au contrat futur, il ne crée qu'un droit personnel qui s'apprécie comme un acte d'administration. L'auteur doit, au moment de la conclusion du contrat de préférence, avoir capacité de conclure un tel acte. Mais sa capacité à conclure l'acte de disposition, le contrat de cession des droits, sera elle appréciée au moment de la formation du contrat conclu en application du pacte de préférence. Il devrait par ailleurs en être de même des contrat-cadres. Cette règle, également issue du droit commun[644], s'applique pleinement en

---

[642] Par exemple, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, selon qui « *la question de la capacité n'intéresse vraiment nos contrats qu'à la marge* », M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., n°652, p. 453.

[643] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit*., n°552, p. 333.

[644] « *La capacité des parties s'apprécie comme celle d'un acte d'administration même si le pacte de préférence prépare un contrat translatif de droits. En effet, la formation du pacte de préférence n'exige pas la capacité de disposer du promettant ou du bénéficiaire, celle-ci ne devant être satisfaite qu'au moment de l'exercice du droit de préférence* » J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, op. cit., n°504, p. 300.

droit des contrats d'auteur. Ainsi, l'auteur qui aura pourtant consenti valablement le pacte de préférence ne pourra conclure l'acte de cession s'il est entre temps devenu incapable, ce qui paraît somme toute logique. En dehors du contrat d'édition, et en admettant que l'article L. 132-7 ne s'applique pas à ces contrats, c'est le représentant de l'auteur qui pourra alors conclure seul le contrat définitif, ce que l'auteur ne pourra pas faire. En matière d'édition, les dispositions de l'article L. 132-7 précisent que : *« Sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par les mineurs et les majeurs en curatelle, le consentement est même exigé lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable, sauf si celui-ci est dans l'impossibilité physique de donner son consentement »*. L'exégèse du texte nous pousse à le comprendre ainsi : Le fait qu'un auteur soit légalement incapable ne suffit pas à s'affranchir de la nécessité de recueillir son consentement personnel. Cette condition est toutefois écartée lorsque celui-ci est dans l'incapacité physique de donner son consentement, le représentant pouvant alors conclure le contrat tout seul. Certains auteurs en ont cependant une appréhension différente[645]. L'interprétation de cet article appelle décidément bien des débats. Il soulève d'ailleurs des interrogations sur la possibilité pour l'auteur de se faire représenter dans ses actes.

### B. Les hésitations sur la possibilité de donner mandat

473. **Représentation de l'auteur, l'hypothèse du mandat.** Savoir si l'auteur peut être représenté dans la négociation de ses droits et dans la conclusion de ses contrats est une question importante dans l'étude du déroulement de l'avant-contrat précédant un contrat d'auteur. L'hypothèse de la représentation de l'auteur dans la négociation de ses droits ne se heurte à aucun principe de droit commun ou de droit d'auteur. La question est plus délicate concernant la possibilité pour l'auteur d'être représenté lors de la conclusion du contrat d'auteur ou de l'avant-contrat. Ici encore, l'interprétation faite de l'article L. 132-7 alinéa 1, qui dispose que *« le consentement personnel et*

---

[645] Certains auteurs ont cependant adopté une interprétation différente, considérant qu'en cas d'incapacité physique pour l'auteur de donner son consentement, la conclusion du contrat n'est tout simplement pas possible. Nous pouvons à ce titre citer C. COLOMBET, selon qui : *« L'intervention personnelle de l'incapable n'est plus requise s'il est dans l'impossibilité physique de donner son consentement ; dans un tel cas, la doctrine estime généralement que l'absence ou l'aliénation mentale doivent, non pas permettre au représentant de conclure lui-même le contrat, mais empêcher toute conclusion de celui-ci en l'absence d'une autorisation donnée avant la disparition ou la folie : le respect du droit moral est à ce prix »*. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, *op. cit.*, n°294, p. 240. ; A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957,* préf. R. SAVATIER, LGDJ, coll. *Bibl.dr.privé*, 1962, n°63 et 64, p. 45 et 46. Selon Huguet, il serait paradoxal d'admettre que le représentant peut passer seul le contrat, car cela reviendrait à dire que *« c'est à l'instant où l'incapable a plus que jamais besoin d'être protégé qu'il est livré au pouvoir discrétionnaire du représentant légal, lequel devient maître du droit de divulgation »*.

*écrit de l'auteur est obligatoire »* en guide la réponse. À suivre à la lettre ce texte, ainsi que l'extension de son domaine prônée par les auteurs considérant qu'un consentement personnel de l'auteur est nécessaire en raison du droit de divulgation, il faudrait admettre que le mandat est prohibé en droit d'auteur. L'auteur ne pourrait être représenté, quel que soit le contrat envisagé[646], à moins que l'œuvre ait déjà fait l'objet d'une divulgation[647]. De manière générale, la majorité des auteurs s'accorde cependant à dire que l'article L. 132-7 ne fait pas automatiquement obstacle à la représentation de l'auteur par un mandataire, possibilité qu'ils justifient par le cantonnement de l'article L. 132-7 à la communication initiale de l'œuvre au public, par le caractère spécial et univoque du mandat[648] ou encore par l'exclusion de l'extension de l'article L. 132-7 en dehors du contrat d'édition[649]. Nous avons déjà montré que nous doutions des arguments justifiant une extension de l'article L. 132-7 à l'ensemble des contrats d'auteur. La question se poserait donc uniquement pour le contrat d'édition. Dans ce cas, il nous semble qu'il faut à tout le moins admettre, comme Monsieur Caron, qu'une autorisation spéciale et non équivoque puisse offrir cette possibilité.

474. **Les vertus du mandat.** Le contrat de mandat présente un certain nombre de vertus[650], au moins en ce qui concerne la phase de négociation des droits de l'auteur. L'auteur n'est pas toujours le mieux placé pour négocier ses droits. Au-delà de l'hypothèse de la gestion collective, nous pouvons nous interroger sur l'opportunité, en droit Français, de développer la pratique du contrat d'agence littéraire[651]. En droit Anglo-saxon et Américain, les auteurs passent systématiquement par des agents littéraires afin de trouver des débouchés à leurs œuvres et de négocier leurs contrats avec des exploitants. Ils bénéficient ainsi des relations et du pouvoir de négociation de ces agents, avantages qui font défaut aux auteurs isolés. Rémunérés proportionnellement aux recettes que

---

[646] Voir sur ce point notamment madame Maffre-Baugé, faisant état de la doctrine sur cette question. A. MAFFRE-BAUGE, *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation des droits,* Fasc. préc.

[647] En ce sens, H. Desbois, admettant que l'interdiction ne vaut pas pour les communications subséquentes au public, qui ne concerneraient alors que les droits patrimoniaux. Or, selon cet auteur, *« la gestion des droits pécuniaires, que met en jeu la diffusion des œuvres de l'esprit, peut être confiée, à notre avis, à un mandataire par l'auteur : la négociation préalable et la conclusion des contrats relatifs aux droits patrimoniaux d'auteur ne dérogent pas aux règles originaires du mandat ».* H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit*., n°495, p. 614.

[648] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit*., n°401, p. 318.

[649] En ce sens, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*

[650] P.-Y. GAUTIER, *Le mandat en droit d'auteur*, *in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 235.

[651] Sur ce contrat d'agence littéraire, voir notamment I. ZIVY, *La relation entre l'auteur et son agent littéraire, aspects juridiques* : *Légipresse*, n °234, sept. 2006, p. 101.

l'auteur touche grâce aux contrats qu'il leur ont permis de conclure, ils sont intéressés au succès de l'auteur, ce qui encourage leur activité de promotion des artistes, mais explique certainement que les auteurs y aient rarement recours. En effet, en France, ces intermédiaires sont rares. Contrairement aux agents artistiques, dont la profession est règlementée de longue date, les agents littéraires ne sont apparus que récemment dans le paysage éditorial français. Cette fonction reste cependant peu répandue. Son rôle peut pourtant présenter des avantages à la fois pour l'exploitant, mais aussi pour l'auteur. La première de ses missions est la lecture des œuvres, des manuscrits, leur correction et leur sélection. Se présentant à un éditeur, un producteur ou tout autre exploitant, l'agent littéraire soutient une œuvre finie, exploitable. Cette première sélection peut constituer un gain de temps considérable pour les exploitants, qui reçoivent des centaines de projets tous les ans. Cette mission permet également à l'auteur de ne pas dévaloriser son travail ou sa réputation en présentant une œuvre facilement perfectible, et de ne pas perdre du temps et de l'argent en démarchant des exploitants pour une œuvre inexploitable. Sa deuxième mission touche directement à notre étude. Il s'agit de négocier les droits de l'auteur et, lorsqu'il est investi d'un mandat, de conclure en son nom le contrat. L'intermédiaire entre l'auteur et l'éditeur, ou entre l'auteur et le producteur a l'avantage d'avoir plus de poids que l'auteur ne peut en avoir tout seul, plus de relations, de connaissances du milieu, un pouvoir de négociation plus grand. Il a à ce titre une mission de conseil vis-à-vis de l'auteur et des offres qui pourraient lui être présentées.

475. **Conclusion.** Le règles concernant le consentement de l'auteur ne semblent guère, au regard des développements qui précèdent, perturber les mécanismes de conclusion des avant-contrats, se formant par la rencontre d'une offre et de son acceptation. Seul le contenu de cette offre et sa preuve peuvent présenter quelques spécificités. Cette offre peut être formulée par l'exploitant de l'auteur, hypothèse la plus probable, mais aussi par l'auteur ou son représentant, s'il est investi d'un mandat le lui permettant.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

.

476. Certaines règles du droit des contrats d'auteur, dérogatoires du droit commun, imposent donc des conditions s'ajoutant à celles classiques de validité des contrats prévues par les articles 1108 et suivants du Code civil. Il s'agit notamment de l'exigence de mentions spéciales dans l'acte de cession, allant au-delà du constat classique de la détermination de l'objet du contrat, qui va conditionner la validité des contrats de promesse, et retarder parfois leur formation. Les règles du droit d'auteur se montrent cependant parfois relativement souples. Il en est ainsi de la condition de détermination du prix dans le contrat, et ainsi de la détermination dès l'avant-contrat du prix de la cession ou de la licence envisagée. Les pactes de préférences, quant à eux devront, lorsqu'ils entrent dans le champ d'application de l'article L. 132-4 du CPI, prévoir, de manière impérative, soit la durée de la préférence, limitée à cinq ans, soit le nombre d'œuvres concernées par la préférence. La détermination de l'étendue des droits cédés, des formes et conditions d'exploitation de l'œuvre ne devrait cependant pas être exigée dès la conclusion du contrat de préférence, même si c'est en pratique bien souvent le cas. Une telle souplesse s'explique aisément par le fait que l'auteur, par ce contrat, ne donne pas son consentement au contrat définitif. Il devrait donc en être ainsi des pactes de préférence ne correspondant pas à ce contrat nommé, et des contrat-cadres. Ils ne présenteront pas, de ce seul point de vue, de grande spécificité. Il en est autrement de la preuve de ces avant-contrats, qui devrait pour certains d'entre eux être soumise au formalisme particulier à certains contrats d'auteur, solution fondée sur une application analogique des articles L. 132-1 et L. 131-3 al. 3 du CPI, ou sur une application directe de l'article L. 132-7 du CPI. Cette condition particulière de reconnaissance des avant-contrats en droit d'auteur demeure cependant, comme nous l'avons montré, incertaine, ce qui nuit inévitablement à la sécurité juridique d'une période déjà trouble et informelle. L'influence de l'ensemble de ces éléments imposés par le droit d'auteur sur les avant-contrats en droit d'auteur est fonction de la nature et de l'objet de l'avant-contrat, ce qui contribue à la complexité et au manque de visibilité du droit positif sur les questions que nous avons abordées. Les règles du droit des contrats d'auteur sont des règles protectrices de l'auteur. Son partenaire ne pourra s'en prévaloir à son bénéfice. Il en résulte donc nécessairement que son engagement sera plus aisément constaté.

477. Nous allons maintenant étudier les règles relatives à la licéité des avant-contrats en droit d'auteur. Celles-ci s'imposeront cette fois-ci à tous les avant-contrats. Il ne s'agit plus d'éléments imposés en plus du droit commun, mais de règles dérogatoires qui vont concrètement limiter les possibilités pour les auteurs et leurs exploitants d'anticiper le contrat futur, et soustraire à l'auteur ses possibilités d'engagement.

## Chapitre 2. LES POSSIBILITES SOUSTRAITES AU DROIT COMMUN PAR LE DROIT D'AUTEUR

478. Le droit des contrats d'auteur soustrait au droit commun la possibilité d'anticiper trop largement la cession et l'exploitation future des œuvres. Or, telle est une des fonctions des avant-contrats, sa fonction d'anticipation sur l'avenir, celle de la maîtrise du temps. L'objet possible des avant-contrats sera ainsi limité par des règles donnant corps au droit commun des contrats d'auteur. La première est la barrière du droit moral. Inaliénable, le droit moral laisse entre les mains de l'auteur, indépendamment de la gestion de ses droits patrimoniaux, une emprise sur son œuvre. Ce droit moral constitue ainsi une limite au champ du possible, une barrière de protection qui se matérialise par l'impossibilité de le céder ou d'y renoncer, celle-ci s'appliquant tant aux avant-contrats qu'aux contrats d'auteur. Le droit moral limite ainsi la validité des avant-contrats en cantonnant leur objet à la gestion des droits patrimoniaux ou à l'aménagement minime de l'exercice du droit moral. Nous verrons que les incidences de l'inaliénabilité du droit moral sur les avant-contrats sont nombreuses, car, quel que soit l'engagement pris par l'auteur, ce droit demeure vivace. (***Section 1***). La deuxième limite posée à la possibilité de conclure des avant-contrats en droit d'auteur est le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures, qui circonscrit considérablement, du moins en principe, les possibilités d'engagement de l'auteur. (***Section 2***).

### *Section 1. Les avant-contrats confrontés à l'inaliénabilité du droit moral*

479. **La naissance du droit moral.** À l'heure de la réforme de 1957, le droit moral a rejoint la législation du droit d'auteur. Défini par Monsieur Gautier comme le *« lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fut elle entrée dans le circuit économique »*[652], le droit moral était déjà bien connu des prétoires. C'est tout au long du 19ème siècle que les prérogatives du droit moral sont apparues en jurisprudence[653], celle-ci étant éclairée par les écrits de la doctrine et influencée par les aspirations propres au siècle des lumières.

---

[652] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°189, p. 205.

[653] Voir sur ce point : H. DESBOIS, *Le droit moral* : *RIDA*, avr. 1958, p. 121 ; L. VAUNOIS, *L'évolution du droit moral, in* Mélanges Marcel Plaisant, Sirey, 1960, p. 295. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°245, p. 200. ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, coll. *Traités*, 2006, n°439, p. 339.

480. **Unité ou pluralité ?** [654]**.** Nous pouvons dès lors relever que l'origine jurisprudentielle du droit moral trahit quelque peu son apparente unité. C'est en réaction à des atteintes à ce lien si spécial que les droits moraux se sont construits[655]. Droit de divulgation[656], droit de retrait et de repentir[657], droit au respect de la paternité[658] et de l'œuvre elle-même[659], ces différents droits ont chacun été pensés avec une attribution propre, qui lui a été tout d'abord dévolue par les juges, avant d'être précisée par ceux-ci une fois ces droits légalement consacrés. La doctrine, quant à elle, s'est efforcée d'apporter cohérence et clarté à cette répartition. C'est pourquoi, pour reprendre les termes de Monsieur Caron, il est possible d'étudier *« les droits spéciaux du droit moral »*[660]. Nous verrons ainsi les influences réciproques que peuvent avoir chacune des prérogatives du droit moral sur l'engagement contractuel. Malgré la diversité de leur champ d'application, ces différents droits moraux tendent tous à un même but, une seule et même fonction, faire respecter la relation sacrée existant entre l'auteur et son œuvre, car l'œuvre, bien que détachée de son auteur, emporte avec elle une parcelle de sa personnalité, « l'empreinte » de l'homme qu'il convient, à travers la protection de son œuvre, de préserver. C'est ainsi que les droits moraux, dans ce qu'ils ont de commun, d'unitaire, peuvent être regroupés sous le vocable de « droit moral »[661], qui *« réunit l'ensemble des prérogatives*

---

[654] C. CARON montre que « dès son émergence, le droit moral a été tiraillé entre unité et diversité : certains évoquaient un unique « droit moral », alors que d'autres y voyaient des droits moraux. Le débat est toujours actuel ». C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.,* n°244, p. 199. Voir également sur ce point : G. KOUMANTOS, *Faut-il avoir peur du droit moral ? : RIDA*, avr. 1999, p. 89 et s.

[655] Voir sur ce point : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur,* 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°432, p. 293, qui montrent que l'évolution du droit moral a été chaotique, et que *« l'émergence de ces prérogatives n'est pas le long fleuve tranquille qu'une certaine doctrine veut bien nous présenter* ». Il s'agit ainsi de solutions *« par étapes, au cas par cas, et non (de) la volonté d'un législateur éclairé ».*

[656] Le Tribunal Correctionnel de Lyon affirmait déjà, le 10 juin 1845, que « *l'auteur doit toujours conserver le droit de revoir et de corriger son œuvre (…) et de choisir le moment et le mode de sa publication* ». Cité par P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris, 1985, p. 7.

[657] Tribunal Correctionnel de Lyon, 10 juin 1845, préc.

[658] On trouve en jurisprudence des traces du droit à la paternité dès 1832. Ainsi, le Tribunal Civil de la Seine, le 26 juin 1832, a considéré que le cessionnaire du droit de représenter une pièce ne peut supprimer les noms des auteurs ni même les présenter dans un ordre différent de celui voulu par eux. Jugement cité par P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 6.

[659] Le premier jugement consacrant le droit au respect de l'œuvre est certainement celui du Tribunal Civil de la Seine du 17 août 1814, cité par P. Sirinelli, P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 6.

[660] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°244, p. 199.

[661] L'expression « droit moral » est attribuée à MORILLOT dès 1982 : MORILLOT, *De la personnalité du droit de copie qui appartient à un auteur vivant,* 1982, cité par P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 7.

*extrapatrimoniales qui permettent à l'auteur de défendre sa personnalité telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre qu'il a créée »*[662]. Au regard de cette fonction commune, il est possible d'identifier un *« droit commun du droit moral »*[663]. Nous allons voir que l'inaliénabilité en est l'un des fils conducteur.

481. **L'anticipation paralysée par le droit moral.** Dans sa thèse consacrée au *« contrat d'auteur, outil d'anticipation »*[664], Monsieur Khavaldjian s'emploie à montrer que l'anticipation, de manière générale, est redoutée par le législateur de 1957. Parfois préservée, parfois freinée, l'anticipation est selon lui, à travers l'inaliénabilité du droit moral, paralysée. Son objet d'étude diffère du nôtre, en ce qu'il envisage l'anticipation de l'avenir par le contrat d'auteur, lorsque nous envisageons l'anticipation du contrat d'auteur à venir. Ces deux objets d'étude se rejoignent cependant parfois, car anticiper le contrat d'auteur, c'est aussi anticiper l'exploitation future de l'œuvre. Elles se rejoignent aussi par le prisme de la contrainte normative. Ce sont les grandes règles du droit d'auteur, ses dispositions générales protectrices de l'auteur, qui vont venir limiter l'anticipation du contrat tout comme l'anticipation par le contrat, les mêmes causes produisant ici les mêmes effets. En anticipant le contrat, c'est l'exploitation de l'œuvre que les parties, et l'exploitant notamment, souhaitent anticiper. Nous rejoignons ici son point de vue. L'inaliénabilité du droit moral influe sur le lien contractuel, sur le contrat, sur les avant-contrats. Le droit moral se situe hors du patrimoine. Inaliénable, il est alors considéré comme un objet contractuel prohibé. Telle est la première conséquence du droit d'auteur sur les avant-contrats, qui ne pourront avoir pour objet que les droits patrimoniaux dont ils prévoiraient la cession ou organiseraient la renonciation (***Paragraphe 1***) Les parties devront donc prendre garde de ne pas anticiper de trop l'exercice du droit moral, sous peine de voir leur engagement encourir la nullité. Conservant son essence mais quelque peu atténué, le droit moral va influer sur l'engagement contractuel matérialisé par les différents avant-contrats, et est susceptible d'en perturber le mécanisme (***Paragraphe 2***).

---

[662] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.,* n°245, p. 200.

[663] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°244, p. 199. Voir également sur ce point A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, 2006, n°447, p. 344.

[664] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, PUAM, coll. *Droit de l'informatique et de la communication*, 2008.

## Paragraphe 1.Le droit moral limitant l'objet des avant-contrats

482. Le droit moral, au fil des arrêts, a pris place à côté des droits patrimoniaux acquis si chèrement par les auteurs. La loi de 1957 est venue verrouiller leur existence, le code de 1992 leur a ensuite consacré un chapitre entier. Le législateur est cependant resté assez succinct sur ces droits. Des formules courtes, ramassées, viennent poser les jalons d'un droit extrapatrimonial qui fait pourtant briller le blason du droit d'auteur français. Trois articles en posent les bases : L'article L. 121-1 du CPI qui dispose que *« l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre »*, l'article L. 121-2 disposant que *« L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre »*, ainsi que l'article L. 121-4, qui prévoit quant à lui que *« nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire »*. Trois articles, quatre prérogatives, et une multitude de questions restées en suspens, laissant une marge de manœuvre considérable à la jurisprudence, ouverture dont la doctrine a tôt fait de s'emparer. Il en est ainsi des fondements de l'inaliénabilité du droit moral, (***I***), ainsi que de sa mesure (***II***).

### I. LES FONDEMENTS DE L'INALIENABILITE DU DROIT MORAL

483. **L'assise légale de l'inaliénabilité du droit moral.** L'inaliénabilité du droit moral est de ces questions qui ont vivement éveillé les esprits. Le droit commun voudrait que l'on puisse aliéner les biens et les droits dont on est titulaire, laissés ainsi au jeu de la volonté individuelle. Tel n'est pas le cas du droit moral. Aliéner son droit moral *« reviendrait à vendre sa personnalité, ce qui n'est pas envisageable »*[665]. La loi de 1957 l'a clairement affirmé, certaines de ses prérogatives sont inaliénables, perpétuelles, imprescriptibles. Il s'agit textuellement ici du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, tel que le prévoit l'article L. 121-1 du CPI. Qu'en est-il des autres ? L'inaliénabilité fait-elle partie du *« droit commun du droit moral »* [666]? La réponse est assurément affirmative. L'inaliénabilité frappe l'ensemble des prérogatives du droit moral, tant de l'avis de la doctrine majoritaire[667], qu'au regard de l'état du droit positif sur la question[668]. Si la loi de 1957 a

---

[665] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur,* 1re éd., Dalloz, coll. *Précis, op. cit*., n°404, p. 283.

[666] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°244, p. 199.

[667] La plupart des auteurs considèrent en effet que l'article 6 de la loi de 1957, aujourd'hui article L. 121-1 du CPI, doit avoir une portée générale. Voir sur ce point P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc, p. 225.

[668] A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, préf.

consacré ce caractère inaliénable, la jurisprudence en avait déjà posé le principe[669]. Plusieurs arguments militaient en faveur de l'inaliénabilité du droit moral. Certains tiennent à la nature du droit moral, droit de la personnalité (***A***), d'autres à son caractère, d'ordre public (***B***).

### A. L'inaliénabilité du droit moral fondée sur sa nature

484. **Les droits moraux, droits de la personnalité.** La nature des droits moraux a, dès leur apparition, divisé les auteurs. Pour beaucoup, le droit moral serait un droit de la personnalité, en ce qu'il protège la personnalité de l'auteur, telle qu'elle transcende l'œuvre. Ce n'est pas tant l'œuvre en tant que telle que l'on se doit de respecter que l'œuvre telle qu'elle a été conçue par son créateur. Le droit moral a ainsi pour attribution de protéger la part de personnalité que l'auteur a abandonnée à son œuvre. Or, telle est bien la fonction des droits de la personnalité, protéger la personnalité des individus qui en sont titulaires. Leur reconnaissance par la doctrine française se serait construite, selon Kayser *« en raison de l'impossibilité de reconnaître comme des droits de propriété le droit au nom, le droit de la personne sur son image, le droit moral de l'auteur »*[670]. Cette protection s'avère particulièrement nécessaire pour les auteurs. Philosophiquement, *en France*, cette « carapace morale » est envisagée comme supérieure à la protection des intérêts pécuniaires des auteurs[671]. Cette supériorité a été mainte fois affirmée par les juges[672]. Si cette fonction protectrice ne justifie pas à elle seule l'entrée du droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité, elle met en évidence leur essence commune.

---

R. SAVATIER, LGDJ, coll. *Bibl.dr.privé*, 1962, n°52 et s, p. 37 et s.

[669] On trouve dès la fin du 19ème siècle des affaires dans lesquelles les juges ont commencé à poser les bases de cette inaliénabilité. Ainsi, le 11 novembre 1899, le Tribunal Civil de la Seine a considéré que *« l'artiste qui vend son œuvre (…) n'aliène pas l'espérance de réputation que peut lui assurer la publicité parce qu'il s'agit d'une chose inaliénable »*. Le principe d'inaliénabilité du droit moral est ensuite affirmé de manière beaucoup plus nette en 1931 : *« Considérant que Cassandre en cédant (…) sa maquette (…) n'a pas aliéné son droit moral à la défense de l'œuvre ; que ce droit est inaliénable* » : CA Paris, 27 nov. 1931 : *G.P*. 1932, I, 131, p. 132. Arrêt cité par P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 215.

[670] P. KAYSER, *Les droits de la personnalité : aspect théoriques et pratiques : RTD civ*. 1971, p. 509.

[671] La France n'est d'ailleurs pas le seul pays dans lequel le droit moral soit considéré comme un droit supérieur. Dans sa thèse consacrée au droit moral de l'auteur, Hans Von SEGESSER parle du droit moral comme *du « droit idéal sur l'œuvre »*, H.-V. SEGESSER, *Le droit moral de l'auteur*, Thèse, Genève, 1951, p. 8.

[672] En 1949, le tribunal civil de la Seine affirmait par exemple que : *« Le droit moral est (…) destiné à assurer à l'auteur ce qu'il a de plus précieux, le respect de sa personnalité »*. Tribunal civil de la Seine, 6 et 7 avr. 1949 : *JCP G*, 1950, II, 5462, note R. PLAISANT, et COSTE. A voir également un bien curieux arrêt de la Cour de Cassation du 25 mars 2010, dans lequel les juges ont constaté la validité d'un contrat d'édition signé par l'héritier de l'auteur, détenteur du droit de divulgation et titulaire indivisaire des droits patrimoniaux sur l'œuvre, au détriment de sa sœur qui ne détenait quant à elle qu'une part des droits patrimoniaux. Cass. 1re civ., 25 mars 2010 : *D.* 2010, p. 1603, note P. ALLAEYS, *Le droit de divulgation est-il supra-patrimonial ?* ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, juill. 2010, p. 19, note Z. AZZABI.

485. **Les critiques apportées à la catégorisation en tant que droit de la personnalité.** L'identification du droit moral comme un droit de la personnalité est pourtant parfois contestée, pour plusieurs raisons. La première tient en premier lieu au fait que l'œuvre faisant écran, l'objet de la protection ne serait pas directement la personnalité de l'auteur mais l'œuvre elle-même. En protégeant l'œuvre, c'est pourtant bien la personnalité de l'auteur telle qu'il l'a exprimée dans celle-ci que le droit moral protège. L'œuvre n'est ainsi qu'un filtre, le vecteur par lequel le droit moral va se distinguer, non par sa nature, mais par son objet, des autres droits de la personnalité.

486. C'est également un caractère du droit moral, sa perpétuité, qui ferait obstacle à cette qualification. Il est vrai que les droits de la personnalité n'ont en principe pour durée de vie que celle de la personne, tant ils y sont liés. L'exercice de qualification résiste cependant selon nous à cet obstacle. L'on peut tout d'abord observer une certaine survivance des droits de la personnalité au trépas des personnes, appréhendés au travers de concepts plus flous, plus malléables. Ainsi, la dignité humaine et le droit au respect semblent s'étendre au-delà de la mort, comme nous l'a montré la Cour de cassation à plusieurs reprises[673]. C'est ici à la fois l'image et la vie privée du défunt que le droit protège indirectement, ces droits n'existant théoriquement plus. C'est parfois sa mémoire et son honneur, lorsque la loi reconnait par exemple que les cadavres, et leurs cendres, doivent être traités avec respect, dignité, et décence[674]. On ne peut pas mieux dire que c'est ici la personnalité du défunt qui doit être respectée, cela fut-il parfois pour aider le travail de deuil de leurs familles. Si cet argument ne suffisait pas à convaincre que les droits de la personnalité laissent leur empreinte malgré le décès de la personne qui en est le support, un autre argument touchant directement à l'essence du droit moral peut être avancé. L'auteur, une fois décédé, n'est plus. Telle est la vérité biologique, telle est aussi la réalité juridique, puisque la personnalité juridique, acquise à la naissance, s'envole dès les derniers battements du cœur. Pourtant, l'œuvre accroche une part de cette personnalité, qui va, grâce à elle, demeurer éternelle. L'auteur continue à exister à travers l'œuvre. Sa personnalité serait alors toute aussi perpétuelle que le droit qui a en charge de la protéger, droit de la personnalité et perpétuité ne seraient ainsi pas incompatibles. Un dernier argument peut être tiré du fait que le droit

---

[673] Notamment : Cass. 1re civ., 20 déc. 2000 : *D.* 2001, p. 872, note J.-P. GRIDEL ; *D.* 2001, p. 1990 note A. LEPAGE ; *JCP G*, 2001. II. 10488, note J. RAVANAS - Cass. 1re civ., 1er juill. 2010, : n°09-15.479.

[674] Le Code civil l'affirme en son article 16-1-1 alinéa 2, prévoyant que « *les restes des personnes décédées, y compris les cendres dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». Le Code pénal quant à lui glose sur les atteintes au respect dû aux morts dans ses articles 225-17 à 225-18-1, dans un chapitre consacré aux « *atteintes à la dignité de la personne* ».

moral, bien que perpétuel, perd de sa superbe une fois l'auteur disparu. Preuve s'il en est que droit moral et personnalité sont étroitement liés.

487. Le droit moral résiste donc à l'exercice de qualification. Nous sommes bien face à un droit de la personnalité. Malgré quelques détracteurs enclins à voir dans le droit moral un simple accessoire des droits patrimoniaux[675], la doctrine majoritaire[676] s'attache aujourd'hui à l'admettre[677], et la jurisprudence avec elle[678]. Cette qualification devrait, à elle seule, justifier l'inaliénabilité du droit moral[679]. Elle en est le fondement essentiel pour certains. Selon Monsieur Koumantos par exemple, *« l'inaliénabilité du droit moral est liée à son rattachement au droit de la personnalité »*[680].

488. **Un fondement insuffisant.** Les droits de la personnalité, en tant que droits primordiaux de la personne humaine, devraient en effet demeurer hors du commerce juridique. Aujourd'hui pourtant, leur exercice s'accommode de nombreuses prévisions contractuelles[681], plus ou moins importantes selon les droits en cause. Prenant pour exemple le droit à l'image ou encore le droit au respect de la vie privée, Messieurs A. Lucas et H.-J. Lucas sont pour cette raison rétifs à admettre l'opportunité

---

675 Voir sur ce point les développements de B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°25, p. 49. Dans ce sens J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de loi*, Litec, 1990, n°755.

676 P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°189, p. 205. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°248, p. 203 ; P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., Gualino éditeur, coll. *Manuels*, 2007, n°124, p. 109 ; également C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ème éd., Dalloz Droit privé, coll. *Précis*, 1999, n°127, p. 126. ; G. CORNU, *Droit civil*, 9e éd., Montchrétien, coll. *Domat droit privé*, n°1696, p. 656. Pour une approche plus réservée, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°443 et 444, p. 341 et s. Selon ces auteurs, l'entrée du droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité n'aurait guère d'intérêts. Elle pourrait même se révéler dangereuse, le risque étant *« de voir le droit moral se fondre peu à peu dans une nébuleuse et s'affadir, donc s'affaiblir »*. Mieux vaudrait alors *« en rester à l'idée simple et féconde que le droit moral de l'auteur tient sa singularité et sa force du lien qui existe entre l'auteur et son œuvre »*.

677 Cette conception n'est pas nouvelle. Le droit moral est même considéré par certains auteurs comme « *l'ancêtre des droits de la personnalité* », J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral, in* Etudes offertes à Jacques Lambert, éd., Cujas, Paris, 1975, n°4, p. 557et s.

678 Par exemple : TGI Paris, 11 févr. 1993 : *RIDA*, 1993, n°156, p. 235. Arrêt cité dans le CPI sous son article L. 121-1 sous le titre : « droit de la personnalité ». La cour de cassation a d'ailleurs affirmé que le droit moral est *« entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi »*. La référence aux *« autres droits de la personnalité »* renvoie bien à l'idée que le droit moral en est déjà un : Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *JCP G*, 1993, II, 22161, note J. RAYNARD ; *D.* 1994, p. 78, note A. FRANÇON.

679 En ce sens B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°19, p. 46.

680 G. KOUMANTOS, *Faut-il avoir peur du droit moral ?* : art. préc., p. 97.

681 C'est le cas du droit à l'image ou encore du droit au respect de la vie privée.

d'une telle qualification[682]. Admettre l'entrée du droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité conduirait à affaiblir ce droit au vu de sa patrimonialisation croissante. Si cette patrimonialisation n'est pas contestable[683], la catégorie entière ne s'en trouve pas nécessairement affectée. Certains droits de la personnalité, nous pensons ici essentiellement à la présomption d'innocence ou encore à la dignité, demeurent en principe en dehors de la *« sphère patrimoniale »*[684]. Malgré cela, cette catégorie de droits s'adaptant aux évolutions de la société et de ses aspirations, et au vu des craintes et véhémences exprimées par les détracteurs du droit moral, il serait prudent de ne pas fonder l'inaliénabilité du droit moral sur cette seule qualification.

**B. L'inaliénabilité du droit moral fondée sur son caractère d'ordre public**

489. **Une protection d'ordre public.** Certains auteurs considèrent que c'est le caractère d'ordre public qui guide l'inaliénabilité du droit moral, indépendamment de sa nature. C'est le cas de Messieurs A. Lucas et H.-J. Lucas, selon qui : *« C'est parce que le droit moral est éminemment personnel que le législateur lui reconnaît un caractère d'ordre public dont il tire lui-même deux conséquences, l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité »*[685]. Nul ne conteste en effet que le droit moral présente un caractère d'ordre public. L'objectif de protection qui l'anime va en ce sens, les termes employés par le législateur également, les règles qu'il édicte revêtent la forme d'une loi plus impérative que supplétive. C'est cependant la jurisprudence qui a consacré ce caractère, comme le montre très justement Monsieur Caron[686]. Mesure d'ordre public, la protection du droit moral trouve ainsi dans les ressources du Code civil le principe même de son inaliénabilité. *« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs ».* Au seul regard de l'article 6 du Code civil, le droit moral de l'auteur se dote d'une inaliénabilité protectrice. Ce fondement autonome, détaché des catégories juridiques, se révèle certainement plus rassurant.

---

[682] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°444, p. 342.

[683] G. CORNU va même jusqu'à dire que « *chacun est libre, au cas par cas, de consentir à l'abandon de ses prérogatives* ». G. CORNU, *Droit civil, op. cit.,* n°525, p. 226.

[684] Voir sur ce point B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., p. 51 et s.

[685] A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°449, p. 344. En ce sens également : A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, thèse préc., 1962.

[686] Dans son manuel, il place ainsi ce caractère à l'ordre de ceux *« consacrés par la jurisprudence* », C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit*., n°255, p. 208.

490. **Une inaliénabilité d'ordre public**. Quel qu'en soit le fondement, le principe de l'inaliénabilité du droit moral est fermement posé, il l'est aujourd'hui directement par la loi, et revêt lui-même un caractère d'ordre public. Les juges ont parfois mis en avant ce caractère : *« L'inaliénabilité du droit moral, principe d'ordre public »*[687], afin d'en tirer toutes les conséquences et d'en dicter la mesure.

### II. LA TENEUR DE L'INALIENABILITE DU DROIT MORAL

491. **Une inaliénabilité entendue largement.** La teneur de l'inaliénabilité du droit moral se doit elle même d'être précisée. Un droit inaliénable serait un droit que l'on ne peut céder, la volonté fut-elle en ce sens. Mais l'inaliénabilité du droit moral va au-delà de son caractère incessible. Certes, au sens premier, elle signifie que l'auteur ne peut céder son droit ou l'une de ses composantes, celui-ci doit rester attaché à sa personne tant qu'il est en vie, car il est éminemment personnel. Un contrat d'auteur ne pourra pas prévoir la cession du droit moral, un avant-contrat ne pourra pas la préparer. Mais il faut aller plus loin. L'inaliénabilité du droit moral implique aussi que l'on ne puisse y renoncer[688], ou l'abandonner[689]. La lettre de la loi pourrait laisser penser le contraire. Comme le remarque Monsieur Caron, « *renonciation n'est pas cession !* »[690] Il serait en effet bien simple de s'engager par avance à ne pas activer son droit. Celui-ci ne serait alors qu'une formalité dont la pratique aurait tôt fait de se débarrasser dès les prémices du contrat. Une fois de plus, le déséquilibre dans le rapport de force existant entre auteurs et exploitants ne laisserait guère de chances à l'auteur d'embarrasser les exploitants d'un droit qui, oh combien nécessaire[691], peut se révéler à leur égard

---

[687] Cass. 1re civ., 28 janv. 2003 : *Légipresse*, 2003, n°201, III, p. 61, note A. MAFFRE-BAUGE ; *CCE*, 2003, comm. 21,p. 17, C. CARON ; *Propr. Intell.* 2003, n°7, p. 165, note P. SIRINELLI ; *RIDA*, avr. 2003, p. 415, note A. KEREVER.

[688] Voir notamment sur ce point R. PLAISANT, *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur, in* Mélanges en l'honneur de H. DESBOIS, Etudes de propriété intellectuelle, Dalloz, 1974, p. 63. *Contra*, SAVATIER, qui considère que *« si l'auteur ne peut transférer son droit moral, cela ne signifie nullement qu'il ne puisse l'abdiquer plus ou moins complètement »*, R. SAVATIER, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957 : JCP G*, 1957, I, 1398.

[689] G. KOUMANTOS montre clairement la distinction entre cession, renonciation et abandon du droit moral : « *La notion d'aliénation est une notion générique comprenant le transfert, la renonciation et l'abandon. …L'aliénation comprend tout acte ou fait juridique qui a comme conséquence pour le titulaire d'un droit la perte de celui-ci. Si le droit en question est perdu pour le titulaire parce que celui-ci a voulu qu'il soit acquis par un autre, il s'agit d'un transfert. Mais il se peut que le droit soit perdu pour le titulaire sans pour autant qu'il soit acquis par un autre, soit parce que le titulaire s'engage à ne pas l'exercer envers son cocontractant, soit parce qu'il déclare ne plus se considérer comme titulaire. Dans le premier de ces cas on parle de renonciation, dans le deuxième on parle d'abandon* », G. KOUMANTOS, *Faut-il avoir peur du droit moral ?* : art. préc., p. 87.

[690] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit*., n°252, p. 206.

[691] En ce sens, B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*,

gênant. Cela aboutirait à un *« suicide moral »*, pour reprendre les termes célèbres de Desbois[692]. En soustrayant cette possibilité à la liberté contractuelle, le droit d'auteur le soustrait par là même de l'objet des négociations. La finalité de ce fameux droit moral est alors préservée, la protection de l'auteur serait en tout temps assurée. Le droit moral *« résiste aux outrages du temps »*[693], telle est la vocation de son caractère perpétuel, et à ceux de la volonté, c'est le principe même d'inaliénabilité.

492. **Une mesure précisée par la jurisprudence.** La jurisprudence a eu à plusieurs reprises l'occasion de prononcer ces deux acceptions du principe d'inaliénabilité du droit moral, en condamnant non seulement les cessions ayant pour objet une des prérogatives de ce droit, mais en sanctionnant également les clauses par lesquelles les auteurs s'engageraient, par avance, à ne pas brandir en justice leur droit moral et ainsi remettre en cause l'exploitation de l'œuvre. Les juges ont par exemple affirmé en 1950 que *« les auteurs ne sauraient par avance renoncer en bloc et par blanc-seing à l'exercice du droit moral qui, incessible et insaisissable, s'impose à tous, aux cocontractants comme aux tiers »*[694]. Ainsi, un auteur ne peut, abandonner *« au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder »*[695]. Cette solution est aujourd'hui bien établie. Cette appréciation extensive du principe d'aliénation a été posée dans l'arrêt précité pour le droit au respect de l'œuvre, mais elle vaut également pour les autres prérogatives du droit moral. Ainsi, si la jurisprudence l'a parfois toléré[696], il n'est plus admis aujourd'hui que les auteurs puissent renoncer à exercer leur droit de paternité, que ce soit sous la forme d'un *« contrat de*

---

thèse préc., n°18, p. 46.

[692] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit*., n°382, p. 470.

[693] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit*., n°251, p. 205.

[694] CA Paris, 14 juin 1950 : *D.* 1951, p. 9, note H. DESBOIS. Dans le sens de l'impossibilité de renonciation, voir aussi : Tribunal civil de la Seine, 6 et 7 avr. 1949 : *Gaz. Pal*, 1949, 1, p. 249, concl. GEGOUT.

[695] A propos de l'affaire *« Jean Ferrat»* : Cass. Soc. 10 juill. 2002 : *JCP G* 2003, II, 10000, note C. CARON ; *JCP E*, 2002, 1642, p. 1823, note C. CARON ; *Légipresse*, 2002, n°195, III, p. 174, note A. MAFFRE-BAUGE. A propos de l'affaire *« On va fluncher »* : Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, arrêt dont l'importance peut se mesurer à l'aune des nombreux commentaires qu'il a suscité : *Légipresse* 2003, n°201, III, p. 61, note A. MAFFRE-BAUGE ; *CCE*, 2003, comm. 21, note C. CARON ; *Propr. Intell*, 2003, n°7, p. 165, note P. SIRINELLI ; *RIDA*, 2003, n°196, p. 415, obs. A. KEREVER. L'épilogue de cette affaire a été marqué par l'arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de Cassation le 2 avril 2009, arrêt dans lequel les juges ont réitéré cette formule désormais célèbre. Cass. 1re civ., 2 avr. 2009 : *CCE*, juin 2009, comm. 52, p. 28, C. CARON.

[696] A propos d'une convention de nègre : Tribunal civil de la seine, 13 févr. 1858 et CA Paris, 14 nov. 1859, « *Maquet c/ Alexandre Dumas »* : *Ann. Propr. Ind*. 1859, p. 390.

*nègre »,* qui demeurera précaire[697], ou d'une attribution contractuelle de la qualité d'auteur[698]. Il ne devrait pas non plus pouvoir promettre d'exercer son droit de divulgation sur une œuvre qui n'a pas encore vu le jour, ni s'engager à ne pas user de son droit de retrait et de repentir une fois ses droits patrimoniaux cédés et son œuvre exploitée.

493. Cette inaliénabilité du droit moral tend ainsi à ne pas permettre une anticipation qui pourrait se révéler néfaste à l'auteur. Ce frein s'imposera à l'avant-contrat comme il s'imposerait au contrat d'auteur. Il convient de préciser que même lorsque le droit moral n'existe pas encore, puisqu'il ne préexiste pas à l'œuvre, comme a pu le rappeler la Cour de cassation[699], la marge de manœuvre n'est pas plus grande. Si l'œuvre est créée, il naitra tôt ou tard, et l'on sait que conformément au droit commun, on ne peut renoncer par avance à un droit qui n'existe pas encore[700].

494. **Les nuances à apporter**. Si l'objet du contrat d'auteur ou de l'avant-contrat ne peut pas être la cession ou la renonciation au droit moral, celui-ci peut tout de même en aménager par avance l'exercice, à condition que cet aménagement ne conduise pas l'auteur à renoncer à la protection qui est la sienne. En ce qui concerne le droit au respect de l'œuvre par exemple, l'auteur peut consentir par avance à des modifications minimes, tant qu'elles ne laissent pas entre les mains de l'exploitant une appréciation discrétionnaire du sort de sa création. Il faut donc que les autorisations données soient spéciales[701]. Monsieur Gautier propose par exemple de faire figurer, en annexe du contrat, *« une sorte de descriptif de l'œuvre, l'auteur indiquant ce qu'il accepterait qui soit modifié et ce à quoi il refuse, étant bien entendu que cette autorisation* a priori *ne vaudrait que pour les éléments non caractéristiques de l'œuvre et se détruirait automatiquement au cas de dénaturation*

---

[697] CA Paris, 1er févr. 1989 : *D.* 1990, somm. p. 52, obs. C. COLOMBET ; *RIDA*, oct. 1989, p. 301, note P. SIRINELLI.

[698] Cass. 1re civ., 4 avr. 1991, *Béart c/ Boyer* : *RIDA*, oct. 1991, p. 125 ; *Bull. civ.* I. n°119 ; Cette solution a été très clairement rappelée dans l'arrêt « *Vidéo Adapt* » Cass. 1re civ., 6 mai 2003 : *Légipresse*, n°203, 2003, III, p. 120 ; *RIDA*, n°197, juill. 2003, p. 293 ; *RTD com*. 2004, p. 267, obs. F. POLLAUD-DULLIAN.

[699] Cass. 1re civ., 7 avr. 1987, *« Etat Gabonais c/ Sté nat. De télévision en couleur Antenne 2 »* : *D.* 1988, juris. p. 97, note B. EDELMAN ; *RIDA*, oct. 1987, p. 197. ; *RTD civ.* 1988, p. 224, note A. FRANÇON ; *Bull. civ*. 1987, n°124, p. 93. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a clairement affirmé, en toute logique, que : *« Le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci ».*

[700] Pour une application de ce principe, voir par exemple : Tribunal civil de la Seine, 27 mai 1959, *« Mistinguett » : RIDA*, juill. 1959, p. 149, ainsi que l'affaire *« Allain »* TGI Paris, 7 janv. 1969 : *RIDA*, avr. 1969, p. 166.

[701] La Cour d'appel de Paris a par exemple affirmé que : « *La prohibition d'un abandon du droit moral par anticipation dans un contrat n'impose pas de recueillir, avant toute modification, la permission expresse du cédant. L'auteur, quoique tenu par la force obligatoire du contrat passé, conserve cependant la faculté de faire cesser l'utilisation qui se révèlerait abusive* », CA Paris, 15 déc. 2004 : *CCE*, févr. 2005, p. 45 ; *D.* 2005, p. 2886.

*substantielle »*[702]. Il importe donc que l'usage de l'œuvre ne soit pas potestatif, et que l'auteur soit éclairé sur les modifications qu'il autorise, ce qui explique que les ratifications *a posteriori* soient, elles valables. L'aménagement contractuel du droit moral se déduit parfois de la nature même de l'œuvre et de sa destination. L'auteur doit être conscient que certains types d'exploitations ne permettent pas par exemple d'apposer sa signature ou la mention de son nom. De même, il ne peut prétendre à l'intangibilité d'une œuvre architecturale destinée à accueillir les bureaux d'une entreprise[703], qui doit pouvoir s'adapter à des besoins nouveaux, ou encore à accueillir le public d'un stade[704] qui doit se conformer aux normes de sécurité. Une limite au droit au respect de l'œuvre est également apportée en matière de logiciel. L'auteur ne peut s'opposer à sa modification ou altération par son cessionnaire que lorsque celles-ci portent atteinte à son honneur ou à sa réputation. Ici aussi, la vocation utilitaire de l'œuvre est prise en compte. C'est parfois la nature des droits qu'il cède qui constituera un aménagement de son droit moral. Ainsi, en cédant les droits d'adaptation de son œuvre, il accepte, comme son nom l'indique, une adaptation, qui implique, pour avoir un sens, une transformation mesurée de celle-ci. Ainsi, il ne devrait plus pouvoir prétendre au respect de son intégrité, sauf à ce que l'atteinte soit trop grande, mais au seul respect de son esprit[705]. Les exemples sont nombreux. La nuance est donc de mise, elle est dictée par les besoins de la pratique, et admise par les juges qui contribuent ainsi à légitimer l'exercice d'un droit moral qui suscite chez certains beaucoup de réticence.

495. **Une inaliénabilité nécessaire.** La jurisprudence a largement contribué à dessiner les contours de cette inaliénabilité, et à affirmer les particularités du droit d'auteur français, jalousé par certains, redouté par d'autres. *« Faut-il avoir peur du droit moral ? »*[706]. Nombreux sont ceux tentés de

---

[702] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°197, p. 216.

[703] Cass. 1re civ., 7 janv.1992 : *Bull. civ*, 1992, I, n°7, p. 5. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un architecte dénonçant l'atteinte portée à l'intégrité de son œuvre, un immeuble destiné à accueillir les services de la société Bull. Celle-ci avait en effet fait cloisonner un foyer surmonté d'une verrière afin d'y installer deux salles de démonstration. Confirmant la solution de la Cour d'appel, la Cour affirme que l'architecte, qui connaissait la nature utilitaire de cette commande et l'avait accepté sans réserves, *« s'obligeait par là même à subir les contraintes propres à son objet souverainement défini par le maître de l'ouvrage »*, cette finalité impliquant *« la survenance possible d'exigences nouvelles »*. Le droit moral se trouve ici nécessairement concilié avec l'engagement contractuel.

[704] CE, 11 sept. 2006 : n° 265174. La limite se situe cependant dans le constat de la nécessité des modifications opérées, ici pour des raisons de sécurité.

[705] La jurisprudence l'a admis depuis bien longtemps, et l'a réaffirmé à de nombreuses reprises, l'adaptation ne peut se faire sans une certaine transformation de l'œuvre. Voir par exemple, à propos de l'adaptation du livre « Le petit prince » de Saint-Exupéry : Cass. 1re civ., 12 juin 2001 : *Légipresse*, n°185, oct. 2001, p. 180.

[706] G. KOUMANTOS, *Faut-il avoir peur du droit moral ?:* art. préc., p. 87.

répondre par l'affirmative. Il suffit pour s'en convaincre d'observer le temps nécessaire à une consécration de certaines de ses prérogatives dans de nombreux pays, et les réticences de certains d'entre eux à signer la convention de Berne qui n'en offre pourtant qu'une version limitée, au regard de la puissance du droit moral français. Plusieurs pays ont d'ailleurs admis la possibilité de renoncer à l'exercice du droit moral[707]. L'inaliénabilité du droit moral serait l'assurance que l'épée de Damoclès menaçant les exploitants reste bien là, menaçante, imprévisible. Car tout est question de prévision, ici. On ne peut pas, par le contrat, prévoir par avance l'exercice, ou le non exercice du droit moral. Par essence, celui-ci doit rester à disposition des auteurs, leur permettant à tout moment de hausser le ton pour revendiquer la protection que mérite selon eux leur progéniture. Cette image d'une menace planante est sans aucun doute exagérée. L'exercice du droit moral a principalement un caractère défensif, il répond à une atteinte[708], intervient pour ramener l'exploitation de l'œuvre dans le giron de la personnalité de l'auteur. Afin de rester pleinement efficient, il est ainsi important de ne pas pouvoir y renoncer promptement, cette inaliénabilité envisagée largement est nécessaire. Cela vaut pour toutes les prérogatives du droit moral. Aucune d'entre elles ne doit être paralysée par le contrat. Elles ne peuvent donc *a priori* être l'objet même du contrat, et *a fortiori* de l'avant-contrat. Le contrat ou l'avant-contrat ayant pour objet la cession ou la renonciation à l'une de prérogatives du droit moral devrait se voir frappé de nullité. Il appartiendra cependant au juge de décider si une telle sanction est justifiée, ou si le contrat peut y survivre en réputant la clause spécifique au droit moral non écrite. Il faut également garder à l'esprit que, s'agissant d'un ordre public de protection, seul l'auteur pourra en demander la sanction.

496. Malgré ces principes forts, il est des cas où l'engagement que prend l'auteur ne peut se passer d'une limitation de son droit moral. Hors du commerce juridique, il ne se situe pas totalement en dehors des champs contractuels qui organisent l'exploitation commerciale de l'œuvre. Comment le pourrait-il, d'ailleurs ? Le droit moral, bien que d'ordre public, inaliénable, imprescriptible, perpétuel, n'est pas étranger au contrat. L'avant-contrat, quant à lui, va être influencé, au-delà de sa validité, dans son régime par le droit moral. À cet égard, droit moral et avant-contrats vont subir une influence réciproque.

---

[707] Voir sur ce point : B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°32, p. 55.

[708] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°246, p. 201.

## Paragraphe 2. Le droit moral affectant le régime des avant-contrats

497. **L'influence réciproque du droit moral et des avant-contrats.** Nous l'avons vu, le droit moral est inaliénable. Cette simple formule semble *a priori* refléter la conception française très personnaliste du droit d'auteur, qui veut que l'œuvre puisse se détacher matériellement, pécuniairement de l'auteur, mais que son esprit lui soit éternellement lié. En effet, tant que l'auteur est en vie, il ne peut couper purement et simplement le cordon qui le relie à l'œuvre. Une fois mort, les continuateurs de la personne de l'auteur verront ce lien maintenu, bien que quelque peu distendu. Pourtant, affirmer l'inaliénabilité du droit moral ne peut se faire sans nuances. L'engagement de l'auteur, sa volonté ne peuvent prendre pleinement effet qu'au prix d'une limitation de ce droit moral, tandis que le droit moral ne peut pleinement jouer son rôle qu'en réduisant parfois les effets de l'engagement contractuel. Droit moral et engagement contractuel ont donc une influence réciproque. Ils doivent se conjuguer, conjugaison arbitrée par le juge, à défaut d'une législation lumineuse. Ainsi, l'engagement contractuel balise l'exercice du droit moral, tandis que le droit moral paralyse parfois les effets de l'engagement contractuel. Comme le note Monsieur Huguet, *« la force obligatoire de la convention ainsi que les règles propres de ces contrats vont parfois se heurter violemment au principe d'ordre public d'inaliénabilité des droits moraux ; et la loi de 1957 s'efforce de régler les conflits en faisant par principe triompher l'inaliénabilité du droit moral formulé dans l'article 6, mais en lui apportant parfois des réserves variant suivant la nature du contrat d'exploitation »*[709].

498. Sans aller jusqu'aux conclusions de Monsieur Savatier qui considérait que « *le droit moral subit par la pratique contractuelle des atteintes telles qu'il serait irréaliste de le tenir pour inaliénable* », ou encore que « *tout contrat passé sur l'œuvre par son auteur comporte un certain dépouillement du droit moral* »[710], nous pouvons affirmer que l'exercice du droit moral est, du fait de l'engagement contractuel, balisé. L'auteur s'engage, non pas à ne pas actionner son droit moral, mais à en faire une application mesurée, teintée de loyauté. L'abus dans l'exercice du droit moral a ainsi

---

[709] A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, thèse préc., n°98, p. 71.

[710] R. SAVATIER, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957* : art. préc., 1398.

permis à la jurisprudence, au fil des affaires, de préserver l'équilibre entre l'engagement contractuel et l'exercice du droit moral[711].

499. **L'influence variable des prérogatives morales sur les avant-contrats.** Chacune des prérogatives du droit moral n'influe pas de la même manière sur cet engagement, et n'en subit pas la même influence. C'est pourquoi nous envisagerons successivement ces différents pouvoirs entre les mains des auteurs. Nous avons vu que l'avant-contrat ne pouvait avoir pour objet de préparer la cession, la renonciation ou l'abandon du droit moral ou de l'une de ses prérogatives. L'articulation s'arrête là entre droit moral et avant-contrat, en ce qui concerne le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre. Une fois l'avant-contrat conclu valablement, ces deux prérogatives ne peuvent remettre en cause le mécanisme des avant-contrats. Nous pouvons juste noter à ce sujet que l'avant-contrat est un véritable engagement contractuel, mais pour que l'auteur puisse exercer ces deux prérogatives *a posteriori*, il faut qu'un véritable contrat d'auteur soit intervenu. Ces deux droits ont une fonction défensive. Or, pour qu'ils aient subi une atteinte, il faut que l'œuvre ait été exploitée, ce qui suppose, en principe, que le contrat d'auteur ait été conclu. Le droit à la paternité et le droit au respect n'intéressent donc pas le temps de l'avant-contrat au-delà du constat que l'on ne pourra pas anticiper n'importe quelle exploitation de l'œuvre, donc au-delà de sa validité. Nous ne pouvons pas écarter aussi clairement le droit de divulgation (***I***) et le droit de retrait et de repentir (***II***). Ces deux droits peuvent potentiellement se confronter à l'avant-contrat, perturbant son sort, son régime, ses modalités, ou encore même sa qualification, hypothèse que nous ne retiendrons pas. Parallèlement, nous le verrons en filigrane, l'avant-contrat remettra en cause l'absolutisme de ces deux prérogatives.

## I. LA CONFRONTATION ENTRE DROIT DE DIVULGATION ET PROMESSE DE CESSION

500. La confrontation entre droit de divulgation et avant-contrat est d'une effectivité flagrante (***A***), et se matérialise de diverses manières (***B***).

---

[711] Ainsi, *« le juge entend protéger très complètement le droit moral. Il n'en tient pas moins compte des conséquences que comporte son exercice sur le droit pécuniaire. Il doit concilier l'inaliénabilité du premier et l'aliénabilité du second ainsi que le caractère obligatoire des contrats s'y rapportant. Cette œuvre de conciliation ne peut être que le fait du juge qui intervient, explicitement ou implicitement, selon la notion d'abus de droit pour limiter la portée des conventions qui porteraient indûment atteinte au droit moral, tout en obligeant l'auteur à exécuter les engagements pris lorsque son refus n'est pas fondé sur la volonté de sauvegarder le droit moral de bonne foi, mais sur celle d'échapper à des obligations contractées en pleine connaissance de cause* ». R. PLAISANT, *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur*, art.

### A. L'effectivité de la confrontation

501. **Le cadre restreint de la confrontation.** Contrairement au droit de paternité et au droit au respect de l'œuvre, le droit de divulgation peut remettre en cause le mécanisme même de certains avant-contrats. Nous pouvons toutefois dès lors écarter de nos propos le pacte de préférence. En effet, par un tel contrat, l'auteur s'engage, au cas où il déciderait de conclure un contrat de cession de ses droits d'auteurs, à préférer un cocontractant. Ce mécanisme de préférence ne se trouve pas perturbé par le droit de divulgation, puisque l'auteur ne s'engage pas à conclure le contrat définitif. Il en est autrement de la promesse de cession de droits d'auteur n'emportant pas la conclusion du contrat définitif. C'est donc cette figure contractuelle qui retiendra notre attention ici. Notons également que la question ne se pose que pour l'œuvre qui n'a pas fait l'objet d'une première divulgation, le droit de divulgation s'épuisant en principe par le premier exercice que l'auteur en fait[712]. Un certain nombre d'avant-contrats ne sont donc pas concernés par cette question, dont ceux, fréquents, du contrat d'option portant sur les droits d'adaptation cinématographique des œuvres littéraires qui ont déjà été publiées.

502. **Une confrontation originelle entre droit de divulgation et engagement contractuel.** La naissance même du droit de divulgation est issue d'hypothèses de confrontation entre un engagement contractuel et la possibilité qu'il semblait à cette époque falloir reconnaître aux auteurs de ne jamais dévoiler leurs œuvres au public. Cette confrontation entre le mécanisme classique de l'engagement contractuel et droit de divulgation est apparue clairement à l'occasion de l'affaire « Whistler ». Les juges ont décidé dans cet arrêt que *« la convention par laquelle un peintre s'engage à exécuter un portrait moyennant un prix déterminé constitue un contrat d'une nature spéciale, en vertu duquel la propriété n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandé que lorsque l'artiste a mis ce tableau à sa disposition et qu'il a été agréé par elle »*[713]. A été ainsi dégagé le principe même du droit de divulgation, principe qui a ensuite été confirmé à l'occasion de l'arrêt « Camoin » : *« La propriété littéraire et artistique comporte pour celui qui en est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui, attaché à la personne même de l'auteur ou de l'artiste, lui permet, sa vie durant, de ne livrer son œuvre au public que de la manière et dans les conditions qu'il juge*

---

préc., p. 71.

[712] En ce sens, CA Paris, 14 févr. 2001 : *CCE*, mars 2001, p. 19, note C. CARON.

[713] Cass. 1re civ., 14 mars 1900 : *DP*, 1900, 1, p. 497, concl. DESJARDINS, note PLANIOL.

*convenables »*[714].Plusieurs affaires ont ensuite permis aux juges de préciser et de mettre en lumière les applications possibles de ce droit. C'est le cas de l'arrêt « Rouault », qui précise que « *celui qui traite avec l'artiste pour une œuvre incomplète et que l'auteur, qui la conserve, se réserve de terminer, conclut un contrat sur chose future dont la propriété, après exécution, ne peut être transférée que par la délivrance effectuée de l'œuvre. Jusqu'à la livraison effective, le peintre reste maître de son œuvre peut la parfaire, la modifier, la détruire, ou même la garder inachevée s'il désespère de la rendre digne de lui. Cette faculté incessible, attribut de son droit moral, s'exerce nonobstant toutes conventions contraires, dont l'inexécution fautive ne saurait exposer l'auteur qui se ravise, qu'à des dommages et intérêts* ». On ne peut pas mieux dire que la force obligatoire des contrats peut se trouver perturbée par le droit ainsi révélé. Ce droit a depuis été intégré à la législation du droit d'auteur par la loi du 11 mars 1957, dans son article 19. La règle est aujourd'hui contenue dans l'article L. 121-2 du CPI, qui dispose que *« l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ».*

503. Les arrêts précités n'intéressent que l'articulation entre la propriété matérielle de l'œuvre, son support, et le droit moral de l'auteur. Les solutions dégagées ne concernent donc pas directement les droits patrimoniaux d'auteur. Elles montrent pourtant déjà que l'engagement contractuel va devoir se conjuguer avec ce droit très spécial.

504. **Droits patrimoniaux et droit de divulgation, une articulation complexe.** Les relations entre droits patrimoniaux et droit de divulgation sont complexes. Elles ont été essentiellement dégagées par la doctrine, les juges n'ayant pas eu souvent l'occasion de se pencher sur la question.

505. **Une articulation temporelle.** Pour certains auteurs, la prééminence des droits moraux sur les droits patrimoniaux justifie une appréhension temporelle de leurs relations. Desbois notamment montre que la naissance des droits patrimoniaux serait chronologiquement subordonnée à l'exercice du droit de divulgation. Selon lui, *« c'est en exerçant le droit de divulgation, le premier des attributs du droit moral selon l'ordre chronologique, que l'auteur investit son œuvre d'un droit patrimonial dans la mesure nécessaire à l'exploitation qu'il permet »*[715].

---

[714] CA Paris, 6 mars 1931 : *DP*, 1931, 2, p. 88, note NAST.

[715] H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, 3ème éd., Dalloz, 1978, n°387, p. 476. En effet, selon cet auteur, « tant au point de vue psychologique que juridique, la publication de l'œuvre est réalisée en deux étapes, l'une d'ordre moral, l'autre d'ordre patrimonial : l'auteur commence par admettre le principe de la communication au public, puis il en vient à

506. De nombreux auteurs, suivant la pensée de Desbois, sont ainsi enclins à conditionner la naissance des droits patrimoniaux à l'exercice du droit de divulgation[716]. Le Code de la propriété intellectuelle semble pourtant affirmer le contraire. L'article L. 111-1 dispose en effet que *« l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »*. L'article L. 111-2 affirme quant à lui que *« l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la création, même inachevée, de la conception de l'auteur »*. Si, au regard de la combinaison entre ces deux articles, une œuvre même inachevée offre à l'auteur un droit de propriété exclusif et opposable à tous, l'on ne peut guère affirmer qu'il faille attendre la divulgation de l'œuvre pour voir naître ces droits. Nous suivons ici la pensée de Messieurs A. Lucas, H.-J. Lucas, ainsi que de Messieurs Vivant et Bruguière, selon qui si l'exploitation effective ne peut que faire suite à la divulgation, ce n'est pas la naissance des droits patrimoniaux qui est affectée par l'exercice de ce droit[717]. Les juges l'ont parfois affirmé[718].

507. **Une articulation matérielle.** Afin de mieux cerner l'appréhension doctrinale des rapports entre droits patrimoniaux et exercice du droit moral, il est peut-être plus intéressant encore d'observer ce que les différents auteurs considèrent comme étant des manifestations de cette fameuse divulgation. Fait juridique pour certains, acte juridique pour d'autres, les approches se divisent sur la matérialisation de la divulgation de l'œuvre.

---

l'exploitation par la conclusion d'un contrat approprié. Mais c'est au moment où il accomplit la première démarche qu'il se résout à la patrimonialisation de son œuvre ; les actes juridiques, qui interviendront ensuite, réaliseront la mise en pratique de sa décision ».

[716] P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit*., n°130, p. 115. Selon C. COLOMBET, « Le droit de divulgation conditionne, dans son exercice, la naissance du droit patrimonial ; car c'est seulement en prenant la décision de livrer l'œuvre au public que son auteur l'investit de droits patrimoniaux », C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, op. cit.*, n°136, p. 131. ; A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, coll. *Les cours de droit*, 1993, p. 120. C'est également la position de S. STRÖMHOLM, selon qui « la fonction réelle de la notion de divulgation, dans le cadre des contrats sur les œuvres futures, n'est aucunement de désigner le moment où l'œuvre devient publique, et ne demeure donc plus dans la sphère intime de l'auteur, mais d'indiquer le moment précis à partir duquel elle donne prise à un droit privatif en faveur d'un cessionnaire ». S. STRÖMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le droit de divulgation de la loi du 11 mars 1957, in* hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle, Dalloz, 1974, n°11, p. 81. ; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats,* thèse préc., p. 27. Sophie Joly, *L'ordre public et le droit d'auteur, in Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 343.

[717] Voir sur ce point : A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., 2006, n°459, p. 351. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., n°437, p. 296.

[718] CA Paris, 9 mai 2003 : *PIBD*, 2003, III, p. 522. Les juges affirment ici que « *les droits d'auteur existent du seul fait de la création, c'est-à-dire dès l'instant où l'œuvre est créée, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été divulguée* »

508. **La divulgation, acte juridique**. De nombreux auteurs envisagent la « divulgation » de l'œuvre par son auteur comme un acte juridique, qui serait concomitant, voire constitué par l'acte de cession des droits d'auteur. Pour Monsieur Gautier par exemple, à partir du moment où une convention de cession des droits est signée, on peut considérer que l'auteur a accepté la divulgation[719]. Selon lui *« l'engagement contractuel pris par l'auteur devrait valoir, sauf preuve contraire exceptionnelle, acceptation du principe de divulguer »*[720] . Il vise à la fois les cas où l'auteur a cédé ses droits patrimoniaux et les cas où l'auteur conclut un contrat de commande régissant la propriété du support de l'œuvre. Il s'agit pourtant de deux choses distinctes[721]. Monsieur Sirinelli va également dans ce sens, lorsqu'il affirme que *« chaque fois que le créateur donne pour la première fois son assentiment à un contrat de reproduction ou de représentation d'une œuvre, chaque fois qu'il donne son accord à la livraison du support matériel d'une création, c'est en quelque sorte sa personne même qu'il livre au public, c'est donc son droit de divulgation qu'il exerce »*[722]. Certains considèrent même que la seule entrée en négociation montrerait la volonté de l'auteur de divulguer son œuvre[723].

509. **La divulgation, fait matériel.** L'exercice du droit de divulgation ne se matérialise pas selon nous dans cet acte juridique mais dans le fait matériel qui consiste à permettre la mise en relation de

---

[719] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°191, p. 208. Il fait pourtant référence ici à des œuvres qui peuvent être futures : « *En matière contractuelle, dès que la convention est signée (pour le livre à créer, l'œuvre multimédia à éditer) on peut même considérer que l'auteur a accepté la divulgation (peu importe que la chose soit future, elle est déterminable et l'exercice par avance du droit n'est pas une abdication). En d'autres termes, la divulgation va de pair avec la bonne foi* ».

[720] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°205, p. 228.

[721] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE mettent en avant cette distinction : *« Cette hypothèse est bien différente de celle où le créateur s'engage à transférer ses droits d'exploitation à une personne. Dans notre exemple, le contrat de commande a en effet pour objet la réalisation et le transfert de propriété d'une chose matérielle. Que décider - ce qui est autre chose - en présence d'un auteur qui a cédé ses droits d'exploitation (sans divulgation) et qui se rétracte que la base de l'article L. 121-2 ? »*, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°442, p. 299.

[722] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 26.

[723] S. STRÖMHOLM cite ainsi Desbois donnant un exemple montrant la décision d'admettre la communication au public : « *L'auteur qui engage des négociations sérieuses avec un exploitant à propos d'une œuvre énonce par là sa décision de « divulguer » sa production, et celle-ci est désormais un « bien » entrant dans le commerce* ». Nous approuvons les réserves émises par STRÖMHOLM vis-à-vis de cette position : « *On voit mal commet on pourrait attacher les conséquences juridiques produites, selon la loi de 1957, par la « divulgation » au commencement des pourparlers avec l'exploitant, et il nous semble, pour les mêmes raisons, fort discutable que ce moment constitue celui où l'œuvre cesse d'être inédite. D'ailleurs, l'exemple de Desbois s'applique difficilement à la situation que nous envisageons, où le contrat est antérieur à l'achèvement de l'œuvre* », S. STRÖMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement*, *Etude sur le droit de divulgation de la loi du 11 mars 1957*, art. préc. p. 78.

l'œuvre avec son public, à condition que ce fait soit manifestement révélateur de la volonté de l'auteur de voir son œuvre divulguée. Ces critères, mis en lumière par Messieurs Lucas, Vivant et Bruguière nous semblent plus respectueux de l'esprit du droit de divulgation. Nous ne rejetons pas l'idée que le contrat de cession des droits patrimoniaux puisse remplir ces critères. Ce raisonnement tient pour les œuvres déjà créées. Il pourrait concerner tant la promesse de cession des droits que le contrat d'auteur, dans la mesure où l'auteur, en s'engageant à céder ses droits, exprime clairement sa volonté de céder son œuvre au public. Que l'on envisage l'acte de divulgation comme un fait matériel ou un acte juridique, ces deux approches sont satisfaites par la signature d'un contrat de promesse de cession lorsque l'œuvre est déjà créée et que l'exploitant y a d'ores et déjà accès.

510. Le raisonnement est plus délicat lorsque le contrat porte sur une œuvre future. Le schéma chronologique est alors inversé[724]. C'est également le cas de la promesse portant sur des œuvres futures. La gestion des droits patrimoniaux se fait en amont de la création de l'œuvre, donc en amont de sa divulgation. L'auteur ne peut pas, par ce contrat, consentir par avance à exercer son droit de divulgation. Admettre le contraire reviendrait à admettre la renonciation à ce droit[725]. Comment pourrait-on obliger l'auteur à exercer un jour son droit de divulgation sur une œuvre qu'il n'a pas encore commencée ? Il ne fait pas de doute que l'auteur puisse s'obliger à créer[726], ou qu'il puisse, par contrat, limiter sa liberté contractuelle afin de réaliser une œuvre correspondant aux attentes de son commanditaire[727]. Mais comment pourrait-il par avance accepter de divulguer son œuvre sans renoncer à son droit de divulgation ? Il ne le peut pas, puisqu'il s'engagerait alors à l'exercer[728]. Pour

---

[724] « *Ici, le contrat vient avant la décision - les deux étapes sont franchies en ordre inverse* », S. STRÖMHOLM, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le droit de divulgation de la loi du 11 mars 1957,* art. préc., p. 76.

[725] Certains auteurs considèrent pourtant que tout contrat d'exploitation constitue l'exercice du droit de divulgation, sans faire le départ entre œuvres futures et œuvres achevées. En ce sens, P. SIRINELLI qui considère que si le droit de divulgation peut être exercé avant la conclusion du contrat, l'hypothèse inverse n'est pas vraie : *« Il peut certes arriver qu'un auteur exerce son droit de divulgation, sans pour autant conclure un contrat d'exploitation (…) Cependant, l'hypothèse inverse n'est jamais vraie. Tout contrat prévoyant les conditions et l'étendue d'une nouvelle diffusion de l'œuvre est nécessairement l'expression de l'exercice du droit de divulgation ».* P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 26.

[726] Cette obligation est même selon nous nécessaire pour que la promesse de cession des droits portant sur une œuvre future ne soit pas purement potestative, comme nous le montrerons plus tard.

[727] Sur ce point, voir notamment : Cass. 1re civ., 7 avr. 1987, *Etat Gabonais c/ Sté nat. De télévision en couleur Antenne 2* : *Bull. civ*, 1987, n°124, p. 93. ; *RIDA,* oct. 1987, p. 197 ; *RTD com.* 1988, p. 224 obs. A. FRANÇON. Liberté de création et droit moral sont indépendants, même si l'un agit parfois sur l'autre.

[728] Dans ce sens, M. Vivant et J.-M. Bruguière, montrant les rapports entre l'obligation de délivrance d'un peintre qui s'est engagé à créer et à vendre le support d'une toile et son droit de divulgation : *« Cette hypothèse est bien différente de*

cette raison, les juges ont admis que la divulgation de l'œuvre puisse intervenir après la conclusion du contrat de cession des droits[729].

511. **L'effectivité de la confrontation liée à la nécessité d'une manifestation de volonté**. Le droit de divulgation conserve donc son essence, même en présence d'un engagement contractuel. Force est alors de constater qu'il existe une confrontation entre le fait de promettre de céder ses droits sur une œuvre future et la possibilité pour l'auteur de ne jamais exercer son droit de divulgation. Le mécanisme même des promesses de contrats réside dans le fait que le débiteur de la promesse n'a aucun acte à accomplir pour que le contrat soit conclu. En cas de promesse de vente d'une chose future, le mécanisme trouve à prendre plein effet dès l'achèvement de la chose, sans qu'aucun acte de volonté du débiteur de la promesse n'ait à intervenir. Indépendamment des obligations de créer et de livrer la chose, qui ne résultent pas de la promesse mais du contrat de commande, aucune manifestation de volonté n'est attendue du débiteur pour voir le contrat conclu par la levée de l'option. Or ici, c'est bien une manifestation de volonté associée à la remise de l'œuvre que l'exploitant attend. Il convient alors de se demander quelle est l'influence du refus de l'auteur de divulguer son œuvre sur la promesse qu'il a consentie. Parallèlement, l'exercice positif du droit de divulgation pourrait avoir une incidence sur l'engagement pris par l'exploitant vis-à-vis de l'auteur.

---

*celle où le créateur s'engage à transférer ses droits d'exploitation à une personne. Dans notre exemple, le contrat de commande a en effet pour objet la réalisation et le transfert de propriété d'une chose matérielle. Que décider - ce qui est autre chose - en présence d'un auteur qui a cédé ses droits d'exploitation (sans divulgation) et qui se rétracte sur la base de l'article L. 121-2 al. 1^e^ du CPI ? Il n'est pas simple de répondre car le juge s'est essentiellement prononcé sur l'incidence de la divulgation dans le cadre des contrats de commande. L'on ne peut, par principe, pour parler familièrement, « mettre en veilleuse » le droit de divulgation dans ce cadre (car alors la cession des droits vaudrait renonciation anticipée de l'exercice du droit de divulgation, ce qui est difficile à admettre) »*, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°442, p. 299. ; Voir également P. SIRINELLI : *« Lorsqu'il conclut un contrat par lequel il cède ses œuvres futures, l'auteur ne peut être réputé avoir exercé son droit de divulgation, car l'exercice d'une telle prérogative suppose que la décision soit prise en pleine connaissance de cause, une fois l'œuvre créée. Admettre une solution contraire reviendrait à reconnaître la validité des conventions abdicatives du droit moral de l'auteur, pourtant prohibées par l'article 6 de la loi de 1957 »*, P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 540. Cette approche peut surprendre de la part de cet auteur dans la mesure où il a lui-même affirmé que l'hypothèse dans laquelle l'auteur concluait un contrat d'exploitation dans exercer son droit de divulgation n'était jamais vraie : P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 26.

729 CA Paris, 19 déc. 1997 : *RIDA*, avr. 1998, p. 433. Dans cette affaire, les juges ont conclu que le contrat signé par l'auteur de son vivant sur ses œuvres complètes *« n'emportait pas, en soi, même en son principe, du seul fait qu'il concerne les œuvres complètes, l'exercice par l'auteur de son droit de divulgation sur tous les manuscrits ou écrits, achevés ou non »*.

**B. Les manifestations de la confrontation**

512. Le droit de divulgation perturbe manifestement certains avant-contrats portant sur des œuvres futures. Que l'engagement contractuel ait pour créancier l'auteur (***1***) ou son exploitant (***2***), des manifestations de cette confrontation peuvent être constatées.

*1. La promesse de cession confrontée au droit de divulgation*

513. La promesse de cession de droit d'auteur peut se trouver perturbée par le droit de divulgation. Que l'on envisage le sort (***a***) ou les modalités (***b***) de la promesse de cession, l'anticipation doit se faire en tenant compte de l'existence du droit de divulgation.

a. Le sort de la promesse de contrat en cas de refus de divulgation

514. **Les hypothèses variables de manquements contractuels liés au droit de divulgation**. L'exécution de l'avant-contrat par lequel l'auteur s'engagerait à céder ses droits sur une œuvre qu'il s'oblige par ailleurs à créer peut se trouver dans plusieurs cas remise en cause par l'auteur, heurtant directement l'article 1134 du Code civil selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il en est ainsi lorsque celui-ci refuse de créer ou d'achever la création de son œuvre. La réparation du préjudice subi par son commanditaire et futur exploitant déçu ne peut alors se faire qu'à travers l'octroi de dommages et intérêts[730]. Obligation de faire éminemment personnelle par excellence, l'article 1142 du Code civil est ici applicable[731]. Obliger l'auteur à créer n'aurait de toute façon aucun sens et aboutirait vraisemblablement à un résultat médiocre, médiocrité que les juges, en principe indifférents au mérite, ne pourraient de toute façon sanctionner. La situation est différente dès lors que l'œuvre est achevée, qu'elle ait été commandée ou non, et que l'auteur, malgré son engagement, refuse de la divulguer. C'est l'hypothèse que nous envisagerons ici.

515. **Les qualifications possibles du refus de divulgation**. Lorsque l'auteur a, par un avant-contrat, consenti à la conclusion du contrat futur, le refus de divulguer l'œuvre peut s'analyser de plusieurs manières différentes, selon que l'on envisage celui-ci comme une rétractation de la promesse, ou comme l'inexécution du contrat définitif dont l'exercice de ce droit ne pourrait empêcher la conclusion. S'il *« n'est pas simple de répondre car le juge s'est essentiellement*

---

[730] Tribunal civil de Charolles, 4 mars 1949 : *Gaz. Pal,* 1949, p. 176.

[731] Voir sur ce point P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 523.

*prononcé sur l'incidence de la divulgation dans les cadre de contrat de commande »*[732], donc essentiellement sur le sort de la propriété du support de l'œuvre, dans le cas qui nous intéresse ici, les deux hypothèses sont envisageables.

516. **Le refus de divulgation constitutif d'une rétractation de la promesse.** On pourrait imaginer que le refus de l'auteur de divulguer son œuvre avant la levée de l'option puisse, en lui-même, constituer une rétractation de sa promesse. En effet, par ce refus, l'auteur fait définitivement échec à l'exploitation future de son œuvre. Envisagé ainsi, le refus de divulguer son œuvre intervenant avant la levée de l'option, ferait alors échec à la conclusion du contrat. En effet, la sanction classique de la rétractation de la promesse de contracter est aujourd'hui encore l'allocation de dommages et intérêts, les juges refusant d'en prononcer l'exécution forcée[733]. Il devrait en être de même en droit d'auteur. C'est donc ici le refus de l'auteur de divulguer son œuvre qui fait échec à la mécanique de l'avant-contrat. Selon Messieurs Vivant et Bruguière, un tel conflit entre engagement à céder ses droits et droit de divulgation doit se résoudre par la théorie de l'abus de droit[734]. Le critère de l'abus permettrait certainement de faire le départ entre les situations dans lesquelles l'auteur utilise son droit à bon escient, et celles dans lesquelles il l'exerce pour de « mauvaises raisons ». S'il refuse de divulguer son œuvre pour de « bonnes raisons », des raisons morales, il faudrait alors voir dans cette rétractation une rupture unilatérale du contrat de promesse pour cause que la loi autorise. La loi prévoit en effet la possibilité pour l'auteur de ne pas divulguer son œuvre. Comment expliquer alors qu'il soit redevable de dommages et intérêts ? Il accepte certainement un risque en s'engageant dans les liens d'un contrat, qu'il assume en réparant les conséquences de l'exercice de son droit par des dommages et intérêts[735].

517. La situation n'est pas la même s'il décide de ne pas exercer son droit de divulgation pour des raisons qui n'ont pas de lien avec la défense de sa personnalité. C'est ici que la théorie de l'abus de droit entre en scène. Cet abus se matérialise dans le détournement par l'auteur de la fonction du droit qui lui est reconnu. Il peut s'agir d'un refus de divulgation lié à une volonté de nuire à l'exploitant,

---

[732] M. VIVANT et J.- M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°442, p. 299.

[733] L'arrêt de principe est celui-ci : Cass. 3ème civ., 15 déc. 1993 : *Bull. civ*, 1993, III, n° 174, p. 115.

[734] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°442, p. 299.

[735] La doctrine majoritaire considère en effet que la recherche d'une faute de la part de l'auteur ne conditionne pas la réparation du préjudice subit par l'exploitant du fait de l'inexécution du contrat. *Contra,* voir LE TARNEC, *Manuel de propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1966, n°30, p. 36. Cité par P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 555 ; Dans le même sens M. SARRAUTE, *Peintres et marchands de tableaux : GP*,

ou encore, plus fréquemment, d'un regret sur les conditions financières qu'il a acceptées. Si l'abus de droit est avéré, la protection de l'auteur n'a alors plus lieu d'être et il faudrait selon nous admettre l'exécution forcée de la promesse, à savoir la conclusion du contrat. Une telle exécution forcée n'est guère envisageable aujourd'hui, dans la mesure où les juges admettent, en droit commun, l'efficacité de la rétractation de la promesse. Si cette position venait à changer, l'abus de droit permettrait alors, dans l'hypothèse que nous venons d'envisager, de voir prononcée cette exécution forcée malgré le refus de l'auteur de divulguer son œuvre. L'engagement contractuel balise le droit moral, l'exigence de bonne foi s'en trouve particulièrement renforcée. L'exercice d'un droit qui devrait par principe être discrétionnaire[736] se trouve, parce qu'il modifie unilatéralement la situation contractuelle, scruté[737]. Envisager le refus de divulgation comme une rétractation de la promesse se heurte cependant à quelques obstacles, qui ne semblent pas infranchissables.

518. **Les obstacles à la qualification de la rétractation.** La promesse n'a vocation à régir que les droits patrimoniaux. La rétractation de la promesse devrait donc s'analyser comme le retrait de l'engagement de l'auteur vis-à-vis de la cession de ses droits patrimoniaux. Or, de ce point de vue, le refus de l'auteur d'exercer son droit de divulgation ne devrait pas s'analyser en une rétractation de la promesse. L'auteur ne s'est pas engagé à exercer son droit de divulgation. L'engagement vis à vis des droits patrimoniaux ne se situe pas sur le même ordre que la divulgation de l'œuvre, que l'auteur ne peut s'engager à exercer. Une telle approche, malgré le refus de l'auteur de divulguer son œuvre, devrait conduire à voir le contrat définitif conclu si l'exploitant lève l'option dans le délai qui lui est imparti. Rien théoriquement ne s'y oppose. On peine cependant à imaginer qu'en pratique, un exploitant lève l'option d'achat des droits sur une œuvre à laquelle il n'aura même jamais eu accès. Si, toutefois, il lève l'option et que la rétractation de la promesse n'a pas eu lieu, le contrat sera alors parfait. C'est ce que la jurisprudence a pu parfois laisser entendre, en constatant la conclusion du

---

chron. 1965, I, p. 94.

[736] Voir sur ce point C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 247, p. 202. L'auteur est en principe le seul a pouvoir juger de l'atteinte à son droit moral, comme l'a jugé la cour de cassation à plusieurs reprises. Il s'agit d'une approche personnaliste qui instaure une protection beaucoup plus efficace que celle garantie par la convention de Berne, en son article 6, qui conditionne l'exercice du droit moral à la preuve d'une atteinte perçue par tous à l'honneur ou à la réputation de l'auteur à travers l'atteinte à son droit moral.

[737] L'abus de droit sera plus facilement qualifié, car l'exercice du droit moral modifie la situation des tiers. Ainsi, selon P.-Y. Gautier, *« il n'y a pas de for intérieur qui ne doive être scruté, dès lors que l'exercice du droit a vocation à modifier la situation des autres sujets »*, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°200, p. 220. Cet exercice n'est donc pas discrétionnaire, alors que le lien si intime pourrait justifier que l'auteur n'ait pas à s'expliquer sur les raisons qui le poussent à exercer tel ou tel droit, comme a pu l'affirmer la jurisprudence. Cette limitation du droit moral est d'autant plus vraie une fois l'auteur décédé.

contrat malgré l'exercice négatif du droit de divulgation[738]. Il n'y aurait pas alors exécution forcée de la promesse mais simplement constat de la perfection du contrat. C'est le manquement au contrat définitif qui serait alors sanctionné.

519. **Des obstacles franchissables.** Le fait que la promesse porte sur la cession des droits patrimoniaux et non sur l'exercice du droit de divulgation n'est cependant pas, selon nous, un obstacle diriment à l'analyse du refus de divulgation en tant que rétractation de l'engagement de l'auteur. En effet, lorsque le contrat définitif est conclu, l'auteur qui refuse de divulguer son œuvre se voit reprocher une inexécution contractuelle. Pourtant, le refus de divulguer son œuvre par un auteur ne constitue pas en soi une inexécution de ses obligations contractuelles puisque celles-ci ne portent pas sur son droit moral. Ce n'est qu'indirectement que le refus de divulgation influera sur le lien contractuel. Le refus de divulguer son œuvre n'est que la cause du manquement contractuel, mais ne constitue pas le manquement contractuel en lui-même. Ce n'est donc pas directement le refus de divulguer l'œuvre mais ses conséquences sur le contrat qui sont sanctionnées. Le même raisonnement peut être tenu afin de justifier la qualification du refus de divulgation comme une rétractation de la promesse. En effet, comme nous l'avons exposé, la promesse n'a pas vocation à régir les droits moraux. Or, force est de constater que le contrat définitif de cession non plus. Pourtant, le refus de divulguer l'œuvre entraine *de facto* l'inexécution par l'auteur de ses obligations contractuelles. L'auteur ayant, par le contrat de promesse, consenti à la conclusion du contrat définitif, le refus de divulguer son œuvre conduit à revenir sur cet engagement. Il faut donc admettre, selon nous, que le refus de divulguer l'œuvre entraine indirectement mais nécessairement rétractation par l'auteur de son engagement.

520. **Une unité de sanction.** L'on peut donc, selon l'approche retenue, envisager le refus de divulguer l'œuvre comme un obstacle à l'exécution de la promesse, ou au contraire comme un fait qui n'en perturbera pas le mécanisme, par lequel le contrat d'auteur se verra conclu par la levée de l'option. Si ces deux solutions semblent s'opposer, elles se rejoignent dans leur sanction. Que le contrat définitif soit conclu et non exécuté ou que l'on en reste au stade d'une promesse de cession des droits non suivie d'effets, parce l'inexécution de l'engagement contractuel est fondée sur l'exercice du droit de divulgation, celle-ci ne pourra être sanctionnée que par des dommages et intérêts lorsque le droit moral est exercé conformément aux attributions qui lui sont dévolues. Cette solution déroge clairement à l'effet obligatoire des contrats, puisque le résultat attendu de la

---

[738] Cass. 1re civ., 25 janv. 2000 : *RIDA*, oct. 2000, p. 267.

promesse ne sera pas atteint. Elle est cependant conforme au droit commun en ce qui concerne la rétractation de la promesse, les juges refusant régulièrement de prononcer l'exécution en nature de la promesse unilatérale, fondant implicitement leurs décisions sur l'existence d'une obligation de faire. Ainsi, en droit d'auteur comme dans d'autres domaines, *« loin de procurer au créancier la certitude de la conclusion du contrat définitif, les avant-contrats ne lui accordent qu'un espoir…dont la déception ne sera compensée que par une somme d'argent »*[739]. Si l'on en reste au stade de la promesse, l'application du seul droit commun, indépendamment du droit de divulgation, justifie donc une exécution par équivalent. Par contre, si l'on considère que le refus d'exercer son droit de divulgation ne constitue pas une rétractation de la promesse, et ne fait donc pas échec à la conclusion du contrat, il faut alors faire une distinction selon les raisons poussant l'auteur à se retrancher derrière son droit de divulgation. En cas d'exercice abusif du droit de divulgation, il faudrait selon nous admettre une exploitation forcée de l'œuvre dont les droits ont été cédés, la sécurité juridique reprenant le dessus sur une protection qui n'est plus justifiée.

521. **Étendue du préjudice réparable**. L'auteur, refusant de délivrer son œuvre et faisant ainsi échec à l'exploitation préparée par l'avant-contrat devra donc réparer les conséquences découlant du manquement à son engagement contractuel, que l'on considère le contrat conclu, ou non. Lorsque la promesse accompagnait un contrat de commande concernant le support de l'œuvre, le prix de la commande, s'il a déjà été versé à l'auteur, devra être restitué. Les frais éventuels engagés par son commanditaire devront de la même manière faire l'objet d'une réparation. Cette indemnisation est indépendante de celle liée à l'avant-contrat qui liait l'auteur et son contractant au regard des droits patrimoniaux sur l'œuvre. L'on peut se demander quel est alors le préjudice réparable de ce fait. Son étendue diffère selon la qualification retenue, selon que l'on sanctionne la promesse inexécutée ou l'inexécution du contrat d'auteur. Nous allons voir que de ce point de vue, analyser comme nous l'avons fait le refus de divulgation de l'œuvre comme une rétractation de la promesse s'avère opportun.

522. **Le préjudice réparable lié à l'inexécution de la promesse.** Lorsque le bénéficiaire de la promesse a versé à l'auteur une indemnité d'immobilisation et que celui-ci se rétracte, il devra la lui rétribuer. Mais au-delà de cette indemnité, la promesse en tant que telle, non respectée, verra aussi son lot de préjudice réparable, qu'il soit matériel ou moral. Le temps perdu par le futur exploitant en est souvent la première manifestation. Les démarches qu'il aura entreprises afin d'assurer à l'œuvre

---

[739] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats : RTD civ.* 2000, p. 41.

future une exploitation rentable le seront tout autant. On peut d'ailleurs noter que la perte de crédibilité vis-à-vis des partenaires qu'il avait contactés constitue également un préjudice réparable. La question du gain manqué est, elle, plus délicate. L'on sait qu'en cas de rupture fautive des pourparlers, le préjudice réparable ne peut pas emprunter les contours des gains liés à la conclusion du contrat, celle-ci demeurant à ce stade éventuelle. Tel n'est pas le cas du mécanisme de promesse, qui tient la conclusion du contrat pour certaine dans l'hypothèse où son bénéficiaire déciderait de lever l'option. Faut-il pour autant condamner l'auteur à indemniser l'exploitant de l'ensemble des gains manqués liés aux profits qu'il aurait pu retirer de l'exploitation de l'œuvre ? Cette solution semble très dure pour un auteur qui ne fait, lorsqu'il est de bonne foi, que se prévaloir de la protection que lui accorde la loi à travers le droit de divulgation. L'évaluation d'un tel préjudice s'avère de plus particulièrement délicate, dans la mesure où le succès n'est pas toujours là où on l'attend. Les termes employés par le professeur Sirinelli au sujet de la commande du support matériel de l'œuvre sont parfaitement transposables à cette situation, *« sauf en de rares hypothèses, ces espoirs de gain sont par trop hypothétiques, même en présence d'un créateur apprécié par le public en sorte que le préjudice invoqué manque de certitude »*[740].

523. **Le préjudice réparable lié à l'inexécution du contrat définitif**. Si l'on considère que le contrat définitif est conclu, c'est l'inexécution de celui-ci qui sera sanctionnée. Le préjudice réparable de ce fait sera sensiblement le même que celui lié à l'inexécution de la promesse. Il s'agit du préjudice prévisible lors de la conclusion du contrat. On peut cependant se demander si l'auteur aura à lui restituer l'indemnité d'immobilisation liée à la promesse. Celle-ci trouve sa cause dans l'existence même de la promesse et dans le maintien de l'exclusivité qui y est associée. Or, si l'on considère qu'il n'y a pas eu rétractation de la promesse et que le contrat est conclu, cette cause, qui existe dès le départ et ne disparaît pas en cours d'exécution du contrat, justifie que l'indemnité d'immobilisation soit maintenue entre les mains de l'auteur. Il s'agit ici de la cause objective, la cause de l'obligation de payer cette indemnité. Si l'on regarde en revanche la cause du contrat, l'opération contractuelle envisagée s'avérant impossible, le mouvement de subjectivisation de la cause pourrait tendre à contester l'existence d'une contrepartie à cette obligation. La disparition de la cause en cours d'exécution du contrat entrainant cependant sa caducité et non la nullité du contrat, rien ne justifierait non plus la restitution de l'indemnité d'immobilisation par l'auteur. Ce maintien de l'indemnité d'immobilisation entre les mains de l'auteur s'explique aisément par la distinction

---

[740] P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc., p. 565.

entre la promesse unilatérale de cession des droits et la cession définitive. Il s'agit bien de contrats distincts. Malgré tout, cette solution peut sembler injuste vis-à-vis de l'exploitant qui aura payé une indemnité sans bénéficier des avantages que celle-ci procure en principe. Ce constat participe de l'opportunité de l'approche que nous avons retenue, celle de l'analyse du refus de divulgation de l'auteur en termes de rétractation de la promesse.

524. Dans tous les cas, lorsque l'auteur invoque de bonne foi son droit, sans abus, les juges doivent ne pas se montrer trop sévères, faute de quoi le droit de divulgation serait réduit à peau de chagrin. Au contraire, nous avons déjà eu l'occasion de l'affirmer, lorsque l'auteur abuse du droit qui est le sien, l'exécution forcée de la promesse ainsi que du contrat d'auteur pourrait constituer une sanction opportune.

b. Le droit de divulgation érigé en modalité de la promesse

525. **Le droit de divulgation appréhendé en tant que condition suspensive**. On peut se demander si l'exercice du droit de divulgation peut être érigé en modalité de la promesse. L'exercice du droit de divulgation pourrait être appréhendé comme une condition suspensive, dans la mesure où l'on considère cet exercice n'est pas une condition de validité de la promesse. L'on sait en effet que pour qu'une obligation affectée d'une condition suspensive soit valable, il faut que la survenance de la condition ne soit pas requise *ad validitatem*. Tel est le cas si l'on considère, ce qui est notre point de vue, que la naissance des droits patrimoniaux n'est pas conditionnée par l'exercice du droit de divulgation. Le droit potestatif créé par la promesse, droit d'option, serait alors « *en germe* »[741], il existerait sans que son bénéficiaire ne puisse encore l'exercer. L'engagement est ferme et définitif, le contrat de promesse est formé mais son effectivité serait suspendue jusqu'à la réalisation de la condition. Il faudrait alors se demander si cette condition, elle-même potestative, ne l'est pas purement, ce qui remettrait en cause la validité de l'opération juridique envisagée par les parties. Le doute est sur ce point permis, l'exercice du droit de divulgation présentant en principe un caractère discrétionnaire. La théorie de l'abus de droit viendrait alors sans doute modérer ce caractère purement potestatif. Si ériger l'exercice du droit de divulgation en condition suspensive nous semble possible, devrait-elle être pour autant automatique ? On pourrait penser que la condition est ici d'origine légale[742], l'auteur ne pouvant par avance renoncer à l'exercice de son droit de divulgation.

---

[741] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n°1230, p. 1215.

[742] Selon Messieurs Terré, Simler et Lequette, l'existence de conditions légales au sens de modalité de l'obligation est

Dans ce cas le droit de divulgation affecterait nécessairement toute promesse de cession des droits d'auteur, en modifiant, indépendamment de la volonté des parties, ses modalités. Si l'auteur, qui a pourtant promis de céder ses droits, n'exerce pas son droit de divulgation, la promesse serait alors frappée de caducité. Il nous semble cependant que cette approche doit être rejetée. Le droit de divulgation ne suspend pas, en principe, l'effectivité de l'engagement de l'auteur mais remet en cause sa seule exécution. Les parties peuvent cependant en décider autrement. Rien ne semble faire obstacle à ce que les parties prévoient de faire de l'exercice du droit de divulgation une modalité de l'engagement de l'auteur.

*2. La promesse d'acquisition des droits confrontée au droit de divulgation*

526. L'exploitant peut lui aussi, par un contrat de promesse unilatérale, s'engager à acquérir les droits de l'auteur en vue d'exploiter son œuvre. L'avant-contrat par lequel il s'engage peut être confronté au droit de divulgation de l'auteur. Le droit moral est ici susceptible d'influer tant sur la qualification de l'engagement de l'exploitant que sur son exercice.

527. **Sur la qualification.** On peut ainsi se demander si celui qui commande une œuvre s'oblige par là même à acquérir les droits d'auteur sur l'œuvre commandée. Le contrat de commande n'emporte pas, en lui-même, cession des droits d'auteur, nous aurons l'occasion d'y revenir. Le contrat de commande n'est pas un contrat d'auteur. Celui-ci pouvant être assimilé à un contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage ne s'engage en principe qu'à réceptionner l'œuvre et à en payer le prix. Le droit de divulgation de l'auteur, envisagé de manière positive, peut-il justifier une requalification de ce contrat de commande en un contrat de commande assorti d'une option au bénéfice de l'auteur ? Le juge n'étant pas tenu par la qualification des parties, une telle requalification pourrait être envisagée. Elle se heurte cependant à un problème de taille. A l'instant du contrat de commande, l'œuvre n'est pas encore créée, et le droit moral n'existe pas encore. Une telle requalification est alors difficile à admettre. Elle ne semble par ailleurs pas opportune. L'intention des parties ne va pas toujours en ce sens. Seul l'engagement réel de l'exploitant vis-à-vis de l'exploitation des droits patrimoniaux devrait permettre à l'auteur de faire constater l'existence d'une promesse à son endroit.

528. **Sur le régime.** Le régime de la promesse d'achat des droits d'exploitation pourrait quant à lui se trouver perturbé par l'exercice du droit de divulgation. Nous l'avons vu, en droit de la vente

---

controversée F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1204.

notamment, l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter est systématiquement affirmée par les juges. Le droit de divulgation commande-t-il une solution inverse lorsque l'exploitant se rétracte ? L'auteur, au nom de son droit de divulgation, peut-il demander l'exploitation forcée de son œuvre à laquelle l'exploitant s'est engagé ? Une fois encore une telle solution est peu recommandable. Les règles spéciales du droit d'auteur pourraient la justifier, à travers l'exercice positif du droit de divulgation de l'œuvre. Elles feraient alors échec à la fois à la sanction classique de la résiliation d'une commande[743], et à la sanction classique de la rétractation de la promesse. Les juges ont parfois tenu un tel raisonnement en obligeant le commanditaire qui ne voulait plus de l'œuvre à mener à bien sa commande[744] afin de permettre la divulgation de l'œuvre, en en forçant l'exploitation[745], le recours à l'astreinte étant alors, pour emprunter les termes de Monsieur Gautier, *« de ce point de vue, efficace »*[746]. Cependant, tout comme cet auteur, il nous semble injuste de permettre à l'auteur de se dégager de ses obligations par une réparation par équivalent, et dans un même temps d'obliger l'exploitant à investir dans l'exploitation d'une œuvre pour laquelle il prend des risques financiers certains. Il est certainement illusoire de penser qu'une exploitation forcée serait une bonne exploitation. La prévision contractuelle permet certainement à chacun de savoir à quoi s'en tenir. Ainsi, prévoir une clause de dédit dès la conclusion de l'avant-contrat serait peut-être plus opportun[747]. Mais, là encore, la bonne foi du promettant doit entrer en ligne de compte. L'exploitant de mauvaise foi devrait se voir imposer l'exécution forcée de la parole donnée.

529. **Conclusion.** Le droit de divulgation ne semble donc pas influer sur la qualification de l'avant-contrat qu'est le contrat de promesse unilatérale ni en déterminer la validité. Son exercice peut cependant, si telle est la volonté des parties, être érigé en modalité de celle-ci lorsque l'auteur s'est engagé, par la promesse, vis-à-vis du contrat futur. Le régime de la promesse peut cependant être perturbé par l'exercice « positif » du droit de divulgation, lorsque c'est l'exploitant qui s'est ainsi engagé. L'exercice « négatif » du droit de divulgation, entrainant *de facto* une rétractation de la promesse de l'auteur, perturbera également le régime de la promesse consentie par l'auteur, ne

---

[743] L'article 1794 dispose en effet que : « *Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ».

[744] Cass. 1re civ., 16 mars 1983 : *Bull. civ*, 1983, n°101, p. 88.

[745] TGI Paris, 14 déc. 1983 : *RIDA*, avr. 1984, p. 172. Notons que la CA de Paris, suite à ce jugement, a finalement choisi de résoudre le contrat aux torts de l'exploitant, les sanctionnant par l'octroi de dommages et intérêts aux auteurs.

[746] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°233, p. 262.

pouvant, indépendamment de la solution retenue en droit commun, faire l'objet d'une exécution forcée lorsque l'auteur utilise son droit moral conformément à sa fonction. Le droit de divulgation est quant à lui affecté par l'avant-contrat, comme par le contrat définitif. Son exercice, normalement discrétionnaire, sera soumis à contrôle, et même lorsque celui-ci est retenu pour de « bonnes raisons », des raisons morales, le refus de l'auteur de divulguer son œuvre pourra soumettre l'auteur à réparation car en s'engageant dans des liens contractuels, il accepte un risque qu'il devra sous cette forme assumer. Droit de divulgation et avant-contrats ne sont donc pas étrangers l'un à l'autre. La confrontation entre les promesses et le droit moral ne s'arrête pas là. Même lorsque l'œuvre sur laquelle elles portent a déjà fait l'objet d'une divulgation, le droit de retrait et de repentir viendra parfois remettre en cause la permanence du lien créé par l'avant-contrat.

### II. LA CONFRONTATION ENTRE DROIT DE RETRAIT ET DE REPENTIR ET PROMESSES

530. **Teneur du droit de retrait et de repentir.** Malgré la divulgation de son œuvre, l'auteur trouve dans le droit spécial qui lui est consacré les ressources lui permettant d'exprimer des regrets sur la rencontre de l'œuvre et de son public. Parce que l'œuvre ne lui convient plus, parce qu'elle ne lui correspond plus, parce qu'il considère qu'elle donne de lui une vision faussée, il bénéficie, à travers le droit de retrait et de repentir que lui assure l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, de la possibilité de déroger à la force obligatoire de l'engagement qu'il a contracté. Ainsi, *« nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire »*. Le droit de retrait et de repentir prend en quelque sorte le relais du droit de divulgation en permettant à l'auteur de rompre unilatéralement le contrat par lequel il s'est engagé, à condition d'indemniser préalablement son cessionnaire du préjudice subi, ce que prévoit la deuxième phrase de l'article.

531. **Le droit de retrait et de repentir n'intéressant pas *a priori* l'avant-contrat.** *A priori*, le droit de retrait et de repentir n'intéresse ni le temps de l'avant-contrat, ni l'exécution des avant-contrats conclus dans cette période. Plusieurs arguments conduisent à exclure l'exercice du droit de retrait et de repentir avant la conclusion du contrat définitif de cession. La terminologie employée tend ainsi à circonscrire le domaine temporel de ce droit. L'article L. 121-4 parle de *« cession »*, de *« cessionnaire »* des droits d'exploitation. La plupart des auteurs considèrent, pour cette raison, que le retrait et le repentir ne peut intervenir qu'au temps de l'exploitation de l'œuvre. Il est vrai que ce

---

[747] En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°234, p. 264.

droit n'a de sens qu'une fois l'œuvre divulguée, or, pour la majorité de ces auteurs, nous avons vu que la divulgation de l'œuvre se matérialisait dans l'acte de cession. À suivre ces arguments, il serait donc logique de considérer que le retrait ou le repentir ne peuvent avoir lieu qu'une fois les droits cédés. Ce n'est pas la vision que nous avons adoptée du droit de divulgation. Selon nous, le fait matériel de divulgation peut intervenir soit avant, soit pendant, soit après la conclusion du contrat de cession des droits. La divulgation de l'œuvre peut donc intervenir dès la conclusion de la promesse de cession de droits d'auteur, lorsque celle-ci porte sur une œuvre déjà créée. Nous nous trouvons alors face à un paradoxe.

532. **L'opportunité d'admettre l'existence du droit de retrait et de repentir au temps de l'avant-contrat**. Admettre qu'il faille attendre que le contrat définitif soit conclu pour que le droit de retrait et de repentir existe laisserait l'auteur dans une période de latence dans laquelle il a déjà exercé son droit de divulgation, mais ne peut pas encore exercer son droit de retrait et de repentir. En théorie, la promesse engage moins fortement que le contrat définitif, pourtant, lorsque l'œuvre est déjà divulguée au temps de la promesse, il ne peut s'en défaire unilatéralement en invoquant son droit de retrait et de repentir alors que la loi prévoit qu'il peut se défaire ainsi du contrat définitif. Il serait pour nous opportun de permettre à l'auteur d'exercer son droit de retrait et de repentir au temps de la promesse. L'on sait que l'exercice de ce droit se doit d'être exceptionnel tant il est dérogatoire du droit commun. Il permet en effet à l'auteur de se dégager unilatéralement des liens contractuels dans lesquels il s'est engagé. Il doit donc, et c'est heureux, indemniser l'exploitant de manière préalable du préjudice subi. Pour cette raison, le droit de retrait et de repentir est rarement exercé. Il est permis de penser qu'admettre ce pouvoir au temps de l'avant-contrat serait mettre une arme dangereuse entre les mains de l'auteur. En effet, les frais engagés par l'exploitant avant le commencement de l'exploitation de l'œuvre peuvent se révéler dérisoires. L'auteur pourrait donc à moindre frais se dégager de ses obligations. C'est ici un risque. Ce risque doit cependant être nuancé pour deux raisons. La première tient aux justifications données par l'auteur du droit qu'il actionne. Encore une fois, s'étant engagé, son exercice n'est plus discrétionnaire et la théorie de l'abus de droit plane sur lui[748]. La deuxième raison est une raison pratique. Si l'auteur a, à ce moment-là, déjà la

---

[748] Comme les autres prérogatives du droit moral, le droit de retrait et de repentir est susceptible d'abus lorsqu'il est exercé pour de mauvaises raisons, l'auteur n'en faisant pas un usage conforme à sa fonction. C'est par exemple le cas lorsque l'auteur, loin d'invoquer des raisons morales à son action, n'allègue en réalité qu'une insuffisance du taux retenu pour calculer ses droits : Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : *JCP G*, 1991, II, 21760, note F. POLLAUD-DULIAN ; *D.* 1992, somm. 15, obs. C. COLOMBET *; RIDA***,** janv. 1992, 272, note P. SIRINELLI.

certitude qu'il ne permettra pas une exploitation pérenne de l'œuvre parce qu'elle ne lui correspond plus, autant qu'il ne perde pas plus d'argent et que l'exploitant ne perde pas plus de temps.

533. **Les fondements possibles de l'existence du droit de retrait et de repentir dès l'avant-contrat.** Cette position est-elle juridiquement justifiable ? Elle l'est peut être au regard de l'exégèse de la loi. L'article L. 121-4 prévoit que l'auteur peut exercer son droit de retrait et de repentir « *même* » postérieurement à la publication de son œuvre. Le terme *« même »* admet l'idée que celui-ci puisse donc être exercé antérieurement à la publication, et donc, pourquoi pas, au temps de l'avant-contrat, au temps de la promesse. Un deuxième argument peut être tiré de la distinction faite par la loi entre le retrait et le repentir de l'auteur. Le législateur ne semble pas avoir pris les deux termes comme synonymes, puisqu'il vise le retrait *ou* le repentir. Plusieurs auteurs considèrent que la distinction entre ces deux termes tient à la mesure de la dérogation de l'auteur à son engagement[749]. Il exercerait son droit de repentir lorsqu'il demande à l'exploitant la modification de son œuvre, et exercerait son droit de retrait lorsqu'il impose la fin pure et simple de l'exploitation. L'analyse étymologique ne semble pourtant justifier en rien cette distinction. Repentir signifie *regrets, honte,*[750] on ne trouve pas dans cette étymologie les arguments tendant à considérer le repentir de l'auteur comme une volonté de modifier son œuvre[751]. Nous pouvons alors nous appuyer sur l'analyse de Desbois, qui proposait une distinction chronologique intéressante : *« Repentir et retrait désignent non pas des formes différentes d'atteintes portées à la force obligatoire des contrats, mais plutôt des étapes successives de toutes les variétés d'atteintes inspirées par le regret »*[752]. Selon lui, l'auteur se repentirait d'abord *« de la décision qu'il a prise, puis il passe à l'acte en procédant au retrait de son œuvre »*[753]. Si le retrait ne peut que faire suite à son exploitation effective, la décision d'autoriser cette exploitation est d'ores et déjà donnée dans la promesse de cession des droits. Adopter l'approche de Desbois, considérant le repentir comme le simple fait de revenir sur sa décision, même

---

[749] G. GAVIN, cité par H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit*., n°393, p. 484. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n°264, p. 214. ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°474, p. 363. ; P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n°139, p. 121. Voir également en ce sens : P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse préc.

[750] L'analyse étymologique justifie davantage la position de M. VIVANT et de J.-M. BRUGUIERE, qui voient eux dans cette distinction un rapport de cause à effet. Le repentir, le regret, ne serait que la cause, la justification du retrait qui en matérialiserait l'effet sur le contrat. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit*., n°448, p. 304.

[751] En ce sens déjà, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit*., n°393, p. 484.

[752] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France,* Dalloz, *op. cit*., n°393, p. 484.

[753] *Ibid*., p. 484.

avant l'exploitation de l'œuvre, permettrait donc d'étendre l'exercice du droit de repentir au temps de la promesse.

534. **L'opportunité de la solution envisagée.** Cette approche chronologique n'a pas été retenue majoritairement par la doctrine moderne[754], qui dit parfois ne pas en saisir l'intérêt[755]. L'opportunité d'une telle analyse pourrait peut-être résider dans l'hypothèse d'un avant-contrat. Lorsque la promesse de cession des droits a pour objet une œuvre déjà créée et divulguée, le repentir permettrait à l'auteur d'exprimer ses regrets entre la conclusion de la promesse et la conclusion du contrat définitif, ce qui dispenserait l'auteur et le bénéficiaire de la promesse de dépenser plus d'énergie, de temps, d'argent, pour un projet qui ne verra de toute façon jamais le jour, et dont le retrait au moment ou en cours d'exploitation pourrait conduire à les décrédibiliser l'un et l'autre, vis-à-vis du public mais aussi vis-à-vis de leurs partenaires financiers et artistiques éventuels. Une telle extension, si elle présente des avantages, tend cependant à déroger un peu plus à la force obligatoire de la promesse, qui est, au regard de toutes les atteintes qui lui sont portées, en droit d'auteur encore plus qu'ailleurs, finalement bien peu de chose. Celle-ci n'est cependant pas sans effets. Le premier sera tout de même l'indemnisation préalable du préjudice subi par l'exploitant, qui montre que l'on ne revient pas sans conséquence sur la parole donnée. Le deuxième tient à la priorité accordée par la loi au bénéficiaire déçu, l'auteur devant, s'il décide finalement d'entreprendre l'exploitation de son œuvre, la proposer en premier lieu au cessionnaire qu'il avait originairement choisi. L'exercice du droit de repentir transformerait alors la promesse en une forme de préférence imposée par la loi. De ce point de vue, l'hypothèse est intéressante.

535. **Conclusion.** L'inaliénabilité du droit moral tend donc à maintenir entre les mains de l'auteur une maîtrise de l'œuvre qui modère inévitablement les effets de son engagement contractuel, et en limite la validité par la circonscription de son objet. La parole donnée ne demeure pas sans effet, l'abus de droit sanctionnant le détournement des droits et les dommages et intérêts sanctionnant l'inconstance de l'auteur. Le pouvoir sur le temps assuré par la fonction même de l'avant-contrat s'en trouve pourtant inévitablement affecté. La promesse accordée au bénéfice de l'exploitant n'est pas un gage de pérennité de la relation contractuelle en formation. Le temps de la promesse reste ici le temps des belles paroles, qui demeurent fragiles. Cet avant-contrat perd alors de son utilité, la

---

[754] Voir cependant C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, op. cit.*, n°163, p. 148.

[755] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°448, p. 304. « *On ne comprend pas, dans l'interprétation de Desbois, quel intérêt le droit de repentir présente par rapport au droit de divulgation* ».

sécurité et la prévision recherchées étant finalement sacrifiées au prix de la protection du créateur. Cependant, en pratique, les conditions de mise en œuvre des droits demeurent souvent hors de portée des auteurs, qui ont rarement les moyens de s'acquitter des indemnités demandées. Même lorsqu'ils en ont les moyens financiers, les auteurs remettront rarement en cause leur engagement, de peur de perdre leur crédibilité en vue des exploitations futures qu'ils pourraient solliciter. Encore une fois, si en théorie la protection des auteurs est plus grande que dans d'autres domaines, la réalité pratique les pousse à ne pas en tirer toutes les conséquences. L'engagement de l'exploitant pourrait quant à lui se voir accorder plus de force qu'en droit commun au nom de l'aspect positif du droit de divulgation, parfois interprété comme imposant une exécution forcée de son engagement.

## *Section 2. Les avant-contrats confrontés à la prohibition de cession globale des œuvres futures*

536. L'histoire de la prohibition de cession globale des œuvres futures est celle d'un constat. L'auteur, lorsqu'il bénéficie d'une liberté trop grande, peut rapidement être confronté à ses propres excès. Il est d'usage de rappeler que de nombreux auteurs, comme Dumas, Balzac, Verne, Chateaubriand mais encore bien d'autres, à vouloir utiliser leurs œuvres futures comme des instruments de crédit[756], se sont brulés les ailes, cédant trop rapidement à l'appel du gain immédiat. Aliénation de leur liberté de création, de leur liberté contractuelle, le législateur s'est ému de leur sort, ainsi que de celui de leurs exploitants que la spéculation avait parfois mené à la faillite. Issue de la loi de 1957, la prohibition de cession globale des œuvres futures a ainsi été proclamée dans le but de limiter les possibilités d'anticiper la cession par l'auteur de ses œuvres futures, celle-ci pouvant s'avérer dangereuse. On ne peut dès lors que constater la confrontation directe entre ce principe et l'essence même des avant-contrats, dont l'intérêt est d'anticiper l'exploitation future des œuvres, ou tout au moins d'anticiper la conclusion du ou des contrats futurs. Cette confrontation s'avère cependant nécessaire. Selon nous, la prohibition de cession globale des œuvres futures s'applique de manière salutaire à restreindre l'objet possible des avant-contrats en droit d'auteur (***Paragraphe 1***). La mesure de cette prohibition est cependant d'interprétation délicate, et les différentes acceptions de

---

[756] A. VAUNOIS, *Ann. prop. Ind.* 1900, p. 57. Cité par H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Thèse, Paris II, 1993, p. 60.

ce principe rendent le cadre délimitant le contenu possible des avant-contrats en droit d'auteur relativement incertain (***Paragraphe 2***).

### Paragraphe 1. Le principe de prohibition limitant l'objet des avant-contrats

537. L'histoire de l'adoption de la prohibition de cession globale des œuvres futures reflète les dangers de la *« vente d'un espoir »*[757], dangers qui ont pu être appréciés tant au regard des cessions en masse d'œuvres futures qu'au regard des avant-contrats préparant de telles cessions (***I***). Cette prohibition, qui concerne littéralement la cession des œuvres futures, doit dès lors être étendue aux contrats préparant cette cession, aux avant-contrats d'auteur (***II***).

#### I. L'INFLUENCE DES AVANT-CONTRATS SUR L'AVENEMENT DE LA PROHIBITION

538. Face aux difficultés qu'ont pu connaître les auteurs et les exploitants ayant été tentés de spéculer de manière irraisonnable sur les créations futures par des cessions anticipées, mais aussi par des promesses de cession ou de préférence (***A***), les juges, en l'absence de texte spécifique au droit d'auteur, ont tenté de mettre de l'ordre et d'établir un équilibre entre leurs intérêts respectifs en annulant, sur des fondements issus du droit commun des contrats, certains engagements contractuels trop lourds. Cette régulation, opportune, s'est cependant avérée insuffisante (***B***), justifiant ainsi une intervention législative qui a édicté un texte propre aux contrats d'auteur.

##### A. Les dangers d'une anticipation incontrôlée de la gestion des droits d'auteurs

539. **L'apparition de la gestion anticipée des œuvres futures.** Ce sont les auteurs qui, les premiers, ont suscité la pratique de la cession globale des œuvres futures. Y voyant un formidable instrument de crédit, certains d'entre eux ont cédé par avance le fruit de leur travail futur afin d'éponger leurs dettes[758]. Des éditeurs se sont ainsi vu céder l'ensemble des droits d'un auteur sur ses créations futures, tandis que des banquiers, ou autres créanciers, se sont vus céder l'ensemble des fruits issus de la future exploitation d'hypothétiques œuvres futures. Auteurs et exploitants ont vite compris les avantages qu'ils pouvaient tirer d'une telle anticipation. Les auteurs y ont vu un moyen d'obtenir des liquidités immédiates, ainsi qu'un débouché certain pour leur travail futur. Leurs

---

[757] Cette expression est empruntée à P.-Y. GAUTIER : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°503, p. 544.

[758] Sur ces questions, voir H.-J. MARTIN et R. CHARTIER, *Histoire de l'édition française*, Fayard, coll. Grandes études

exploitants ont quant à eux rapidement apprécié les profits qu'ils pouvaient retirer d'une exclusivité contractuelle « longue durée » avec un auteur. L'engouement était d'autant plus grand qu'au début du XIXe siècle la confiance gagnait les esprits des hommes de l'art, l'industrialisation du livre aidant, le marché du livre était florissant.

540. **Les dangers liés à la gestion anticipée des œuvres futures.** Ainsi, au XIXème siècle, cette pratique contractuelle s'est multipliée entrainant le lot de dangers que l'on lui connait. Il est ainsi fréquent de citer Alexandre Dumas, qui fut l'un des premiers auteurs à avoir recours à de telles pratiques. Celui-ci, fortement endetté, pensa sortir de l'impasse financière en cédant à ses créanciers le produit futur de ses futures œuvres, en échange du blanchiment de ses ardoises. Jules Verne quant à lui a enchainé les contrats avec son éditeur. Ce sont des contrats d'exclusivité qu'il a concédés, des contrats de préférence associés à des obligations de production faisant de lui un « salarié de la création », aliénant à la fois sa liberté contractuelle, et sa liberté personnelle[759]. Chateaubriand a lui aussi souffert de cette perte de liberté : *« La misère, monsieur, est une triste chose. J'ai vendu ma tombe pour vivre. J'ai aussi vendu ma vie, je ne puis écrire une ligne aujourd'hui qui n'appartienne au propriétaire de mes mémoires »*[760]

541. Nombre de ces cessions en masse d'œuvres futures se sont révélées dangereuses, causant parfois la perte de l'auteur, parfois la faillite de son exploitant. Car il faut garder à l'esprit qu'en cédant les droits sur ses œuvres futures, l'auteur ne vend qu'une simple expectative[761], l'hypothétique valeur d'une hypothétique œuvre dont les fruits d'exploitation sont évalués en fonction d'un hypothétique succès auprès du public. *« Des auteurs comme Balzac ou Dumas, criblés de dettes, ont ainsi vendu, parfois, en nombre, des œuvres futures dont ils n'avaient pas encore la moindre idée »*[762]. Malgré tout, il était bien sûr *« tentant de se faire céder par un débutant toute sa*

---

historiques. Ajouter en biblio

[759] « *Un demi siècle avant le vote de l'article 34 de la loi de 1957, l'on a pu s'apercevoir que cette pratique de la clause de préférence, telle que l'employait alors les éditeurs, revenait à faire de Jules Verne « un salarié mensuel de sa plume »* », H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 44.

[760] A. DE CHATEAUBRIAND, *Lettre à Feuillet de Conches*, 29 septembre 1836. Cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°662, p. 459.

[761] P.-Y. GAUTIER en fait le constat : « *Le contrat de « vente d'une chose espérée » (venditio rei speratae) peut aussi s'avérer défavorable au partenaire de l'auteur : en effet, le créateur cède, à la limite, une simple expectative, entièrement dépendante de sa bonne volonté* ». P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°505, p. 545.

[762] *Ibid*., n°505, p. 546.

*production future, en tablant sur l'éclosion prochaine de sa notoriété »*[763]. L'auteur débutant cédant alors sa production future à un prix souvent dérisoire, il ne pouvait dans ce cas revenir sur les conditions de la cession de ses œuvres, le privant des bénéfices de son succès. Monsieur Pollaud-Dulian résume bien les différentes facettes du risque ainsi couru : *« La cession d'œuvres futures est particulièrement dangereuse pour l'auteur, qui ne peut pas encore, par hypothèse, apprécier la valeur de l'œuvre et ses particularités, ni mesurer l'importance et les formes de l'exploitation dont elle sera susceptible, et qui risque donc de céder ses droits dans de mauvaises conditions, en particulier s'il s'agit d'un jeune auteur »*[764]. C'est la mésaventure qu'aura connu Jules Verne, qui n'aura que peu profité du succès phénoménal de ses œuvres ayant fait la fortune de son éditeur[765].

542. **La diversité des modes de gestion anticipée des œuvres futures.** Plusieurs types d'engagements pouvaient alors être consentis par l'auteur. Tous ne présentaient pas la même nature. Certains pourraient être qualifiés d'avant-contrats, d'autres étaient au contraire des contrats définitifs entrainant en eux même la cession des droits. L'auteur pouvait par avance céder ses droits sur des œuvres futures, promettre de les céder et ainsi consentir une option à son exploitant, céder les fruits de ces droits à des créanciers, ou encore consentir une exclusivité, généralement à une maison d'édition. Ces clauses se sont rapidement généralisées. Contraints de respecter leurs engagements lorsqu'ils s'étaient engagés à créer ces œuvres futures, certains devinrent des créateurs « à la chaine », à l'image de l'industrialisation naissante. Le risque était réel de *« créer sous la contrainte et, aussi, de ne plus pouvoir choisir son contractant »*[766].

### B. L'insuffisant contrôle par le droit commun des contrats

543. Le constat d'une telle dépendance a amené la jurisprudence à s'interroger sur la validité de ces cessions massives d'œuvres futures et de ces clauses d'exclusivité, en l'absence de toute disposition spécifique au droit des contrats d'auteur avant la loi de 1957. C'est sur le terrain du droit commun des contrats que s'est opéré ce contrôle. Doctrine et jurisprudence ont eu l'occasion de se

---

[763] *Ibidem*, n°503, p. 545.

[764] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°968, p. 590.

[765] « *Selon l'analyse de l'historien (Charles-Noël Martin, la vie et l'œuvre de Jules Verne, p. 213) J. Verne aurait gagné du fait de ses droits d'auteur chez Hetzel, en quarante ans, un million de francs de l'époque, soit dix millions actuels, tandis que Hetzel avait dû percevoir environ trente millions actuels de bénéfice net* ». H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 44.

[766] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.,* n°413, p. 347.

pencher sur la question, et ont admis à plusieurs reprises la validité de tels engagements[767]. Cette validité était cependant soumise à certaines conditions. Si avant 1957, doctrine et jurisprudence *« se montraient généralement favorables aux cessions d'œuvres futures…elles étaient en revanche plus réservées lorsque ces conventions devenaient trop indéterminées »*[768].

544. **La remise en cause des cessions d'œuvres futures.** C'est bien entendu sur l'objet du contrat que s'est portée l'attention des juges en premier lieu. L'article 1108 du Code civil exige comme condition de validité du contrat *« un objet certain qui forme la matière de l'engagement »*. Trois conditions sont alors requises. La chose objet du contrat doit être déterminée ou déterminable, elle doit exister et être dans le commerce. Aujourd'hui la cession globale d'œuvres futures est nulle au regard du droit d'auteur, et l'est par là même au regard du droit commun puisqu'elle porte sur un objet qui a été volontairement soustrait du commerce. Avant 1957, c'est vers les deux premières conditions que s'est tournée la jurisprudence pour invalider, ou valider parfois, les cessions d'œuvres futures et les clauses d'exclusivité. *« Toute une jurisprudence en effet, citée par Pouillet, Darras et Vaunois, fait état de cession totale d'œuvre futures, en tant que moyen pour l'auteur de se libérer de ses dettes, certaines décisions reconnaissant la validité de ces clauses, les autres la contestant, puis de l'apparition dans les contrats, des clauses de préférence »*[769].

545. **L'annulation des cessions fondée sur l'indétermination de l'objet.** Si l'objet doit exister, un tempérament est apporté à cette exigence par l'article 1130 al. 1 du Code civil, qui dispose que *« les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation »*. Le simple fait que les œuvres n'aient pas encore été créées ne suffisait pas à conclure à la nullité de la cession d'œuvres futures. Au contraire, le fait qu'un article prévoit expressément cette possibilité montre bien la volonté du législateur de permettre aux contractants de gérer par avance des biens ou des droits qu'ils ne possèdent pas encore. Encore faut-il pouvoir déterminer cet objet, puisque l'article 1129 du Code civil impose que *« l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce »*. L'objet doit être déterminé, ou à tout le moins déterminable.

---

[767] En ce qui concerne la validité des clauses de cession d'œuvres futures : Tribunal civil de la Seine, 4 janv. 1854 : *D.* 1856, p. 253; Sur la validité des clauses de préférence : Trib. Civ. Seine, 11 mai 1870 : *Ann.* 1870, p. 204. ; Trib. Civ. Seine : 16 déc. 1953, *Gaz. Pal.* 1954, p. 80.

[768] S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, préf. A. FRANÇON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle*, 2000, n°448, p. 307.

[769] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 40.

546. C'est sur ce fondement que la jurisprudence a parfois invalidé des cessions d'œuvres futures ainsi que des promesses de cessions, considérant que l'objet n'était pas suffisamment déterminé. Tel fut le cas du contrat par lequel Alexandre Dumas cédait à son créancier le produit de toutes ses œuvres dramatiques à venir[770]. La société des auteurs dramatiques, chargée de régler aux créanciers le produit des représentations de Monsieur Dumas, contestait la validité des cessions de créance consenties sur les œuvres futures. Les juges validèrent ce raisonnement : *« Personne ne peut être débiteur de produits d'une chose qui n'existe pas. (...) Le produit des œuvres littéraires qu'un auteur a projetées, ne saurait donner lieu à une cession »*. Si l'opportunité commandait en l'espèce une décision en ce sens, l'objet de ce contrat étant réellement indéterminé, le raisonnement n'est pas exempt de critiques pour certains. Selon Monsieur Huguet, *« rien n'est plus faux ! Sans doute l'objet est indéterminé, au moment du contrat, mais il peut être déterminé par la suite »*[771]. Dans le cas d'Alexandre Dumas, la cession était tellement vaste qu'une réelle détermination aurait nécessité d'attendre sa mort pour apprécier ne serait-ce que le nombre d'œuvres sur lesquelles portait la clause.

547. La nécessité d'un objet déterminé, ou déterminable, a parfois permis de protéger l'auteur contre des cessions extravagantes, mais ne couvrait pas, loin s'en faut, toutes les situations dans lesquelles l'auteur se mettait en danger. L'objet est parfois déterminable alors même que l'engagement qui en résulte est largement excessif. Ainsi, si la jurisprudence a tenté de limiter les situations d'abus en annulant certaines cessions ou clauses de préférence trop indéterminées, elle aurait dû, en suivant ce raisonnement, reconnaître la validité de telles clauses dès lors qu'une détermination minimale de l'objet était constatée. Une protection efficace de l'auteur ne pouvait donc se faire sur ce seul fondement. Ce constat semble logique dans la mesure où *« l'indétermination de l'objet ne poursuit pas l'objectif de protéger une des parties au contrat. Elle n'a pour objectif réel que de protéger une vision équilibrée du droit des contrats et à travers elle l'intérêt général. C'est ce qui explique qu'en présence d'une cession d'œuvres futures étendue donc dangereuse pour l'auteur mais précisée l'argument ne permette pas d'annuler l'acte »*[772].

548. **L'annulation des cessions fondée sur l'existence d'une condition potestative**. L'obligation prise par l'auteur de céder ses droits sur des œuvres futures ou le produit de ceux-ci a parfois été

---

[770] Paris, 31 janv. 1854 : *DP*, 1855, p. 179.

[771] A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, art. préc., n°182, p. 132.

[772] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc.,

qualifiée de potestative par la jurisprudence, conformément à la vision d'une partie de la doctrine de l'époque. Celle-ci est définie par l'article 1170 du Code civil comme : *« Celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher »*. Certains ont ainsi avancé que lorsque l'auteur cédait ses droits sur des œuvres futures, en promettait la cession ou l'exclusivité, la mesure de son engagement ne dépendait que de sa bonne volonté, puisqu'il lui appartenait de créer ces œuvres, ou non. La validité de cet engagement a alors été contestée sur ce fondement. *« Un engagement dont l'efficacité est subordonnée à la volonté de celui qui s'oblige n'est pas, en réalité, un engagement. Celui qui s'oblige…s'il le veut ou s'il le juge à propos n'a pas contracté sérieusement »*. La fragilité de l'engagement ainsi pris justifie l'existence même de l'article 1174 du Code civil, qui dispose que : *« Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige »*.

549. Les juges ont parfois consacré l'application de cette disposition aux cessions d'œuvres futures, notamment à l'occasion d'un des nombreux procès relatifs aux œuvres d'Alexandre Dumas. Ce dernier avait cédé à Doyen, un de ses créanciers, tous ses droits d'auteur présents et futurs provenant de la représentation de ses œuvres théâtrales. Une deuxième créancière, dame Guidi, avait formé opposition de cette cession afin de pouvoir récupérer son dû. Le procès opposait donc les deux créanciers de Monsieur Dumas. La question posée à la cour concernait la validité d'une telle cession. La réponse fut la suivante : *« Attendu que ce transport* (cette cession) *ne saurait évidement avoir aucune valeur en ce qui touche les droits d'auteur sur les ouvrages qui n'étaient pas encore créés et livrés au théâtre, et qu'il dépendait conséquemment d'Alexandre Dumas de faire ou de ne pas faire, une telle convention étant nulle aux termes de l'article 1147 du Code Napoléon, comme contractée sous une condition potestative de la part de l'obligé »*[773]. Le Tribunal Civil de la Seine a réitéré cette position le 6 juin 1894[774], puis le 25 mai 1897[775]. Ces décisions ne reflètent cependant pas la distinction opérée entre condition purement potestative et condition simplement potestative. La condition purement potestative ne dépendrait que de la seule volonté de celui qui s'engage, tandis que la condition simplement potestative ne dépend *« pas exclusivement et discrétionnairement de la*

---

n°112, p. 111.

[773] Trib. Civ. Seine, 6 déc. 1861 : *Ann. prop. Ind.* 1861, p. 431.

[774] Trib. Civ. Seine 6 juin 1894 : *Ann. prop. Ind* 1900, p. 60.

[775] Trib. Civ. Seine 25 mai 1897 : *Ann. prop. Ind* 1900, p. 60.

*volonté du débiteur, mais aussi des contingences dont celui-ci n'est pas totalement maître »*[776]. Seule la condition purement potestative vide en principe le contrat de son objet. Nombreux sont les auteurs qui, tout en reconnaissant l'opportunité de sanctionner ainsi les cessions d'œuvres futures voient dans cette distinction la limite du raisonnement[777].

550. En effet, comme l'ont montré très tôt ces auteurs, la réalisation de l'évènement futur, à savoir la création de l'œuvre, ne dépend pas de la seule volonté de l'auteur, mais d'un acte de celui-ci, l'acte de création, qui peut être entravé par de nombreux éléments extérieurs à sa seule volonté. La condition ne devrait dès lors pas être analysée comme purement potestative, mais comme simplement potestative, ce caractère n'entrainant pas l'annulation du contrat. Pour que la cession ou promesse de cession soit valable, il aurait alors suffi que l'auteur s'engage à créer les œuvres futures, afin d'échapper au grief de potestativité. Telle est alors la distinction qui semble être opérée à ce moment-là[778]. En 1914, Bry écrit à ce sujet : *« Un auteur pourrait-il céder la propriété de ses œuvres futures ? Ne semble-t-il pas qu'il y ait, dans ce cas, une cession faite sous condition purement potestative et nulle à ce titre, puisqu'il dépend de l'auteur de les faire ou de ne pas les faire » L'acte doit être annulé « seulement si la promesse de l'auteur se tient dans des termes vagues desquels il est impossible de déduire un engagement précis » « la cession n'existe que si elle offre, par les clauses qui la constituent, un engagement sérieux et dont l'existence et la validité ne sont pas compromises par des conditions illicites »*[779].

551. On constate que l'auteur ne peut trouver de protection efficace sur ce seul fondement. Les seules cessions d'œuvres futures valables seraient celles pour lesquelles l'auteur s'engage, en plus de céder ses droits ou les produits de ses droits, à créer les œuvres futures. Or, ce type d'engagement est encore plus fort et semble bien plus dangereux pour l'auteur, qui contracterait alors une obligation de créer pouvant porter sur de nombreuses œuvres futures. De plus, une telle solution, systématique,

---

[776] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°1123, p. 1207.

[777] Vaunois et Pouillet notamment montrent les vertus d'une telle application qu'ils jugent protectrice des auteurs : VAUNOIS, Ann. 1900, p. 62. ; E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Paris, 1908, p. 298. Ils en contestent cependant les fondements juridiques, faisant leurs les critiques exprimées par Huard, qui considérait que l'obligation de l'auteur ne dépend pas de sa seule volonté. *« Il faut qu'il accomplisse l'œuvre promise ; voilà qui l'évènement qui tient en suspend l'existence du droit de l'éditeur, et cela diffère d'un simple acte de volonté »* A. HUARD, *Des contrats entre les auteurs et les éditeurs*, Paris, Marchal et billard, 1889, n°38.

[778] Cette distinction est notamment opérée par Pouillet et Vaunois, précités.

[779] G. BRY, *La propriété industrielle littéraire et artistique*, 3ème éd., Sirey, 1914, n°787, p. 660. S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, thèse préc., n°450, p. 308.

ne semblait pas être la plus opportune. *« Il ne s'agissait pas de priver absolument les cocontractants de la possibilité de conclure une cession des droits en avance sur la création des œuvres. (…) Annuler automatiquement toute cession d'œuvre future même celle qui n'est pas dangereuse pour l'auteur, n'est pas admissible »*[780]. Une appréciation plus souple de l'engagement de l'auteur lui serait certainement préférable, car dans de nombreux cas, l'anticipation de l'exploitation de l'œuvre révèle de nombreuses utilités, tant pour l'auteur que pour son exploitant.

552. **L'assimilation de la cession globale d'œuvres futures à un engagement perpétuel**[781]**.** C'est parfois au regard d'un principe issu du droit du travail, le principe de prohibition des engagements perpétuels, que s'est opéré le contrôle de l'engagement contractuel de l'auteur. Ainsi, l'article 1780 du Code civil, prescrivant que l'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, repris aujourd'hui par l'article L. 121-4 du Code du travail, interdit à quiconque d'aliéner sa liberté en s'engageant *ad vitam aeternam* dans des liens de subordination. Se fonder sur ce principe dans le dessein de réguler les engagements excessifs des auteurs vis-à-vis de leurs exploitants impliquait cependant de circonscrire son application aux cas où l'on pourrait déceler un véritable contrat de travail recelant ce lien de subordination. Une fois ce lien avéré, seuls les contrats par lesquels l'auteur s'engageait à vie pouvaient se voir sanctionnés sur ce fondement. De telles hypothèses étaient rares en pratique, la plupart des engagements contractuels de l'auteur échappaient donc à son application. Ce fondement ne fut pas retenu.

553. **La validité des clauses de préférences.** Si la validité des cessions ou promesses de cessions « en masse » d'œuvres futures a parfois été contestée, les clauses de préférence portant sur des œuvres futures ont également fait l'objet d'une attention accrue. Apparues au XVIII$^{ème}$ siècle, ces clauses de préférence, d'exclusivité, ont été admises beaucoup plus facilement que les cessions d'œuvres futures par la jurisprudence, dans la mesure où l'auteur ne s'engageait qu'à préférer son éditeur pour éditer ses œuvres futures, et non à les céder. Cette exclusivité, justifiée comme étant la contrepartie du risque pris par l'éditeur pour le lancement d'un artiste, était généralement consentie à l'occasion de la signature d'un contrat d'édition. Madame Gaumont-Prat montre que les juges en

---

[780] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°114, p. 114.

[781] Voir sur ce point : H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 54 et s. ; A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, thèse préc., n°182, p. 132. ; B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°115, p. 114.

constataient la validité à certaines conditions : *« La clause était licite si elle respectait les intérêts des deux parties et si elle reposait sur la confiance »*[782], et en contrôlaient la bonne exécution par les notions d'abus de droit et de bonne foi[783]. Leur validité tenait en partie aux obligations qui naissaient par là même sur la tête de l'éditeur, qui devait *« en échange de cette promesse d'exclusivité, consacrer tous ses efforts à assurer le succès des œuvres qu'on lui avait confiées »*[784]. Malgré cette contrepartie, le danger n'était pas loin. Ces clauses étaient parfois associées à une obligation de livraison de plusieurs ouvrages par an, comme ce fut le cas pour Jules Verne. Ainsi pensée, l'exclusivité pouvait s'avérer tout aussi contraignante qu'une cession d'œuvres futures. Finalement, *« l'exclusivité consentie par l'écrivain sur les droits afférents à ses œuvres futures est devenue dans ce contexte une clause capitale. Les contrats prévoyaient en effet une dépendance juridique sur une longue période de temps entre la maison d'édition et ses auteurs, ces derniers touchant généralement une rémunération mensuelle contre un travail de création régulier »*[785].

554. Pour conclure, nous pouvons remarquer que malgré les efforts de la jurisprudence dans la recherche d'un équilibre entre les vertus de l'anticipation et ses dangers, l'application du droit commun ne permettait pas toujours de protéger efficacement l'auteur contre des engagements trop lourds, qu'ils se matérialisent par une cession anticipée des œuvres, par une promesse de cession ou par des clauses d'exclusivité ou de préférence. Les avant-contrats ont eu, à côté des cessions anticipées d'œuvres futures, une influence certaine sur l'avènement de la prohibition de cession globale des œuvres futures. La seule inconstance de la jurisprudence sur ces questions montre bien d'ailleurs qu'une intervention du législateur était nécessaire.

### II. L'EDICTION D'UNE PROHIBITION ETENDUE AUX AVANT-CONTRATS

555. Le constat des dangers que pouvait représenter la vente du blé en herbe[786], a ainsi amené le législateur à soustraire les contrats d'auteur au droit commun, édictant une règle propre venant

---

[782] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 66.

[783]Paris, 7 mars 1951 : *Gaz. Pal.* 1952, p. 80. Dans cet arrêt, la Cour de Paris contrôle la bonne exécution du contrat d'exclusivité en mettant à la charge de l'éditeur l'obligation *« de consacrer tous ses efforts à assurer le succès des œuvres qu'on lui avait confiées »*. Ayant manqué à cette tache, le contrat se vit résilié. Cité par H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 69.

[784] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 69.

[785] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°107, p. 108.

[786] Expression utilisée par Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel-Munk : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, *Droit civil, Les obligations*, 2ème éd. Defrenois, 2005, n°487, p. 278.

limiter l'objet possible de ces contrats (***A***). Nous avons vu qu'avant 1957, la jurisprudence opérait une distinction dans le traitement des clauses de cessions ou de promesses de cession d'œuvres futures et dans celui des clauses d'exclusivité, qui semblait se justifier par leur différence de nature. Elle ne se justifiait cependant pas en opportunité, ce qui explique sans doute que la disposition proclamée par la loi de 1957, celle de l'article L. 131-1 du CPI, concerne à la fois les cessions anticipées d'œuvres futures et l'ensemble des avant-contrats préparant ces cessions (***B***).

### A. L'édiction de la prohibition de cession globale d'œuvres futures

556. **L'insuffisance des solutions antérieures.** Desbois, dans ses commentaires de la loi du 11 mars 1957, écrivait : « *Coordonner, codifier les solutions jurisprudentielles, ce n'était pas assez demander au Parlement : sa mission devait dépasser et a effectivement débordé des limites aussi strictes ; il est en effet des problèmes qui excèdent la compétence des tribunaux* »[787]. Tel a semblé être le cas de l'anticipation de la cession des œuvres futures, au vu de la dépendance ayant asservi certains auteurs malgré un contrôle a posteriori de la validité des cessions qu'ils avaient consenties. Une disposition spécifique est apparue nécessaire. Plusieurs projets antérieurs à la loi de 1957 ont proposé une limitation légale de l'objet du contrat d'auteur, notamment un projet de 1936, resté inabouti.

557. **L'édiction d'un principe propre au droit des contrats d'auteur.** Un principe général guidant l'ensemble du droit des contrats d'auteur a été édicté, trouvant sa place à l'article 33 de la loi, devenu l'article L.131-1 depuis sa codification en 1992 : *« La cession globale des œuvres futures est nulle »*. En tête des *« dispositions générales »* s'appliquant aux contrats d'auteur, cette prescription a valeur impérative. C'est l'objet possible du contrat d'auteur qui est ici restreint, dérogeant au droit commun des contrats. En effet, le principe est ici inversé. Si en droit commun le principe est la licéité des contrats portant sur des choses futures[788], en droit des contrats d'auteur le principe sera au contraire son illicéité lorsque l'objet du contrat sera une cession « globale » d'œuvres futures. L'objectif clairement affiché est la préservation de la liberté du créateur[789]. De

---

[787] H. DESBOIS, *Commentaire de la loi de 1957*, art. préc., p. 350.

[788] Cette licéité est prévue par l'article 1130 al. 1 du Code civil précité : *« les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation »*

[789] C'est l'objectif même de la loi de 1957. Comme le montre Huguet : *« Le vote de la loi du 11 mars 1957 fut mouvementé, et les interventions du rapporteur comme celles des députés ou sénateurs, présentent un intérêt certain, car elles mettent l'accent sur l'esprit de la loi, sur son but. Celui-ci apparaît clairement à la lecture des débats devant le Parlement : Le législateur a voulu faire une loi de protection des auteurs »*, A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats*

nombreux auteurs font finalement un parallèle entre cet article et le principe de prohibition des engagements perpétuels. Si *« comparaison n'est pas raison »*[790], dans la mesure où l'analogie ne fonctionne que pour les cas où l'auteur est salarié, on retrouve dans ces deux articles le même esprit de protection de la liberté des personnes[791].

558. Nous verrons que cette disposition aura de nombreuses incidences pratiques et va conditionner la validité de nombreux avant-contrats, puisque souvent, l'auteur va tenter de trouver un débouché à ses œuvres avant leur création. L'intérêt d'une telle anticipation n'est pas à prouver. Toute convention portant sur une œuvre future ne devrait donc pas, *de lege ferenda*, être sanctionnée. Nous verrons ce qu'il en est *de lege lata,* mais l'idée de mesure doit selon nous guider l'interprétation de cet article, ainsi que la détermination de son domaine.

559. C'est justement le domaine de cette interdiction qui va nous intéresser. Notre étude porte sur les avant-contrats en droit d'auteur, dont nous apprécions ici la validité au regard de son objet. Or, le principe est la prohibition de la « cession » globale d'œuvres futures. Force est de constater que le principe même des avant-contrats en droit d'auteur est de ne pas céder ou d'acquérir directement, immédiatement les droits d'auteur mais de préparer cette cession ou cette acquisition.

### B. L'applicabilité de la prohibition de cession globale des œuvres futures aux avant-contrats

560. **Un principe textuellement inapplicable à tous avant-contrats.** La prohibition de cession globale des œuvres futures a *a priori* vocation à ne s'appliquer qu'aux cessions d'œuvres futures, c'est-à-dire aux contrats par lesquels l'auteur cède ses droits d'auteur ou en concède l'utilisation. Or, qu'il s'agisse des promesses unilatérales de cessions ou des clauses de préférence, ces avant-contrats ne sont pas des contrats d'auteur. Ces contrats n'ont vocation qu'à préparer cette cession. Il faut encore une fois réserver le cas d'une promesse synallagmatique de cession qui vaudrait déjà cession des droits d'auteur. Une anticipation de la cession des droits sur les œuvres futures étant parfois justifiée et souhaitée par l'auteur ou son exploitant, voire les deux, il serait alors tentant de contourner cette règle impérative en passant par un avant-contrat. Or, malgré la lettre du texte, qui

---

*d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, thèse préc., 1962, p. 7.

[790] A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, thèse préc., n°182, p. 132.

[791] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°662, p. 460.

n'appréhende que les « cessions » d'œuvres futures, son esprit conduit à étendre son domaine aux avant-contrats d'auteur. Plusieurs facteurs contribuent à renforcer cette idée.

561. **Argument téléologique en faveur de l'extension du principe aux avant-contrats.** Le premier argument en faveur de la limitation de l'objet des avant-contrats par la prohibition de cession globale des œuvres futures est un argument téléologique. Si l'objectif de cette prohibition est de protéger l'auteur contre un engagement trop fort de sa part, rien ne justifie de ne pas l'appliquer aux avant-contrats qui peuvent engager l'auteur tout aussi fortement. Lorsque l'auteur promet de céder ses œuvres futures, il donne dès à présent son consentement au contrat, en conférant une option à son exploitant. L'exploitant n'aura qu'à lever cette option pour que le contrat soit conclu. Or, il semble que ce soit justement le consentement de l'auteur qui ne doive pas être donné trop largement. S'engager à céder ses œuvres futures, à des conditions déjà prédéterminées puisque nous avons vu que sans cette détermination des conditions le contrat ne pourrait pas être valable, est tout aussi dangereux que de les céder immédiatement, puisque l'auteur ne pourra pas revenir sur son engagement sans s'exposer à des sanctions qui peuvent être suffisamment lourdes pour être rédhibitoires. Nous avons vu qu'un pacte de préférence portant sur des œuvres futures pouvait également s'avérer dangereux.

562. **Argument historique en faveur de l'extension du principe aux avant-contrats.** À cet argument téléologique s'ajoute un argument historique, celui du rapport entre le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures et l'admission, dans une certaine mesure, du pacte de préférence dans le contrat d'édition. C'est en effet en contemplation des dangers liés aux cessions et promesse de cessions d'œuvres futures, mais aussi liés aux clauses de préférence qu'a été édicté, nous l'avons, vu, le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures. Il serait donc curieux que le législateur n'ait pas entendu prescrire une mesure suffisamment générale pour qu'elle s'applique à l'avant-contrat que constitue, nous le verrons, le pacte de préférence.

563. **Argument juridique en faveur de l'extension du principe aux avant-contrats**. Cet argument historique appelle un argument juridique. Il s'appuie sur l'articulation entre les articles 33 et 34 de la loi de 1957, aujourd'hui respectivement codifiés sous la numérotation L. 131-1 et L.132-4 du Code de la propriété intellectuelle. La plupart des auteurs considère l'admission du pacte de préférence dans le contrat d'édition comme une exception au principe de prohibition de cession globale des œuvres futures. Il semble que ce soit ainsi que ces deux articles aient été pensés à

l'origine, puisque, dans l'avant-projet de la commission, ils ne formaient qu'un[792]. L'admission du pacte de préférence dans le contrat d'édition étant présentée comme une exception, le principe auquel celle-ci déroge ne peut que s'appliquer au domaine propre à cette exception, à savoir à un avant-contrat. Cela montre bien que le principe s'étend au-delà du contrat aux avant-contrats. L'article L. 132-4 n'aurait pas lieu d'être dans le cas contraire, sauf à considérer que les restrictions de l'anticipation sont plus lourdes dans le secteur de l'édition que dans d'autres domaines. Cette interprétation n'aurait pas de sens dans la mesure où l'admission du pacte de préférence portant sur des œuvres futures dans le contrat d'édition a justement été préservée afin de récompenser les éditeurs des risques pris pour le lancement d'un auteur[793].

564. **Conclusion**. L'ensemble de ces arguments nous pousse à conclure en faveur d'une interprétation extensive du domaine de la prohibition de cession globale des œuvres futures. L'avant-contrat ne doit pas être une technique de contournement des règles impératives du droit des contrats d'auteur, mais bien une technique d'anticipation qui doit se plier à ces dispositions protectrices. C'est à ce prix que pourra être respecté l'équilibre réfléchi et souhaité entre les intérêts respectifs des auteurs et de leurs exploitants. Ces règles délimitent le cadre de l'anticipation de la cession des droits d'auteur par un avant-contrat, et conditionnent la licéité de son objet. Afin d'apprécier les contours de ce cadre, une analyse plus poussée de cette prohibition s'avère nécessaire. Son interprétation nous permettra d'apprécier son caractère particulièrement incertain.

### Paragraphe 2. Le principe de prohibition, limite incertaine aux avant-contrats

565. La prohibition de cession globale des œuvres futures apparaît finalement comme la principale limite aux avant-contrats pouvant être conclus en droit d'auteur, au vu de la confrontation entre cette prohibition et la volonté d'anticipation du contrat qui est une des principales fonctions des avant-contrats. Affirmer l'applicabilité de l'article L. 131-1 du CPI aux avant-contrats ne suffit cependant pas à en saisir la teneur, et à déterminer avec certitude le champ du possible laissé à l'expression de la volonté contractuelle. Si l'esprit du texte semble clairement déterminé, sa lettre doit être interprétée afin de saisir les contours possibles de la gestion anticipée des œuvres futures par les

---

[792] Les articles 33 et 34 ne formaient, dans le projet initial, qu'un seul et même article : *« La cession globale est nulle. Toutefois, 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* ». Voir sur ce point : H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 85 et s.

[793] Dans ce sens par exemple, A. FRANÇON, *RTD com*. 1987, chron. p. 199.

avant-contrats. En présence d'un texte dont les incidences semblent floues, c'est à la doctrine et aux juges qu'est revenu le soin de l'interpréter. Leur étude force le constat d'une formulation maladroite, complexe, qui, interprétée à la lettre n'aurait que peu de sens. La cession « globale » (***II***) des « œuvres futures » (***I***) révèle ainsi les incertitudes des limites posées par la loi.

### I. LES INCERTITUDES RELATIVES AUX « ŒUVRES FUTURES »

566. La notion d'œuvres futures contenue dans l'article L. 131-1 est sujette à confusion. Quelles sont les œuvres futures concernées par la prohibition instaurée ?

567. **L'exclusion de la cession du support de l'œuvre.** Une première distinction est à opérer entre la cession du support de l'œuvre et la cession des droits sur l'œuvre. Malgré la lettre du texte, seules les cessions des droits sur les œuvres futures sont aujourd'hui atteintes par la prohibition. Une relation contractuelle longue durée peut ainsi être établie en ce qui concerne les œuvres d'art, avec pour principal attrait *« de permettre à de jeunes artistes de se livrer à leur art, en les dégageant des contraintes matérielles »*[794]. Deux limites sont cependant apportées à la possibilité de céder par avance le support des œuvres futures. Une période doit tout d'abord être déterminée, faute de quoi il faudrait admettre qu'une résiliation unilatérale de l'auteur soit toujours possible, puisque conformément au droit commun, *« on ne peut engager ses services qu'à temps »*[795]. Il faut ensuite que l'engagement ne nuise pas de trop à la liberté de création de l'auteur. La jurisprudence a ainsi posé le principe selon lequel : *« la cession de ses œuvres futures par un peintre est licite dès lors qu'elle ne s'accompagne pas de contraintes incompatibles avec le respect du droit moral »*[796]. Si cette discrimination faite entre les artistes d'œuvres d'art et les autres auteurs peut sembler contestable, les uns méritant tant de protection que les autres, le principe est établi de longue date et n'a pas été remis en cause. Voilà une première circonscription du domaine de l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle.

568. **L'exclusion du principe en cas d'œuvres complètes.** On peut ensuite considérer qu'il est fait preuve d'une grande souplesse dans la détermination de ce que sont les œuvres futures concernées par le texte. Ainsi, lorsqu'une œuvre se présente en plusieurs volets, ou lorsqu'il s'agit de prévoir la publication d'œuvres complètes présentées en plusieurs volumes, la signature de ce contrat

---

[794] TGI Aix-en-Provence, 23 févr. 1965 : *Gaz. Pal*, 1965, 1, p. 316. ; *RTD com.* 1965, p. 849, obs. H. DESBOIS.

[795] Article 1780 du Code civil.

[796] Cass. 1re civ., 19 janv. 1970 : *D.* 1970, p. 483 ; *RTD com*. 1972, p. 103, obs. H. DESBOIS. ; *RIDA*, oct. 1970, p. 61.

*« ne devrait pas tomber sous le coup de l'article L. 131-1 »*[797]. On peut peut-être voir une application de ce principe, au cas où plusieurs livres présenteraient le même personnage, dans un arrêt du 6 novembre 1979[798]. Prenant en compte le fait que la cession ne portait que sur les ouvrages commandés, ayant le même personnage principal, le contrat échappe à la nullité, la cession globale d'œuvres futures n'étant pas constatée. Plusieurs éléments sont pris ici en compte, mais l'on pourrait penser que les juges ont agi *« comme s'il s'agissait d'une seule œuvre présentée en plusieurs volumes »*[799]. Certains auteurs l'ont cependant interprété comme une limite à la prohibition en cas de détermination des œuvres concernées par le contrat. Il faut de plus remarquer que le contrat laissait à l'auteur la possibilité de se défaire de son engagement sous réserve de terminer l'histoire en cours. La liberté conservée par l'auteur justifiait d'autant plus cette solution. Il n'est donc pas certain que cette solution concerne directement la définition même des œuvres futures délimitant le domaine d'application de la prohibition. Nous reviendrons sur cette affaire.

569. Notons enfin, de façon plus générale, que lorsque l'œuvre même inachevée, est en cours de création ou suffisamment déterminée, elle n'est déjà plus une œuvre future. L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ».

### II. LES INCERTITUDES RELATIVES A LA « CESSION GLOBALE »

570. La formulation de la loi est maladroite, la doctrine est unanime sur ce point. Suivre à la lettre l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle reviendrait à priver de sens et de portée la prohibition qu'il proclame. Le terme global renvoie à l'idée de totalité, de bloc, d'entier. N'interdire que la cession de tous les droits sur toutes les œuvres que l'auteur pourrait créer à l'avenir permettrait de contourner bien trop facilement la mesure de protection que le législateur a entendu ici édicter. L'objectif clairement poursuivi, qui justifie cette interdiction d'ordre public, est, nous l'avons vu, d'empêcher les auteurs de s'enchainer par des liens contractuels trop lourds, dont ils ne peuvent pas toujours évaluer la portée, à des conditions qu'ils ne pourraient ensuite plus négocier. Les dangers d'un tel engagement ne résident pas uniquement dans la cession totale de tous leurs

---

[797] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°506, p. 547.

[798] Cass. 1re civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, IR, p. 207. ; *JCP G*, 1980, IV, p. 27.

[799] P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n°202, p. 178. Selon lui, on joue sur la notion d'œuvre plus que sur celle de globalité.

droits sur toutes leurs œuvres futures. Il suffirait dès lors de ne céder que certains droits sur toutes les œuvres futures, ou encore de céder l'ensemble de ses œuvres futures à l'exclusion de quelques-unes afin d'échapper à l'application de cet article. Cette interprétation se révèlerait plus dangereuse encore que la plupart des solutions de droits commun dégagées par la jurisprudence avant 1957. On ne peut donc se résoudre à penser que le législateur n'a entendu que prohiber la cession totale, globale des œuvres futures[800]. La lettre contredisant ici l'esprit de la disposition, la mesure de l'interdiction posée a donc dû être interprétée. Certaines appréhensions se révèlent assez strictes[801]. Nous appellerons à une appréciation plus souple de la règle.

571. **L'approche fondée sur l'idée de seuil.** Cette approche, systématique, est certainement la plus classique. Dégagée par Desbois[802], elle consiste à interpréter le texte comme interdisant les cessions de plus d'une œuvre future. Le seuil est celui de l'œuvre unique, la cession de deux œuvres futures, et *a fortiori* de plus de deux œuvres, serait prohibée. Desbois fonde son interprétation sur l'articulation entre cet article et l'article L. 132-4 du CPI règlementant le pacte de préférence dans le contrat d'édition[803]. Y voyant un principe, celui de la prohibition, et une exception, l'admission du pacte de préférence limité à cinq ans ou à cinq œuvres dans le contrat d'édition, il considère que « global » doit s'entendre par « plusieurs ». Ainsi, si la cession d'une œuvre future est possible, la cession de deux ou de plusieurs œuvres tomberait sous le coup de l'interdiction. La doctrine suit en grande partie cette interprétation quantitative et systématique[804]. Même si nous croyons aux vertus d'une appréciation circonstanciée des cessions se révélant dangereuses ou non pour l'auteur, cette vision stricte du principe élève une barrière de protection efficace. Elle limite cependant fortement le champ du possible en matière d'avant-contrats, faisant parfois la sourde oreille aux besoins de la

---

[800] Voir cependant Huguet. Selon cet auteur, il serait exagéré de dire que la cession globale des œuvres futures ne s'entend que de la cession de tous les droits sur toutes les œuvres futures. Ce n'est que la première condition de totalité qu'il faut réviser : *« Est en principe illicite, la cession d'un droit quelconque (droit de représentation, de reproduction, ou une parcelle de ces droits) lorsqu'elle porte sur toute la production à venir d'un auteur ».* A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957,* thèse préc., n°185, p. 134.

[801] L'interprétation la plus stricte de cette règle de droit est certainement celle de R. Feray, qui va jusqu'à constater l'interdiction de toute cession d'œuvre future, celle-ci concernerait-elle une seule œuvre. R. FERNAY, *La cession et le contrat d'édition* : *RIDA*, avr. 1958, p. 275 et s. Cité par S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, thèse préc., p. 315. Cette position est cependant guère défendable, bloquant de manière irraisonnable des prévisions qui peuvent se révéler utiles tant pour l'auteur que pour l'exploitant. Elle est demeurée isolée.

[802] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France , op. cit.,* n°535.

[803]Nous reviendrons plus loin en détail sur l'articulation entre ces deux articles

[804] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, op. cit*. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit*

pratique. Ne seraient ainsi valables que les avant-contrats portant sur une seule œuvre future, qu'il s'agisse d'un pacte de préférence ne correspondant pas aux prescriptions de l'article L. 132-4, d'une promesse unilatérale ou synallagmatique. Il en serait certainement de même de tout contrat-cadre portant obligation de contracter[805].

572. **Pour une approche plus souple.** L'interprétation la plus conforme à l'esprit de protection des auteurs et à la prise en compte des besoins de la pratique serait certainement une approche plus souple, plus circonstanciée. Le souci d'une application mesurée et équilibrée de cette disposition est un souci partagé[806]. Plusieurs auteurs en appellent à une interprétation plus malléable de la prohibition de cession globale des œuvres futures. C'est le cas par exemple de Monsieur Tafforeau, selon qui *« entre l'interdiction de la seule cession de la globalité des œuvres et celle de plus d'une œuvre future, il doit y avoir un juste milieu »*[807].

573. On trouve depuis longtemps dans la doctrine les prémices d'une telle idée. Monsieur Strömholm notamment offrait déjà une vision intermédiaire de l'interprétation du texte. Rejetant l'idée d'une appréciation de sa mesure au regard de l'article 34 de la loi de 1957, concernant le pacte de préférence, il proposait de *« faire tomber sous le coup de la prohibition prévue par cet article les cessions fermes qui embrassent la production future d'un auteur pendant une période,-indiquée en année ou par le nombre d'ouvrages considérés- qui excède manifestement celle qui peut être embrassée par un calcul raisonnable, tenant compte des données fondamentales économiques et personnelles de la convention »*[808]. L'idée d'une appréciation du raisonnable rend bien compte de la large marge de manœuvre dont devraient selon nous disposer les juges afin de juger, au cas par cas, du caractère excessif de la cession. Un seuil prédéfini ne devrait pas alors s'imposer. Nous nous éloignons ainsi tout de suite de l'analyse de Strömholm, qui préjuge déjà du seuil du raisonnable, qu'il fixe à 10 ans en l'absence de faits particuliers. Or, le raisonnable dépend justement des

---

*d'auteur, op. cit.*, n°972, p. 592.

[805] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, thèse préc., n°606, p. 407.

[806] M. Vivant et J.-M. Bruguière, quant à eux, s'ils approuvent la vision de Desbois en ce que la cession globale s'entend de la cession de plusieurs œuvres, se préoccupent de savoir si l'interdiction n'est alors pas trop excessive. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°664, p. 461.

Voir également sur ce point B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., 2008, n° 133, p. 124.

[807] P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n°202, p. 178.

[808] S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, Etude de droit comparé*, Thèse, Stockholm, 1967, p. 164 et s.

circonstances. L'engagement de l'auteur est-il raisonnable ou doit-il s'entendre d'une cession globale d'œuvres futures ? Les juges devraient selon nous répondre à cette question au cas par cas, par une approche *in concreto*. L'approche devrait être plus qualitative que quantitative.

574. Nous concevons cependant les limites de l'opportunité d'un tel raisonnement. Il s'agit ici d'un contrôle *a posteriori*, auquel l'auteur ne se livrera que rarement. L'avantage d'un seuil fixé par la loi est de limiter les abus par des règles simples et connues des auteurs et de leurs exploitants. Apprécier le caractère raisonnable de l'engagement conduit à mettre les cocontractants dans l'impossibilité d'apprécier la validité de leur accords *a priori*, ce qui peut inévitablement nuire à la sécurité juridique.

575. **L'approche fondée sur l'exigence de détermination.** Œuvrant dans le sens d'une appréciation plus souple de la règle édictée, a été avancée l'idée que la cession globale des œuvres futures devrait s'entendre et se limiter aux cessions insuffisamment déterminées. Nous pouvons ainsi lire sous la plume de Monsieur Gautier : *« A noter que ce que la loi prohibe est la cession « globale », de sorte qu'il ne semble pas interdit à l'auteur de céder par avance ses œuvres, en nombre déterminé ou pour une période déterminée. Faute de quoi le mot « global » n'aurait plus aucun sens »*[809]. Les cessions d'œuvres futures devraient être autorisées à partir du moment où elles se contingentent à une période ou à un nombre d'œuvres donné. La protection de l'auteur serait-elle alors assurée ? Y aurait-il tout de même un seuil à respecter, à l'image du pacte de préférence dans le contrat d'édition ? Un auteur pourrait-il par exemple céder ou promettre de céder l'ensemble de ses créations des vingt prochaines années, ou ses vingt prochaines œuvres ? Un tel engagement serait, selon les critères posés par Monsieur Gautier, suffisamment déterminé.

576. Considérant que la définition du terme « global » renvoie également à l'idée d'indétermination plutôt qu'à celle d'exhaustivité, madame Denoix de Saint-Marc écrit quant à elle que *« la prohibition de l'article L. 131-1 doit pouvoir s'entendre comme : la cession d'un ensemble indéterminé d'œuvres futures est nulle »*[810]. Selon elle, *« ce n'est ni la durée de l'engagement ni le nombre d'ouvrages qu'il aura promis de réaliser qui, en eux-mêmes, créeront les conditions de l'annulation du contrat, mais l'insuffisance des stipulations contractuelles relatives à la nature du travail de création qui, le cas échéant, en sera la cause* ». Ainsi, *« un auteur pourra s'engager à*

---

[809] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°506, p. 547.

[810] S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, thèse préc., n°460, p. 316.

*produire pendant une durée déterminée, même longue, ou bien à exécuter un nombre d'œuvres, même élevé ; si les parties ont convenu un minimum de précision de ces créations à venir et de leur destination, leur accord ne saurait être censuré ».*

577. Qu'il s'agisse selon ces deux auteurs de l'exigence de détermination temporelle et matérielle pour Monsieur Gautier, ou de détermination des œuvres à créer pour madame Denoix de Saint-Marc, ce raisonnement suscite cependant des réserves. Il trouve des échos dans la jurisprudence[811], ainsi que chez plusieurs auteurs. Si le recours à la notion d'indétermination des œuvres traduit *« un souci de réalisme »* louable[812], il faut garder à l'esprit que détermination ne se confond pas toujours avec protection, nous avons vu que c'est l'une des raisons pour lesquelles la seule application du droit commun, qui exige déjà un certain degré de détermination de l'objet, est insuffisante à assurer de manière efficace cette protection. Elle devrait peut-être être combinée avec d'autres critères, comme la possibilité pour l'auteur de se défaire d'un engagement trop lourd ou la possibilité qu'il conserve de renégocier les conditions fixées dans le contrat ou dans l'avant-contrat.

578. **Une incertitude dangereuse.** Le texte posé par le législateur est suffisamment lacunaire pour laisser place à des interprétations très différentes, si bien que la jurisprudence sur cette question réserve parfois bien des surprises, et fait montre d'une souplesse inattendue, et semble s'être engagée dans la voie de la souplesse. S'il peut sembler opportun de laisser entre les mains des juges les moyens de trouver l'équilibre recherché, force est de constater que les frontières de la validité des avant-contrats sont floues, ce qui nuit à la sécurité juridique. Si la question ne se pose pas pour le pacte de préférence dans le contrat d'édition, la validité des autres contrats préparatoires portant sur des œuvres futures demeure particulièrement incertaine. Ainsi, que l'on envisage les promesses unilatérales ou synallagmatiques de cession, ou le pacte de préférence n'entrant pas dans le domaine de l'article L. 132-4, leur validité peut être remise en cause lorsqu'ils portent sur plusieurs œuvres futures. On peut également s'interroger sur la validité d'un contrat-cadre qui emporterait obligation pour l'auteur de conclure les contrats de cession. Selon que l'on admette la rigueur de l'interprétation fondée sur l'idée de seuil ou la souplesse fondée sur l'idée de détermination des œuvres, certaines de ces figures précontractuelles seront valables, ou non. L'approche rigoureuse et restrictive se justifie

---

[811] L'arrêt au soutient de cette démonstration est notamment celui précité : Cass. 1re civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, IR, p. 207. ; *JCP G*, 1980, IV, p. 27. Comme nous l'avons montré, on peut toutefois se demander si les juges n'ont pas tout simplement considéré que, s'agissant d'œuvres complètes, elles échappaient à la prohibition.

[812] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°665, p. 462.

parfaitement au regard de l'articulation entre le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures et l'admission du pacte de préférence dans le contrat d'édition. L'approche beaucoup plus souple développée par Monsieur Gautier notamment et parfois retenue par les juges est séduisante en ce qu'elle permet une admission beaucoup plus large des avant-contrats en droit d'auteur et respecte l'esprit de la règle en prônant un engagement mesuré de l'auteur. Elle contredit cependant l'articulation entre le principe posé et son exception, le pacte de préférence dans le contrat d'édition considéré comme un privilège en faveur des éditeurs, qui n'aurait alors plus guère de sens, sauf à considérer que cette détermination ne peut aller au-delà du *quantum* imposé par la loi pour ce contrat spécial. En attendant une clarification législative ou une harmonisation des solutions par un arrêt de principe de la Cour de cassation, il convient de se montrer prudent. Les solutions ne sont pas arrêtées, les auteurs affirment des principes qui conduisent à des solutions totalement contradictoires. Plus que malléable, le cadre de validité des avant-contrats s'avère particulièrement incertain, ce qui nuit sans aucun doute à la sécurité juridique, pourtant recherchée par les parties lorsqu'elles organisent contractuellement cette période informelle qu'est la période précontractuelle.

# CONCLUSION DU CHAPITRE 2

579. Le droit des contrats d'auteur soustrait donc aux parties certaines possibilités d'anticipation que pourraient offrir les avant-contrats. L'inaliénabilité du droit moral limite l'objet possible des avant-contrats à la gestion des droits patrimoniaux, limitant par là même les possibilités d'anticipation de l'exploitation future de l'œuvre. La prohibition de cession globale des œuvres futures limite quant à elle la possibilité d'une gestion anticipée des droits patrimoniaux portant sur des œuvres futures. Ces principes forts font cependant l'objet d'une application mesurée. Sans entrainer une cession du droit moral ou sa renonciation, les parties peuvent, dès l'avant-contrat, prévoir de manière circonstanciée l'aménagement de certaines prérogatives, du droit au respect de l'œuvre en particulier, l'auteur pouvant, dès l'avant-contrat, autoriser certaines modifications de son œuvre. Le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures se révèle quant à lui particulièrement malléable, si l'on ne retient pas le seuil de l'œuvre unique mais que l'on admet, ce que la jurisprudence semble parfois encline à faire, une approche plus souple de ce principe. Les incertitudes demeurent cependant importantes quant à son interprétation, ce qui nuit inévitablement à la sécurité juridique. Les vertus de la souplesse, en l'absence de clarification sur ces points, pourraient donc se révéler dangereuses. Au-delà de l'objet possible des avant-contrats, le principe d'inaliénabilité du droit moral devrait certainement soustraire au juge la possibilité de prononcer l'exécution forcée de la promesse, au regard du droit de divulgation et du droit de retrait et de repentir. Si ces solutions sont aujourd'hui conformes au droit commun, qui admet l'efficacité de la rétractation de la promesse, la sanction de droit commun nous semble contestable car, par un contrat de promesse, le promettant a déjà donné son consentement au contrat futur. Or, c'est justement la possibilité de revenir unilatéralement sur son consentement que ces deux prérogatives offrent à l'auteur. Utilisées à bon escient, elles devraient donc conduire, quelle que soit l'évolution du droit commun sur ce point, à refuser l'exécution forcée des avant-contrats lorsque l'auteur invoque, pour s'en défaire, l'exercice de ces droits moraux.

# CONCLUSION DU TITRE 1

580. Au terme de ce titre, a ainsi été déterminé le cadre normatif des avant-contrats d'auteur. L'étude du droit commun des contrats d'auteur, ainsi que celle des règles propres à certains contrats d'auteur, a mis en évidence à la fois des règles qui devraient s'imposer parfois à tous les avant-contrats, et parfois à certains d'entre eux selon leur contenu obligationnel et selon le contrat d'auteur qu'ils préparent. Ainsi, certaines conditions sont ajoutées au droit commun par le droit des contrats d'auteur, des conditions de forme, imposant à l'exploitant de prouver l'engagement de l'auteur dans les liens de l'avant-contrat par écrit, des conditions de fond parfois, imposant une détermination renforcée de l'objet du contrat préparé par l'avant-contrat, et une détermination de la durée de l'engagement pour le contrat de préférence selon l'alternative proposée par la loi et choisie par les parties. Les conditions de formation de l'avant-contrat d'auteur s'en trouvent ainsi renforcées.

581. L'étude des règles générales du droit d'auteur a également permis de mettre en évidence certaines possibilités soustraites au droit commun par le droit des contrats d'auteur. L'inaliénabilité du droit moral limite ainsi les possibilités de prévoir par avance l'usage fait de la chose sur laquelle porte l'avant-contrat. Ce lien si particulier entre l'auteur et son œuvre devrait même conduire, au-delà de la validité de son objet, à déterminer le régime des avant-contrats, ne pouvant faire l'objet d'une exécution forcée lorsque l'auteur, revenant sur un engagement qu'il a pourtant déjà donné, invoque la défense de ce droit de la personnalité. Le principe de prohibition est, lui, certainement la manifestation privilégiée de ce que le droit des contrats d'auteur soustrait certaines possibilités que pourraient offrir les avant-contrats en terme de gestion par avance des droits portant sur des œuvres futures. Nous avons cependant montré les incertitudes liées aux interprétations divergentes de ce principe. Nous verrons que ces incertitudes sont en pratique problématiques et nuisent incontestablement à la sécurité juridique.

582. Le cadre normatif ayant été posé, les avant-contrats pourront librement s'épanouir tant qu'ils s'inscrivent dans celui-ci, qu'il s'agisse de l'avant-contrat nommé que constitue le pacte de préférence portant sur des œuvres futures dans le contrat d'édition, du pacte de préférence n'entrant pas dans le domaine de l'article L. 132-4 ou encore des promesses unilatérales ou synallagmatiques. Certains contrat-cadres pourront également être envisagés. L'ensemble de ces figures contractuelles

présente des utilités propres. Certaines de ces utilités seront satisfaites par le cadre normatif ainsi défini, d'autres seront *a priori* bloquées par celui-ci, devant conduire à la nullité de ces accords ou à leur requalification.

# Titre 2. LE CADRE FONCTIONNEL DES AVANT-CONTRATS D'AUTEUR

583. Il est temps à présent de s'intéresser de plus près à ces avant-contrats. Dans le respect du cadre normatif que nous avons défini, les divers mécanismes caractérisant les avant-contrats que l'on trouve en droit commun peuvent être mobilisés par les négociateurs, forts de leur liberté contractuelle, qui même surveillée, même encadrée, demeure. L'imagination et l'habileté des praticiens permettent alors de concevoir un certain nombre de contrats préparatoires selon les besoins et utilités que présente pour eux l'aménagement de la conclusion du contrat d'auteur dans le temps, et selon l'intérêt qu'ils ont à se mettre par avance d'accord sur certains éléments du contrat. Nous ne prétendons pas envisager à ce titre tous les exemples de situations précontractuelles dans lesquelles le recours à un avant-contrat peut être opportun afin de préparer la conclusion du contrat d'auteur, dont le seul nom recouvre en réalité des contrats très différents. Nous nous proposons simplement d'identifier quels sont les avant-contrats les plus utilisés. Ces avant-contrats ont été dotés par la pratique de noms qui n'éclairent pas toujours sur leur nature et leur régime. Nous en avons posé les critères de validité, l'heure est donc à présent à leur identification.

584. Nous les classerons en fonction des utilités qu'ils peuvent présenter pour les parties. Certains avant-contrats constituent des outils de gestion de la relation contractuelle dans le temps (***Chapitre 1***). Le pacte de préférence dans le contrat d'édition a par exemple vocation à pérenniser la relation contractuelle entre l'auteur et son éditeur, à l'étendre dans la durée. Les avant-contrats constituent également un outil de gestion de la relation contractuelle dans le temps lorsqu'ils accompagnent un contrat ayant déjà pour effet d'organiser entre l'auteur et l'exploitant une relation longue durée, comme un contrat de travail par exemple. Les avant-contrats portant sur les œuvres à créer permettrons alors, nous le verrons, de renforcer l'efficacité de cette relation contractuelle établie. Ils ont parfois pour fonction de gérer le temps dans la relation contractuelle (***Chapitre 2***). Qu'ils offrent aux parties la possibilité de retarder la conclusion du contrat d'auteur ou de l'anticiper, les avant-contrats permettront de maîtriser l'instant du passage du temps de l'avant-contrat à celui du contrat d'auteur. Se révèle alors le cadre fonctionnel des avant-contrats d'auteur.

## Chapitre 1. LES AVANT-CONTRATS, OUTILS DE GESTION DE LA RELATION CONTRACTUELLE DANS LE TEMPS

585. La relation entre un auteur et un exploitant, bien souvent, a vocation à s'inscrire dans le temps. Cette réalité a été observée de longue date. Il suffit, pour s'en convaincre, de se pencher sur les relations qu'entretenaient autrefois les créateurs et leurs mécènes, ou encore les auteurs et leurs éditeurs, dont la relation, humaine, marquait souvent toute la carrière d'un auteur. Cet attachement des auteurs à ceux qui financent l'exploitation et parfois la création de leurs œuvres est moins prégnant aujourd'hui. Le phénomène de réservation des services d'un auteur est moins fondé sur les relations humaines que sur la force de l'engagement que les acteurs se donnent. La réservation se fait par le contrat. Les acteurs de ce marché se sont multipliés, diversifiés. Les créations également. Le statut des auteurs aussi. La volonté de pérenniser la relation contractuelle passe bien souvent par la conclusion d'un contrat de travail. La volonté de donner naissance à un projet passe également par des contrats de commande qui eux aussi parfois s'inscrivent dans la durée. Mais il faut bien garder à l'esprit que ces outils de réservation de la force de travail de l'auteur n'ont pas vocation à régir les droits sur le fruit de ce travail, les droits d'auteur. Dans une relation contractuelle déjà pérennisée par ces contrats, les avant-contrats portant sur ces droits d'auteur peuvent alors assurer la pleine efficacité de la relation contractuelle engagée (***Section 2***). L'un d'entre eux aura même pour seule vocation de pérenniser la relation contractuelle, même lorsque l'auteur n'est pas par ailleurs tenu de créer par l'effet d'un contrat de commande ou d'un contrat de travail (***Section 1***).

### *Section 1. Le pacte de préférence, instrument de pérennisation de la relation contractuelle*

586. Loin d'être *« le parent pauvre des avant-contrats »*[813], le pacte de préférence dans le contrat d'édition portant sur des œuvres futures est certainement l'avant-contrat le plus utilisé dans le domaine du droit d'auteur et le plus étudié par la doctrine. Il est, en droit d'auteur, le seul avant-contrat nommé. Répondant aux appels de la pratique, le législateur, en 1957, a pris le parti de l'autoriser. Conçu comme une exception au principe de prohibition de cession globale des œuvres

---

[813] C'est ainsi que D. Mazeaud qualifie le pacte de préférence en droit civil, « *celui qui excite le moins l'imagination des auteurs de contrats spéciaux, puisque là où de riches et amples développements sont dédiés aux promesses de vente, le sort du pacte de préférence est, en général, expédié en quelques lignes* ». D. MAZEAUD, note sous Cass. 3ème civ., 30 avr. 1997 : *D.* 1997, p. 475. La tendance en droit d'auteur est résolument inverse.

futures, le mécanisme qu'il mobilise apparaît être celui d'un avant-contrat à la finalité particulière : inscrire la relation contractuelle dans le temps. Si cet instrument de pérennisation de la relation contractuelle est encadré strictement par le droit des contrats d'auteur (***Paragraphe 1***), sa mise en œuvre est soumise à un régime hybride, dont les modalités trouvent leurs repères dans les règles du droit d'auteur, et dont la sanction puise sa nature dans le droit commun (***Paragraphe 2***)

### Paragraphe 1. La faculté d'accorder la préférence encadrée par le droit des contrats d'auteur

587. Outre les conditions de validité communes à tous les contrats d'auteur relatives notamment au consentement et à la capacité dont nous avons déjà envisagé l'application particulière au pacte de préférence dans le contrat d'édition, le législateur a encadré ce contrat en le soumettant à des conditions que nous n'avons fait qu'évoquer jusqu'alors et qui nécessitent une étude plus approfondie. Il a ici répondu à l'appel de la pratique (***I***) faisant œuvre de compromis en soumettant la validité de ce contrat à des conditions strictes (***II***).

#### I. UN INSTRUMENT CONTRACTUEL REVENDIQUE PAR LES EXPLOITANTS

588. Ce sont les éditeurs qui, craignant les conséquences que pourrait avoir le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures sur la gestion de leur activité, ont revendiqué l'admission d'un contrat leur permettant d'inscrire dans le temps la relation qu'ils entretenaient avec les auteurs. Au regard de leurs arguments, leur revendication apparaît justifiée (***A***). Il semble que, admis de façon mesurée, l'auteur y trouve aussi, indirectement, son intérêt (***B***).

##### A. Une revendication justifiée

589. **Un contrat souhaité par les éditeurs.** À l'image du contrat d'auteur négocié dont il tend à permettre la conclusion, l'admission du pacte de préférence dans le contrat d'édition est elle-même le fruit d'une négociation. Nous l'avons déjà montré, la pratique du pacte de préférence dans le contrat d'édition est ancienne, et remontre au XVIIIème siècle, se développant particulièrement au siècle suivant. C'est le constat des excès engendrés par certaines de ces clauses qui, à côté de ceux engendrés par la cession des œuvres futures, a poussé le législateur de 1957 à réguler la possibilité d'anticiper trop fortement l'engagement relatif aux contrats futurs. En est issu le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures s'appliquant, nous l'avons vu, aux avant-contrats ayant pour objet de préparer cette cession. Cette prohibition aurait dû, selon une approche stricte dominante à ce moment-là, empêcher l'auteur de se lier avec un exploitant pour plus d'un œuvre future, ce qui rend délicat, voire impossible l'organisation d'une relation contractuelle au-delà de l'œuvre future envisagée. Cette crainte d'un engagement excessif tranchait alors avec celle de

certains exploitants, qui eux redoutaient de ne pouvoir inscrire leurs relations avec certains auteurs dans le temps. Le législateur a cependant été soucieux de ne pas sacrifier de trop les intérêts des éditeurs à cette quête de protection de l'auteur. Répondant aux appels de la pratique, le législateur a nommément admis la validité du pacte de préférence dans le contrat d'édition.

590. **Un privilège justifié.** Le pacte de préférence dans le contrat d'édition tel qu'il est conçu dans la loi de 1957, aujourd'hui codifié à l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle, est ainsi une œuvre de compromis entre les intérêts des auteurs et ceux des éditeurs. Les revendications des éditeurs ont ici été entendues. Leurs arguments étaient solides. A l'appui, ils faisaient valoir que le lancement d'un auteur, sa promotion, la mise en avant de son œuvre étaient des opérations à risque, un pari pris sur l'avenir méritant d'être récompensé. Il peut en effet paraître injuste, une fois la notoriété acquise, que l'auteur tourne les talons et se dirige vers un autre éditeur. L'exploitant ayant misé sur lui mérite certainement quelques privilèges. Il fallait alors lui donner les moyens de rentabiliser leur investissement en s'assurant que l'auteur, fort de son succès naissant, dû en partie à ce risque assumé par l'éditeur, n'irait, pas tout de suite en tout cas, s'offrir ailleurs. C'était ici s'assurer de la reconnaissance par le droit du rôle primordial qu'ils occupaient dans la valorisation de l'œuvre. Il fallait leur permettre de pérenniser le lien entre l'auteur et son éditeur. Le législateur leur a alors offert cette possibilité à travers celle de se faire accorder un droit de préférence sur l'édition des œuvres futures de l'auteur. L'existence d'un droit de préférence constitue une garantie supplémentaire de retour sur investissement, *« d'amortissement de ses mises de fond »*[814]. Cette prise en compte de l'investissement ouvrait déjà la voie à l'admission d'un droit d'auteur plus « économique », ce que confirmera l'évolution du droit d'auteur dans les décennies suivantes. C'est ainsi qu'est pensé le pacte de préférence dans le contrat d'édition, un « privilège » que l'auteur accorde à l'éditeur en contrepartie de la confiance que celui-ci a accordé à son travail[815].

---

[814] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°507, p. 548.

[815] Les juges ne manquent pas de rappeler cette justification. Ils l'ont fait par exemple à l'occasion de l'affaire « S.A Calmann-Lévy c/ Koskas », sur laquelle nous aurons l'occasion de nous pencher ultérieurement. La Cour d'appel de Paris a ici fait directement référence à cette idée de contrepartie afin de rappeler à l'auteur ses obligations, et le fait que celles-ci devaient être exécutées de bonne foi *: « Considérant que le droit de préférence étant destiné à limiter les risques financiers pris par un éditeur en publiant un auteur encore peu connu, celui-ci ne peut se libérer des obligations contractées par lui en ce sens en lui adressant un manuscrit qu'il sait insusceptible d'être publié »*, CA Paris, 22 janv. 1992 : *LPA*, 20 mars 1995, n°34, p. 13, obs. H. GAUMONT-PRAT.

### B. Une utilité partagée

591. **Une utilité directe pour les éditeurs.** En tant qu'outils d'inscription de la relation contractuelle entre l'éditeur et ses auteurs dans la durée[816], le pacte de préférence apparaît comme un véritable instrument de mise en œuvre de la stratégie éditoriale d'un éditeur. Les utilités en sont multiples. La possibilité de se créer un catalogue « d'auteurs maison »[817] y figure en bonne place, ce catalogue ayant lui-même une valeur importante. Cela permet également à un éditeur de tenir une ligne éditoriale cohérente, qui offre aux lecteurs la possibilité de se retrouver dans la politique menée par l'éditeur, notamment à travers le suivi des collections. Nous pouvons à ce titre, pour ne donner qu'un exemple, citer le cas des Éditions Actes Sud, qui ont lancé en 2006 leur collection « Actes noirs », composée de polars facilement reconnaissables par le lecteur grâce à son format, et la mise en forme de sa couverture dominée de noir et de rouge. La collection a d'autant plus de valeur qu'elle intègre au fur et à mesure les nouvelles œuvres des auteurs que la maison d'édition a contribué à lancer en France. Le lecteur se retrouve dans la collection et l'éditeur bénéficie ainsi d'un catalogue cohérent et suivi. Ainsi, *« avec le temps, la politique éditoriale d'un éditeur se définit précisément et confère à sa maison d'édition une image et une place spécifique dans le champ éditorial »*[818]**.** Les éditeurs y trouvent aussi un avantage économique leur permettant de négocier des coéditions avec d'autres éditeurs.

592. **Une utilité indirecte pour les auteurs.** Pouvant porter sur plusieurs œuvres, le pacte de préférence est clairement envisagé comme une exception au principe de prohibition des cessions globales des œuvres futures. Cette articulation ressort nettement des travaux préparatoires de la loi de 1957, et la plupart des auteurs la mettent aujourd'hui encore en avant. Cette exception, si elle bénéficie aux éditeurs, a également des retombées positives pour les auteurs, ce qui a largement contribué à son admission. Beaucoup font valoir que sans ce privilège accordé par l'auteur à celui qui a cru en lui, peu d'éditeurs s'attelleraient à cette entreprise risquée de lancement des jeunes artistes. Bernard Grasset, inquiet des limites posées par la loi à la validité des pactes de préférence écrivait par exemple à ce sujet que : *« Il est à redouter que les éditeurs marquent tous une*

---

[816] H. Gaumont-Prat met en avant cette idée : « *Cette idée de risque est fort ancienne et inhérente au contrat d'édition. Elle répond à une stratégie éditoriale déjà bien affirmée chez les grands éditeurs qui conjuguaient déjà au XIX ème siècle, le concept de lancement avec celui de durée* ». H. GAUMONT-PRAT, Le pacte de préférence en droit français *dans le contrat d'édition*, Thèse, Paris II, 1993, p. 15.

[817] E. PIERRAT, *Le droit de l'édition appliqué*, éd. du Cercle de la librairie, 2000, p. 99.

[818] E. PIERRAT, *op. cit.*

*sévérité plus grande envers les talents nouveaux qui s'offriront et surtout que leur bourse soit moins largement ouverte à tous leurs besoins »*[819]. Ainsi, *« l'objectif de cet article était clair : si le principe de prohibition de cession globale demeurait, il convenait néanmoins d'aider l'auteur à trouver un éditeur qui publie son œuvre et d'inciter l'éditeur à prendre des risque en s'engageant en faveur d'un auteur en lui donnant les moyens d'amortir les coûts ou de limiter les risques de ce pari en l'intéressant au succès futur dudit auteur »*[820]. La plupart des auteurs considèrent aujourd'hui, ce que nous pensons également, que *« le droit de préférence est favorable aux intérêts de la littérature et des auteurs en général »*[821].

593. **L'équilibre recherché.** Son admission symbolise alors l'équilibre recherché entre les intérêts des différents protagonistes. Il s'agissait de servir à la fois les intérêts des créateurs et ceux des exploitants. Afin de respecter cet équilibre, il fallait poser des limites à l'engagement de l'auteur pour éviter de retomber dans les travers antérieurs à la promulgation de la loi. Le législateur a alors, tout en admettant la licéité du pacte de préférence dans le contrat d'édition, conçu un contrat dont la validité est strictement encadrée.

### II. UN INSTRUMENT LIMITATIVEMENT ADMIS PAR LE DROIT DES CONTRATS D'AUTEUR

594. **La nécessité d'encadrer le pacte de préférence.** Avant la promulgation de la loi de 1957, l'auteur pouvait accorder à un éditeur un droit de préférence sur toute sa production future[822], à condition que la clause respecte *« les intérêts des deux parties et si elle reposait sur la confiance »*[823]. Le droit de préférence ainsi admis instaurait une dépendance de l'auteur envers son éditeur durant une longue période, malgré une jurisprudence tendant à réguler ces possibilités d'engagement en se fondant sur des principes de droit commun. La prohibition des cessions globales d'œuvres futures est venue mettre un terme à la validité d'une telle clause. Des tentatives avaient déjà été amorcées.

---

[819] B. GRASSET, cité par H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 38.

[820] M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale : Légipresse*, n°233, 2006, II, p. 84.

[821] R. LINDON, *Le « droit de préférence » des éditeurs : D.* 1968, chron. p. 56. En ce sens notamment : H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc.

[822] Ainsi, les pactes conclus avant 1957, même s'ils comportent des prévisions dépassant les limites de l'article L. 132-4, sont encore considérés comme valides. Pour un exemple de cette application de la loi dans le temps, voir notamment : TGI Paris, 19 juin 1986 : *RIDA*, juill. 1986, p. 166, qui ne remet pas en cause la validité du pacte accordé par J.P Sartre aux éditions Gallimard. ; CA Paris, 7 nov. 1951 : *Gaz. Pal*, 1er février 1952, p. 80.

[823] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 66

595. **Les tentatives d'encadrement du pacte de préférence.** En 1936 et 1944, deux projets de loi avaient déjà tenté de réguler les relations nées du contrat d'édition, afin de limiter les possibilités pour l'auteur de s'engager dans des liens contractuels d'exclusivité trop longs, mais ne s'intéressaient pas au problème particulier de ce contrat très utilisé par la pratique qu'était le pacte de préférence. Ces deux projets étant restés inaboutis, c'est finalement la loi de 1957 qui est venue soustraire le pacte de préférence aux seules dispositions générales du droit commun. Le projet de loi prévoyait que « *la cession globale des œuvres futures est nulle. Toutefois, est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés* ». L'article a finalement été découpé en deux, donnant lieu à deux dispositions spécifiques, les articles 33 et 34 de la loi de 1957. Notons à cet égard que le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures a été, lors de la codification de 1992, placé en tête des dispositions générales à tous les contrats d'auteur, tandis que les dispositions relatives au pacte de préférence ont été intégrées aux dispositions particulières au contrat d'édition.

596. Les discussions parlementaires ont finalement abouti à une diminution de moitié de l'objet possible du pacte de préférence. Ainsi, l'article 34, codifié aujourd'hui à l'article L. 132-4 du CPI, dispose que « *est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés* ». « *Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour* ».

597. La première condition de validité de ce pacte tient donc à la détermination du genre des œuvres couvertes par le droit de préférence (***A***), la seconde au *quantum* prévu par la loi (***B***). Le domaine d'admission de ce contrat est, quant à lui, largement apprécié (***C***). Ces conditions méritent qu'on s'y arrête un instant. Elles ont cependant été largement étudiées par la doctrine, qui a, depuis près de cinquante ans, largement balayé les questions que le texte avait laissées en suspens. De plus, nous les avons déjà évoquées lorsque nous avons envisagé les conditions particulières à la détermination de l'objet de la prestation des avant-contrats. Nous les envisagerons donc rapidement.

### A. L'exigence d'un genre nettement déterminé

598. **L'opportunité de l'exigence**. La préférence accordée par l'auteur à son éditeur doit porter sur ses œuvres futures d'un genre « nettement déterminé ». Nous pouvons déjà, avant même

d'étudier plus profondément la teneur de cette exigence, remarquer que ce n'est pas une exclusivité de l'auteur que l'éditeur s'arroge ainsi, mais une priorité sur certaines de ses œuvres. On est déjà bien loin de l'esprit de certaines clauses existant jusqu'alors qui prévoyaient l'attachement de l'auteur à un éditeur pour l'ensemble de sa production future. La préférence est, à travers cette exigence, attachée à un type de production de l'auteur et pas à l'auteur lui-même. La clause se détache ainsi de la personne pour aller vers les œuvres. L'optique n'est pas la même. Elle permet cependant de remplir l'une des utilités assignées au pacte de préférence, pérenniser une relation contractuelle vis-à-vis de certaines œuvres en permettant la construction d'un catalogue et d'une ligne éditoriale cohérente, tout en protégeant l'auteur en n'instaurant pas une relation contractuelle exclusive.

599. **Le genre en question.** Dans le silence de la loi, cette question a dû être réglée par la jurisprudence, alimentant le contentieux en la matière. Monsieur Gautier définit le genre comme *« l'appartenance à une même famille »*[824]. La référence aux grandes familles du droit d'auteur *« littérature, musique, cinéma, théâtre »*[825] étant bien trop large, il convenait d'être plus précis. Eu égard à l'esprit de protection de l'auteur qui guide cette mesure, il fallait également avoir une approche restreinte du domaine de chaque genre, afin de limiter la possibilité pour l'éditeur de réclamer la préférence sur des œuvres trop variées[826]. A ainsi été considéré comme un genre suffisamment déterminé la référence au genre « essai »[827], « musique de variété »[828], « chanson, poésie », « roman »[829] ou encore « récit »[830], « scenarii »[831], « biographie », « ouvrage historique »,

---

[824] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010, n°509, p. 550.

[825] Ibid.

[826] En ce sens notamment, H. Desbois, selon qui « *la définition du genre doit être commandée par une …préoccupation : éviter que l'équilibre ne soit rompu en faveur des intérêts du seul éditeur ; par voie de conséquence, il convient de restreindre l'aire du genre* ». H. DESBOIS, cité par H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 165.

[827] TGI Paris, 23 avr. 1971, « *aff. Soc. éd. du Seuil c/ Arthème Fayard et Viansson*-Ponté ». : *RIDA*, oct. 1972, p. 157 ; *D.* 1972, p. 17.

[828] CA Paris, 6 sept. 1999 : RIDA ? . La cour d'appel de Paris a ici considéré que *« la musique de variété correspond à un genre musical précis, dont relèvent, notamment, les sous-catégories que sont le rock et le hard-rock* ». - TGI Paris 12 janv. 1998 : *RIDA*, juill. 1988, p. 116.

[829] CA Paris 27 mars 1998 : *RIDA*, octobre 1998, p. 259.

[830] CA Paris 27 mars 1998, préc.

[831] TGI 28 sept 1976 : *RIDA*, juill. 1977, p. 164.

« œuvre de musique légère »[832], « bandes dessinées », « pièces de théâtre ». Ne serait au contraire pas suffisamment déterminé le genre « sciences humaines »[833], tout comme « œuvre en prose »[834]. Cette notion de genre n'étant pas clairement définie, les juges ont pu se saisir de la marge de manœuvre qui leur était accordée pour adapter leurs solutions aux cas d'espèces, afin de ne pas permettre aux auteurs de contourner trop facilement le pacte, et de ne pas permettre aux éditeurs de s'attacher les auteurs trop lourdement.

600. Les conflits sur la précision du genre ont été nombreux, et il semble aujourd'hui que les éditeurs soient beaucoup plus précis qu'autrefois sur cette détermination, afin de ne pas voir l'auteur remettre en cause le pacte. Reste que, comme le montre madame Gaumont-Prat, la souplesse de cette notion de genre, si elle permet une latitude aux juges qui s'avère souvent bénéfique, ne permet pas toujours à l'auteur de connaître l'étendue de son obligation. Le recours à des experts est même parfois nécessaire afin de déterminer si telle ou telle œuvre entre dans la catégorie de tel ou tel genre[835]. Parfois donc, *« seul un procès renseignera valablement sur le sens exact qu'il fallait donner au mot genre »*. Comme le dit très justement Monsieur Pollaud-Dullian, *« il faut bien reconnaître qu'il n'est pas toujours facile de savoir à quel degré de précision le genre est suffisamment déterminé »*[836]. La prudence doit ici guider les rédacteurs d'actes. Le genre devra être défini le plus précisément possible, et devra être appréhendé restrictivement.

601. Il faut également noter que, les auteurs prolixes pouvant s'essayer à diverses activités et productions, la référence à l'activité de l'auteur et au titre de l'une de ses œuvres ne suffit pas à rendre le genre nettement déterminé[837]. Pour cette même raison, on ne peut déduire de l'absence de détermination du genre dans le pacte que les parties ont entendu limiter la préférence au genre de la

---

[832] TGI Paris 27 juin 1984 : *RIDA,* oct. 1984, p. 224. « *Soc. Le rideau rouge c/ Falquière* » – TGI Paris, 31 janv. 1970 : *RIDA*, 70, p. 176.

[833] Cass. 1re civ., 5 févr. 1980 : *RTD com*. 1980, p. 344. Les juges ont considéré que le genre « sciences humaines » était trop large pour être nettement déterminé, car regroupait des disciplines variées telles que l'histoire, la médecine, les sciences sociales, la psychologie, *etc.*

[834] CA Paris, 1 juill. 1962, inédit

[835] Les juges se sont parfois référés à des lettres de critiques précisant le genre des œuvres qui leur étaient soumises. C'est ce qu'ils ont fait par exemple dans l'affaire opposant les éditions du Seuil à Viansson-Ponté et Arthème Fayard. Ils prennent en compte les lettre produites par les différentes parties à l'appuie de leur décision. TGI Paris, 23 avr. 1971, « *aff. Soc. Éd. du Seuil c/ Arthème Fayard et Viansson-Ponté* » : *RIDA*, oct. 1972, p. 157 ; *D.* 1972, p. 17. ; *RTD com*, 1971, p. 1017, note H. DESBOIS.

[836] F. POLLAUD-DULLIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005, n°1057, p. 636.

[837] TGI Paris, 7 mars 1986 : *RIDA,* janvier 1987, p. 252. ; *D.* 1988, p. 208. - TGI Paris, 1er juill. 1971 : *Gaz. Palais*, 1971,

première œuvre éditée. Si le genre des œuvres futures objet de la préférence peut être différent de celui de l'œuvre sur laquelle porte la première édition, encore faut-il préciser de quel genre il s'agit[838]. Rien n'empêche non plus de prévoir que le pacte portera sur une pluralité de genres, ce que semble indiquer l'emploi du pluriel dans le premier alinéa de l'article L. 132-4 du CPI. Cette possibilité, nous le verrons, a entrainé des interrogations quant au nombre d'œuvres sur lequel pouvait porter le droit de préférence, car un genre nettement déterminé ne suffit pas à satisfaire les exigences légales.

**B. Une restriction quantitative imposée**

602. Le deuxième alinéa de l'article L. 132-4 pose une condition quantitative à l'admission du pacte de préférence dans le contrat d'édition, dont certaines modalités ont dû être précisées (***1***). Admis de façon restrictive par la loi, l'absence de détermination quantitative de l'objet de la préférence ainsi que toute tentative de détournement de ces conditions légales devraient se voir sanctionnées (***2***).

*1.Les exigences quantitatives de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle*

603. Le droit de préférence que l'auteur peut accorder à son éditeur « est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour ». La loi pose ici une limitation alternative laissée à la discrétion de l'auteur et de son éditeur. Ce choix répond aux besoins de la pratique qui ne sont pas les mêmes selon la nature de l'œuvre objet de la préférence. L'exemple souvent cité est celui des œuvres littéraires et musicales. Un auteur de roman mettra beaucoup plus longtemps à écrire cinq romans qu'un auteur de chansons n'en mettra à écrire cinq chansons. Accorder une préférence sur les cinq prochaines œuvres d'un compositeur ne couvrirait pas même un album, ce qui explique que l'usage en matière d'édition musicale soit de choisir la deuxième branche de l'alternative, à savoir l'engagement de l'auteur sur cinq ans. L'auteur de roman peut quant à lui n'écrire qu'une ou deux œuvres en cinq ans, l'éditeur d'œuvres littéraires choisira donc se faire accorder un droit de préférence sur les cinq prochains romans par exemple. La loi est ici réellement adaptée aux besoins de la pratique. S'il a parfois été

---

p. 703. ; *RIDA*, janv. 1972, p. 147.

[838] CA Paris, 8 juill. 1972 : *D.* 1972, p. 624, conclusions CABANNES ; *RIDA*, janv. 1973, p. 140. ; *JCP*, 1973, II, 17466, note D. LORENTZ.

avancé qu'il s'agissait d'une double limitation, il s'agit bien ici de conditions alternatives et non cumulatives[839]. C'est bien un choix qui est laissé ici.

604. **L'hypothèse du cumul des œuvres par genre envisagée.** Malgré ce pragmatisme, le législateur a commis ici quelques maladresses qui auraient bien pu mettre en péril la protection de l'auteur tant recherchée. Outre la délicate définition du genre que nous avons étudiée, l'exégèse de la loi laisse à penser que la préférence pourrait porter sur un nombre d'œuvres beaucoup plus grand que ce qu'il y paraît de prime abord. En effet, le droit de préférence est limité *« pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvres ».* Étant entendu que le pacte peut désigner plusieurs genres distincts, une application stricte des termes de la loi permettrait alors d'admette une préférence portant sur dix, quinze, vingt œuvres et plus, puisqu'il pourrait y en avoir cinq par genres, et que le nombre de genre pouvant être prévu dans le pacte n'est pas limité. Une telle approche semble être en totale contradiction avec l'idée de mesure qui a guidé le législateur. Elle a pourtant parfois eu la faveur des juges. Dans un arrêt du 5 juillet 1979, les juges de la Cour d'appel ont approuvé le raisonnement des juges du fond d'avoir retenu cette interprétation : *« Considérant que c'est à juste titre en ce qui concerne la limitation à cinq ouvrages que les premiers juges ont observé qu'il résulte du texte de l'alinéa 1^er^ que, dans un contrat d'édition, ce droit (le droit de préférence) peut porter sur des œuvres futures de plusieurs genres déterminés en raison de l'emploi du pluriel pour ces derniers termes et du texte de l'alinéa 2 qu'il est limité à cinq ouvrages nouveaux pour chacun de ces genres ; que les travaux préparatoires ne relèvent pas la prétendue intention du législateur, au cas de stipulation contractuelle de plusieurs genres, de limiter l'engagement de l'auteur à cinq ouvrages nouveaux ressortant cumulativement à ces divers genres et quel que soit le genre »*[840]. Cette position a été largement critiquée par la doctrine, qui dès la promulgation de la loi s'était inquiétée d'une telle clause. L'étude des débats parlementaires montre que cette question avait été abordée et qu'un amendement[841] avait même été proposé afin d'inscrire dans la loi l'impossibilité de spécifier plusieurs genres au contrat pour éviter un tel cumul. Il fut finalement rejeté, laissant place à l'interprétation.

605. **La possibilité de cumul des œuvres par genre abandonnée.** En 1980, conscients des dangers d'une telle clause, le syndicat national de l'édition et le conseil permanent des écrivains ont,

---

[839] CA Paris, 27 mars 1998 : *RIDA*, 1998, p. 259.

[840] CA Paris, 5 juill. 1979 : *D.* 1980, p. 580 – TGI Paris, 3 janv. 1979 : *RIDA*, juill. 1979, p. 153.

au terme d'une négociation, inscrit dans le Code des usages en matière de littérature générale une disposition mettant fin à la possibilité de prévoir cinq œuvres par genre *« ce droit est limité, par contrat et quel que soit le nombre de genres nettement déterminés qui y sont prévus, à la production de l'auteur pendant cinq années, à compter de la signature du contrat, ou à un maximum de cinq ouvrages y compris la première œuvre objet du contrat initial »*. Ce code des usages ne concernant que l'édition de littérature générale, la solution de la Cour d'appel de Paris de 1979 demeurait pour les autres secteurs.

606. En 1992, la Cour d'appel de Paris viendra y mettre un terme, par une solution d'espèce que l'on tient pour acquise aujourd'hui : *« Considérant que l'intention des parties telle qu'elle ressort des termes du contrat du 25 juin 1987 et de la correspondance échangée était de fixer le plafond à deux ouvrages relevant du genre roman, récit ou nouvelles sans que ce maximum puisse être appliqué cumulativement à chacun des genres spécifiés »*[842]. Le maximum n'aurait pu être appliqué cumulativement car la préférence aurait alors porté sur six œuvres en tout, mais il se pourrait tout aussi bien que les juges n'aient fait ici qu'interpréter la volonté des parties. Elle n'édicte pas en tout état de cause un principe général. La doctrine majoritaire considère cependant que le plafond des cinq ouvrages vaut pour l'ensemble des genres, ce qui semble conforme à l'esprit de la loi[843].

607. **Le mode de décompte des cinq œuvres déterminé.** Une autre interrogation se pose en cas de choix de la première branche de l'alternative, le choix des cinq œuvres nouvelles. La première œuvre, objet du contrat d'édition, doit-elle être incluse dans le calcul des cinq œuvres, si bien que la préférence ne porterait en réalité que sur les quatre prochaines œuvres de l'auteur ? Le texte autorise la préférence portant sur « cinq ouvrages nouveaux », ce qui semble permettre d'exclure la première œuvre éditée de ces cinq ouvrages. En principe, si elle fait l'objet d'un contrat d'édition, elle est déjà créée. Elle n'est donc déjà plus nouvelle. Il nous semble que dans ce cas, elle ne devrait pas entrer dans le calcul. La jurisprudence est allée dans ce sens[844]. Lorsqu'au contraire l'œuvre objet du contrat d'édition à l'occasion duquel est insérée la clause de préférence n'est pas encore créée, elle

---

[841] Il s'agit de l'amendement Namy

[842] CA Paris, 22 janv. 1992 : *D.* 1995, p. 128, note H. GAUMONT-PRAT ; *RTD civ*, 1995, p. 624, obs. J. MESTRE.

[843] Certains auteurs considèrent cependant que la question reste ouverte. En ce sens, M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale : Légipresse,* art. préc., p. 87. ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3me éd., Litec, coll. *Traités*, 2006, n°659, p. 490.

[844] CA Paris, 30 juin 1975 : *RTD com*, 1976, p. 511, obs. H. DESBOIS.

devra être comptée au titre du premier ouvrage, et la préférence portera sur les quatre suivants[845]. En matière de littérature générale, le Code des usages prévoit cependant, dans l'article précité, une prise en compte de la première œuvre dans le décompte des cinq ouvrages nouveaux. Le choix d'un pacte de préférence courant sur cinq ans soulève quant à lui moins d'incertitudes. Il commence à courir à la date de signature du pacte.

*2.La sanction de la violation des exigences quantitatives de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle*

608. **Le détournement des limitations légales sanctionné**. Que le choix opéré porte sur le délai ou sur le nombre d'œuvres objet du droit de préférence, la ruse visant à détourner les exigences quantitatives de l'article L. 132-4 trouvera vocation à être sanctionnée. Ainsi, le pacte de préférence ne doit pas contenir de clauses qui auraient pour effet de prolonger sa durée au-delà de ce délai. Sera par exemple considérée comme illicite toute clause de renouvellement tacite du pacte de préférence[846]. Il n'est pas non plus permis de détourner la limite quantitative par la conclusion de pactes successifs[847]. L'éditeur devra attendre l'épuisement du premier pacte afin de se voir accorder un nouveau droit de préférence. Ainsi, *« gare aux éditeurs qui se croiraient rusés et insèreraient, lors de la signature de chaque nouveau contrat, une nouvelle préférence pour les quatre ou cinq prochains ouvrages, ce qui aurait pour effet de dépasser largement le plafond autorisé »*[848]. L'admission d'une telle clause conduirait l'auteur à demeurer dans les liens de subordination créés par le pacte. Comme l'a écrit Desbois, *« l'éditeur pourrait tenir indéfiniment à sa merci son cocontractant, alors que c'est à ce risque que le Parlement a entendu mettre obstacle…On ne saurait permettre que l'éditeur, en n'acceptant de publier l'une des œuvres comprises dans le champ d'application d'une clause de préférence, puisse se procurer ainsi indéfiniment des droits sur cinq*

---

[845] Dans le sens d'une telle distinction, voir notamment M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale :* art. préc., p. 87. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°510, p. 552. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur,* 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°728, p. 509.

[846] TGI Paris, 18 juin 1971 : *RIDA*, oct. 1971, p. 154. Dans cette affaire, l'auteur avait concédé à son éditeur un droit de préférence avec reconduction pour une nouvelle période de trois années, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties six mois avant sa date d'expiration. Les juges ont dans ce jugement répondu positivement à la demande en annulation de l'auteur au motif que *« en permettant la reconduction des engagements conclus pour une nouvelle période de trois années, le contrat formule une stipulation qui permet de lui conférer une durée de six années excédant celle de cinq années fixée comme limite par le législateur ; que, qu'il permet à l'auteur de dénoncer six mois avant l'expiration des trois ans, il lui impose ainsi une contrainte supplémentaire ».* – CA Paris, 17 sept. 1997 : *D.* 1999, p. 69.

[847] Sur le rejet par les juges des pactes successifs : TGI Paris, 1er juillet 1971 : *RIDA*, janv. 1972, p. 147 – CA Paris, 30 juin 1975 : *RTD com*, 1976, p. 511, obs. H. DESBOIS. - CA Paris, 29 janv. 1991 : *RIDA*, juill. 1991, p. 219.

*œuvres à venir et puisse obtenir de la sorte…-la garantie de pouvoir bénéficier plus longuement de l'éventualité d'un succès commercial ultérieur »*[849]. Une telle fraude à la loi n'est pas acceptable et sera sanctionnée par la nullité du pacte ou de la clause illégale.

609. **La sanction du défaut des conditions de validité du pacte.** Nous avons eu déjà l'occasion de démontrer que la prévision dès la conclusion du pacte de préférence des conditions d'exploitation de l'œuvre future n'était pas une condition de validité du contrat. Nous n'y reviendrons pas. En revanche, conformément aux prescriptions légales, le pacte de préférence devra, pour être valable nettement, précisément déterminer le genre des œuvres objet de l'obligation de l'auteur, et devra contenir une limite relative à la durée du pacte qui ne peut excéder cinq ans, ou une limite relative au nombre des œuvres couvertes par le pacte qui ne peut excéder cinq ouvrages nouveaux. Un pacte de préférence ne contenant pas ces indications ou dépassant les limites autorisées devrait donc se voir sanctionner par le prononcé de sa nullité, qui devrait demeurer relative dans la mesure où ces limites légales ont pour finalité la protection de l'auteur. Une telle nullité ne paraît toutefois pas susceptible de confirmation, dans la mesure où l'auteur, en confirmant le pacte, risquerait d'aliéner sa liberté, ce qui serait contraire à la finalité des dispositions législatives[850]. Il n'est cependant pas exclu, comme le montre Monsieur Gautier, que le juge puisse ramener le contrat dans le giron de la loi, *« en ramenant la préférence au chiffre plafonné »*[851]. Les juges se sont déjà prononcés en ce sens en ce qui concerne la conclusion de deux pactes successifs. Ils avaient alors annulé le deuxième pacte, sans remettre en cause le premier[852]. Toutefois, une telle solution suppose que les parties se soient tout de même exprimées sur leur choix quant à l'alternative entre le nombre d'œuvre ou la durée, faute de quoi le juge ne pourrait s'y substituer[853]. La sanction classique du non-respect de ces conditions de

---

[848] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°510, p. 552.

[849] H. DESBOIS, obs. sous CA Paris, 30 juin 1975 : *RTD com*, 1976, p. 512.

[850] Les contrats d'éditions conclus en application du pacte de préférence ne devraient quant à eux pas subir systématiquement le même sort et l'auteur devrait pouvoir les confirmer *a posteriori*, nous y reviendrons. En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°1061, p. 639.

[851] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°510, p. 553. En ce sens également, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°660, p. 491. ; R. LINDON, *Le « droit de préférence » des éditeurs* : art. préc., p. 55. *contra* : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* n°1061, p. 639. Cet auteur considère en effet qu'il serait alors un peu trop favorable à l'éditeur de juste diminuer la clause, ce qui ne l'inciterait pas à être très vigilent, ni très diligent.

[852] CA Paris, 29 janv. 1991 : *RIDA*, juill. 1991, p. 219.

[853] TGI Paris, 31 janv. 1970 : *D.* 1970, p. 698. « *Attendu que, si l'on peut reconnaître aux tribunaux le pouvoir de ramener aux limites légales un droit de préférence ne comportant pas de limitation explicite, un tel pouvoir ne saurait*

validité demeure aujourd'hui la nullité du pacte. Cette nullité du pacte de préférence pourra entrainer la nullité, voire parfois la caducité des contrats d'éditions conclus sous son impulsion, si celui-ci a été la cause déterminante de la conclusion de ces contrats d'application. Le débat se déplacera souvent sur le terrain des vices du consentement, car bien souvent, l'auteur aurait tout de même conclu le contrat d'édition quand bien même il n'aurait pas été tenu par un pacte de préférence. La rigueur juridique voudrait que la validité et l'avenir des contrats d'éditions ne soient alors pas remis en cause lorsque ce n'est pas la volonté de respecter le pacte qui a été la cause déterminante de la conclusion de ces contrats d'édition. Maintenir ces contrats présente d'ailleurs bien souvent un intérêt pratique important, celui de ne pas à avoir à entrer dans le jeu des restitutions. Aujourd'hui, les décisions prononçant la nullité d'un pacte de préférence se font plus rares. Nous pouvons noter que le défaut de précision d'un genre, ou de choix d'une alternative a, dans de nombreuses affaires, constitué le motif de contestation par l'auteur de ses obligations, et qu'il y a souvent vu un moyen de se dégager du pacte qu'il avait contracté. Les éditeurs sont donc aujourd'hui beaucoup plus vigilants dans la rédaction de ces contrats.

610. **Le pacte de préférence, un contrat accessoire au contrat d'édition**. Au-delà du non-respect de ces conditions de validité clairement posées par la loi, il convient de préciser que le pacte de préférence est conçu comme une convention accessoire au contrat d'édition, la doctrine est quasi unanime sur ce point[854]. Ainsi, même si toutes les limites requises sont prévues dans le pacte, celui-ci devrait se voir annuler en cas d'annulation du contrat d'édition[855] qui en était *« l'occasion et le support, ou, plus juridiquement, la cause »*[856] ou bien résilié en cas de résiliation du contrat d'édition[857]. Rappelons en effet que ce droit de préférence est conçu comme un privilège visant à récompenser les éditeurs des risques qu'ils assument en assurant le lancement ou la promotion d'un

---

*s'exercer en l'absence de toute manifestation de volonté des parties sur le choix offert par l'article 34 al 2, de la loi du 11 mars 1957* »

[854] En ce sens par exemple : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°727, p. 507. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°1054, p. 635. Certains font cependant valoir des arguments allant dans le sens contraire. Ainsi, selon M.-A. Roux, seul le deuxième alinéa de l'article L. 132-4 du CPI cite ce premier contrat. Le premier alinéa, qui pose le principe de la validité du pacte de préférence n'y fait pas référence. Il se demande alors si l'on ne peut pas considérer que « *cette question du premier contrat n'est qu'un point de repère pour permettre la limitation, soit du nombre d'ouvrages, soit de la durée de la cession* ». M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale :* art. préc., p. 86.

[855] TGI Paris, 12 janv. 1988 : *RIDA*, oct. 1988, p. 116, note P.-Y. GAUTIER. ; CA Paris, 24 nov. 1987: *RIDA*, janv. 1988, p 96.

[856] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, *op. cit.*, n°1056, p. 636.

[857] CA Paris, 24 nov. 1987 : *RIDA*, janv. 1988, p. 96.

auteur. Les deux contrats seraient alors indivisibles, d'autant que, bien souvent, le pacte de préférence fera partie de l'*instrumentum* du premier contrat d'édition, et prendra rarement les traits d'un contrat distinct. Faudrait-il alors considérer que le pacte de préférence n'est valable, lorsqu'il porte sur plus d'une œuvre future, que lorsqu'il est attaché à un contrat d'édition[858] ? La jurisprudence ne va pas toujours en ce sens[859], l'opportunité non plus.

### C. Un domaine largement apprécié

611. **Le pacte de préférence, un contrat accessoire à tous les contrats d'édition.** Nous reviendrons plus tard sur la validité du pacte de préférence portant sur plusieurs œuvres futures en dehors du contrat d'édition, qui peut être discutée. Pour l'heure, il faut d'ores et déjà comprendre que tous les secteurs de l'édition entrent dans le champ matériel de l'article L. 132-4 du CPI. Si le terme « manuscrit »[860] a un temps semé le doute et suggéré que seules les éditions d'œuvres littéraires ou musicales étaient visées par cette exception légale[861], il n'est plus contesté que le bénéfice de cet article doit s'étendre à l'édition d'œuvres audiovisuelles[862] ou de logiciels. Sachant que l'édition s'entend de toutes les hypothèses dans lesquelles une œuvre de l'esprit est susceptible d'être

---

[858] Nous constatant cependant que bien souvent, en matière d'édition musicale, le pacte de préférence portant sur des œuvres futures est conclu en dehors de tout contrat d'édition, et est généralement accompagné d'un pacte de préférence portant sur les œuvres d'auteur déjà créées, parmi lesquelles l'éditeur va puiser afin de constituer et d'enrichir son catalogue.

[859]CA Paris, 29 janv. 1991 : *RIDA*, juill. 1991, p. 219, note P.-Y. GAUTIER. Le pacte de préférence avait dans cette affaire été conclu en dehors de tout contrat d'édition conclu le même jour. La Cour ne semble pas y avoir vu un motif de nullité. Il faut cependant préciser que la relation contractuelle s'inscrivait tout de même dans le domaine de l'édition, ce qui ne laisse rien préjuger de la validité du pacte de préférence en dehors du contrat d'édition.

[860] L'alinéa 3 de l'article L. 132-4 fait en effet référence au manuscrit définitif : « *L'éditeur doit exercer le droit qui lui est reconnu en faisant connaître par écrit sa décision à l'auteur, dans le délai de trois mois à dater du jour de la remise par celui-ci du manuscrit définitif* ».

[861] En ce sens notamment, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd., 1978, n°539, p. 652.

[862] CA Paris, 28 nov. 1985 : *D.* 1986, p. 188. La question posée aux juges portait directement sur le domaine d'application de l'article 34 de la loi de 1957, aujourd'hui codifié à l'article L. 132-4 du CPI. Un pacte de préférence liant un auteur et un producteur portant sur les futurs projets de film de l'auteur avait été conclu en passant outre les conditions de délimitations prévues par cet article. L'auteur ayant confié un nouveau film à une autre société de production se défendait de cette infidélité en arguant de la nullité du contrat au regard de l'article 34 de la loi de 1957. Le TGI de Paris avait, le 7 mars 1984, prononcé la nullité de ladite clause pour ce motif. La société bénéficiaire du pacte contestait devant la Cour d'appel cette décision. Elle faisait valoir que *« l'article 34 a été écrit pour l'édition exclusivement alors qu'elle était elle-même un producteur et un distributeur de films, et non un éditeur »*. Faisant référence à la définition du contrat d'édition donnée par la loi, la Cour d'appel de Paris rejeta cet argument et déclara l'article applicable au litige. Voir également sur ce point : TGI Paris, 28 septembre 1976 : *RIDA*, juill. 1977, p 164.- CA Paris, 12 sept. 2001: *RIDA*, juill. 2002, p. 418.

fabriquée en nombre[863], l'article L. 132-4 voit son domaine particulièrement étendu. Son rôle de pérennisation de la relation contractuelle lui assure un certain succès. Aussi, comme M. Gautier, nous pensons que le domaine du pacte de préférence de l'article L. 132-4 doit s'entendre largement.

### Paragraphe 2. La mise en œuvre de la préférence en partie soumise au droit commun

612. **Rappel des effets du pacte de préférence.** Légalement formé, le pacte de préférence dans le contrat d'édition portant sur des œuvres futures, tel qu'il est prévu par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle crée à la charge de l'auteur une obligation de faire, préférer l'éditeur à tout autre cocontractant pour l'édition des œuvres couvertes par le pacte. Cette obligation de faire induit nécessairement une obligation de ne pas faire, l'obligation de ne pas proposer son œuvre à un autre éditeur avant de l'avoir proposée au premier. Il crée au bénéfice de l'éditeur un droit de préférence, généralement appelé droit d'option. Cette formule est trompeuse[864], elle rappelle le droit créé par la promesse, et laisse penser que l'éditeur n'aurait qu'à lever l'option pour se voir céder les droits. Or, il faut tout d'abord une manifestation de volonté de l'auteur, qui devrait en principe se matérialiser par la remise du fameux manuscrit définitif prévu à l'article L. 132-4 du CPI[865]. Cette manifestation de volonté, lorsqu'elle est accompagnée des conditions du contrat futur, fera alors naître ce fameux droit d'option, qui là trouvera toutes les caractéristiques du nom qui lui est donné[866]. Les obligations créées par ce contrat spécial révèlent sa nature. En effet, parfois qualifié de promesse unilatérale, parfois de contrat-cadre et parfois de pacte de préférence identifiable au pacte de droit civil, parfois dit contrat de première option, de droit de suite[867] ou encore d'exclusivité[868], la terminologie employée par la doctrine, par le juges et par la pratique n'éclaire pas sur la nature de ce contrat. C'est au regard des obligations qu'il fait porter sur son débiteur et au regard de la nature du droit qu'il fait

---

[863] L'article L. 132-1 du CPI définit en effet le contrat d'édition comme « *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* ».

[864] Nous pouvons d'ailleurs remarquer que le CPI ne parle pas de droit d'option mais de droit de préférence, ce qui semble plus respectueux du mécanisme de la préférence tant que l'auteur n'a pas remis de manuscrit à l'éditeur.

[865]L'article L. 132-4 alinéa 3 prévoit que : « *L'éditeur doit exercer le droit qui lui est reconnu en faisant connaître par écrit sa décision à l'auteur, dans le délai de trois mois à dater du jour de la remise par celui-ci de chaque manuscrit définitif* »

[866] Sur le fonctionnement général du pacte de préférence, J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997.

[867] E. PIERRAT, *Le droit de l'édition appliqué, op. cit*., p. 98.

[868] CA Paris, 12 sept. 2001: *RIDA*, juil. 2002, p. 418.

naître dans le patrimoine du créancier que l'opération de qualification permet de le rattacher aux figures contractuelles constitutives de l'avant-contrat que l'on connait en droit commun. Il tire aussi sa qualification de sa finalité. En tant qu'instrument d'inscription de la relation contractuelle dans le temps, il s'apparente volontiers à un contrat-cadre[869], si l'on admet que la dénomination de celui-ci subsiste en l'absence d'obligation de conclure les contrats d'application Il s'apparente avant tout à un pacte de préférence du droit civil. Nous avons à cet égard déjà montré que les conditions relatives à l'objet du contrat ajoutées par le droit d'auteur ainsi que l'absence quasi systématique de référence à l'offre concurrente d'un tiers ne devaient pas conduire à sa disqualification. Si le pacte de préférence, en tant qu'avant-contrat nommé, présente une certaine autonomie, le rattachement à ces figures contractuelles classiques ne sera pas inutile au temps de l'exécution de ce contrat. Nous envisagerons les modalités de mise en œuvre de l'exécution du pacte (***I***) ainsi que la sanction de son inexécution (***II***).

## I. L'EXECUTION DU PACTE DE PREFERENCE

613. Nous allons voir que les modalités d'exécution du pacte de préférence sont fonction de son contenu (***A***). L'exécution de bonne foi de ce pacte est le facteur principal de son extinction. Il arrive cependant que les parties aménagent conventionnellement cette extinction (***B***).

### A. Les modalités d'exécution du pacte de préférence déterminées par son contenu

614. Les modalités d'exécution du pacte de préférence sont en partie dictées par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle. L'éditeur, au terme de cet article, doit faire connaître à l'auteur sa décision dans les trois mois suivant la remise du manuscrit définitif de l'œuvre. Pour que le contrat d'édition soit conclu, il faut cependant que les parties se soient entendues sur l'ensemble des conditions d'exploitation de l'œuvre. Or, nous avons vu que ces conditions n'étaient pas toujours contenues dans le pacte. Il faudra alors distinguer les cas où celui-ci prévoit par avance les conditions nécessaires à la conclusion du contrat définitif (***1***) des cas où il ne les contient pas (***2***).

*1.L'exécution du pacte prévoyant par avance les conditions nécessaires à la conclusion du contrat*

---

[869]Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°507, p. 548. ; voir également M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°729, p. 509. ; H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 215.

615. **La remise du manuscrit s'identifiant à une offre de contracter.** Lorsque toutes les conditions d'exploitation des contrats d'édition envisagés par le pacte sont déjà contenues dans celui-ci, la remise du manuscrit définitif par l'auteur constitue une offre ferme et précise de contracter. En effet, cette remise matérialise l'expression de sa volonté de conclure le contrat d'édition, à des conditions d'ores et déjà déterminées. Ce premier point sous-tend déjà une difficulté. L'éditeur doit, aux termes de l'article L. 132-4 alinéa 3, exercer sa préférence dans les trois mois suivant la remise du manuscrit définitif. Cette formulation d'une offre, point de départ du droit d'option de l'éditeur, suppose de s'entendre sur ce qu'est le manuscrit définitif, entendu comme étant l'œuvre définitive, terme plus général souvent plus adapté à l'édition non littéraire. Afin d'éviter les mésententes sur ce point et de ne pas voir leur droit d'option leur échapper, les éditeurs, dans le pacte de préférence, prendront souvent soin de préciser ce qu'ils considèrent comme étant le manuscrit définitif, ou l'œuvre définitive, en précisant le nombre de pages requis par exemple lorsqu'il s'agit d'un manuscrit. La preuve de la remise de cette œuvre terminée appartient quant à elle à l'auteur, qui peut se la ménager en ayant recours à l'accusé de réception[870]. On sait qu'en pratique, cette démarche n'est pas évidente, et est souvent ressentie comme un manque de confiance dont la démonstration n'est pas de mise lors de la préparation d'un contrat entre un auteur et un éditeur. L'envoi d'un courriel pourrait sans doute à ce titre constituer cette preuve, mais force est de constater que toutes les œuvres ne s'accommodent pas d'un tel support.

616. Une fois le manuscrit définitif envoyé, l'option s'ouvre à l'éditeur, et la préférence se transforme en promesse. En effet, l'auteur, par cet envoi, alors qu'il sait être tenu par un pacte de préférence prévoyant déjà les conditions du contrat futur, donne son consentement au contrat. Un consentement donné, des conditions arrêtées, une option ouverte à un éditeur qui n'aura alors qu'à lever celle-ci pour conclure le contrat, tous les ingrédients de la promesse unilatérale sont alors réunis. L'offre, dans ces conditions, vient *« combler le fossé qui sépare ces deux contrats »*[871].

---

[870] Voir sur ce point M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale* : art. préc., p. 89.

[871] F. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, préf. J.-L. AUBERT, Sirey, coll. *Immobilier droit et gestion*, 1988, p. 53. Une difficulté pourrait provenir du fait qu'une promesse est un accord de volonté unilatéral, et que le bénéficiaire doit avoir accepté la promesse qui lui est faite pour que celle-ci soit ainsi qualifiée. Il surmonte cette difficulté par un argument qui nous semble tout à fait convainquant. Selon lui, *« le bénéficiaire accepte par avance la promesse unilatérale de vente, lors de la conclusion du pacte de préférence »*. Ce point de vue nous semble pertinent dès lors que les conditions des contrats d'application étaient déjà contenues dans le pacte.

617. **L'acceptation de l'éditeur.** Dans l'exercice de cette option, l'éditeur, lui, est libre. Il ne s'est engagé à rien, et bénéficie d'un droit potestatif lui permettant d'accepter l'œuvre, ou de la refuser. Sa responsabilité ne pourra en principe être engagée. Il a trois mois pour faire connaître sa décision à l'auteur par écrit. Il le fait bien souvent en envoyant une « lettre contrat » à l'éditeur dans laquelle il l'informe de son acceptation du manuscrit aux conditions fixées dans le pacte, en précisant le décompte des œuvres encore soumises à la préférence[872]. S'il lève ainsi l'option, conformément au mécanisme de la promesse, le contrat devrait être conclu, entrainant l'obligation pour l'auteur de signer le contrat, pure formalité puisque celui-ci a déjà vu le jour. Ainsi, lorsque les conditions des cessions futures sont déjà contenues dans le pacte, celui-ci, dit parfois « contrat omnibus » dans le milieu de l'édition, fonctionne comme un contrat-cadre qui organise par avance les conditions de conclusion du contrat futur, un *« contrat mère, celui qui prépare, annonce et régit tous les suivants »*[873]. Ce contrat facilite et accélère indéniablement la conclusion du contrat définitif, en permettant la qualification automatique de la remise du manuscrit par l'auteur ou de la manifestation de sa volonté en une offre ferme et définitive qui transforme le droit de préférence en promesse. Il peut cependant s'avérer défavorable à l'auteur qui, entre la conclusion du pacte et les contrats d'applications, a pu rencontrer le succès. Il faut donc admettre que le contrat puisse être renégocié, en cas de changement important des circonstances économiques bouleversant l'équilibre du pacte[874]. Cette possibilité participe de la protection de l'auteur.

618. **Le refus de l'éditeur.** Si l'éditeur refuse l'œuvre, l'auteur devrait selon nous pouvoir aller conclure le contrat ailleurs. En effet, ce n'est pas une exclusivité contractuelle que l'auteur accorde ici mais bien un droit de priorité. L'article L. 132-4 ne fait pas obstacle à ce que l'auteur, une fois l'œuvre refusée, soit libre de la proposer à un autre éditeur[875]. Simplement, il devrait conformément au mécanisme du pacte de préférence de droit civil, proposer le contrat aux conditions offertes par le second éditeur au bénéficiaire du pacte. Le pacte de préférence peut ici servir de modèle. Il serait en

---

[872] H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 292

[873] G. DURRY, *Les restrictions conventionnelles à la liberté de choisir la personne de son cocontractant*, Thèse, Paris, 1957, p. 100.

[874] Pour deux illustrations restées célèbres, voir : Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP G*. 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY et Cass. com., 24 nov. 1998, *Defrenois* 1999, 371 note D. MAZEAUD.

[875] En ce sens, le substitut MAZET, concl. sous TGI 16 déc. 1953 : *Gaz Pal*, 5 févr. 1954, p. 80 ; M.-A. ROUX, *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale :* art. préc., p. 90. *;* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. C. CARON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle,* 2010, n°599, p. 403. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°1059, p. 638.

effet inopportun d'empêcher l'auteur de faire exploiter son œuvre. Certains auteurs ont une approche contraire, considérant que l'auteur s'engage ici à une véritable exclusivité. Une telle position nous semble dangereuse pour l'auteur, et contraire au mécanisme même du pacte de préférence[876]. Notons que la qualification de contrat-cadre n'entraine pas nécessairement une telle exclusivité. En cas de silence de l'éditeur, son refus devrait être constaté, conformément au droit commun[877].

619. Que se passe-t-il lorsque l'auteur, qui s'est vu refuser son œuvre, refond tellement celle-ci que l'on ne sait plus s'il s'agit vraiment encore de l'œuvre refusée qu'il peut donner ailleurs ou d'une nouvelle œuvre qui devrait entrer sous le joug de la préférence ? Il y aura souvent ici un problème de preuve. Comment l'éditeur peut-il prouver la mesure des modifications apportées, lorsqu'il n'a pas gardé d'exemplaire du manuscrit envoyé par l'auteur ? Pour se prémunir de ces difficultés, certains éditeurs prévoient dans les pactes que l'auteur devra remettre à l'éditeur un manuscrit en deux exemplaires, dont l'un sera définitivement gardé par l'éditeur. L'appréciation des deux œuvres n'en sera pas moins complexe, d'autant qu'il y a certainement une injustice à admette que l'éditeur premier puisse ainsi se prévaloir de modifications qui auront bien souvent été demandées par un autre éditeur.

*2.L'exécution du pacte de préférence ne prévoyant pas par avance les conditions nécessaires à la conclusion du contrat d'auteur*

620. **La seule remise du manuscrit ne constituant pas une offre de contracter.** Quand les conditions nécessaires à la conclusion du contrat d'auteur ne sont pas contenues dans le pacte, le mécanisme est un peu plus compliqué. L'auteur, en remettant son manuscrit définitif à l'éditeur, ne formule pas une offre ferme et précise transformant le droit de préférence en promesse. Les conditions ne sont pas déterminées, or nous avons vu que la détermination des conditions d'exploitation était une condition de validité de la promesse de cession de droits d'auteur. Pour qu'un droit d'option permettant à l'éditeur de conclure le contrat par sa levée soit ouvert, l'auteur devrait donc logiquement proposer à l'éditeur les conditions qui sont les siennes, ce qui peut s'avérer très délicat, ou bien lui préciser expressément que les conditions du premier contrat lui conviennent pour celui-ci.

---

[876] Voir sur ce point N. ERESEO, *L'exclusivité contractuelle*, préf. D. FERRIER, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.* 2008.

[877] En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°729, p. 509.

621. **L'hypothèse de l'existence d'une offre concurrente.** C'est ici que nous pouvons utilement prendre comme modèle le pacte de préférence de droit civil, et le mécanisme de l'offre concurrente. Pour avoir recours à ce mécanisme, il faut cependant l'avoir prévu dès le pacte. Plusieurs affaires montrent que c'est parfois le cas en pratique[878], mais de telles prévisions demeurent marginales. Pourtant, rien dans le pacte de préférence de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle n'empêche l'auteur de tenter de négocier son œuvre ailleurs. En cas de succès de sa négociation et de formulation d'une offre par un autre éditeur, l'auteur pourrait alors se prévaloir de cette offre et la donner en référence à son éditeur. Ainsi, celui-ci serait bénéficiaire d'une préférence aux mêmes termes et conditions que ceux offerts par l'autre éditeur. À lui de voir ensuite s'il accepte cette offre redirigée vers lui, ou pas. L'on conçoit tout de suite qu'une telle référence à l'offre concurrente ne plaise pas beaucoup aux éditeurs, qui devront parfois, s'ils souhaitent acquérir les droits sur l'œuvre, conclure le contrat à des conditions qu'ils n'ont pas réellement choisies, mais qu'ils sont tenus d'accepter s'ils tiennent à l'exploitation de l'œuvre. L'auteur y verra l'avantage de voir le contrat conclu aux meilleures conditions qu'on lui ait offertes. Il faut cependant que l'offre de l'éditeur concurrente soit sérieuse, faute de quoi la fraude pourrait être constatée[879].

622. Cette référence à l'offre concurrente, si elle est selon nous souhaitable en droit d'auteur, pose cependant quelques difficultés. En effet, pour que ce mécanisme fonctionne, il faut que l'éditeur puisse offrir le contrat aux mêmes termes et conditions que l'éditeur tiers. Or, de nombreux paramètres entrent en compte dans la négociation d'un contrat d'auteur. Les conditions de promotion, de diffusion de l'œuvre, le pourcentage laissé à l'auteur. L'éditeur premier n'aura pas toujours les mêmes capacités par exemple à assurer la promotion que l'éditeur second, *etc.* Dans un tel cas, l'auteur pourra toujours négocier avec lui la refonte de l'offre.

623. En montrant cette offre à l'éditeur, l'auteur manifeste une offre précise et ferme de contracter, le pacte se transforme alors en promesse et la levée de l'option par l'éditeur entrainera la conclusion du contrat. Il faut toutefois garder à l'esprit qu'un éditeur tiers n'existera pas toujours, et que l'auteur ne trouvera parfois pas d'autres débouchés à son œuvre. Cette absence de tiers concurrent ne devrait

---

[878] CA Paris 28 nov. 1985 : *D.* 1986, p. 188. Dans cette affaire, la clause était rédigée comme suit : *« il est entendu entre nous que dans le cas où vous auriez de nouveaux projets de films, notre société bénéficierait d'une priorité de choix et d'offre et, en tout état de cause, à conditions égales, vous lui donneriez la préférence* ». – TGI Paris, 31 janv. 1970 : *D.* 1970, p. 698.

[879] Cass. 1re civ., 15 déc. 1975 : *D.* 1976, p. 28 ; *RIDA* juill. 1976, p. 126

pas bloquer, même en cas de clause d'offre concurrente, l'exploitation de l'œuvre. Comme en droit civil, l'auteur peut directement conclure le contrat avec un éditeur[880].

624. **L'hypothèse de l'inexistence d'une offre concurrente.** Lorsqu'au contraire le pacte de préférence ne contient ni de clause d'offre concurrente ni de référence aux conditions de conclusion des contrats d'application, l'envoi par l'auteur d'un manuscrit marque l'ouverture des négociations. Pas de promesse alors, mais l'auteur est tenu de négocier les conditions de son contrat. Cette obligation de négocier ne peut être qu'une obligation de moyen, mais une obligation de moyen renforcée. Les deux parties devront faire des efforts pour s'entendre. L'auteur n'ayant pas donné son accord au contrat, rien ne devrait l'obliger à conclure le contrat à des conditions qu'il n'accepte pas. Simplement, l'échec des négociations ne devrait pas conduire à la libération de l'auteur[881]. Conformément au mécanisme de droit commun et même en l'absence de clause d'offre concurrente, l'auteur pourra alors aller négocier son œuvre ailleurs. Nous l'avons dit, le contrat de préférence n'est pas un contrat d'exclusivité mais de priorité. Simplement, encore une fois, s'il reçoit une offre d'un autre concurrent, il devra sans doute la soumettre à son éditeur premier avant de la signer. L'échec des négociations ne marque pas la fin de l'obligation de l'auteur. Si l'éditeur refuse cette nouvelle offre, l'auteur sera libre de conclure le contrat avec l'éditeur second. Que le contrat soit conclu ou non, si l'auteur respecte ces conditions, il aura exécuté son obligation de préférer.

### B. L'extinction du pacte de préférence par son exécution de bonne foi

625. **L'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre du pacte.** La bonne foi trouve sa place dans cette mise en œuvre du pacte de préférence. L'auteur, afin de se dégager du pacte, ne doit pas par exemple présenter à l'auteur un manuscrit qu'il sait insusceptible d'être publié[882] et qui conduirait nécessairement à plusieurs refus successifs de l'auteur. Il ne doit pas non plus présenter à l'éditeur l'offre d'un tiers qui serait fantaisiste, à des conditions volontairement inacceptables[883]. D'autant que

---

[880] Voir sur ce point B. GROSS, *La priorité du bénéficiaire du pacte de préférence : à prix égal ou à « égalité de conditions » ? : in* Droits de propriété intellectuelle, liber amicorum G. BONET, IRPI, 2010, p. 283. Selon cet auteur *« ouvrir une compétition entre les tiers et le bénéficiaire n'est pas indispensable au jeu du pacte de préférence…Le vendeur peut s'adresser d'abord au bénéficiaire sans qu'un tiers quelconque ait manifesté son intention d'acquérir le bien. Si le prix sur lequel il s'engage lui convient, la vente est conclue avec lui. L'idée d'un prix égal n'est donc pas toujours exacte pour décrire la réalité de la formation du contrat ».*

[881] Cass. com., 12 mai 1992 : *Bull. Joly des sociétés*, juill. 1992, n°251, note P. LE CANNU.

[882] CA Paris, 22 janv. 1992 : *LPA*, 20 mars 1995, n°34, p. 12. ; *D.* 1995, p. 128, note H. GAUMONT-PRAT.

[883] Cass. 1re civ., 15 déc. 1975 : *D.* 1976, p. 28 ; *RIDA* juill. 1976, p. 126. Dans cette affaire, la société ayant formulé une offre concurrente avait été créée par l'artiste et son épouse. C'est ici d'un artiste interprète qu'il s'agit mais la solution est

les éditeurs se montrent parfois relativement conciliants. S'il souhaite, pour une œuvre particulière, conclure le contrat avec un autre éditeur, l'auteur pourra toujours en demander l'autorisation à son éditeur, qui parfois l'accepte[884]. Les éditeurs sont bien conscients qu'on ne peut garder un auteur de force, ce qui devrait les conduire à mettre parfois en veilleuse leurs droits et à se montrer ouverts à la négociation. Le devoir de bonne foi pourrait également conduire l'éditeur à ne pas refuser systématiquement les manuscrits d'un auteur, sans aucun motif. Les juges ont pu laisser entendre qu'un tel comportement pourrait constituer une faute, qui entrainerait certainement la résolution du pacte[885]. L'idée est que l'éditeur ne bloque pas l'exploitation des œuvres de l'auteur, car certes une fois l'offre refusée, l'auteur pourra se tourner vers un autre éditeur, mais une telle succession de refus crée un *a priori* négatif sur ces œuvres et contribue, si cela se multiplie, à leur faire perdre de leur valeur. D'autant que, toujours tenu par le pacte, l'auteur devra trouver un éditeur qui accepte de publier son œuvre sans se voir accorder de droit de préférence. La bonne foi devrait enfin conduire les éditeurs à renégocier les contrats d'application si la situation de l'auteur a changé, et que les conditions prévues dans le pacte ne sont plus appropriées. Encore faut-il que l'auteur bénéficie d'une position suffisamment forte pour qu'il puisse l'imposer, car le juge aura rarement à connaître une telle situation. L'exécution de bonne foi du contrat implique également pour l'auteur de ne pas détourner la préférence qu'il a accordée en publiant une œuvre couverte par ce droit sous un pseudonyme chez un éditeur concurrent. Afin de dissuader les auteurs d'un tel détournement, les contrat-types de préférence prévoient aujourd'hui bien souvent une clause l'interdisant expressément.

626. **Le sort du pacte exécuté.** Ainsi, l'exécution du pacte de préférence peut déboucher sur la conclusion du contrat, ou sur la libération de l'auteur sur son œuvre. C'est de l'essence même du pacte de préférence, rien ne garantit au moment de sa conclusion la conclusion du contrat définitif. Au bout de deux refus de l'éditeur, l'auteur se verra même définitivement libéré pour le genre qui aura été refusé. L'article L. 132-4 alinéa 3 prévoit en effet que « *lorsque l'éditeur bénéficiant du droit de préférence aura refusé successivement deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans*

---

tout à fait transposable au droit d'auteur.

[884]TGI Paris, 23 avr. 1971 : *RIDA*, oct. 1972, p. 157, pour un exemple de relation entre un auteur et un éditeur dans laquelle l'auteur avait sollicité la demande de l'auteur afin de publier chez un autre éditeur un ouvrage pourtant couvert par le droit de préférence. L'éditeur, soucieux de maintenir de bonnes relations avec l'éditeur, avait accédé à sa requête. L'auteur avait malheureusement été moins diligent pour une autre œuvre, ce qui avait conduit au litige ayant donné lieu à ce jugement.

[885] TGI Paris, 16 déc. 1953 : *Gaz Pal*, 5 févr. 1954, p. 80.

*le genre déterminé au contrat, l'auteur pourra reprendre immédiatement et de plein droit sa liberté quant aux œuvres futures qu'il produira dans le même genre* ». L'auteur devrait en ce cas être libéré de la préférence pour les œuvres qu'il viendrait à créer dans le genre des œuvres refusées par l'éditeur[886]. Le contrat s'éteint s'il ne prévoyait qu'un genre au contrat, sinon il perdure pour les genres autres que celui des deux œuvres refusées par l'éditeur. Notons au passage que parfois, les éditeurs acceptent d'éditer un manuscrit qui pourtant ne leur convient pas afin de ne pas perdre ce droit de préférence. La conciliation est souvent de mise, ce qui explique le rare contentieux en la matière. La liberté de l'auteur est ici préservée, et il ne sera pas possible de contourner cette disposition en prévoyant par exemple que l'éditeur se réserve un droit de préférence sur la moitié des œuvres futures[887], ce qui conduirait à alourdir les conditions de libération de l'auteur. De même, si l'éditeur refuse purement et simplement l'œuvre parce qu'il n'est pas du tout intéressé, il ne devrait pas pouvoir se prévaloir d'une clause obligeant l'auteur à demander son autorisation pour aller signer ailleurs[888].

627. Si le contrat n'est pas conclu, et que l'auteur se trouve libéré du pacte par les deux refus successifs de l'éditeur, l'auteur devra, conformément à l'alinéa 4 de l'article L. 132-4[889], rembourser les avances qu'il peut avoir reçues. Devrait être réservé le cas où le pacte de préférence est accompagné d'un délai de réalisation ou de remise du scénario, il faut alors y voir un contrat de commande qui y est associé. L'auteur devra être rémunéré au titre de la commande, peu importe que l'éditeur décide ensuite de lever l'option ou non[890]. Monsieur Gautier quant à lui considère cette disposition supplétive. Les parties pourraient alors prévoir que les avances consenties constituent un minimum garanti, l'auteur n'en serait dans une telle hypothèse pas redevable[891]. Une fois le délai de cinq ans passé ou les cinq œuvres proposées, le contrat de préférence prend fin et l'auteur recouvrera

---

[886] Il faut à ce titre noter que le Code des usages en matière d'édition générale est plus favorable aux auteurs que l'article L. 132-4, dans le mesure où il prévoit que le refus successifs de deux œuvres de n'importe quel genre mettra fin au droit de l'éditeur.

[887] TGI Paris, 14 nov. 1973 : *RIDA*, avr. 1974, p. 113 – Cass. 1re civ., 15 déc. 1975 : *RIDA*, juill. 1976, p. 129.

[888] TGI Paris, 18 juin 1971 : *RIDA*, oct. 1971, p. 154. Selon la Cour, *« en subordonnant à son accord écrit la libre disposition par l'auteur de l'œuvre refusée, la convention ajoute donc une condition supplémentaire qui, aggravant la situation de l'auteur, contrevient aux dispositions d'ordre public* »

[889] Il devra, au cas où il aurait reçu sur ses œuvres futures des avances du premier éditeur, effectuer préalablement le remboursement de celle-ci

[890] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. C. CARON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2010*, n°601, p. 404.

[891] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°516, p. 558.

sa liberté. Il sera alors libre, s'il le souhaite, de conclure un nouveau contrat de préférence avec le même éditeur.

628. **L'aménagement conventionnel de la fin du pacte.** Les parties peuvent aussi aménager contractuellement la fin du pacte. Elles peuvent par exemple insérer une condition extinctive dans le contrat subordonnant l'exécution du pacte de préférence au maintien de cette condition. Une telle clause, dont la validité n'est pas contestée puisqu'elle est favorable à l'auteur, entraine la caducité du contrat dès lors que la condition n'est plus remplie. Un exemple nous est donné par un jugement de la Cour d'appel de Paris du 5 avril 1993[892]. Il s'agissait en l'espèce d'un pacte de préférence conclu par les auteurs de la série « Léonard », Robert de Groot et Philippe Liégeois, au profit de la société Dargaud éditeur. Il était expressément prévu au contrat que cette clause ne devrait recevoir application qu'au cours de la période où Jérome Malavoy exercerait *« un mandat de représentant légal dans la société Dargaud* ». Celui-ci n'exerçant plus cette fonction, les juges ont prononcé la caducité du pacte. On voit ici encore l'importance qu'a le pacte en tant qu'instrument d'inscription de la relation contractuelle dans la durée, qui peut être aménagée en fonction de la coloration que l'on souhaite donner au partenariat contractuel. L'auteur peut aussi verser une somme d'argent à l'éditeur pour se libérer du pacte[893]. Le sort du pacte de préférence est parfois moins enviable, les parties ne respectant pas toujours la loi qu'elles se sont donnée.

### II. L'INEXECUTION DU PACTE DE PREFERENCE

629. **Les hypothèses d'inexécution du pacte de préférence**. Que l'on envisage l'obligation de l'auteur comme une obligation de faire ou de ne pas faire, son inexécution se caractérise par la conclusion d'un contrat avec un éditeur tiers portant sur une œuvre couverte par le droit de préférence, sans que l'auteur l'ait proposée en priorité au bénéficiaire du pacte. La violation du pacte de préférence suppose cependant que le contrat n'ait pas encore été conclu par la levée efficace de l'option, auquel cas il n'y aurait pas, selon nous, violation du pacte de préférence mais violation du contrat de cession lorsque l'auteur avait manifesté sa volonté de contracter. L'hypothèse de la violation du pacte de préférence est donc celle dans laquelle l'auteur s'est engagé avec un tiers avant que l'éditeur *« n'ait eu le temps ou l'opportunité de lever l'option »*[894]. L'auteur peut avoir plusieurs

---

[892] CA Paris, 5 avr. 1993 : *LPA*, 20 mars 1995, n°34, p. 14, note H. GAUMONT-PRAT.

[893] CA Paris, 28 mai 1974 : *D.* 1974, p. 685, concl. CABANNES.

[894] D. MAINGUY, *Annulation et substitution, les deux mamelles de la préférence ?*, *D.* 2006, p. 1864.

intérêts à cette infidélité. L'on peut penser notamment au cas où le pacte, ne contenant pas de clause d'offre concurrente, prévoirait des conditions d'exploitation de l'œuvre moins avantageuses pour l'auteur que celles qu'est prêt à lui offrir un éditeur tiers. Qu'il y trouve avantage dans le pourcentage qui lui est accordé, dans les opérations de promotion que l'éditeur est prêt à mener, dans le type de collection dans laquelle son œuvre doit être exploitée ou encore dans les réseaux de distribution par lesquels devrait transiter son œuvre, il sera alors tentant, pour l'auteur, de méconnaître son engagement et de céder à l'appât du gain. Les raisons poussant l'auteur à violer son engagement contractuel peuvent également être artistiques, il peut ne plus être en accord avec la ligne éditoriale d'une maison d'édition, ou s'identifier parfaitement à la nouvelle ligne d'une maison qu'il souhaiterait intégrer. Il ne faut pas sous-estimer non plus les cas où il ne s'entendrait plus avec son éditeur, pour des raisons qui peuvent être variées, puisqu'il est avant tout question de relations humaines.

630. **La recherche d'un arrangement amiable**[895]**.** Si de nombreux jugements et quelques arrêts ont révélé des contentieux impulsés par les auteurs qui contestaient la validité du pacte de préférence, rares sont les affaires portées devant les tribunaux par les éditeurs. Outre que les auteurs respectent, dans la plupart des cas, la préférence qu'ils ont accordée, l'on constate que les éditeurs sont assez rétifs à faire constater leurs droits en justice. Cela s'explique aisément, les éditeurs tiennent beaucoup à leur image, et les relations cordiales qu'ils entretiennent avec leurs auteurs et les autres éditeurs tendent à être maintenues, afin de ne pas écorcher leur réputation. Pour cette raison, l'arrangement amiable est de mise, et est, tout comme le pacte de préférence, un gage important de maintien des relations contractuelles dans le temps. C'est pourquoi le recours à la transaction est fréquent en ce domaine. Les éditeurs prendront, dans la majorité des cas, la peine de rechercher un arrangement avec l'auteur[896], ou avec l'éditeur tiers. De nombreux cas de violation d'un pacte de préférence se

---

[895] De manière générale, sur le rôle et les modalités de la transaction, voir H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 306 et s.

[896]L'éditeur bénéficiaire du pacte de préférence, au courant des intentions d'infidélité de l'auteur, peut aussi décider de renégocier le contrat, en proposant par exemple à l'auteur de lui offrir les mêmes conditions que lui offre l'éditeur tiers, alors même que le pacte de préférence ne prévoyait pas de clause d'offre concurrente. Un tel arrangement suppose cependant que le contrat n'ait pas encore été signé avec le tiers, faute de quoi seule une décision de justice permettrait de revenir dessus. Une telle conciliation avait été amorcée dans l'affaire opposant les éditions du Seuil à Viansson-Ponté. Se voyant offrir des conditions financières plus avantageuses par les éditions Fayard, Viansson-Ponté avait informé les éditions du Seuil de son intention de signer le contrat avec l'éditeur concurrent. Les éditions du Seuil, bénéficiaires du droit de préférence lui avait alors proposé de couvrir immédiatement et en totalité ce que lui offraient les éditions Fayard. Cette tentative de conciliation n'a cependant pas abouti, le contrat entre les éditions Fayard et Viansson-Ponté avait été conclu entre temps. L'affaire fût donc portée devant les tribunaux. TGI Paris, 23 avr. 1971 *: RIDA*, oct. 1972, p. 157.

solderont par une coédition de l'œuvre entre l'éditeur premier et le second éditeur, ils s'associeront parfois à la manière d'une société en participation. L'éditeur premier exigera *a minima* de récupérer les avances versées à l'auteur. À charge pour l'auteur, rappelé à l'ordre par son éditeur, de respecter la préférence pour ses œuvres futures. Ces transactions présentent le mérite de la conciliation, et surtout de la discrétion. L'auteur comme l'éditeur ne verront pas leur image entachée par les contentieux si rares en la matière que, des années après, ils seront encore cités en exemple à ne pas suivre. Elles présentent tout de même l'inconvénient pour l'auteur de ne pas bénéficier du regard des juges, et de mettre parfois sa protection en péril, notamment dans des cas où il aurait décidé de s'adresser ailleurs car il considère que l'éditeur a mal accompli ses obligations dans leur relation contractuelle passée. Elles ne nous permettent pas, par ailleurs, d'apprécier la réalité du contentieux en la matière. Les parties n'arriveront cependant pas toujours à s'entendre. Il faudra alors aller devant la justice pour voir le pacte sanctionné.

631. **Le recours au droit commun**. Que risque l'auteur qui aurait méconnu ses obligations ? Le droit spécial ne nous renseigne pas sur la nature de la sanction à apporter à l'inexécution du pacte de préférence dans le contrat d'édition, l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle restant muet sur ce point. Il faudra donc se référer au droit commun du pacte de préférence de droit privé, puisque, comme nous l'avons déjà montré, le pacte de préférence dans le contrat d'édition peut s'y identifier. Selon Monsieur Gautier : *« l'article 34 ne s'occupe que des œuvres et de la levée de l'option, il faut donc comme tout le monde a semblé le convenir, revenir à la théorie générale des obligations »*[897]. Or, en droit commun, la sanction du non-respect du pacte de préférence est aujourd'hui clairement posée (***A***). Malgré son autonomie, le rattachement du pacte de préférence dans le contrat d'édition au pacte de préférence de droit civil, figure classique de l'avant-contrat, se révèle ici encore utile pour combler les vides laissés par le législateur (***B***).

### A. Les solutions posées en droit commun

632. **La sanction du pacte de préférence en droit commun.** En matière de violation du pacte de préférence, la jurisprudence a expérimenté des solutions très différentes, et a mis du temps à se stabiliser. Elle a depuis longtemps posé le principe selon lequel le contrat conclu avec le tiers peut être annulé en cas de fraude et de mauvaise foi de sa part, c'est-à-dire s'il a eu connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La solution fait preuve d'une

---

[897] P.-Y. Gautier, note sous : TGI Paris, 12 janv. 1998 : *RIDA*, juill. 1988, p. 117.

relative constance. La question plus problématique est celle de la possibilité ou non de permettre au bénéficiaire de se substituer aux droits du tiers, réalisant ainsi l'exécution forcée par le juge du pacte de préférence. Avant 1957, les juges se montraient souvent favorables à une telle opération, qu'ils nommaient restitution et non substitution, lorsque la fraude du tiers était constatée[898]. Par un arrêt du 4 mai 1957[899] , la Cour de cassation avait cependant ensuite abandonné une telle possibilité. Cette solution a été clairement réaffirmée dans un arrêt de la première chambre civile de cette même cour, le 30 avril 1997[900]. Malgré certaines décisions des juges du fond, et l'appel d'une partie de la doctrine, la cour refuse alors d'admette la substitution du bénéficiaire au tiers. Cette solution sera réitérée en 1999[901].

633. **Le refus de substitution fondé sur l'article 1142 du Code civil**. Un temps hostile à une telle exécution forcée en nature du pacte de préférence, la Cour de cassation a longtemps refusé de donner une pleine efficacité au contrat, fondant sa réticence sur l'article 1142 du Code civil, au regard de l'obligation de préférer caractérisant le pacte. N'accordant que des dommages et intérêts, elle a contribué à faire perdre un peu de son intérêt au pacte de préférence, qui ne pouvait alors garantir la priorité contractuelle, ne garantissant qu'une réparation pécuniaire en cas de litige. On sait pourtant que l'article 1142 du Code civil, qui prévoit que *« toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts»,* a un domaine restreint aux obligations ayant un caractère éminemment personnel. L'objectif de protection de la personne que sous-tend cet article ne se trouvait en aucune façon malmené par une exécution forcée du pacte de préférence. Cette appréhension surannée[902] du champ d'application de l'article 1142 a largement été critiquée par la doctrine car, si l'efficacité de la violation du pacte peut parfois présenter une utilité économique[903], c'est faire bien peu de choses de la parole donnée.

---

[898] Voir sur ce point T. PIAZZON, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, *RTD civ.* 2009, p. 443 et s.

[899] Cass. 1re civ., 4 mai 1957 : *Bull. civ*. I, n°197.

[900] Cass. 3ème civ., 30 avr. 1997, *Bull. civ.* III, n°96 ; *D.* 1997, p. 475, note D. MAZEAUD ; *JCP G*, 1997, II, 22963, note H. THUILLIER.

[901] Cass. 3ème civ., 10 févr. 1999 : *Bull. civ*, III, n°37 ; *D.* 2000, somm. p. 278, obs. P. BRUN.

[902] D. MAZEAUD dit joliment que dans ces arrêts, la cour voue à cet article « *une allégeance qui n'est plus de saison* », D. MAZEAUD, note sous Cass. 3ème civ., 30 avr. 1997 : *D.* 1997, p. 475.

[903] D. Mainguy par exemple était sur ce point à rebours de la position de la doctrine majoritaire en approuvant le refus des juges de prononcer l'exécution forcée du pacte de préférence. Se fondant sur le modèle anglo-saxon de l'« *Efficient breach of contract* », que l'on peut traduire par « *l'inexécution efficace du contrat* », il met en avant le fait que, parfois, toutes les parties ont économiquement à gagner d'une violation utile de la préférence plutôt que de son exécution forcée.

634. **L'admission de la substitution du bénéficiaire au tiers.** Le 26 mai 2006[904], la chambre mixte de la Cour de cassation, dans un arrêt de principe, est revenue sur ses positions. Elle assoit sa solution par des termes généraux : *« Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir »*. La substitution est alors admise, bien qu'enserrée dans des conditions strictes. Le bénéficiaire de la préférence devra prouver la fraude du tiers, en montrant qu'il connaissait l'existence du pacte, ce qui n'est pas le plus complexe, mais surtout sa connaissance de l'intention du bénéficiaire de la préférence de s'en prévaloir, ce qui le devient beaucoup plus. Une telle exigence n'est cependant pas nouvelle, puisqu'il s'agissait déjà des conditions d'annulation du contrat conclu entre le tiers et le débiteur du pacte. Elle s'explique clairement par la volonté de protéger le tiers de bonne foi. Reste qu'il s'agira d'une preuve délicate à rapporter. Cette solution de droit commun apportée par les juges semble aujourd'hui acquise, et a été confirmée, en 2007 notamment[905]. Bien que difficile à mettre en œuvre, cette solution devrait selon nous servir de modèle à la sanction du pacte de préférence en droit d'auteur. En effet, si l'on souhaite donner plein effet à cet instrument de pérennisation du lien contractuel, sa sanction doit être efficace.

### B. Les sanctions du pacte de préférence dans le contrat d'édition

635. **L'inexécution du pacte de préférence avant la levée d'option.** Rappelons tout d'abord que la violation du pacte de préférence et son exécution forcée ne s'entendent que du cas où l'éditeur n'a pas encore levé l'option, et où l'auteur, en violation de ses droits, a conclu un contrat avec un autre éditeur. L'éditeur, cela ne fait pas de doute, peut alors engager une action contre l'auteur en inexécution de ses obligations contractuelles, action qui devrait lui permettre de se voir restituer les avances qu'il avait consenties à l'auteur. L'auteur ayant manqué à ses obligations, la résolution du contrat pourra ainsi être prononcée. Cependant, une telle action ne sera pas toujours souhaitée par

---

Selon cet auteur, *« l'ensemble des critères d'appréciation économique valident donc les solutions rendues par la Cour de Cassation »* à l'époque où elle refusait encore l'exécution forcée du pacte. D. MAINGUY, *La violation du pacte de* préférence, in Pacte de préférence, liberté ou contrainte ?, Acte du colloque organisé par l'université de Toulouse le 18 nov. 2005, *Dt et patr.*, n°144, p. 79.

[904] Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006 : *RDC*, oct. 2006, p. 1131, obs. F. COLLART DUTILLEUL ; P.-Y. GAUTIER, *Exécution forcée du pacte de préférence : la chambre mixte est-elle allée trop loin, ou pas assez ?, D.* 2006, n°27, p. 1861 ; D. MAINGUY, *Annulation et substitution ; les deux mamelles de la préférence* ? : art. préc., n°27, p. 1864.

[905] Cass. 3ème civ., 31 janv. 2007 : *Revue Lamy droit civil*, mars 2007, n°36, p. 13.

l'éditeur désireux de voir le pacte de préférence maintenu pour l'avenir. Il peut, à ce titre, ne demander que des dommages et intérêts. Il peut également engager la responsabilité délictuelle du tiers de mauvaise foi, qui bien qu'ayant connaissance du pacte de préférence, a concouru à l'inexécution par l'auteur de ses obligations. Les juges ont admis cette action à plusieurs reprises en cas de violation du pacte prévu à l'article L. 132-4 du CPI[906]. Il faudra cependant apporter une preuve du préjudice, qui peut être par exemple constitué par la perte d'une chance de conclure le contrat avec l'auteur. Conformément au droit commun, il bénéficiera également d'une action en annulation du contrat conclu entre l'auteur et l'éditeur en fraude à ses droits. Il devra, pour cela, conformément à une jurisprudence constante sur ce point, apporter la preuve de la connaissance du pacte par le tiers, et de l'intention qu'il avait de s'en prévaloir. Cette preuve sera, comme dans tous les domaines, bien difficile à rapporter. Il devrait sans trop de difficultés pouvoir prouver sa connaissance du pacte. En effet, l'éditeur tiers étant un professionnel averti, il devrait avant de conclure un contrat avec un auteur se renseigner sur la libre disposition de ses droits, malgré l'absence de publicité entourant le pacte[907]. La preuve de l'intention du bénéficiaire du pacte sera, elle, plus difficile à rapporter. Sa connaissance d'une lettre de l'éditeur se déclarant ravie du projet de l'auteur, avant même la création de l'œuvre, devrait par exemple y pourvoir[908].

636. Si ces éléments sont rapportés, l'éditeur devrait pouvoir, en plus de cette annulation, obtenir sa substitution dans le contrat à l'éditeur tiers, conformément à la jurisprudence élaborée par la Cour

---

[906] CA Angers, 3 mai 1950 : *D.* 1950, p. 585. - Cass. 2ème civ., 13 avr. 1972 : *RIDA*, oct. 1972, p. 134.

[907] Voir sur ce point : H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 323. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°514, p. 556.

[908] Nous pouvons à ce titre citer l'affaire des éditions du Seuil contre Fayard et Viansson-Ponté. L'auteur, lorsqu'il avait eu l'idée d'écrire un ouvrage sur la Vème République, en avait informé l'éditeur, les éditions du Seuil, à qui il avait accordé un droit de préférence sur les œuvres du genre « essai ». Le directeur des éditions du Seuil lui répondait alors en ces termes : *« Cher ami, Jean Lacouture me dit que vous partez en vacance avec, à votre horizon, le projet d'une histoire de la Vème République, disons, plus simplement, de la République gaulliste. Voilà une bonne et très bonne nouvelle et qui m'a donné un grand rafraîchissement d'esprit bien agréable en cette touffeur. Si vous restiez encore quelques jours à Paris, je vous verrais très volontiers pour que nous parlions de ce projet, mais, n'importe comment, sachez que c'est avec enthousiasme que je le reçois ».* Les juges ont qualifié cette lettre de levée d'option, considérant que *« rien n'interdit à l'éditeur d'exercer son droit, de confiance et avant même la remise du manuscrit ».* L'éditeur pourrait donc, selon le tribunal, lever ainsi l'option avant même la formulation d'une offre par l'auteur. Outre que cette solution nous semble techniquement inexacte, puisque, nous l'avons dit, avant la manifestation de la volonté de l'auteur l'éditeur ne bénéficie pas d'un droit d'option mais d'un droit de préférence, cette solution nous semble dangereuse pour l'auteur, comme l'a montré H. Desbois : H. DESBOIS, note sous TGI Paris, 23 avr. 1971 : *RTD com*, 1971, p. 1017. Si elle n'est pas constitutive de l'exercice du droit d'option, une telle lettre, pourrait tout du moins prouver la volonté de l'éditeur de se prévaloir de se préférence. Encore faut-il bien sûr que le second éditeur y ait eu accès, ce qui était le cas dans cette affaire, car, bien souvent, l'éditeur tiers demandera à l'auteur de lui communiquer ces informations. Nous avons déjà montré par ailleurs que l'auteur devrait voir mis à sa charge une obligation de renseignement sur la disponibilité de ses

de cassation en 2006. Afin de savoir si une telle substitution est envisageable en droit d'auteur, il convient de se demander si cette exécution forcée ne contrarie pas de trop la liberté de l'auteur. Nous ne le pensons pas, tout simplement parce que cette liberté n'est déjà plus d'actualité. Nous approuvons les termes de B. Thullier : *« La substitution, désormais permise, ne porte pas véritablement atteinte à la liberté contractuelle du promettant » en effet, elle « n'oblige nullement le débiteur de la préférence à conclure un contrat dont il ne voulait pas puisque, par hypothèse, ce contrat il l'a conclu. La substitution ne lui impose pas un cocontractant indésirable puisque, en lui donnant la préférence, il l'a choisi »*[909]. Le caractère *intuitus personae* du contrat d'édition ne devrait ainsi pas faire obstacle à cette substitution, puisque en accordant la préférence à l'éditeur, l'auteur a déjà exercé la liberté de choix de son cocontractant. Son droit de divulgation n'y fait pas obstacle non plus dans la mesure où l'auteur, s'il a conclu le contrat d'édition avec un tiers, a manifesté sa volonté de divulguer son œuvre déjà créée, à des conditions qu'il a approuvées, et a ainsi accompli le fait matériel constitutif de la divulgation de l'œuvre. Ainsi, comme c'est le cas en droit commun et en droit de la vente, *« le pacte et l'offre émise en faveur du tiers engagent le propriétaire dans une opération de transfert qui lui échappe nécessairement ; il ne peut plus s'y soustraire »*[910]. L'auteur devrait donc pouvoir être condamné à signer le contrat[911]. Il ne s'agit que d'une formalité, puisque par l'effet de la décision de justice, le contrat sera déjà conclu.

637. Même admise cette substitution au bénéfice du premier éditeur, une difficulté subsiste. L'éditeur sera-t-il alors engagé envers l'auteur aux mêmes termes et conditions que le contrat conclu entre l'auteur et l'éditeur tiers ? La technique de la substitution semble suggérer une réponse affirmative[912]. Si ces conditions ne lui conviennent pas, libre alors à lui de ne demander que l'annulation du contrat conclu avec le tiers. Dans ce cas l'auteur devra négocier les termes et conditions du contrat avec lui, dans la mesure où l'auteur reste tenu par le pacte de préférence et a

---

droits.

[909] B. THULLIER, note sous Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, cité par T. PIAZZON, *Retour sur la violation des pactes de préférence,* art. préc., p. 452.

[910] C. ATIAS, *La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi*, note sous Cass. 3ème civ. 30 avr. 1997 : *D*. 1998, p. 203.

[911] TGI Paris, 27 juin 1984 : *RIDA* oct. 1984, p. 224.

[912] Encore que celle-ci soit contestable. En effet, la logique voudrait que l'on ne puisse se substituer à un contrat qui vient d'être annulé. Le projet Catala était certainement plus réaliste sur ce point, puisqu'il prévoit en amont de la substitution non pas l'annulation du contrat conclu avec le tiers mais son inopposabilité. C'est d'ailleurs parfois l'inopposabilité du contrat conclu en violation du pacte de préférence que le juge a déclaré en droit d'auteur : TGI Paris, 19 juin 1986 : *RIDA,* juill. 1986, p. 166.

déjà manifesté sa volonté de contracter. En revanche, si le tiers est de bonne foi, l'éditeur ne devrait pouvoir obtenir que des dommages et intérêts.

638. **L'inexécution du contrat d'édition après la levée de l'option.** La situation est toute autre lorsque l'éditeur a eu le temps de faire connaître sa décision à l'auteur avant que celui-ci ne conclut le contrat avec le tiers. On ne peut alors plus logiquement parler de violation du droit de préférence mais d'inexécution du contrat définitif. Dans ce cas, le juge devrait constater la conclusion du contrat entre l'auteur et son premier éditeur. Il ne s'agit pas alors d'une exécution forcée du pacte[913]. C'est la levée de l'option dans le temps imparti qui a transformé le droit personnel de l'auteur en un droit réel, et non la décision de justice comme dans le cas précédent. Le contrat passé avec le tiers devrait être annulé non pas parce qu'il est conclu en fraude des droits du bénéficiaire du pacte, mais tout simplement parce que les droits n'étaient déjà plus disponibles. Le contrat entre l'auteur et l'éditeur prendra alors plein effet, et l'auteur pourra se voir sanctionné sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, et condamné à signer le contrat qui est déjà conclu. Le contrat a créé une norme que les parties sont tenues de respecter. Il devrait alors avoir été conclu aux conditions qui avaient été arrêtées par l'auteur et par l'éditeur et non aux conditions du contrat conclu entre l'auteur et le tiers. En effet, c'est au contrat initial que l'on donne plein effet, et en aucun cas au contrat conclu avec le tiers. C'est la force obligatoire du contrat qui prend ici tout son sens.

639. **L'action en contrefaçon.** Dès lors que l'on admet la transformation du droit personnel en droit réel, et que l'on constate donc la conclusion du contrat de cession, une autre action peut être envisagée, l'action en contrefaçon[914]. Il ne s'agit alors pas directement de la sanction de la violation du pacte de préférence, mais de la sanction du non-respect des droits cédés par la conclusion du contrat définitif conclu en application du pacte de préférence[915]. Le juge pourra alors prononcer contre l'auteur et l'éditeur tiers toutes les mesures qui y sont associées comme la procédure de saisie-

---

[913] G. PILLET montre bien cette distinction. Il dit qu'il faut arrêter de raisonner en terme d'obligations que créerait la promesse et le pacte de préférence, qui ne pourraient être que des obligations de faire, qui dans ce cas, ne seraient réparables qu'en dommage et intérêt, il faut raisonner en terme de norme crée par le contrat, et donc raisonner sur l'article 1134. Le contrat, si l'option a été levée, est conclu. Il n'y aura pas, alors, à s'interroger sur la nature des obligations du promettant. G. PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, préf. P. JOURDAIN, LGDJ, 2004, p. 78 et s.

[914] TGI Paris, 23 avr. 1971, *« aff. Soc. Éd. du Seuil c/ Arthème Fayard et Viansson-Ponté »* : *RIDA*, oct. 1972, p. 157 ; *D.* 1972, p. 17. ; *RTD com.* 1971, p. 1017, note H. DESBOIS.

[915] Il nous semble qu'il faut à ce titre relativiser la spécificité de la sanction du pacte de préférence en droit d'auteur. Selon H. Gaumont-Prat, la ressemblance entre le pacte de préférence dans le contrat d'édition et le pacte de préférence de droit commun s'éloigne dans la mesure où le pacte de préférence de droit civil n'entraine pas de sanction pénale. H.

contrefaçon prévue aux articles L. 332-1 et suivant du Code de la propriété intellectuelle[916]. Le juge pourra ordonner une saisie descriptive, une saisie réelle ou encore renvoyer les parties devant le juge des référés, mais la procédure de saisie conservatoire a la faveur des juges, présentant l'avantage de préserver la discrétion tant recherchée. Elle permettra à l'éditeur de récupérer les avances qu'il a versées. L'éditeur peut également, par exemple, demander la publication de la décision dans les journaux[917]. Tout comme l'auteur, l'éditeur tiers pourrait alors se voir déclaré contrefacteur, sa mauvaise foi sera, lors d'une action pénale, certainement présumée, sa démonstration sera du moins facilitée par sa qualité de professionnel[918].

640. Ainsi peut se conclure la fin du pacte de préférence. Rappelons que le contentieux est rare, et que la recherche d'un arrangement amiable demeure, malgré cet éventail de sanctions possibles, le règlement traditionnel des litiges nés de la mauvaise exécution d'un pacte de préférence.

641. **L'hypothèse de la passivité de l'auteur.** Un autre cas peut retenir notre attention, celui dans lequel l'auteur, qui s'est engagé pour cinq ans, ne proposerait dans ce délai aucune œuvre à son éditeur. Le pacte de préférence ne met à la charge de l'auteur aucune obligation de créer. Toutefois, pour éviter la fraude, lorsque l'alternative de la durée aura été préférée, il faudra certainement se demander, une fois les cinq ans passés, si les œuvres que l'auteur offrirait à un éditeur n'auront pas été créées durant la période de vigueur de la préférence. Il faudra se référer à la date d'achèvement de l'œuvre, et non à la date de sa divulgation. La question se pose également dans le cas où celui qui s'est engagé pour cinq œuvres ne livre rien pendant plusieurs années, et entend se soustraire à son engagement en concluant le contrat avec un tiers et en invoquant ensuite la prescription de l'action de l'éditeur. On pourra alors *« peut-être faire application de la solution retenue pour les pactes de préférence en droit commun qui consiste à suspendre la prescription en application de la règle contra non valentem* [*agere non currit praescriptio*]*»*[919]. En effet, dans un tel cas, le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment de la formulation d'une offre[920]. A défaut de

---

GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Thèse, Paris II, 1993, p. 338.

[916] Il faut réserver le cas du logiciel conformément à l'article L. 332-4 du CPI.

[917] Sur tous ces points, voir H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, thèse préc., p. 338

[918] Voir sur ce point M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°1062 et s. p. 713.

[919] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°729, p. 509 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°515, p. 557.

[920] T. PIAZZON, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, art. préc., p. 445.

sanction, un tel agissement vide le contrat de son sens. L'inscription dans le temps de la relation contractuelle aura été sans effet.

642. **La transmissibilité du pacte.** Un dernier point mérite d'être abordé, celui de la possibilité pour l'éditeur de transmettre le pacte à un autre exploitant. Peut-il ainsi se servir de son droit comme d'un instrument de crédit ? Cette question relative à la transmission active du pacte appelle aussi celle de sa transmission passive. Ces deux questions méritent une réponse négative. Le contrat étant conclu *intuitu personae*, une telle transmission, si elle n'est pas prévue dans le pacte, ne devrait pas être admise[921], l'auteur ayant porté le choix de son cocontractant sur l'éditeur premier et le contrat étant, pour ce qui est de la transmission passive, soumis au principe de l'effet relatif des contrats. Monsieur Gautier conseille à ce sujet aux éditeurs d'insérer dans le contrat une clause *« obligeant l'auteur à notifier l'obligation à ses futurs coauteurs, dès le moment où ils envisagent leur collaboration »*[922]. Dans de nombreux cas, les œuvres de collaboration dont plusieurs auteurs sont tenus par une obligation de préférence seront exploitées en coédition.

643. **Conclusion.** Le pacte de préférence portant sur des œuvres futures dans le contrat d'édition, tel qu'il est conçu par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle, est donc un avant-contrat autonome et original. Le législateur a posé ici les bases d'une admission stricte de cet avant-contrat, tout en laissant son fonctionnement en partie soumis au droit commun. L'auteur y trouve protection tant dans les règles de l'article L. 132-4, qui lui permettent par exemple de recouvrer sa liberté après deux refus successifs, que dans le droit commun des contrats, notamment à travers la possibilité de demander la renégociation du contrat sur le fondement de la bonne foi lorsque les circonstances ont changé, et que les prévisions contractuelles ne sont plus adaptées à la situation de l'auteur, ou encore à travers la possibilité d'avoir recours à la clause d'offre concurrente. À défaut, ce pacte pourrait s'avérer dangereux. Certes il n'oblige l'auteur ni à créer, ni à céder ses droits. L'auteur vivant de sa création n'a cependant guère le choix s'il souhaite exploiter son œuvre. La protection de l'auteur étant ainsi en théorie assurée, le pacte de préférence constitue un précieux outil de pérennisation de la relation contractuelle. La possibilité d'une exécution forcée rend sa sanction efficace. Cependant, nous l'avons vu, l'esprit de conciliation domine la phase d'exécution de ce pacte qui s'étend dans le temps. Si ce temps est *a minima* celui de la conciliation pour maintenir une relation pérenne, l'avant-contrat qu'est le pacte de préférence aura fait son œuvre.

---

[921] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°729, p. 510

644. Sa souplesse et ses règles protectrices de l'auteur devraient selon nous conduire à son admission dans tous les domaines, à condition parfois d'y intégrer une clause d'offre concurrente. Tel pourrait être le cas lorsque un producteur qui adapte un livre au cinéma souhaite se voir accorder une préférence pour l'adaptation des prochains livres de l'auteur, ou encore lorsque celui qui représente l'œuvre souhaite se voir accorder un droit de préférence sur la représentation des œuvres futures de l'auteur.

## *Section 2. Les avant-contrats, instruments d'efficacité de la relation contractuelle pérenne*

645. De nombreux types de relations contractuelles entre l'auteur et un exploitant ont vocation à s'inscrire dans la durée, ou à s'inscrire dans un projet global. Peut alors s'installer, entre l'auteur et son partenaire économique, une relation contractuelle pérennisée, portant sur la force de travail du créateur. Pour que le droit d'auteur ne soit pas un frein à cette efficacité, il faut qu'il puisse laisser la possibilité d'organiser la gestion des droits sur les œuvres qui vont être créées en exécution de ces contrats, tout en assurant la protection de l'auteur qui ne doit pas de trop s'engager. Les avant-contrats peuvent sans aucun doute répondre, dans la plupart des cas, à ces besoins d'anticipation et de gestion de la relation contractuelle dans le temps. Selon l'interprétation que l'on retient du principe de prohibition de la cession globale des œuvres futures, ces divers contrats sont tantôt admis, tantôt prohibés. Le malaise est alors palpable et nuit inévitablement à la sécurité juridique et à l'efficacité de la gestion des droits d'auteur dans le temps. Nous apprécierons ces possibilités à travers deux types de relations contractuelles, celle liant le créateur à un employeur par un contrat de travail (***Paragraphe 1***), et celle le liant à un maître de l'ouvrage *via* un contrat de commande (***Paragraphe 2***). Nous ne prétendons pas ici à l'exhaustivité. Ces réflexions peuvent être menées dans de nombreux domaines. Ces deux exemples sont cependant des exemples patents de la nécessité de clarification des possibilités qu'offre le droit d'auteur de conclure des avant-contrats, qui constituent de vrais outils de gestion des droits dans de telles relations.

---

[922] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°517, p. 558.

### Paragraphe 1. Les avant-contrats, outils de gestion de la création salariée

646. Les enjeux liés à la création salariée en ont fait ces dernières années une préoccupation majeure. La création salariée ne connait pas, pour l'heure, de régime particulier. Naissant sur la tête du salarié, les droits sur cette création doivent faire l'objet d'un contrat d'auteur pour que l'employeur puisse l'utiliser et l'exploiter (***I***). Cette exigence est parfois accusée de freiner l'activité de l'entreprise et d'entretenir l'insécurité juridique. Afin d'éviter la lourdeur d'une négociation individuelle de chaque contrat d'auteur avec chaque employé pour chaque œuvre, certains aménagements contractuels peuvent alors être envisagés. Les avant-contrats sont à ce titre susceptibles de constituer des outils efficaces permettant la fluidité de la relation contractuelle et son aménagement dans le temps. Encore faut-il admettre leur validité (***II***).

#### I. LA NECESSITE D'UNE CESSION DES DROITS SUR LA CREATION SALARIEE

648. En France, les droits patrimoniaux et moraux sur les œuvres créées en exécution d'un contrat de travail sont attribuées *ab initio* au créateur (***A***). À l'exception de certains régimes spéciaux, L'employeur, comme tout autre exploitant, doit obtenir de l'auteur une véritable cession ou autorisation de l'auteur pour pouvoir exploiter l'œuvre créée (***B***).

##### A. L'attribution de principe des droits au créateur

649. **Le salarié, titulaire des droits sur la création salariée.** Le travail intellectuel salarié pose en France de nombreuses difficultés, et participe de la remise en cause de la légitimité d'une protection jugée parfois trop forte de l'auteur, qui finalement, le dessert. La prestation intellectuelle du créateur salarié, objet même de son travail, en fait un salarié un peu particulier. Alors que le fruit du travail des salariés, contrepartie de leur salaire, appartient par principe à l'entreprise, l'activité créatrice que sous-tend le travail intellectuel commande des règles différentes. Le droit du travail et le droit d'auteur doivent alors se confronter pour trouver la voie de la conciliation. On comprend bien l'approche antagoniste de leur rencontre. D'un côté un employeur qui investit en vue de la création et embauche des salariés pour qu'ils créent une œuvre, dans le but de pouvoir l'exploiter, de l'autre un auteur salarié qui, une fois rémunéré par son salaire, reste maître des droits sur sa création. Une telle approche, personnaliste, reflète bien la philosophie du droit d'auteur français. En effet, aux antipodes

du système américain et anglais du *« works made for hire »*[923], ce n'est pas l'investissement mais le créateur que le droit d'auteur récompense par l'attribution de droits exclusifs. Cette attribution des droits s'éloigne également du droit des inventions salariées, qui a vocation à rétribuer l'investisseur, le créateur restant dans l'ombre[924]. En droit d'auteur la logique est toute autre. Bien que subordonné, à partir du moment où le salarié dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour être considéré comme un véritable auteur, il bénéficie *ab initio* des droits exclusifs sur sa création[925]. La seule exception est celle du recours à la qualification d'œuvre collective[926], pour laquelle les droits d'auteur naissent sur la tête de la personne ayant impulsé le projet[927], et qui est dès lors très souvent revendiquée par les employeurs. En dehors de cette hypothèse spécifique, les droits appartiennent en premier lieu au salarié. Cette approche est pour beaucoup paradoxale[928]. D'autant que les œuvres

---

[923] Ce principe fait de l'employeur le titulaire initial du copyright sur les œuvres réalisées par ses salariés dans l'exercice de ses fonctions. Il est défini et encadrée par les articles 101 et 201 de la loi américaine, et par l'article 101 du *Copyright Act* au Royaume-Uni. Sur ces points, voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°260, p. 199. Voir également M. FERRARA-SANTAMARIA, *RIDA*, avril 1968, p. 83, cité par P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n°688, p. 735.

[924] Article L. 611-7 du CPI 1° *« les inventions faites par un salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartient à l'employeur. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d'une telle invention, bénéficie d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d'entreprises et les contrats individuels de travail ».* 2° *« Toutes les autres inventions appartiennent au salarié. Toutefois, lorsqu'une invention est faite par un salarié, soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, ou de données procurées par la connaissance ou l'utilisation de techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle, l'employeur a le droit, dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié ».*

[925] L'article L. 111-1 al 3 du CPI dispose à ce sujet que « *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 aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^er »*

[926]Selon l'article L. 113-2 alinéa 3 du CPI, « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'éditer, 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 »*

[927] C'est l'article L. 113-5 du CPI qui instaure cette attribution : *« L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée » « Cette personne est investie des droits de l'auteur ».*

[928] Elle l'est d'autant plus que bien souvent, en matière d'art appliqué par exemple, il existe un conflit entre les règles de la propriété industrielle et le droit d'auteur, conflit qui se révèle insoluble, deux corps de règles contradictoires s'appliquant à la même création. Les créations de mode par exemple font l'objet d'un cumul de protection au titre du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles lorsqu'elles en remplissent les critères propres. Au regard du droit d'auteur, le salarié créateur est titulaire *ab initio* des droits d'auteur sur l'œuvre. Au regard du droit des dessins et modèles, les droits sont accordés à l'auteur de la demande d'enregistrement, conformément à l'article L. 511-9 alinéa 1 du CPI, qui n'est pas nécessairement le créateur. Des difficultés de la double qualification. Sur l'étude de cette question, voir : D. PERDREAU, *Contrat de travail et création de mode : Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°36, mars 2008, p.

créées dans le cadre de la subordination s'éloignent bien souvent des belles œuvres en contemplation desquelles le droit d'auteur a été créé. Elle participe cependant de la protection de l'auteur, en lui assurant une certaine emprise sur son œuvre, et ne devrait selon nous pas être remise en cause. Cette attribution *ab initio* des droits d'auteur sur la personne du créateur entraine deux conséquences.

650. **Le créateur intellectuel titulaire de droits moraux.** La première est que l'auteur salarié dispose d'un droit moral lui permettant de conserver, quoiqu'il advienne, une certaine maîtrise du fruit de son travail. Ce droit moral est alors une « arme » entre les mains de l'employé, et peut se révéler redoutable puisqu'elle peut aboutir au blocage de l'exploitation de l'œuvre, et donc nuire à l'activité de l'entreprise. Son exercice devra être strictement encadré afin qu'il ne soit pas utilisé, comme c'est parfois le cas, comme une arme à finalité patrimoniale. La notion d'abus de droit devrait y pourvoir. Malgré les critiques formulées par les employeurs, cette logique personnaliste participe pleinement de la particularité de notre droit d'auteur. La logique économique veut cependant que le juge reste très attentif à son exercice. Par principe, l'auteur ne doit pas invoquer son droit moral pour obtenir de l'employeur des avantages pécuniaires.

651. **Le créateur intellectuel titulaire de droits patrimoniaux.** La deuxième conséquence de cette attribution des droits au bénéfice du salarié est la nécessité d'opérer un transfert des droits ou d'obtenir une autorisation de l'auteur pour utiliser et exploiter le fruit de la création salariée. En effet, comme tout créateur, le créateur salarié jouit sur son œuvre, *« du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »,* comme le dispose l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

### B. L'absence de cession automatique des droits d'auteur

652. **L'hypothèse d'un transfert automatique des droits.** On aurait pu penser que le transfert de ces droits vers l'employeur s'opérait par le seul biais de l'existence d'un contrat de travail. Sans déroger au principe selon lequel le contrat de travail ne perturbait pas les règles relatives à la jouissance des droits d'auteur, le contrat de travail en aurait alors aménagé l'exercice par une cession automatique des droits sur les œuvres créées en vertu de son exécution. Dans une telle optique et afin de fluidifier certaines relations contractuelles, le législateur a alors prévu certains régimes spéciaux s'adressant à certaines catégories de créateurs. C'est le cas notamment des créateurs de logiciels, des journalistes, et des fonctionnaires. Pour ces auteurs d'œuvres spéciales, la logique économique et la

---

79.

nécessité de permettre une gestion efficace des droits d'auteur a commandé l'élaboration de règles spécifiques. Envisageons-les rapidement.

653. **Les logiciels créés par les salariés.** Bien que considéré à part entière comme une œuvre de l'esprit par l'article L. 112-2 du CPI issu de la loi du 3 juillet 1985, l'œuvre logicielle bénéficie de règles propres. Selon les termes de l'article L. 113-9 du CPI, *« sauf disposition statutaire ou stipulation contraire, 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 le seul habilité à les exercer »*. Ainsi, s'il n'est pas contesté que les droits naissent sur la tête du créateur, les droits patrimoniaux sur les œuvres créées sont directement dévolus à l'employeur, sans qu'un contrat de cession ou qu'une rémunération au titre de son exploitation[929] ne puissent être revendiqués par le salarié. L'insécurité juridique qu'aurait entrainé une attribution initiale des droits à l'employé a clairement guidé cette prescription, et aurait été un motif de rejet de l'entrée du logiciel dans le giron du droit d'auteur par les professionnels du secteur. Monsieur Soreau le montre très justement : *« Il faut se souvenir que lorsque le législateur s'est emparé de la question de la titularité des droits sur les œuvres logicielles créées par les employés, en 1985, la profession était déjà organisée. Elle a donc su se montrer suffisamment convaincante pour que le texte voté n'entrave pas le développement d'une industrie à l'avenir prometteur »*[930]. La voie de la conciliation est alors passée par le transfert automatique des droits.

654. **Les œuvres des journalistes**[931]**.** La loi n°2009-669 du 12 juin 2009 a profondément réformé le régime de la création des droits sur les créations de journalistes salariés. Le principe est aujourd'hui celui d'une cession automatique des droits par l'effet du contrat de travail à l'entreprise éditrice. Cette cession est valable pour toute exploitation de l'œuvre quels qu'en soient le support, les modes de diffusion et de consultation. L'article L. 132-36 du CPI prévoit en effet que *« sous réserve*

---

[929] CA Lyon, 26 septembre 1997 : *JCP E*, 1999, p. 909, n°3, obs. M. VIVANT et C. LE STANC.

[930] A. SOREAU, *La création de logiciels par des employés : Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°36, mars 2008, p. 74

[931] Pour une étude plus approfondie des problématiques liées aux journalistes salariés, voir : L. DRAI, *La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009* : *CCE*, Sept. 2009, p. 8 ; T. HASSLER, *« loi hadopi » et la cession légale des droits d'auteur des journalistes* : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, Août/sept. 2009, n°52, p. 74 ; T. HASSLER, *La protection des journalistes auteurs, personnes physiques, lors des cessions de droits existe-t-elle encore ?* : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, mai 2010, n°60, p. 10 ; S. CARRE, *Titularité des droits d'auteur sur les contributions des journalistes salariés : incidences de la qualification du journal ou de l'existence d'un accord-cadre* : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janv. 2006, n°12, p. 6 ; G. VERCKEN, *Les accords entre entreprises de presse et journalistes au regard du code de propriété intellectuelle : quelques réflexions* : *Légipresse*, déc. 2001, n°187, p. 149.

*des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé au sens des articles L. 7111-3 et suivant du Code du travail, qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées* ». L'exception aux règles classiques du droit d'auteur est notable, tant dans la dévolution des droits que dans leur rémunération. Cette cession automatique des droits n'emporte en effet pas d'obligation pour l'employeur de rémunérer l'auteur au titre de cette exploitation. L'article L. 132-37 prévoit que *« l'exploitation de l'œuvre du journaliste sur différents supports, dans le cadre du titre de presse défini à l'article L. 132-35 du présent code, a pour seule contrepartie le salaire, pendant une période fixée par un accord d'entreprise ou, à défaut, par tout autre accord collectif, au sens des articles L. 2222-1 et suivants du Code du travail. Cette période est déterminée en prenant notamment en considération la périodicité du titre de presse et la nature de son contenu* ». Au-delà de cette période de référence, une rémunération supplémentaire est due au salarié. Les publications subséquentes et celles dépassant la période prévue marquent le retour de la négociation. Elle est cette fois-ci collective. L'article L. 132-38 du CPI prévoit à cet effet que *« l'exploitation de l'œuvre dans le titre de presse, au-delà de la période prévue à l'article L. 132-37, est rémunérée, sous forme de droits d'auteur ou de salaire, dans des conditions déterminées par l'accord d'entreprise ou, à défait, par tout autre accord collectif ».*

655. La loi de 2009 a donc en partie réglé la problématique relative aux créations des journalistes salariés, qui posait des questions devenues brulantes depuis une quinzaine d'année, notamment dues au développement de la presse en ligne. Il n'est donc plus question ici de contrat, et *a fortiori* d'avant-contrats. Nous pouvons tout de même noter que les accords collectifs auxquels la loi fait référence, accords-cadres, jouent le rôle assumé par les contrat-cadres de négociation que l'on envisage tout au long de nos développements.

656. **Les œuvres créées par des fonctionnaires.** Les œuvres créées par les fonctionnaires dans le cadre de leur mission bénéficient, elles aussi, d'un statut dérogatoire. On connait les difficultés suscitées par le transfert des droits sur les créations salariées des agents de l'État avant 2006, et les incertitudes qui persistaient, malgré l'avis du Conseil d'État du 21 novembre 1972, l'avis « ofrateme » , qui préconisait une attribution des droits à l'État : *« Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles des œuvres dont la création fait*

*l'objet même du service public »*. Les incertitudes persistances sur le régime de ces œuvres, les divergences doctrinales et *« le silence des juges du fond »*[932] commandaient une clarification législative. Elle fût apportée par la loi du 1er Août 2006. Le principe demeure, encore une fois, l'attribution *ab initio* des droits à l'agent créateur, allant donc à l'encontre de l'avis du Conseil d'État. L'article L. 111-1, modifié par cette loi, y fait directement référence. Elle prévoit dans son alinéa 3 que : *« L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France »*. Le transfert de ces droits patrimoniaux s'opère cependant automatiquement en faveur de l'État. L'article L. 131-3-1 prévoit ce transfert : *« Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État »*. Le deuxième alinéa organise ensuite un droit de préemption au bénéfice de l'État pour l'exploitation commerciale de l'œuvre : *« Pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'État ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence »*.

657. L'on constate ainsi que l'ensemble des régimes spéciaux reconnaissent la naissance des droits de l'auteur au bénéfice du créateur, tout en organisant leur transfert automatique au bénéfice de l'employeur. La logique personnaliste du droit d'auteur est maintenue.

658. **L'exclusion d'un transfert automatique, implicite et tacite des droits**. En dehors de ces régimes spéciaux, le principe demeure l'absence de transfert automatique des droits à l'employeur par le seul effet du contrat de travail. La jurisprudence semble aujourd'hui fixée sur ce point. Elle a pourtant été un temps favorable à une telle cession automatique. Jusque dans les années 1990, les juges l'admettaient relativement facilement[933]. La jurisprudence Nortène est revenue à la solution

---

[932] Sur les difficultés liées à la création des auteurs fonctionnaires, voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 206 et s.

[933]CA Paris, 17 mai 1969 : *D.* 1969, p. 702. – CA Colmar, 11 févr. 1987 : *JurisData* n°1987-048071 – CA Paris, 5 oct. 1989 : *JurisData* n° 1989-025280. Ces arrêts ont affirmé le principe selon lequel *« le contrat de travail consenti à un salarié entraîne la cession des droits patrimoniaux à son employeur »*.

posée dès 1975[934], qu'étaient venus mettre à mal les arrêts postérieurs. Le principe est dès lors posé, *« 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 de le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »*. Cette solution a depuis été confirmée[935]. La cession des droits sur la création salariée doit donc être expresse, elle ne peut être ni tacite ni implicite, et doit, de plus, respecter les prescriptions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Les règles relatives à la rémunération de l'auteur doivent quant à elles être respectées[936].

659. **Une cession classique**. *A priori*, aucun régime dérogatoire du droit commun des contrats d'auteur ne prend donc en compte les particularités de la « création de dépendance ». L'employeur devra se faire céder les droits sur l'œuvre en bonne et due forme pour chaque œuvre, alors même que la relation contractuelle a vocation à s'inscrire dans le temps ou du moins dans une certaine continuité. Il se fera céder ces droits par l'auteur, ou par une société de gestion collective si l'auteur en est membre et y a déjà apporté ses droits. Ce formalisme peut alors s'avérer assez lourd, notamment lorsque l'auteur est amené à créer des œuvres régulièrement, parfois même quotidiennement. Les difficultés sont d'autant plus pesantes que de nombreuses législations prévoient, pour toutes les créations salariées, un transfert automatique des droits à l'employeur, ce qui, au vu de la mondialisation des échanges, ne place pas les entreprises françaises dans une situation très compétitive. La souplesse ne venant *a priori* pas de la loi, certains aménagements contractuels ont été tentés par la pratique et envisagés par la doctrine afin de fluidifier cette transmission des droits. Certains ont vu leur validité remise en cause, parmi lesquels des avant-contrats.

---

[934] Sur le principe de la nécessité d'une cession : Crim, 11 avr. 1975 : *D.* 1975, p. 759, note H. DESBOIS : *« La loi du 11 mars 1957 pose en règle générale dans son article 1er que 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 aucune dérogation à la jouissance du droit exclusif de propriété incorporelle reconnue audit auteur par cette même loi »*. Sur la nécessité d'y mettre les formes : Cass. 1re civ., 16 déc. 1992 : « *Nortène* », *JCP E*, 1993, I, 246, n°4, obs. M. VIVANT et H. LUCAS ; *RIDA*, avr. 1993, p. 193, obs. A. KEVERER, note P. SIRINELLI : *« L'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une ouvre 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 »*

[935] Cass. 1re civ., 21 oct. 1997 : *JCP G*, 1997, IV, 2390 - Cass. 1re civ., 12 avr. 2005 : *RTD com.* 2005, p. 493, obs. F. POLLAUD-DULLIAN.

[936] Cass. 1re civ., 27 janv. 1993 : *RIDA*, avr. 1993, p. 204.

## II. LES POSSIBILITES DE GESTION DES DROITS OFFERTES PAR LES AVANT-CONTRATS

660. Nombre de figures contractuelles peuvent être envisagées afin de fluidifier la gestion des droits dans la relation salariée, aménageant de façon globale et anticipée la conclusion du contrat d'auteur ou ses modalités (***A***). Malgré l'opportunité pratique de ces instruments contractuels, la validité de certains d'entre eux demeure, pour l'heure, incertaine (***B***).

### A. L'opportunité d'un aménagement contractuel global des droits d'auteur

661. **Les solutions contractuelles envisageables.** Le contrat de travail ayant vocation à s'étendre dans la durée et à donner lieu parfois à de nombreuses créations, dont la production peut être quotidienne, il paraît *a priori* opportun d'aménager la gestion des droits d'auteur sur ces œuvres de façon globale et anticipée. L'étendue des aménagements contractuels permettant de fluidifier et de pérenniser la relation entre l'auteur salarié et son employeur dépend du sens que l'on entend donner au principe de prohibition de cession globale des œuvres futures, et au domaine qu'on lui attribue. La solution pensée en premier lieu serait d'intégrer dès le contrat de travail une véritable clause de cession des droits respectant l'article L. 131-3, portant sur toutes les œuvres futures que le salarié viendrait à créer dans l'exécution de son contrat de travail, en prévoyant une rémunération distincte du salaire de l'auteur au titre de l'exploitation de ses œuvres ou en prévoyant au contraire que cette rémunération est intégrée au salaire de l'auteur. L'hypothèse d'un forfait peut également être envisagée. Cette solution permet de faciliter grandement l'activité de l'employeur, en évitant les désagréments, la perte de temps et le coût d'une cession des droits au coup par coup, qui devrait, sans accord préalable, nécessiter une négociation de chaque contrat individuel. Une telle solution pourrait bien cependant heurter de plein fouet le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures. Elle en contrarie en tout cas le principe. Nous verrons qu'auteurs et juges se montrent parfois rétifs à une telle solution, parfois particulièrement favorables.

662. **Les solutions offertes par les contrats préparatoires.** On pourrait envisager tout d'abord la conclusion d'un contrat de promesse unilatérale de cession des droits portant sur les œuvres futures que l'auteur viendrait à créer dans le cadre de son contrat. L'employeur n'aurait alors qu'à lever l'option au fur et à mesure de la création des œuvres pour voir les contrats conclus, en s'assurant que l'auteur s'est déjà engagé à lui céder ses droits, à des conditions déjà déterminées par une négociation individuelle avec l'auteur ou par une négociation collective donnant lieu à un accord collectif dont chaque auteur devrait accepter les termes. Envisager un tel contrat suppose cependant d'avoir résolu les problèmes relatifs à la prohibition de cession globale des œuvres futures, car le

régime de la promesse ne sera pas plus souple que celui de la cession définitive. L'on pourrait également penser que, sur le modèle du pacte de préférence du contrat d'édition, l'auteur puisse s'engager à préférer son employeur au cas où il donnerait son accord à cette cession. Un tel contrat, fonctionnant, comme nous l'avons vu, à la manière d'un contrat-cadre, permettrait de plus de prévoir dès la conclusion du contrat de travail les conditions des cessions futures, ce qui, encore une fois, faciliterait ensuite la conclusion des contrats de cession. Il serait également valable en l'absence de détermination de ces conditions, si elles ne peuvent être déterminées au moment de la conclusion du contrat de travail. On peut également penser à la promesse synallagmatique de cession des droits, qui n'aurait pas pour objet la conclusion d'un contrat déterminé, mais d'une série de contrats à venir. Cette promesse vaudrait cependant certainement déjà contrat définitif assorti d'un terme, dont les effets seraient retardés au moment de la création des œuvres. Le terme serait en effet certain, l'auteur s'étant engagé par son contrat de travail à créer ces œuvres. Un contrat-cadre portant obligation de conclure les contrats de cession pourrait également être envisagé, ce qui faciliterait la conclusion de ces contrats, tout comme un contrat-cadre ne contenant pas d'obligation de conclure les contrats de cession mais prévoyant par avance ses conditions et ses modalités de conclusion.

663. **Entre rigueur et souplesse, les incertitudes…**Si ces différents aménagements contractuels semblent utilement renforcer l'efficacité de la relation contractuelle en la facilitant, tous ne sont peut-être pas valables. Le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures semble remettre en cause leur validité. Une approche stricte de ce principe ne laisse guère de possibilités. En retenir une approche plus pragmatique est certainement opportun. *« Entre rigueur juridique et logique économique »*[937], il faut trouver la mesure de l'application des règles du droit d'auteur.

### B. Les incertitudes relatives à l'aménagement contractuel global des droits d'auteur

664. **Les voix de la rigueur.** Le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures, appréhendé de manière stricte, s'applique à tous les contrats d'auteur et conduit à admettre de manière très restrictive les cessions d'œuvres futures ainsi que les avant-contrats préparant cette cession[938], qu'il s'agisse des promesses de cession ou des pactes de préférence. Il devrait également s'appliquer aux contrat-cadres portant obligation de contracter.

---

[937] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°259, p. 198.

[938] Nous avons vu en effet que le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures s'impose tant aux avant-contrats qu'aux contrats définitifs, même s'ils ne sont pas, en soi, constitutifs d'une cession. Cette application, que l'on peut voir comme une fiction juridique, ressort tant de l'articulation entre le principe édicté et l'admission limitée du pacte

665. En dehors du contrat spécial que constitue le pacte de préférence dans le contrat d'édition, ne seraient admises que les figures contractuelles portant sur une seule œuvre future. Au-delà, le contrat ou l'avant-contrat serait constitutif d'une cession globale d'œuvres futures. Nombreux sont les auteurs se prononçant en ce sens[939]. Le contrat prévoyant la cession *in futurum* des droits de l'auteur serait, cela va sans dire, totalement exclu[940]. En retenant une telle approche, les avant-contrats ne présentent pas de grande utilité dans la relation salariée. Seul serait alors envisageable un contrat-cadre de négociation, portant déjà en lui les conditions des cessions futures et les modalités de conclusion de ces contrats de cessions. L'auteur par un tel contrat pourrait ainsi donner un accord de principe à la cession. Cet accord, qui échappe aux règles du droit d'auteur et qui ne constitue pas un avant-contrat, présente cependant l'avantage de faciliter la conclusion des contrats ultérieurs, dont les bases sont déjà posées. Il ne sécurise cependant pas l'employeur, puisque, s'il n'est pas respecté, la seule sanction envisageable sera l'allocation de dommages et intérêts, et ne résout pas le problème de la succession de contrats devant ainsi intervenir pour chaque œuvre.

666. **Les voies de la souplesse**. Elles passent par trois directions différentes : soit réduire le champ d'application du principe de prohibition de cession globale des œuvres futures, en considérant que celui-ci ne s'applique pas à la création salariée, soit étendre le champ d'application du pacte de préférence prévu dans le contrat d'édition, en considérant que celui-ci n'est pas nécessairement l'accessoire d'un contrat d'édition, soit revoir l'interprétation du principe de prohibition de cession globale d'œuvres futures en considérant que celui-ci n'interdit pas la cession de plusieurs œuvres futures dès lors que celles-ci sont déterminées, individualisées, ou qu'elles s'inscrivent dans un temps déterminé. Envisageons ces différentes hypothèses.

---

de préférence présenté comme une exception, que de l'analyse des fondements de la loi et des raisons ayant poussé le législateur à consacrer ce principe.

939 Nous pouvons à ce titre citer Lucas : *«selon d'opinion dominante, la règle interdit de céder des droits portant sur plus d'une œuvre à créer. Concrètement, cela signifie que si l'employé est embauché pour créer plusieurs œuvres, c'est seulement au coup par coup que l'employeur devra tenter d'obtenir une cession, ce qui, on en conviendra, le place dans une situation de faiblesse ».* A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°164, p. 147. ; L. DRAI, *Le droit du travail intellectuel*, thèse préc., n°406, p. 174. ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, thèse préc., n°606, p. 407.

940 En ce sens, regrettant ce constat qui *« peut sembler décourageant »*, et qui montre à tout le moins que cette situation n'est pas saine : A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°165, p. 147. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés : JCP G*, juill. 1999, n°27, p. 1283 et s.

667. **L'hypothèse du rejet de l'application du principe à la création salariée.** Certains auteurs, comme Desbois[941], Françon, ou encore Monsieur Gautier, ont avancé l'idée selon laquelle le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures serait inapplicable à la relation de travail salarié, tout comme au contrat de commande. Il ne ferait alors pas obstacle à la cession anticipée des droits sur toutes les œuvres futures créées par le salarié dans le cadre de son contrat de travail. Ainsi, selon Monsieur Gautier, *« l'employeur non bénéficiaire d'un transfert automatique se montrera donc prudent, en insérant dans le contrat d'embauche, outre une clause de non-concurrence, une stipulation prévoyant l'attribution des œuvres futures à son bénéfice, rétribué par le salaire de l'employé »*. Selon cet auteur, *« il faut bien voir que ce texte n'est pas fait pour la création permanente, rémunérée, subordonnée, pour des missions précises et insérées dans une structure »*[942]. Pousser la création salariée hors du champ d'application de l'article L. 131-1 devrait ainsi conduire à admettre non seulement la cession par avance de tous les droits sur des œuvres futures, mais *a fortiori* tous les avant-contrats permettant d'anticiper ou d'organiser cette cession.

668. **Contestation de l'hypothèse.** Il nous semble en effet que les situations en contemplation desquelles a été édicté le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures étaient bien différentes des hypothèses de création salariée que l'on connait aujourd'hui. Il n'est pas question pour l'employeur de s'attacher les services d'un auteur dans la durée, cette fonction étant assurée par le contrat de travail, mais de s'assurer que l'opération économique envisagée sera pleinement effective. Comme le dit très justement Monsieur Khalvadjian, *« sa préoccupation principale se concentre sur l'effectivité même du contrat signé avec le créateur »*[943]. Cela ne signifie pas pour autant que le principe, placé dans les dispositions communes à tous les contrats d'auteur, ne doive pas, *de lege lata*, y trouver application. La loi ne prévoit, outre les exceptions du pacte de préférence et du contrat général de représentation, aucune distinction relative au domaine ou à l'application de ce principe. Or, l'on sait que là où la loi ne distingue pas, il n'y a généralement pas lieu de distinguer. D'autant que le principe d'unité de l'art qui dirige les règles générales du droit des contrats d'auteur implique que l'on attribue le même sort aux œuvres quel que soit leur genre, leur mérite, leur

---

[941] H. DESBOIS, n°554 : « *la loi nouvelle n'interdit pas aux employeurs d'insérer, dans le contrat d'emploi, une stipulation qui les investisse de tous les droits d'auteur afférant aux œuvres que leurs employé créeront sur commande* », cité par A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°164, p. 147.

[942] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit*., n°253, p. 283.

[943] B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, thèse préc., n°135, p. 127.

destination, et certainement aussi l'environnement et les circonstances de sa création, sous réserve de dispositions particulières. Il faut garder ici à l'esprit que le contrat de travail, par lequel l'employeur se réserve les services de l'auteur, ne concerne que le support des œuvres, et est indépendant de la cession des droits. En l'état actuel de la législation, le contrat par lequel l'auteur cède ses droits à l'employeur demeure un véritable contrat d'auteur. Partant de ce principe, il n'y a *a priori* pas de raisons de déroger aux règles classiques du droit des contrats d'auteur, sauf à ce que la loi prévoit un régime exceptionnel pour la création salariée, ce qui n'est pour l'heure pas le cas, et qui risque de ne pas l'être de sitôt, puisque, au vu des intérêts en jeu, *« l'immobilisme prévaut »*[944].

669. Admettre une telle cession anticipée peut selon nous être une bonne solution, dans la mesure où elle permettrait de faciliter ici les relations contractuelles et elle présenterait le mérite d'organiser réellement l'exploitation de l'œuvre, alors que l'on sait qu'aujourd'hui, à défaut de règles claires, les employeurs estiment souvent qu'ils sont propriétaires des droits automatiquement. Le résultat est qu'en théorie, les auteurs sont, si l'on retient une approche stricte, peut-être trop protégés vis-à-vis de la situation dans laquelle se retrouve l'employeur, mais en pratique, la cession de droit n'intervient pas toujours et l'auteur ne reçoit ainsi aucune rétribution et ne peut rien négocier[945]. Une telle situation est certainement la pire que l'on puisse imaginer, car non seulement l'auteur est dépouillé de l'exercice de ses droits, mais l'employeur s'expose à de graves déconvenues. L'auteur peut à tout moment, et généralement au moment de la rupture du contrat de travail, remettre en cause l'exploitation de son œuvre qui n'a pas été autorisée, et qui se fait au mépris de ses droits. L'employeur, en pareil cas, se verra condamné à des dommages et intérêts, et l'on pourrait même envisager une action en contrefaçon. Admettre la cession des droits dès la conclusion du contrat, ou permettre la conclusion d'un contrat de promesse organisant par avance la conclusion des contrats de cession peut au vu d'un tel constat paraître opportun. Pourtant, fonder leur validité sur une exclusion de la création salariée du champ d'application du principe de prohibition de cession globale des œuvres futures semble être une solution fragile dans la mesure où les règles du droit d'auteur, en l'état, ne semblent pas le permettre. Les auteurs se montrent d'ailleurs assez prudents sur le sujet.

---

[944] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°258, p. 198.

[945] Voir sur ce point A. LUCAS, *Droit d'auteur et création salariée* : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°36, mars 2008, p. 71.

670. **L'hypothèse de l'admission d'une cession des œuvres futures déterminées ou individualisées.** Plutôt que de se fonder sur une réduction du champ d'application de la règle et à défaut de règlementation spécifique, il paraît plus sage d'asseoir la souplesse tant recherchée sur l'interprétation de l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle. Nous avons montré que certains auteurs étaient aujourd'hui enclins à admettre que la cession globale des œuvres futures ne s'entend pas de toutes les cessions d'œuvres futures portant sur plus d'une œuvre. Selon Messieurs Gautier, Vivant, et Bruguière, le principe devrait s'effacer lorsque les œuvres sont déterminées ou déterminables, ou lorsque la cession porte sur la création d'un auteur pendant une période déterminée. Nous avons déjà montré les incertitudes que nous éprouvions à l'égard d'une telle possibilité, notamment au regard de l'articulation entre le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures et l'admission du pacte de préférence dans le contrat d'édition. Il nous semble cependant que la conception rigide conduisant à invalider les cessions ou les avant-contrats portant sur plus d'une œuvre ne soit guère plus opportune. L'incertitude demeure donc, et l'étude de la jurisprudence ne permet pas de la chasser.

671. **Incertitudes de la jurisprudence**. Les juges se sont montrés parfois très accueillants et ont à plusieurs reprises admis une telle prévision anticipée portant sur toutes les œuvres futures, qu'elles soient déterminées ou non. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon, le 28 novembre 1991, a posé le principe selon lequel *« la prévision d'une cession automatique de droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure de la production d'éventuels travaux n'est pas constitutive de la cession globale d'œuvres futures »*[946]. C'est ainsi une promesse synallagmatique de cession des droits qui est permise ici. Les deux parties sont engagées, elles donnent par avance leur consentement aux contrats futurs dont les conditions sont déjà prévues. Les contrats de cession interviendront au fur et à mesure de l'exécution du contrat de travail et du seul fait de la création. C'est l'acte de création qui viendra donner plein effet aux contrats de cession, au coup par coup. Une telle souplesse ouvre sans doute la voie à une appréhension plus réaliste de la création salariée, en tenant compte du fait que l'auteur et son employeur sont en relation permanente et que l'auteur est rémunéré dans le seul but de créer. La porte a été ouverte, et la pratique s'est rapidement saisie de cette opportunité. Monsieur Pierrat, par exemple, dans son livre intitulé : *« Le droit d'auteur et l'édition »*, intègre dans le contrat-type qu'il propose, une clause en ce sens : *« Le salarié cède à l'employeur, dans le cadre du présent contrat de travail, la propriété matérielle et intellectuelle des œuvres qu'il sera éventuellement amené à réaliser*

*pour le compte de celui-ci ». « Le salarié cède expressément et à titre exclusif, au fur et à mesure de leur réalisation, à l'employeur l'ensemble de ses droits de propriété intellectuelle afférents à ses réalisations, et ce pour tous les territoires du monde entier et pour tout le temps que durera la propriété littéraire et artistique d'après les législations tant françaises qu'étrangères et les conventions internationales, actuelles et futures, y compris les prolongations éventuelles qui pourraient être apportées à cette durée. Il est expressément entendu que cette cession perdurera au-delà de la fin du présent contrat, et ce quelle qu'en soit la cause »*[947]. Il faut cependant se montrer prudent car les solutions ne sont pas clairement fixées et les arrêts peu nombreux. Monsieur Pierrat soulève par ailleurs ce problème pouvant conduire à la nullité de la clause qu'il propose, *« la jurisprudence la plus autorisée n'a pas eu pour l'heure à se pencher sur la validité d'une telle formule ».*

672. D'ailleurs, les auteurs prônant la validité des cessions et promesses de cession portant sur plusieurs œuvres futures lorsque celles-ci sont suffisamment déterminées, font preuve d'une grande prudence dans leurs affirmations. Messieurs Vivant et Bruguière se montrent par exemple relativement mesurés sur ce point : *« L'article L. 131-1 du CPI sur la cession globale des œuvres futures, qui, il est vrai, n'est pas fait pour la création subordonnée, n'est pas nécessairement un obstacle. Selon la signification qu'on lui reconnait, on jugera (ou non) qu'il interdit la seule cession d'un nombre d'œuvres indéterminé pour une durée toute aussi imprécise et qu'à opter pour une lecture minimaliste il laisse donc le contrat organiser pour une période déterminée la cession des œuvres réalisées dans le cadre du contrat de travail ». « On jugera, ou non ».* On voit bien dans ces termes que les incertitudes demeurent et seule une intervention législative ou une intervention de la Cour de cassation devrait permettre clarifier cette question cruciale. Pour reprendre ici les termes de Monsieur Lucas, *« en l'état actuel du droit positif, les employeurs seront bien inspirés de ne pas se fier à une cession globale anticipée des droits contenue dans le contrat de travail, qui risque fort d'être considérée comme nulle »*[948]. D'autant que les juges du fond se sont parfois montrés beaucoup moins arrangeants[949]. Sans doute faut-il, *a minima*, que les œuvres soient suffisament individualisées. Ainsi, les juges ont admis la prévision d'une cession au fur et à mesure de l'exécution du contrat, car

---

[946] CA Lyon, 28 novembre 1991 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 275, note J.-F. FORGERON.

[947] E. PIERRAT, *Le droit de l'édition appliqué, op. cit.*

[948] A. LUCAS, *Droit d'auteur et création salariée* : art. préc., p. 73.

[949] CA Paris, 30 oct. 2003 : *Juris-Data* n°225251.

elle ne visait pas « les » œuvres futures de l'auteur mais certaines d'entres elles, en l'espèce des dessins et des photographies[950]. Reste que même en admettant une telle solution, il sera parfois délicat de prévoir dès le départ toutes les conditions permettant de respecter l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Là serait alors l'intérêt d'un contrat-cadre, qu'il supporte une obligation de préférer ou de contracter, permettant de reporter cette détermination à l'instant de la conclusion des contrats d'application, mais se heurtant tout autant aux incertitudes de la prohibition de cession globale des œuvres futures.

673. **La validité du pacte de préférence dans la relation salariée.** Le plus simple serait alors d'admettre que l'exception du pacte de préférence dans le contrat d'édition puisse être invoquée au bénéfice de l'employeur. Certains auteurs présentent cette possibilité comme une évidence. Il est vrai que la définition large retenue de l'édition permet d'englober la plupart des situations issues d'une relation salariée. Cependant, nombre de ces auteurs présentaient le pacte de préférence de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle comme l'accessoire du contrat d'édition, sans lequel celui-ci serait nul. Or, force est de constater que le contrat de travail, à l'occasion duquel serait conclu le pacte, n'est pas un contrat d'édition. Monsieur Pollaud-Dulian montre bien que cette extension du champ d'application de l'article L. 132-4 ne va pas de soi : *« S'il fallait adapter le droit pour renforcer la sécurité des employeurs, ce dont nous ne sommes pas toujours persuadés, une piste plus équilibrée se trouverait peut être dans une adaptation de la prohibition de cession globale des œuvres futures : en s'inspirant de l'idée qui anime l'article L. 132-4 du CPI en matière d'édition, on pourrait concevoir d'autoriser l'employeur à se faire consentir un droit de préférence d'une durée limitée par ses auteurs salariés sur les œuvres créées dans l'exécution d'une mission créatrice précise »*[951].

674. Nous pensons également que cette validité peut être discutée, mais il faut pourtant selon nous admettre cette possibilité. Tout d'abord, l'auteur n'engage pas de trop sa liberté puisqu'il ne s'engage pas à céder ses droits mais simplement à en accorder la préférence. De plus, quitte à admettre la validité d'un pacte de préférence portant sur plusieurs œuvres futures, autant faire bénéficier l'auteur des dispositions protectrices instaurées par l'article. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, les raisons ayant poussé le législateur à édicter cette possibilité au bénéfice de l'éditeur devraient conduire à l'admettre également pour les employeurs. Eux aussi misent sur la confiance

---

[950] TGI Paris, 6 déc. 2002 : *Légipresse*, n°202, juin 2003, III, p. 88, note C. ALLEAUME.

qu'ils accordent aux auteurs qu'ils engagent, leur permettent parfois de lancer leur carrière, et accessoirement, leur fournissent un salaire qui leur permet de vivre de leur talent. Eux aussi investissent parfois beaucoup d'argent pour un résultat incertain. L'exception ne se justifie parfois pas plus au bénéfice de l'éditeur, le domaine de l'édition est en perpétuelle mutation, et l'on constate que de nombreuses maisons d'édition sont aujourd'hui bien éloignées des petites entreprises qu'elles étaient autrefois. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer l'entrée dans le secteur de l'édition de « Amazon », grosse entreprise multinationale de normalisation culturelle qui jusque-là vendait des livres en ligne[952]. La bataille des éditeurs sera peut-être demain celle des géants de l'industrie et du numérique. On est déjà bien loin du contexte qui a poussé le législateur en 1957 à accorder aux éditeurs la possibilité de se faire accorder ce fameux droit de préférence[953].

675. **L'application des règles de l'article L. 132-4 à la relation salariée**. Il faudrait alors respecter les conditions fixées par l'article L. 132-4 du CPI. Elles s'avèrent relativement adaptées à la création salariée. Le genre des œuvres sera bien souvent facilement déterminable au regard de l'activité de l'entreprise. Il ne faudra malgré tout pas oublier de le préciser expressément. Le délai de cinq ans sera certainement préféré, sauf à ce que l'auteur ait été engagé pour une réalisation déterminée. La négociation des conditions des contrats d'application pourrait se faire soit au moment de la conclusion de ces contrats, soit, plus simplement sans doute, au moment de la conclusion du pacte de préférence. Cette négociation peut alors être collective. L'employeur, plutôt que de négocier ces conditions avec chaque auteur, peut envisager une négociation collective débouchant sur un accord collectif, qui devrait tout de même être adoubé par chaque auteur, puisqu'il conserve la maîtrise de ses droits, mais qui présente l'avantage d'une gestion simplifiée des droits de l'ensemble des auteurs de l'entreprise. L'on peut ici tirer parti des particularités du monde de l'entreprise, sans pour autant remettre en cause les grands principes du droit d'auteur. C'est en tout cas une solution pragmatique.

676. **L'opportunité de la préférence dans la création salariée**. L'avantage que présente le pacte de préférence vis-à-vis des autres aménagements contractuels envisagés est également la possibilité,

---

[951] F. POLLAUD-DULIAN, *Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés* : art. préc., p. 1287.

[952] http://eco.rue89.com/2011/08/19/amazon-devient-editeur-faut-il-en-avoir-peur-218236, consulté le 22 Août 2011.

[953] De manière plus générale, sur l'évolution du monde de l'édition, voir J.-Y. MOLLIER, *Les mutations de l'espace éditorial français du XVIIIe au XXe siècle : Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 126, p. 29 et s. ; H.-J. MARTIN et R. CHARTIER, *Histoire de l'édition française*, Fayard, coll. *Grandes études historiques*, 4 Tomes. ; J.-L. GIRIBONE et E. VIGNE, *Le monde de l'édition et la création intellectuelle : ESPRIT*, mars-avr. 2000, p. 177.

pour l'auteur, d'exploiter l'œuvre créée en exécution de son contrat de travail au cas où son employeur n'en voudrait pas, si cela ne perturbe pas l'activité de l'entreprise. Sa mise en œuvre et son régime serait ainsi celui que nous avons exposé pour le pacte de préférence dans le contrat d'édition. Il convient cependant de remarquer que la violation du pacte de préférence par le salarié pourrait alors constituer une faute susceptible d'avoir des répercussions sur son contrat de travail, allant même parfois jusqu'à son licenciement. Cette violation peut, nous l'avons vu, être sanctionnée depuis un arrêt de 2006 par la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers contractant. Cette sanction semble alors adaptée au besoin de sécurité de l'employeur, dont l'objectif est de pouvoir exploiter l'œuvre. De plus, celui-ci n'étant pas engagé, il ne sera pas tenu, s'il ne lève pas l'option, par une obligation d'exploitation. Notons par ailleurs que la rupture du contrat de travail devrait *de facto* marquer la fin du pacte de préférence. Les parties peuvent également inclure dans le pacte de préférence une clause extinctive soumettant le maintien du droit de préférence au maintien de l'auteur à une certaine fonction ou à un certain poste dans l'entreprise.

677. De nombreux auteurs recommandent, *« dans un souci de réalisme »*[954], d'avoir recours au pacte de préférence afin de gérer dans le temps la relation contractuelle entre l'auteur et l'employeur, à défaut de certitudes sur la validité des autres aménagements contractuels[955]. C'est par ailleurs la solution qui avait été retenue lors d'un accord intervenu entre le groupe Emap et les syndicats de journalistes en 2000, avant que la loi ne vienne organiser la cession automatique de leurs droits à leurs employeurs[956]. Cet accord prévoyait que les journalistes, par un avenant à leur contrat de travail, pourraient accorder un droit de préférence pour cinq ans sur les œuvres créées en exécution de leur contrat de travail. L'accord faisait, concernant les modalités de mise en œuvre de ce droit de préférence, directement référence à l'alignement de l'employeur sur l'offre concurrente d'un tiers. Le pacte de préférence était ainsi, dans le silence de la loi, envisagé comme une situation de compromis visant à pallier les incertitudes de la loi concernant les autres modes de gestion contractuelle de la

---

[954] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op.cit.*, n°267, p. 205

[955] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*, n°511, p. 553. Selon cet auteur, *« on pourrait concevoir, pour ne pas méconnaître l'article L. 131-1 du CPI, la conclusion, en même temps que le contrat de travail initial, d'un contrat-cadre portant pacte de préférence pour les cinq prochaines années, que les parties renouvelleraient à l'échéance, dans la bonne foi : il faut en tout cas éviter le renouvellement à répétition »* ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op.cit.*, n°267, p. 205 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés* : art. préc., p. 1287. C. ROJINSKY, *Les pactes de préférence et la création salariée* : art. préc., n°197, p. 168. L. DRAI, *Le droit du travail intellectuel*, thèse préc., n°414, p. 177.

[956] Sur cet accord, voir C. ROJINSKY, *Les pactes de préférence et la création salariée* : art. préc., n°197, p. 168. Voir également : *Accord d'entreprise Emap France c/ Syndicats de journalistes, 27 juill. 2000 : Légipresse*, nov. 2000, p. 114.

création salariée. Si le sort des journalistes est aujourd'hui réglé, pour les autres œuvres, une clarification semble s'imposer.

678. **L'échec des tentatives de clarification.** Les tentatives amorcées ont pourtant échoué, la pression et les intérêts en jeu étant trop forts. Dès 1999, les pouvoirs publics ont tenté d'offrir un cadre juridique adapté à la création salariée. Le ministère de la culture a ainsi confié à certains spécialistes la mission de montrer la voie de la conciliation. Le rapport Gaudrat et Massé, de 2000, qui en est issu, est resté sans suite[957]. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a alors tenté de trouver des compromis raisonnables[958] en créant deux commissions, qui ont finalement dû constater l'échec de leur mission. En 2002, le ministère de la culture et de la communication a confié au conseiller d'état Raphael Hadas-Lebel la mission de proposer *« une solution qui concilie l'exploitation des œuvres par les entreprises et les droits des créateurs, journalistes, pigistes et photographes, dans des secteurs en pleine évolution du fait du développement des nouvelles technologies »*. Le rapport issu de ce travail a également conclu à l'impossibilité de trouver un accord en l'état actuel des choses[959]. Pareil constat ressort du rapport Vanneste en juin 2005.

679. La voie de la conciliation semble décidément particulièrement délicate. Elle révèle les difficultés et la sensibilité du sujet au vu des enjeux financiers en cause. C'est, plus généralement, toute la conception du droit d'auteur français qui est ici en jeu, ce qui explique les frilosités que l'on constate. On peut se demander, de manière plus générale, s'il est bien opportun de créer un régime spécifique de la création salariée plutôt que de réfléchir à l'économie du droit d'auteur dans son ensemble. Comme le relève Monsieur Vercken[960], il faut se montrer prudent quant à l'édiction d'un régime de la création salariée trop favorable aux employeurs, sous peine de voir monter la pression sur les auteurs pour qu'ils intègrent l'entreprise, alors que bon nombre d'entre eux souhaitent demeurer indépendants. La recherche d'une solution cantonnée à la création salariée semble d'autant plus discutable qu'en matière de création commandée, les questions se posent dans les mêmes termes, et mériteraient également quelques clarifications.

---

[957] Ph. GAUDRAT et G. MASSE, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport au ministre de la culture, au ministre de la justice et au Secrétaire d'Etat à l'Industrie, févr. 2020.

[958] A. LUCAS, *Droit d'auteur et création salariée* : art. préc., p. 71.

[959] R. HADAS-LEBEL, *Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé*, Rapport au ministre de la culture et de la communication, 1er décembre 2002 : Légipresse, 2003, n°198, IV, p. 6.

[960] G. VERCKEN, *Le formalisme dans les contrats d'auteurs : un point après la décision de la Cour de Cassation du 21 novembre 2006 : RIDA*, janv. 2009, p. 79.

### Paragraphe 2. Les avant-contrats outils de gestion de la création de commande

680. **Le besoin d'organisation contractuelle.** L'hypothèse d'un contrat de commande portant sur plusieurs œuvres futures appelle sensiblement les mêmes questions que celles issues de la création salariée, c'est pourquoi nous n'y consacrerons pas de longs développements, en montrant simplement qu'une clarification s'impose et ne doit pas se limiter au cadre de la relation salariée. Tout comme la création salariée, la création conçue en exécution d'un contrat de commande est financée par celui qui en a commandé la création. La différence fondamentale est le lien unissant l'auteur à son partenaire, qui est dans un cas un lien de subordination, et dans un autre un rapport entre ce que l'on peut considérer comme un entrepreneur et un maître de l'ouvrage. Le contrat de commande peut en effet s'identifier à un contrat d'entreprise[961]. Le maître de l'ouvrage, qui peut être un producteur, un éditeur, un annonceur, un particulier, ou une entreprise quelconque, doit, au titre de ce contrat de commande, rémunérer l'auteur. Telle est son obligation principale, à côté de celles relatives à la réception de l'œuvre. Cette rémunération est la contrepartie directe de l'obligation que se donne l'auteur de créer l'œuvre conformément aux directives qui lui ont été données. Elle en est la cause. Pourtant, l'existence de ce contrat et la rémunération n'ouvriront pas au bénéfice du maître de l'ouvrage le droit d'exploiter l'œuvre et de l'utiliser. Il se retrouve donc avec une œuvre, dont il a financé la rémunération, dont il ne peut rien faire. En effet, l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que : *« 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 »*. L'antagonisme entre la logique économique qui voudrait que celui qui paie pour une œuvre puisse l'utiliser et celle personnaliste du droit d'auteur qui veut que l'auteur, quel que soit le contexte de la création, soit le bénéficiaire initial des droits d'auteur et qu'il en maîtrise la cession et l'exploitation se retrouve donc ici aussi. Malgré un courant jurisprudentiel tendant à admettre la cession tacite des droits sur l'œuvre commandée[962], il faut donc, par principe, une cession en bonne et due forme, respectant l'ensemble des dispositions relatives au contrat d'auteur pour que le maître de l'ouvrage

---

[961] S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, préf. A. FRANÇON, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2000.

[962] Cass. 1re civ., 27 mai 1986 : *D.* 1987, p. 154, obs. C. COLOMBET. En l'espèce, les juges ont considéré que la facturation des œuvres objets du contrat de commande avait emporté cession des droits d'exploitation de l'œuvre. – Ils ont parfois déduit la cession des droits de la nature de la commande : Cass. 1re civ., 27 oct. 1993 : *RIDA*, n°159, 1994, p. 318. – Ou encore de la connaissance par l'auteur professionnel de la volonté de l'auteur de la commande d'exploiter

puisse prétendre à une cession des droits sur l'œuvre[963]. Cette cession est indépendante du contrat de commande, qui n'est pas, en lui-même, un contrat d'auteur, puisqu'il ne porte en général que sur la création de l'œuvre. Il peut au mieux revendiquer la propriété du support de l'œuvre selon les termes du contrat[964], qui est, au regard de l'article L. 111-3, indépendante de la propriété incorporelle sur l'œuvre. Tout comme en matière de création salariée, les rapports entre l'auteur et l'exploitant commanditaire peuvent avoir vocation à s'inscrire dans la durée. Le contrat de commande a parfois pour finalité la réalisation d'un projet global, il porte parfois sur plusieurs œuvres, plus ou moins déterminées. Dans ce cas, l'efficacité de la relation contractuelle est parfois conditionnée par la possibilité de régler par avance le sort des droits sur les œuvres futures que l'auteur s'engage à créer. Or, pour les mêmes raisons qu'en matière de création salariée, le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures trouvera ici matière à s'appliquer[965], et à limiter les possibilités d'organisation par avance de la gestion des droits. Pour les mêmes raisons des exceptions ont été prévues, sous forme de présomption de cession notamment[966].

681. **Les difficultés d'organisation contractuelle.** Immanquablement, la question de la marge de manœuvre laissée par le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures vis-à-vis des contrats et avant-contrats pouvant être conclus accessoirement à ce contrat de commande sera la même qu'en matière de création salariée. Si l'on se tient à une interprétation rigoureuse du principe, la cession devrait se faire œuvre par œuvre, au coup par coup, et seul un contrat-cadre fixant par

---

l'œuvre : CA Paris, 18 nov. 2009 : *RIDA*, 2010, n°223, p. 476, obs. P. SIRINELLI.

[963] Il faut, tout comme dans la création salariée, mettre de côté les régimes spéciaux prévus par le législateur. C'est le cas du contrat de commande pour la publicité. En effet, l'article L. 132-31 du CPI prévoit une cession automatique des droits de l'auteur au producteur *« dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre producteur et l'auteur entraine, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de a zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support »*. Le producteur devra se montrer prudent et respecter le formalisme relatif à la rémunération, ce qui devrait le conduire à préciser une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre, ce qui rend, selon les termes de Monsieur Lucas, *« la présomption bien artificielle »* A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*

[964] Sur l'articulation entre le contrat d'entreprise et le transfert de propriété, voir P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise,* préf. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2002.

[965] S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, thèse préc., n°332, p. 140. Pour une application de ce principe, CA Paris, 10 juin 1986 : *RIDA*, juill. 1987, p. 193.

[966] C'est le cas du contrat de commande pour la publicité : selon l'article L. 132-31 du CPI, *« dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraine sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support ».*

avance les conditions des contrats d'application à venir et leur modalités de négociation et de conclusion pourrait être envisagé pour faciliter et rendre plus efficace la relation contractuelle, sauf les cas où les « *fragments d'œuvres* »[967] sont si liés entre eux que l'on peut les envisager comme les éléments d'une œuvre unique. Encore une fois, une approche plus souple est certainement plus opportune, puisque, ici aussi, il n'est pas question de s'attacher indéfiniment les services d'un auteur et de manière démesurée mais de s'assurer de la viabilité de l'opération économique principale définie et portée par le contrat de commande.

682. Au vu du courant doctrinal appelant à plus de souplesse dans l'interprétation de ce principe, qui tend à admettre sa mise à l'écart dès lors que les œuvres futures sont suffisamment déterminées ou individualisées, ou lorsqu'elles sont limitées à une certaine durée, on pourrait cependant se demander si le contrat de commande ne porte pas en lui nécessairement les critères de l'exclusion de cette prohibition. De manière générale, les directives vis-à-vis des œuvres commandées sont telles que ces œuvres, futures, sont, plus que déterminées, individualisées. Il faut cependant se garder d'un tel *a priori*. Comme le montre madame Denoix de Saint Marc, ce n'est pas toujours le cas, et nombre de contrats de commande sont le support d'un projet ayant vocation à s'inscrire dans le temps, ne permettant pas par avance une détermination suffisante des œuvres pour pouvoir échapper à la prohibition fulminée par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle. Le seuil de la détermination suffisante sera donc délicat à apprécier, sauf si l'on admet que la prévision d'une durée de l'engagement de l'auteur ou d'une porte de sortie qui lui est réservée commande automatiquement la validité d'une cession anticipée ou d'un contrat portant déjà le consentement de l'auteur aux contrats de cessions, que ce contrat constitue une promesse unilatérale ou synallagmatique de cession.

683. **Illustration.** Nous pouvons illustrer les difficultés liées à cette détermination à partir d'un exemple qui nous est fourni par la jurisprudence, que nous avons déjà évoqué. Cabu avait cédé à la société Dargaud les droits portants sur des histoires qu'il s'engageait à composer et qui portaient toutes sur le même personnage, « *le grand Duduche* », devant paraître toutes les semaines dans la revue *Pilote*. Le contrat de cession respectait par ailleurs les prescriptions relatives à la détermination des droits cédés, à la rémunération de l'auteur et à l'exploitation des œuvres, le problème n'était pas là. L'auteur pouvait, aux termes de ce contrat, mettre unilatéralement fin à celui-ci, *« sous réserve de livrer normalement jusqu'à la fin de l'épisode en cours »*, cela peut avoir une importance. Ici, la

---

[967] S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, thèse préc., n°336, p. 142.

Cour de cassation a considéré que la prohibition de cession globale des œuvres futures était inapplicable, malgré le fait que ni la durée de l'engagement, ni le nombre d'œuvres dont les droits devaient être cédés n'étaient par avance déterminés. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette mise en l'écart. Est-ce parce que, les épisodes portant tous sur le même personnage, l'œuvre était considérée dans son ensemble et formait donc un tout, une seule et même œuvre ? Est-ce parce qu'ils s'inséraient tous dans un projet global qui lui était déterminé ? Est-ce parce que l'auteur avait, au vu des termes du contrat, la possibilité d'y mettre fin unilatéralement ? Il nous est difficile de répondre à ces questions. La solution aurait-elle été la même si les différents épisodes n'avaient pas eu pour point commun le même personnage ? Si dans pareil contrat seul le genre, satirique par exemple, avait été précisé ? Si le contrat n'avait pas prévu la possibilité pour l'auteur de résilier unilatéralement le contrat ? Tant d'éléments entrent ici en ligne de compte qu'il semble délicat de répondre à ces questions. D'autant qu'il n'est pas certain, encore une fois, qu'une détermination des œuvres suffise à échapper à la censure de l'article L. 131-1, et le fait que les juges aient parfois annulé une clause portant sur la cession de droits afférents à des œuvres indéterminées dans le cadre d'un contrat de commande[968] ne signifie pas *a contrario* que le contrat aurait été valable si elles l'avaient été. Il semble encore une fois qu'il faille plutôt que de s'enfermer dans des critères stricts, prendre la voie du raisonnable et analyser, pour chaque situation, si l'auteur peut pâtir d'un tel engagement, c'est ce vers quoi semble aller la jurisprudence, mais pour l'heure, la sécurité juridique est loin d'être assurée. Afin d'éviter ces contestations, il est envisageable, comme pour la création salariée, de conclure un pacte de préférence, qui pourra s'avérer utile car non seulement le maître de l'ouvrage s'assurera d'une priorité pour l'exploitation de l'œuvre qu'il a commandée, mais les conditions de cession et d'exploitation de l'œuvres pourront mais n'auront pas nécessairement à être contenues dans le pacte.

684. **L'opportunité de la conclusion d'un avant-contrat.** Les mêmes questions appelant ici les mêmes conclusions, nous constatons que les avant-contrats sont, lorsqu'ils sont accessoires à un contrat de commande, de réels outils d'organisation de la relation contractuelle dans le temps, permettant d'assurer l'efficacité d'une relation contractuelle déjà pérennisée par un autre contrat, ici un contrat de commande portant sur plusieurs œuvres futures. Ils peinent cependant à trouver pleine utilité. Ce n'est pas de leur fait, leurs mécanismes s'avèrent parfaitement adaptés aux besoins de la pratique. Les parties peuvent avoir recours, selon les points sur lesquels elles veulent d'ores et déjà

---

[968] CA Paris, 10 juin 1986 : *RIDA*, juill. 1987, p. 193.

s'entendre, à la figure de la préférence ou à celle de la promesse, unilatérale ou synallagmatique, ou encore à celle d'un accord-cadre, contrat matrice ayant vocation à s'inscrire dans le temps. Le problème essentiel est celui de leur validité, qui au vu des incertitudes, n'est jamais assurée *a priori*, et, bien souvent, les parties ne sauront si leur accord était réellement valable qu'après avoir soumis celui-ci au regard du juge.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

685. Il apparaît donc que les avant-contrats, lorsqu'ils portent sur des œuvres futures, sont de véritables outils de gestion de la relation contractuelle dans le temps. Qu'ils soient l'instrument de pérennisation de cette relation contractuelle, comme le pacte de préférence portant sur des œuvres futures, ou qu'ils soient au service de l'efficacité de la relation contractuelle établie, comme on le constate en matière de création salariée ou de création issue d'un contrat de commande, les avant-contrats sont d'une grande utilité et permettent de s'assurer, par avance, de l'efficacité de la relation contractuelle dans le temps. Ils font cependant face à de grandes incertitudes quant à leur validité. Le droit d'auteur fait preuve d'un grand manque de lisibilité sur ce point, la doctrine est contradictoire et la jurisprudence, qui tend aujourd'hui à plus de souplesse, ne reflète pas l'harmonie, d'autant que rares sont les arrêts sur ce point. Faut-il pour autant remettre en cause les grands principes de notre droit d'auteur afin d'admettre une fois pour toute leur validité ? Nous ne le pensons pas. Le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures doit être sauvegardé, afin d'assurer la protection de l'auteur. Mais il doit être affiné, clarifié, réinterprété, et ses critères gagneraient à être clairement dégagés. Ces critères ne doivent cependant pas être uniques et ôter au juge son pouvoir d'appréciation. Il faut regarder, dans son ensemble, la relation contractuelle telle qu'elle est envisagée, telle qu'elle est établie. Que l'auteur ne puisse pas s'engager sur plus d'une œuvre future en dehors de toute relation contractuelle pérenne est une chose, qui peut déjà être discutée. Qu'il ne puisse pas s'engager sur les œuvres qu'il viendrait à créer en exécution d'un contrat de travail ou d'un contrat de commande en est une autre. À l'heure de la contestation toujours plus forte envers les droits des auteurs, à l'heure d'une appréhension de plus en plus soucieuse de l'efficacité économique de notre droit, l'heure est assurément à la réflexion, peut être à la souplesse. Mais c'est aussi l'heure de ne pas fléchir sous le poids de la contrainte économique. Le droit d'auteur a aussi pour fonction de soustraire l'auteur au fonctionnement normal du marché, pour assurer sa protection. Sans céder aux sirènes de ce marché, il serait peut-être temps de simplifier ici l'application des règles, de les clarifier. *A minima*, il faudrait pouvoir, de manière certaine, savoir si le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures peut toujours se rattacher à l'idée du seuil de l'œuvre unique, ou si au contraire, prenant la voie de la mesure, son appréciation doit se faire *in concreto*. Si certains contrats ont pour fonction de gérer la relation contractuelle dans le temps, d'autres peuvent être conclus afin de gérer le temps dans la relation contractuelle.

## Chapitre 2. LES AVANT-CONTRATS, OUTILS DE GESTION DU TEMPS DANS LA RELATION CONTRACTUELLE

686. **Le pouvoir de maîtrise du temps de la relation contractuelle.** Les avant-contrats permettent, dans la phase précontractuelle, de se jouer du temps. Outil de maîtrise du temps de l'avant-contrat, ils offrent aux parties le bénéfice de la construction du contrat par étape. *« Mon passe-temps favori, c'est laisser passer le temps, avoir du temps, prendre son temps, perdre son temps, vivre à contretemps »*[969]. Conclure un avant-contrat est un moyen de dompter le temps. Ainsi organisé, prendre son temps n'est pas le perdre, c'est au contraire pouvoir le maîtriser. Parce que les contrats ne se concluent plus bien souvent aujourd'hui en un trait de temps, les avant-contrats apparaissent comme les instruments privilégiés de l'organisation du cheminement vers le contrat définitif. Leur fonction principale est de suspendre le temps, pour se laisser le temps de la réflexion, de l'analyse, se détacher de l'impulsion, de l'affect. Ainsi pensés, certains avant-contrats permettent de retarder la conclusion du contrat, en s'assurant le bénéfice d'un temps. (***Section 1***). D'autres figures contractuelles, au contraire, ne suspendent pas le temps mais l'accélèrent, permettant d'anticiper un autre temps, celui du contrat conclu (***Section 2***). Mais il ne s'agit peut-être plus, déjà, du temps de l'avant-contrat.

### *Section 1. Les avant-contrats retardant la conclusion du contrat d'auteur*

687. **Le besoin de retarder la conclusion du contrat.** Se donner le temps de la réflexion est souvent faire preuve de sagesse[970]. Dans la matière qui nous intéresse, cette idée est particulièrement vraie. Il arrive bien souvent, lorsque l'on souhaite monter un projet artistique, que l'on ne sache au moment où l'on entreprend les premières démarches quel en sera l'aboutissement. Tel est le cas de l'éditeur qui souhaite éditer une œuvre en préparation, du producteur qui souhaite produire un film, d'un auteur qui entreprend d'écrire le scénario de l'adaptation d'un livre pour le cinéma, du metteur en scène qui souhaite monter une pièce de théâtre, du producteur de musique qui rencontre un artiste, aime son répertoire, et souhaite en produire certains extraits, de celui qui souhaite monter une rubrique dans un journal, *etc.* Avant d'en voir la concrétisation, les démarches seront parfois longues, coûteuses, il faudra trouver des partenaires artistiques, des financements, faire des études de marché,

---

[969] F. SAGAN, *Carpe Diem.*

[970] M. BOURRY D'ANTIN, S. LE DAMANY, V. ASSELINEAU, S. BENSIMON, *Art et techniques de la négociation,*

trouver des débouchés à l'exploitation que l'on envisage, embaucher des auteurs, des décorateurs, des scénaristes, passer des commandes, *etc.* Dans de nombreux cas, l'issue de ces démarches est incertaine. Elles sont cependant nécessaires, mais demeureront inutiles si l'auteur n'autorise pas à l'issue de ces pérégrinations l'exploitation de son œuvre. Pour les entreprendre, l'exploitant ou l'utilisateur, quel qu'il soit, doit avoir des garanties vis-à-vis de cette autorisation, garanties qui seront un gage de sérieux lorsqu'il rencontrera des partenaires, financiers notamment. Ces garanties sont nécessaires afin de s'engager dans le projet. Une cession des droits sur l'œuvre que l'on souhaite exploiter est, à ce titre, une réelle garantie. Ce n'est cependant pas, au stade de la conception du projet, la forme contractuelle la plus appropriée. Avant de requérir l'autorisation d'exploiter et le transfert des droits ou la concession nécessaires à cette exploitation, il faut être certain que l'on pourra l'exploiter. En effet, dans la plupart de ces contrats d'auteur, le transfert des droits de l'auteur entraine obligation pour l'exploitant d'exploiter l'œuvre dont les droits lui ont été confiés. Outre le paiement fréquent d'une avance consentie sur les recettes de l'exploitation de l'œuvre, il faudra donc l'exploiter, ou à tout le moins être en mesure de prouver que l'on a tout fait pour que le projet voie le jour[971]. Mieux vaut donc, à ce stade, ne pas s'engager fermement sur cette exploitation, et retarder la conclusion du contrat. D'autant que le prix d'immobilisation des droits sera moins élevé que celui de leur cession.

688. Le recours à une promesse unilatérale de cession des droits trouve alors pleine utilité[972]. Souvent nommée par la pratique « contrat d'option », ou encore « contrat de première vue », le recours à la promesse unilatérale est fréquent afin de préparer la conclusion d'un contrat d'auteur. Celle-ci peut précéder n'importe quel contrat d'auteur, qu'il s'agisse d'un contrat d'édition, d'un contrat de production audiovisuelle, d'un contrat de représentation, mais aussi d'adaptation, de traduction, ou encore de tout autre contrat innommé. Portant sur des œuvres déjà créées ou sur une

---

2ème éd., Litec, coll. *Pratique professionnelle*, 2003, p. 28.

971 L'obligation d'exploitation est en général considérée comme une obligation de moyen. Pour le contrat de production audiovisuelle : TGI Créteil, 14 janv. 1992 : *RIDA*, 1992, n°153, p. 197. Il s'agit cependant d'une obligation de moyen renforcée, de sorte que le producteur cessionnaire des droits devra prouver qu'il a entrepris toutes les démarches nécessaires à l'exploitation de l'œuvre : TGI Paris, 16 mars 2006, inédit (légifrance)

972972 En effet, la promesse unilatérale de cession des droits n'emporte en aucun cas obligation d'exploiter l'œuvre, en ce qu'elle n'emporte pas transfert des droits d'auteur. Cela a été clairement rappelé dans un arrêt de la Cour de Cassation du 24 novembre 2006, qui concernait un contrat d'option conclu entre un auteur et un éditeur : *« Ce contrat confère enfin à la société PUBLIBOOK un droit d'option exclusive en vue de la signature d'un contrat d'édition pendant une durée de trois mois. Il s'en suit que ce contrat ne s'analyse pas en un contrat d'édition ainsi que prétendu, de sorte que la société PUBLIBOOK n'est pas tenue à une obligation d'exploitation lui imposant de tout mettre en œuvre pour permettre à l'ouvrage de rencontrer un public, mais seulement d'exécuter les stipulations expressément convenues »*. Cass. 1re civ., 24

seule œuvre future, sa validité ne peut être remise en cause si toutes les conditions requises à sa formation sont réunies.

689. **Les vertus d'un droit potestatif.** Une fois le contrat de promesse valablement conclu, il donne naissance à un droit d'option. Ce droit d'option est un droit potestatif. Il offre un choix discrétionnaire à son bénéficiaire qui peut, selon ses intérêts, décider de donner jour au contrat, ou au contraire d'y renoncer[973]. C'est le caractère potestatif de cette option qui caractérise le contrat de promesse unilatérale[974] et le distingue de la promesse synallagmatique. Le bénéficiaire n'est engagé à rien, tandis que le promettant a d'ores et déjà formulé une offre contractualisée qui se veut obligatoire et ne devrait pas subir les outrages du temps pour lequel il s'est engagé. Les promesses unilatérales offrent une sécurité tout en permettant de ne pas conclure le contrat tout de suite. Tel est leur paradoxe, en l'anticipant, elles permettent de retarder la conclusion du contrat tout en s'assurant que l'on pourra mener à bien un projet. Le droit potestatif auquel elles donnent naissance est très utile notamment en deux occasions, pour se donner le temps de la réflexion (***Paragraphe 1***), et pour se donner le temps de voir l'œuvre achevée lorsque, au stade de la promesse, l'œuvre n'est pas encore créée (***Paragraphe 2***). Nous envisagerons ces deux hypothèses à travers deux exemples, celui de la promesse précédant la création d'une œuvre audiovisuelle, et celui de la promesse accompagnant de manière plus générale, un contrat de commande, en gardant à l'esprit que le mécanisme de la promesse qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, peut, dans de nombreux autres domaines, trouver pleine utilité.

### Paragraphe 1. L'avant-contrat offrant le temps de la réflexion

690. Les projets d'exploitation d'une œuvre audiovisuelle sont des exemples patents de la nécessité d'avoir recours à la construction du contrat d'auteur par étape. À ce titre, la promesse unilatérale, souvent nommée dans ce secteur « contrat d'option », constitue un outil indispensable de gestion du temps de l'avant-contrat. Encore faut-il, pour produire ses effets, que le contrat d'option puisse être qualifié ainsi, ce qui, nous le verrons, n'est pas toujours le cas (***I***). Une fois la promesse qualifiée, l'exercice du droit auquel elle donne naissance fait apparaître l'utilité de ce contrat (***II***).

---

nov. 2006 : pourvoi 05/07929.

[973] L'exécution de bonne foi de ce contrat exige cependant de se montrer diligent, et de ne pas profiter de l'option qui est offerte pour reprendre le sujet tout en décidant de ne pas lever l'option. TGI Paris, 10 février 2004 : *RTD com*. 2005 p. 501, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[974] F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ, 1983 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et

## I. IDENTIFICATION DES CONTRATS D'OPTION VALANT PROMESSE UNILATERALE

691. Le contrat d'option est un contrat fréquent de la production audiovisuelle. Il est généralement qualifié de promesse unilatérale de cession des droits[975]. Il n'existe cependant pas un contrat d'option mais des contrats d'option. Les contrats d'option y sont divers et variés, et peuvent engager différents acteurs prenant place au sein du processus de création de l'œuvre. Certains d'entre eux constituent de simples contrats de négociation, d'autres de véritables promesses unilatérales de contrat d'exploitation (***A***). Si la promesse est unilatérale, le contrat est quant à lui bien souvent un contrat synallagmatique (***B***).

### A. La diversité des contrats d'option

692. **Les différents acteurs du contrat d'option.** Celui qui prend l'initiative d'une œuvre audiovisuelle aura tout intérêt, s'il en a les moyens, à se faire consentir une option par l'auteur dont la cession des droits est indispensable à l'exploitation finale de l'œuvre, qu'il s'agisse de l'auteur de l'œuvre première en cas d'adaptation d'une œuvre préexistante ou de l'auteur d'un scénario proposé au producteur. En cas d'adaptation d'une œuvre littéraire préexistante, l'auteur de cette œuvre, ou l'éditeur à qui il a déjà cédé ses droits[976], pourra ainsi concéder une option sur l'adaptation de son œuvre à un producteur[977], ou encore à un scénariste, l'adaptateur, qui prendra l'initiative de la création de l'œuvre audiovisuelle et recherchera ensuite un producteur. Le producteur pourra également se faire consentir une option par le scénariste qui aura déjà écrit, ou commencé à écrire un scénario, un synopsis, un séquencier[978], issu de l'adaptation d'une œuvre préexistante, ou non. Le contrat d'option peut donc précéder tant un contrat d'adaptation qu'un contrat de production

---

P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5ème éd., Defrénois, 2011, n°110, p. 69.

[975] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*, n°588, p. 637. Les sociétés de gestion collectives le présentent souvent ainsi. Pour la SACD par exemple : http://www.sacd.fr/Audiovisuel.2015.0.html

[976] C'est le cas le plus fréquent. Cette cession des droits est encadrée par l'article L. 131-3 alinéa 3 qui prévoit 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 ». Aux termes de l'alinéa 4 de ce même article, « le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues ».

[977] Lorsque l'éditeur est cessionnaire des droits d'adaptation audiovisuelle de l'œuvre, Le créateur peut contractuellement se réserver un droit d'agrément du cessionnaire : CA Paris, 6 avr. 1993 : *D.* 1993, IR, p. 158. ; CA Paris, 28 mars 2008: *RTD com*. 2008, p. 313, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[978] Dit aussi *« scène à scène »*, *« continuité non dialoguée »*, ou encore *« scénario non dialogué »*, le séquencier est une suite complète et ordonnée de scènes non dialoguées formant la construction dramatique de l'œuvre.

audiovisuelle ou que tout contrat innomé portant sur les droits d'exploitation audiovisuelle de l'œuvre.

693. **Les différentes natures des contrats d'option.** En France, les règles assurant la protection de l'auteur encouragent le recours à ce contrat, sans lequel il sera risqué d'engager les frais inhérents à la mise en œuvre d'un tel projet. L'ensemble des démarches que devra effectuer le producteur commanderont l'existence d'un tel contrat. Qu'il s'agisse d'engager un réalisateur, de conclure des commandes, de conclure un contrat de coproduction, ou plus en amont un contrat de développement[979], qu'il s'agisse de trouver des financements, de se mettre en relation avec des chaines de télévisions[980] ou par anticipation avec n'importe quel diffuseurs, ce contrat d'option est indispensable. Parmi les contrats nommés « contrat d'option » par la pratique, certains constituent de véritables promesses unilatérales de cession des droits d'auteur, et d'autres, au contraire, ne constituent que des contrats de négociation.

694. **Les contrats d'option valant contrat de négociation.** Si l'on observe les contrats d'option utilisés par la pratique, l'on s'aperçoit que certains s'apparentent davantage à des contrats de négociation qu'à des contrats de promesse unilatérale de cession des droits. Certains contrats d'option prévoient par exemple que l'auteur *« accepte une option exclusive concernant la cession des droits de l'ouvrage »,* et qu'à *« la levée de l'option par le producteur, celui-ci fera état de l'avancement de ses recherches et du financement et les parties conviendront de bonne foi et immédiatement des termes du contrat de cession de droits sur le scénario et sur la réalisation du long métrage cinéma. À défaut d'un accord dans les 30 jours de la levée de l'option sur les termes de ce contrat, l'Auteur reprendra son entière liberté de négocier avec des tiers les droits portant sur l'ouvrage »*[981]. L'auteur s'interdit dès lors de négocier ou de conclure le contrat avec un tiers durant la période de validité de l'option. Les conditions des contrats futurs n'étant pas déterminées, il ne s'agit pas d'une promesse de cession des droits dont la levée de l'option suffit à former le contrat. Il s'agit alors d'un contrat de négociation, dont les termes obligent l'auteur à négocier de bonne foi le contrat

---

[979] Le contrat de développement est le contrat *« intervenant entre deux sociétés de production qui décident de cofinancer un projet de film et de le mener jusqu'au moment où elles pourront prendre la décision soit d'aller plus loin et de coproduire le film, soit d'abandonner »*. C. MARTEL, *La production audiovisuelle, les contrats*, DIXIT, 2003, p. 185.

[980] Aux termes du protocole d'accord du 28 mai 2001 concernant les relations entre scénaristes et producteurs de télévision, Un producteur qui souhaite présenter un projet, sous quelque forme écrite que ce soit, à une chaîne, doit disposer d'un contrat de cession ou d'une option limitée dans le temps.

[981] Exemple de clause d'option proposée à un auteur et soumise par celui-ci aux bons conseils de ses pairs sur le site du collectif « Café salé » : www.cfsl.net

de cession des droits en cas de levée de l'option par le producteur. Dès lors, si l'auteur ne respecte pas son engagement, il ne saurait être condamné à autre chose qu'à des dommages et intérêts.

695. **Les contrats d'option valant promesse de cession.** Pour être qualifiés de promesses unilatérales de cession, il faut en principe que ces contrats d'option contiennent d'ores et déjà tous les éléments nécessaires à la validité du contrat à venir, à l'exclusion du consentement du bénéficiaire de la promesse. Devront ainsi être prévus la délimitation des droits cédés, ainsi que certains éléments relatifs à leur exploitation, et un prix déterminé ou à tout le moins déterminable. Ainsi, *« pour satisfaire principalement aux dispositions strictes du CPI sur le caractère précis de l'objet du contrat de cession, spéc. Art. L. 131-3, un projet de contrat définitif de cession en bonne et due forme, comportant l'énonciation des droits transmis et le prix, sera annexé à la promesse et entrera automatiquement en vigueur, si le producteur lève l'option »*[982]. Il est parfois bien difficile de prévoir dès la signature du contrat d'option, lorsque l'exploitation n'en est qu'au stade du projet, quelle sera la rémunération de l'auteur. Nous avons dit que le prix devait être déterminable. Il peut l'être par une référence aux usages de la profession, ou par une fourchette du pourcentage de la rémunération de l'auteur à préciser au moment de la levée de l'option. Les parties peuvent cependant confier cette détermination à un expert[983]. La promesse est alors valable et la conclusion du contrat par la levée de l'option automatique car la détermination du prix de la cession ne sollicite plus le consentement des parties. La délimitation des droits cédés devra quant à elle être effective dès l'instant de la promesse. Afin de respecter celle-ci, le contrat de cession des droits est généralement annexé au contrat d'option. Si les obligations doivent être arrêtées au moment de sa conclusion, leurs modalités d'exécution pourront quant à elles se voir précisées au moment de la levée de l'option, ne s'agissant pas d'éléments essentiels à la conclusion du contrat. Bien souvent, cette qualification de la promesse se déduira des termes du contrat. Une clause précisant le rapport qu'entretient le contrat d'option au contrat définitif est incluse dans le contrat d'option. Elle prévoit soit que la levée de l'option marquera l'ouverture d'un temps de négociation, soit que celle-ci entrainera la conclusion définitive du contrat. Seule cette dernière hypothèse correspond au mécanisme de la promesse unilatérale.

---

[982] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°588, p. 638.

[983] Les juges ont ainsi donné plein effet à une promesse unilatérale de cession des droits incorporels relatifs à un logiciel, précisant que le prix de cession serait, à défaut d'accord, fixé à dire d'expert dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil, sans pouvoir excéder le montant résultant de l'application d'une formule de calcul dont les paramètres étaient précisés. Sans être par avance déterminé, le prix de la cession était déterminable de par la référence à la formule de calcul

### B. Le caractère synallagmatique du contrat d'option

696. Que le contrat d'option porte sur les droits d'adaptation d'une œuvre préexistante ou sur un scénario, qu'il précède un contrat d'adaptation, un contrat de production audiovisuelle[984] ou un contrat innomé d'exploitation des droits, il prend, dans la majorité des cas, la coloration d'un contrat synallagmatique. En effet, dans la plupart des contrats d'option, une indemnité d'immobilisation est prévue à la charge du bénéficiaire de l'option. Elle constitue le prix de l'immobilisation des droits d'auteur pendant un temps donné. Le contrat de promesse est alors un contrat synallagmatique, dans la mesure où il abrite des obligations réciproques[985]. Cette qualification entraîne plusieurs conséquences. La première concerne la preuve. Le contrat doit par principe être établi en double exemplaire[986]. La seconde ouvre la voie de l'exception d'inexécution. Les obligations se servant mutuellement de cause, l'inexécution de ses obligations par l'une des parties permettra à l'autre d'invoquer l'exception d'inexécution ou encore de demander la résolution du contrat, quand bien même une clause résolutoire expresse ne serait pas expressément prévue[987]. Ainsi, si le producteur ou le scénariste ne versent pas à l'auteur l'indemnité d'immobilisation qui lui est due, celui-ci pourra se prévaloir de cette inexécution pour se dégager de ses obligations. Il en est de même de l'exploitant, qui devrait *a minima* pouvoir récupérer l'indemnité d'immobilisation qu'il a versée au cas où l'auteur ne respecterait pas son engagement. L'existence d'une telle indemnité n'est pas obligatoire. La promesse unilatérale consentie sans indemnité d'immobilisation n'en est pas moins causée. Elle trouve sa contrepartie dans l'espoir que représente pour celui qui s'engage la conclusion du contrat, et les bénéfices qu'il compte en retirer. Cependant, il est plus que conseillé aux auteurs de ne conférer une option qu'en contrepartie d'une indemnité, et qui plus est une indemnité importante, afin de s'assurer que son bénéficiaire est réellement intéressé par l'exploitation de l'œuvre, et que les droits ne seront pas bloqués pour rien. Il s'agit ici d'une garantie de sérieux du bénéficiaire de l'option. L'ensemble des contrat-types d'option rédigés par les sociétés de gestion collectives

---

et la précision de ses paramètres. Com, 30 nov. 2004 : Pourvoi n°03-13756.

[984] Le contrat par lequel l'auteur de l'œuvre préexistante cède les droits d'adaptation cinématographique de son œuvre au producteur n'entre en effet pas dans le cadre du contrat de production audiovisuelle. Il s'agit d'un contrat autonome.

[985] Selon l'article 1102 du Code civil, « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ».

[986] L'article 1325 du Code civil dispose ainsi que « *les actes sous sein privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il u a de parties ayant un intérêt distinct* ».

[987] L'article 1184 du Code civil dispose en effet que : « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les*

prévoient une telle indemnité. L'issue de la mise en œuvre de l'option déterminera son sort. Si le bénéficiaire de la promesse ne lève pas l'option, elle demeurera acquise à l'auteur. Lorsque l'option sera levée et le contrat conclu, l'usage en la matière veut que cette indemnité d'immobilisation soit considérée comme une avance sur les fruits de l'exploitation de l'œuvre dus à l'auteur. Il faut cependant que le contrat le prévoit expressément.

697. **Le contrat d'option, un contrat synallagmatique de promesse unilatérale** Le contrat d'option est donc, en matière audiovisuelle, généralement un contrat synallagmatique. Cette qualification n'atteint cependant pas la promesse, qui elle demeure unilatérale[988]. Le bénéficiaire s'est engagé à verser l'indemnité d'immobilisation, il ne s'est en aucune manière obligé à conclure le contrat définitif. La majorité du contentieux généré par les contrats d'option porte sur cette question, dans l'hypothèse où le projet de création de l'œuvre audiovisuelle n'aboutirait pas. Si le contrat définitif a été conclu par la levée de l'option, le cessionnaire des droits a l'obligation de faire tout ce qui est en son pouvoir pour que le projet soit mené à bien. Si tel n'est pas le cas il pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée. Si au contraire l'option n'a pas été levée, il devra, s'il a passé commande à l'auteur, s'acquitter du prix de la commande[989], mais ne devrait pas pouvoir se voir contraint d'exploiter l'œuvre, serait-ce sur le fondement du droit moral de l'auteur[990].

698. **La possibilité d'avoir recours à une promesse synallagmatique.** L'hypothèse d'une promesse synallagmatique est bien sûr elle aussi concevable. Par une telle promesse, l'auteur et l'exploitant peuvent par exemple s'engager tout en suspendant les effets de leur engagement à la participation financière d'un partenaire, à la participation de tel ou tel acteur, *etc.* Il ne s'agit cependant plus dès lors de retarder la conclusion du contrat, qui est déjà conclu, mais de conférer *« une anticipation sur un futur défavorable »*[991]. Le stade précontractuel est dépassé, le contrat est déjà formé, de manière conditionnelle. Contrairement à la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique n'offre pas de droit d'option.

---

*contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement* ».

[988] Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°110, p. 69.

[989] En effet, le contrat de commande est indépendant de l'achat des droits d'auteur sur l'œuvre commandée : Cass. 1re civ., 24 févr. 1987, « *Michel de Saint Pierre* » : *« La cession des droits d'exploitation n'est pas concomitante avec la commande de l'œuvre et l'existence de cette commande ne dépend pas de la mention d'un prix, donc sans même parler d'une offre d'achat il aurait fallu rechercher si le libellé des lettres et contrats ne donnait pas pour certaine la réalisation du feuilleton ».* Cass. 1re civ., 24 févr. 1987 : *D.* 1988, p. 97.

[990] *Voir supra*, n°528.

[991] S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, Thèse, Toulouse, 2010, n°271, p. 192.

## II. MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT D'OPTION VALANT PROMESSE UNILATERALE

699. Il faut ici se référer au droit commun de la promesse unilatérale, car tant les modalités d'exécution du contrat d'option (***A***) que la sanction de sa violation (***B***) y sont soumis.

### A.Les modalités d'exécution du contrat d'option

700. **L'exécution enserrée dans un délai limité.** La promesse unilatérale est l'engagement d'un temps. Elle offre à son bénéficiaire un droit potestatif à la conclusion du contrat pendant un temps donné. Son caractère temporaire est l'une des manifestations de la nature de ce droit. Il ne s'agit pas d'un doit réel sur l'œuvre mais d'un droit personnel contre l'auteur. Sa durée de validité doit être précisée dans le contrat d'option. En matière de création audiovisuelle, ce temps est en général compris entre douze et quatorze mois. L'option levée dans ce délai emportera conclusion du contrat. Passé ce temps, la promesse sera frappée de caducité et l'auteur recouvrera l'entière disposition de ses droits, dans l'hypothèse où il ne les aurait pas déjà cédés à son éditeur ou à une société de gestion collective. Un délai trop long entraine le risque de bloquer de manière excessive les possibilités pour l'auteur de voir son œuvre exploitée, puisqu'il ne pourra, durant ce temps, rechercher une autre exploitation de son œuvre. Le délai ne doit pas être trop court non plus, monter un projet prend du temps, et il faut permettre au bénéficiaire de la promesse de le préparer correctement. La plupart des contrats d'options prévoient par ailleurs la possibilité de renouveler une fois l'option, sous réserve du paiement d'une nouvelle indemnité et du respect de la forme prévue au contrat. Si aucun délai n'est prévu, la promesse n'en est pas moins valable, mais il faudra alors admettre que l'auteur puisse, passé un délai raisonnable, unilatéralement s'en dégager, une fois son cocontractant mis en demeure de se prononcer sur l'exercice de son droit. La promesse ne dure donc, dans tous les cas, qu'un temps.

701. **La forme de la levée de l'option.** La levée de l'option, qui manifeste la volonté de son bénéficiaire de conclure le contrat, ne requiert en principe aucune forme particulière. Il est cependant conseillé de prévoir les modalités de sa mise en œuvre dans le contrat d'option, afin d'éviter les contentieux relatifs à la preuve et à la date de la levée d'option. Or, cette date est primordiale puisqu'elle constitue la date de perfection du contrat définitif. C'est à celle-ci que le contrat définitif prendra ses effets, il est donc important de la connaître avec certitude. Certains contrat-types prévoient ainsi que la levée de l'option devra se manifester par écrit, parfois avec accusé de

réception. En cas de contestation d'une levée de l'option effective, les juges se réfèreront parfois à la commune intention des parties, telle qu'elle ressort de leur comportement[992].

**B. La violation du contrat d'option**

702. La caractérisation de la violation du contrat d'option (***1***) entrainera la sanction du promettant (***2***).

*1. Caractérisation de la violation du contrat d'option*

703. Il est nécessaire, afin d'envisager la sanction de la promesse unilatérale de cession des droits, d'identifier les cas de violation de sa promesse par l'auteur. Le raisonnement vaut tout aussi bien dans les cas où ce serait l'exploitant qui se serait engagé, conférant une option à l'auteur. Nous nous concentrons cependant sur l'hypothèse de l'auteur promettant, hypothèse incontestablement la plus fréquente. Au risque de nous répéter, rappelons que lorsque le contrat d'option constitue une promesse unilatérale de cession des droits, le contrat d'exploitation est conclu par la levée de l'option. L'auteur étant définitivement tenu par la force de l'engagement contractuel, il pourra se voir contraint par le juge de signer le contrat définitif, la réitération des consentements étant à ce stade purement formelle[993]. L'inexécution de ses obligations, l'absence de remise matérielle de l'œuvre par exemple ou la signature d'un contrat de cession des mêmes droits avec un autre exploitant sera alors celle du contrat définitif, et aucunement celle de la promesse. La violation de la promesse concerne donc les cas où, avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option et alors qu'il se trouvait encore dans le délai imparti, l'auteur a soit décidé de rétracter sa promesse, soit conclu le contrat promis avec un tiers. Le promettant consent une option, qui assure pour un temps une exclusivité, mais s'engage aussi à ne pas revenir sur son engagement, c'est le principe même de la force obligatoire du contrat. Quelle est alors la sanction de cette violation par l'auteur de sa promesse ?

*2. Sanction de la violation du contrat d'option*

704. Précisons tout d'abord que le droit de divulgation, dont nous avons vu qu'il pouvait perturber le mécanisme de la promesse, est dans l'hypothèse que nous venons d'envisager, généralement hors de cause. En effet, que l'option porte sur les droits d'adaptation d'une œuvre préexistante ou qu'elle

---

[992] Cass. 1re civ., 25 janv. 1989 : Pourvoi n°87-13527. En l'espèce, les juges ont déduit du comportement du bénéficiaire sa volonté de lever l'option.

[993] TGI Paris, 16 février 1977, *« Mama »* : *RIDA*, janv. 1978, p. 195.

porte sur les droits d'exploitation d'un scénario[994], l'œuvre est en principe déjà créée et l'acceptation par l'auteur des termes de l'option, qui comprennent les éléments du contrat définitif, constitue au-delà de l'acte juridique par lequel il se lie un fait matériel constitutif de la divulgation de son œuvre.

705. **La sanction de l'inexécution du contrat d'option.** La sanction du contrat d'option s'identifie alors parfaitement à celle de la promesse unilatérale de droit commun. Pour l'heure, la jurisprudence demeure rétive à admettre l'exécution forcée du contrat de promesse, qui devrait conduire soit à rendre la rétractation du promettant inefficace et inopposable au bénéficiaire du droit d'option, soit à admettre la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers de mauvaise foi, comme c'est le cas en matière de violation du pacte de préférence depuis l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de Cassation du 26 mai 2006. Pour l'instant il n'en est rien et paradoxalement, alors même que la promesse engage plus fortement que la préférence, sa sanction est moins sévère, puisque seuls des dommages et intérêts sont pour l'heure prononcés en cas de rétractation de la promesse. La conclusion d'un contrat avec un tiers pouvant s'entendre d'une rétractation tacite de la promesse devrait aboutir à la même solution[995]. La solution est établie depuis un arrêt de la 3ème chambre civile de la Cour de Cassation du 15 décembre 1993[996]. Pour reprendre les termes de Madame Schmidt-Szalewski, *« loin de procurer au créancier la certitude de la conclusion du contrat définitif, les avant-contrats ne lui accordent qu'un espoir…dont la déception ne sera compensée que par une somme d'argent »*[997]. Cette solution a fait l'objet de critiques quasi-unanimes de la doctrine[998]. En effet, le promettant est en principe définitivement engagé par la promesse vis-à-vis du contrat définitif. Le retrait de sa volonté ne devrait dès lors pas être efficace, d'autant que l'on peut douter ici de l'existence d'une obligation de faire, dans la mesure où le contrat *« se formera*

---

[994] Le protocole d'accord entre scénaristes et producteurs de télévision prévoit par exemple que l'option ne peut être consentie qu'une fois le scénario écrit. Avant, on peut parler d'autorisation d'utilisation d'un concept, qui ne constitue pas un contrat d'auteur et ne le prépare pas, le concept n'ayant bien souvent à ce stade pas atteint le seuil de la formalisation de l'idée permettant d'entrer dans le giron de la protection du droit d'auteur.

[995] A suivre la logique de la Cour de cassation, le promettant peut efficacement, par sa volonté, revenir sur son engagement. Conclure le contrat avec un tiers marque nécessairement la volonté du promettant de ne plus contracter avec le bénéficiaire de la promesse.

[996] La Cour se prononçait en ces termes : « *Attendu que la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre de volontés réciproques de vendre et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé* » : Cass. 3ème civ., 15 déc. 1993 : *Bull. civ*. III, n°174 ; *RTD civ*. 1994, p. 588, obs. J. MESTRE. ; *D*. 1994, p. 507, note F. BENAC-SCHMIDT.

[997] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats : RTD civ*. 2000, p. 35.

[998] Voir cependant D. MAINGUY, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter : RTD civ*. 2004, p. 1.

*sans qu'aucune prestation ne soit attendue de lui »*[999]. D'aucuns ont pensé que l'admission de l'exécution forcée du pacte de préférence conduirait à la caducité de cette solution[1000]. L'extension de cette admission tarde cependant à se concrétiser. Un pas semble avoir été franchi le 8 septembre 2010. Dans un arrêt de la 3ème chambre civile de la Cour de Cassation, les juges ont considéré que l'option levée postérieurement au décès du promettant avait entrainé la conclusion du contrat, l'auteur ayant *« définitivement consenti à vendre »*[1001]. Abandonnant la référence à l'article 1142 du Code civil, la Cour de cassation a pourtant réitéré son refus de proclamer l'exécution en nature de la promesse. Dans un arrêt du 11 mai 2011, elle a affirmé que : *« La levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée »*[1002]. L'arrêt est rendu au visa des articles 1101 et 1134 du Code civil, ce qui marque certainement un changement de conception. Quel qu'en soit le fondement, pour l'heure, l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat est cependant exclue. La rétractation de la promesse ainsi que la conclusion du contrat avec un tiers en violation de la promesse entraineront un préjudice qui ne sera réparé que par des dommages et intérêts, en droit d'auteur comme dans d'autres domaines. Cette sanction enlève un peu de son attrait au contrat de promesse, dont le principal intérêt est d'offrir à l'auteur ou, le plus souvent, à son exploitant, le temps de la réflexion, tout en s'assurant de la conclusion du contrat. D'autant que le dommage réparable s'analysera à l'aune de la chance perdue, *« qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »*[1003]. Les frais engagés en vue de l'exploitation de l'œuvre devraient quant à eux pouvoir être indemnisés. Cette sanction, bien qu'insuffisante en ce qu'elle ne permet pas de mener à bien l'opération contractuelle envisagée, sera cependant très dissuasive pour l'auteur, qui bien souvent n'aura pas les ressources matérielles suffisantes pour assumer ces frais. Mieux vaut certainement, afin d'éviter d'en arriver là, privilégier la recherche d'un compromis.

---

[999] Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n°111, p. 70.

[1000] J. MESTRE et B. FAGES, 2007, *La force obligatoire des engagements contractuels à l'honneur : Revue Lamy Droit civil*, 2008, p. 49.

[1001] Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 : *D.* 2010, p. 2061 ; *D.* 2011, p. 472, obs. A. MEKKI et B. FAUVARQUE-CAUSSON, *JCP G* 2010, p. 1051 ; *RTD civ.* 2010, p. 778, obs. B. FAGES.

[1002] Cass. 3ème civ., 11 mai 2011 : *D. actu*., 31 mai 2011, obs. G. FOREST.

[1003] Cass. com., 6 mai 2003 : n°00-10502

706. **Le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges**. Afin d'apaiser les conflits et d'éviter d'avoir recours aux tribunaux, en matière d'avant-contrats, le recours à des méthodes alternatives, telles la médiation ou l'arbitrage, se développe. Il faut, dès la conclusion de l'avant-contrat, prévoir cette clause compromissoire. Certaines structures ont été créées à cet effet. L'on pense notamment, dans le domaine que nous venons d'étudier, à la création de l'AMAPA, Association de Médiation et d'Arbitrage des Professionnels de d'Audiovisuel, qui *« a pour vocation de faciliter le règlement de tous les différents et litiges d'ordre individuel entre les auteurs et les producteurs du secteur de la télévision … afin de régler à l'amiable des litiges autrefois – sinon jamais réglés -, ou traités devant les tribunaux* »[1004]. Cette association, dont est membre notamment la SACD, a été créée suite au protocole d'accord intervenu le 28 mai 2001 entre l'Union syndicale de la production audiovisuelle et l'Union-Guilde des scénaristes. Plus rapide, moins couteux, moins traumatisant pour l'auteur qu'un procès, de tels modes alternatifs de règlement des litiges sont à encourager, d'autant que dans bien des cas, une médiation suffit à mettre fin au litige. Il faut cependant s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des médiateurs et arbitres dans de telles hypothèses[1005].

707. **Conclusion**. Le contrat d'option, lorsqu'il s'identifie à une promesse unilatérale de cession des droits d'auteur, permet donc, lorsque la maturation du projet est longue et connait une issue incertaine, de mettre, pour le temps de son effectivité, les concurrents de côté, tout en s'assurant que le contrat sera conclu par la levée de l'option. Il permet ainsi de retarder la conclusion du contrat, tout en en anticipant certains éléments. Malgré l'absence d'exécution forcée de cette promesse, elle reste un instrument contractuel privilégié de la construction du contrat d'auteur dans le temps.

### Paragraphe 2. L'avant-contrat offrant le temps de la création

708. Comme tout contrat, le contrat d'auteur peut être assorti d'une condition, suspensive ou résolutoire, permettant de suspendre l'engagement contractuel à un évènement futur et incertain. Les obligations conditionnelles sont nombreuses en droit d'auteur, l'exploitation de l'œuvre demandant souvent le concours de plusieurs intervenants dont on n'est pas sûr, au moment où l'exploitation de

---

[1004] http://ugs-online.org/?page_id=33

[1005] Cette garantie d'indépendance et d'impartialité est, au sein de l'AMAPA, assurée par le recours à un collège d'auteur et de producteurs dont sont issus arbitres et médiateurs, et par l'obligation qui est la leur de n'avoir *« aucune relation*

l'œuvre est envisagée, qu'ils donneront leur accord au projet final (***I***). Parmi ces conditions, l'une pose avec acuité un problème lié à sa validité. Il s'agit de la condition relative à l'agrément de l'œuvre par l'exploitant. Potestative, cette condition est parfois susceptible de remettre en cause l'engagement contractuel. L'on peut alors trouver dans l'avant-contrat un remède à cette potestativité, permettant à l'exploitant, avant de s'engager, de se donner le temps de voir l'œuvre achevée (***II***).

### I. DIVERSITE DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES DANS LES CONTRATS D'AUTEUR

709. **Les conditions affectant le contrat d'auteur.** De nombreux contrats d'auteur sont, à l'instant de leur conclusion, des contrats conditionnels. Aux termes de l'article 1168 du Code civil, « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évènement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'évènement arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas* ». Que l'obligation dépende d'une condition suspensive ou résolutoire, les cas sont fréquents où l'on subordonne l'existence du contrat d'auteur à un évènement futur et incertain. Le Code civil classe les conditions affectant le contrat en trois catégories, selon le pouvoir dont disposent les parties sur leur réalisation. La condition est casuelle[1006] lorsqu'elle dépend entièrement du hasard, elle est potestative[1007] lorsqu'elle fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement que les parties maîtrisent, et peut enfin être mixte[1008], lorsqu'elle dépend à la fois de la volonté des parties et de la volonté d'un tiers. Ces trois types de conditions peuvent tenir en suspens l'effectivité d'un contrat d'auteur.

710. **Diversité des conditions mixtes et casuelles.** On s'en remet au hasard lorsque l'on conditionne par exemple le contrat d'auteur à l'assentiment du public. Un éditeur peut ainsi conclure un contrat d'édition avec un auteur sous réserve que la publication de son œuvre précédente ait été vendue en tant d'exemplaires, ou qu'il soit classé parmi les premiers d'un concours littéraire. D'autres conditions varient entre hasard et volonté. Lorsque le contrat d'auteur est soumis à l'obtention d'un financement, l'on retrouve parfois les traits d'une condition mixte, l'issue dépendant

---

*contractuelle avec les parties ».*

[1006] Selon l'article 1169 du Code civil : « *La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur* »

[1007] Selon l'article 1170 du Code civil : « *La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* »

[1008] Selon l'article 1171 du Code civil : « *La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers* ».

avant tout de la décision d'un tiers puis de l'aval de l'exploitant, parfois les traits d'une condition casuelle. L'adaptation cinématographique d'une œuvre peut parfois être suspendue, comme nous l'avons vu, à l'embauche de tel réalisateur, ou à la participation de tel ou tel acteur, *etc.* La condition dépend alors du tiers, le réalisateur ou l'acteur, et de l'exploitant, qui aura une influence sur leur décision, notamment au travers de la rémunération et des conditions de travail qu'il leur propose. Les exemples de conditions casuelles ou mixtes sont divers, et variés. On peut voir dans ces contrats une promesse synallagmatique de contrat subordonnant l'effectivité de celui-ci à la réalisation de la condition. Ce contrat permet alors d'anticiper la conclusion du contrat alors même que ses effets sont suspendus à la réalisation d'un évènement extérieur et incertain. Il s'agit cependant là, déjà, du contrat définitif assorti d'une condition suspensive, sauf à ce que les parties aient subordonné sa formation à la réalisation de cet évènement ou à une formalité devant intervenir une fois l'évènement survenu, la signature du contrat par exemple, que les parties entendraient ériger en élément essentiel de la formation du contrat.

711. **La condition potestative affectant le contrat d'auteur.** Les contrats d'auteur abritent aussi parfois une condition potestative. Leur appréhension est alors plus délicate, puisque l'on sait que le Code civil prohibe en principe ce type de condition, prescrivant que *« toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige »*. L'auteur ne peut donc se lier et faire dépendre son engagement de sa seule volonté. Il ne peut par exemple promettre de céder ses droits s'il ne s'est pas par ailleurs obligé à créer. Il en va de même de l'éditeur, qui ne peut en même temps s'engager à exploiter l'œuvre et soumettre cette exploitation à sa seule volonté. Se pose alors la question de la validité des clauses d'agrément, qui sont nombreuses dans les contrats d'auteur.

### II. La promesse unilaterale, remede a la potestativite de l'engagement sur l'œuvre future

712. **Les difficultés liées à la clause d'agrément de l'œuvre**. Que l'œuvre soit encore à créer par le biais d'un contrat de commande ou qu'elle soit créée mais imparfaite et appelle des modifications, l'exploitant se réserve bien souvent le droit, par une clause, de faire dépendre le sort du contrat de l'agrément qu'il donnera à sa version définitive. Ainsi, même lorsque la cession des droits prend l'allure d'un contrat définitif, celui-ci est souvent suspendu à une condition potestative. *« Dans nombre de contrats, il existe une clause « standard » adaptée aux divers genres artistiques, aux*

*termes de laquelle le cessionnaire se réserve « d'accepter définitivement » l'œuvre livrée, s'il l'estime appropriée aux goûts du public »*[1009]. Comme le remarque Monsieur Gautier, le Code de la propriété intellectuelle reste assez flou au sujet de cette clause : *« Ni les articles L. 132-1 et L. 132-11 sur le contrat d'édition, ni l'article L. 132-27 sur le contrat de production audiovisuelle ne permettent d'inférer clairement la nullité de telles clauses. Aussi faut-il revenir au droit des obligations et donc à l'article 1174 C. civ. »*[1010]. Pris à la lettre, l'article 1174 du Code civil prohibe purement et simplement les clauses d'agrément suspendant l'exécution des obligations de l'exploitant, dans la mesure où son agrément ne dépend ni du hasard, ni d'un tiers. Le droit positif a cependant adopté une position moins systématique. Comme le montre A. Bénabent, *« la jurisprudence est subtile et délicate quant à la notion de condition potestative »*[1011]. Ne seraient prohibées que les conditions purement potestatives, soumettant l'exécution de l'obligation à l'arbitraire de son débiteur, à sa seule volonté[1012], liée à des éléments subjectifs.

713. **Les critères de l'agrément, mesure de la potestativité de l'engagement.** Il faut donc faire la distinction entre deux hypothèses, celle dans laquelle l'agrément serait donné en fonction de critères subjectifs, et celle dans laquelle l'agrément serait donné en fonction de critères objectifs. Pour reprendre les termes de Monsieur Ghestin, *« toute la difficulté est justement de déterminer les circonstances qui se détachent suffisamment de la seule volonté du promettant pour constituer une véritable condition, distincte de la seule manifestation de volonté arbitraire, qui serait exclusive de tout engagement réel et justifierait l'annulation du contrat par application de l'article 1174 du Code civil »*[1013]. C'est le caractère discrétionnaire de l'agrément qui fait ainsi le départ entre les clauses simplement potestatives et les clauses purement potestatives. Les premières seraient licites (***A***), lorsque les deuxièmes devraient voir sanctionné l'engagement, qui n'en est pas un puisque, comme il est d'usage de le dire, on ne peut en même temps s'engager et ne s'engager à rien. De là l'utilité d'avoir recours à un avant-contrat (***B***).

---

[1009] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°525, p. 567.

[1010] *Ibid.*

[1011] A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2010, n°319, p. 251.

[1012] Ainsi, n'est pas considérée comme une condition purement potestative celle suspendant l'achat d'un bien à la vente d'un autre bien, car la réalisation de la condition ne dépend pas de la seule volonté arbitraire de l'acheteur : Cass. 3ème civ., 22 nov. 1995 : *Bull civ*. III, n°243. ; *D*. 1996, p. 604, note Ph. MALAURIE.

[1013] J. GHESTIN, obs. sous CA Paris, 6 déc. 1969 *« Jaeger »* : *JCP G*, 1971, II, 16796.

### A. L'agrément objectivisé excluant la potestativité de l'engagement

714. **Les vecteurs d'objectivation de l'agrément.** L'une des solutions est alors d' « objectiver » l'agrément de l'exploitant. L'on peut ainsi prévoir dans le contrat certains critères conditionnant l'agrément de l'œuvre. Lorsque l'exploitant s'engage sous réserve de modifications de l'œuvre apportées par l'auteur, il doit préciser quelles sont les modifications attendues et les critères permettant de vérifier la conformité des attentes au résultat produit[1014]. Pareillement, lorsque l'œuvre objet du contrat est à créer, les critères de son agrément doivent être explicités. Ces critères, qui doivent se retrouver dans le contrat de commande, doivent également se retrouver, lorsque l'*instrumentum* est séparé, dans le contrat de cession des droits d'exploitation. L'on peut ainsi prévoir, de manière objective, le thème de l'œuvre, sa couleur, son ton, le nombre de pages envisagé lorsqu'il s'agit d'une œuvre littéraire, son format, *etc.* On arrive cependant rapidement aux limites possibles d'une description objective de l'œuvre attendue. Même si, par un contrat de commande, l'auteur peut limiter sa liberté de création, l'originalité que sous-tend la notion même d'œuvre montre bien que celle-ci ne peut se résumer à des caractéristiques objectives prédéterminées[1015]. Afin de limiter le caractère arbitraire de l'agrément de l'exploitant, il est alors possible, au-delà de cette détermination de l'objet de la commande, de soumettre cet agrément à l'avis de tiers. Il est parfois proposé de présenter l'œuvre à un comité de lecture par exemple, à des experts, qui devront se prononcer sur le caractère exploitable de l'œuvre et sur sa conformité aux attentes du public[1016]. Un agrément objectivisé ne présente pas le grief de la pure potestativité.

715. **Les difficultés subsistantes.** Malgré la diversité des solutions proposées, dans les faits, l'on constate que bien souvent, l'agrément reste soumis à la volonté arbitraire de l'exploitant. Cette

---

[1014] Ainsi, les juges ont eu l'occasion de prononcer la nullité d'un contrat dans lequel l'éditeur s'engageait à exploiter l'œuvre à condition que l'auteur y apporte des modifications. L'éditeur n'ayant pas précisé à l'auteur les modifications attendues, le tribunal a caractérisé le caractère potestatif de l'obligation souscrite *: « En subordonnant l'obligation d'éditer, d'une part, à des modifications, sur la nature desquelles aucune précision n'est apportée et, d'autre part, à l'acceptation de ces modifications par l'éditeur sans qu'aucune indication ne soit fournie sur les critères de cette acceptation, la condition inscrite au contrat soumet l'auteur à la discrétion entière de l'éditeur qui n'est pas effectivement engagé, puisqu'il se réserve la faculté de ne pas publier si les modifications ne lui agréent pas »* : TGI Paris, 18 janv. 1968, *Editions de l'Herne* : *RTD com.* 1970, p. 127, obs. H. DESBOIS.

[1015] L'agrément présente donc un caractère nécessairement plus subjectif que l'appréciation de la délivrance conforme en matière de vente, ou encore que la réception en matière de contrat d'entreprise classique ne portant pas sur une œuvre de l'esprit.

[1016] P.-Y. Gautier propose de « *rendre objectif le critère d'œuvre « utilisable », et (de) mettre par exemple en place des expertises amiables, extra-judiciaires, voire une conciliation ou un arbitrage, avec un professionnel de la branche* ». P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.,* n°528, p. 570.

position met l'auteur dans une situation de faiblesse, tant au regard du contrat de commande, qu'au regard du contrat d'exploitation de l'œuvre commandée, hypothèse qui nous intéresse ici. D'autant que si l'exploitant est tenu d'exécuter le contrat de bonne foi, bien souvent, il ne donnera que peu d'explications à l'auteur sur les raisons qui le poussent à rejeter son œuvre. À plusieurs reprises, les juges ont condamné l'exploitant de ce fait, soit en annulant le contrat comme conclu sous une condition purement potestative[1017], soit en condamnant l'exploitant n'ayant pas fait preuve de bonne foi par la résolution du contrat[1018].

716. **La nécessaire prise en compte des intérêts de l'exploitant.** L'on comprend cependant qu'il faille prendre en compte l'intérêt de l'exploitant. Comme le souligne Monsieur Gautier, *« s'il est interdit au juge d'apprécier le mérite d'une œuvre, celui qui paie celle-ci et assume des obligations assez lourdes a tout de même le droit de refuser un travail inutilisable et que le public va probablement rejeter, en tout cas de demander à l'auteur des modifications, voire l'adjonction d'un « aide » ou d'un rewriter »*[1019]. Monsieur Gautier propose alors une alternative, soit payer, en abandonnant à l'auteur le montant de l'avance faite sur ses droits, soit publier l'œuvre. Une telle solution pourrait en effet être prévue dès la conclusion du contrat, ce qui permettrait d'échapper au grief de potestativité, dans la mesure où l'engagement de l'auteur serait, quel que soit le sort du contrat, causé par une contrepartie, soit celle de l'indemnisation contractuelle, soit celle de la publication. Ce même auteur propose également le recours à la promesse unilatérale de contrat.

### B. Les vertus du droit potestatif créé par la promesse

717. **D'un engagement potestatif à un droit potestatif.** Un autre moyen d'éviter le risque de voir le contrat annulé est de transformer la condition potestative illicite en un droit potestatif licite, en ayant recours à une promesse unilatérale de contrat. L'auteur peut s'engager à céder ses droits, tandis que l'exploitant bénéficie d'une option, droit potestatif, qu'il peut exercer, ou ne pas exercer, selon la conformité du résultat présenté à celui attendu. La technique même de la promesse unilatérale commande que le contrat ne puisse alors pas être remis en cause par le caractère discrétionnaire de l'option.

---

[1017] TGI Paris, 18 janv. 1968, « *Editions de l'Herne* » : *RTD com.* 1970, p. 127, obs. H. DESBOIS, précité. - CA Paris, 15 avr. 1989, *Anagramme* : *RIDA*, janv. 1990 p. 314. - TGI Paris 12 avr. 1995, *« Editions du Seuil » : RIDA*, janv. 1997, p. 267.

[1018] TGI Paris, 20 déc. 1989,*« Flammarion »* : *RIDA*, janv. 1991, p. 350. - TGI Paris, 29 janv. 2003 : *Légipresse* n°201, mai 2003, I, p. 61.

718. **L'hypothèse d'une requalification du contrat par le juge.** Encore faut-il que les parties aient entendu se lier de cette manière, ce qui sous-tend une question importante en pratique : le juge peut-il de lui-même requalifier le contrat définitif conclu sous condition suspensive en une promesse de cession offrant un droit d'option à l'exploitant, plutôt que de sanctionner l'engagement potestatif par la nullité du contrat ? Cette requalification du contrat conclu sous condition suspensive en une promesse unilatérale n'est pas exclue, dans la mesure où le juge n'est pas tenu par la qualification que les parties donnent à leur engagement. Il l'a déjà fait, en matière de vente d'immeuble[1020] et de bail[1021] notamment. Cela *« permet à la fois de respecter la volonté des parties de recourir à un mécanisme potestatif et d'écarter le grief d'arbitraire tiré de l'article 1174 du Code civil »*[1022]. Encore faut-il que la volonté des parties ait été dans ce sens, et que l'auteur, au moment de la conclusion du contrat, ait eu conscience que l'exploitant n'était pas définitivement engagé.

719. **L'identification possible à une vente à la dégustation.** L'on pourrait même aller plus loin et se demander si cette qualification de promesse unilatérale n'est pas présumée dans les cas où l'agrément est nécessairement fondé sur des critères subjectifs, car au-delà du caractère publiable de l'œuvre, l'agrément souvent lié aux préférences personnelles de l'exploitant. On peut faire ici un parallèle avec la vente à la dégustation. L'article 1587 dispose que : *« À l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées »*. Si l'on ne peut « goûter » une œuvre au sens gustatif du terme, l'agrément de celle-ci est parfois histoire de goût. Les hypothèses de vente à la dégustation peuvent être étendues au-delà de la vente des biens alimentaires. Il peut en être ainsi de la vente d'un chien de chasse, d'un cheval de course, d'un vêtement sur mesure, ou encore, selon Messieurs Malaurie, Aynes et Gautier, d'un enregistrement musical[1023]. Les raisons poussant ces auteurs à étendre le champ d'application de la vente à la dégustation aux enregistrements musicaux justifient tout autant que celui-ci soit étendu à d'autres types d'œuvres. L'article 1587 du Code civil pose une présomption de volonté. Contrairement à la vente à l'essai, qui est une vente sous condition suspensive, la vente à la dégustation n'est pas encore une vente, c'est une promesse unilatérale.

---

[1019] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit*., n°527, p. 569.

[1020] Cass. 3ème civ., 21 nov. 1984 : *Bull. civ*. III, n°198 ; *RTD civ*. 1985, p. 591, obs. P. REMY.

[1021] CA Paris, 30 oct. 1930 : *Gaz. Pal*. 1930, p. 623.

[1022] S. VALORY, *Potestativité et requalification du contrat : Dt. et patr*. n°72, juin 1999, p. 75.

[1023] Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n°105, p. 64.

Lorsque l'agrément de l'exploitant est nécessairement fondé sur des critères subjectifs, il faudrait alors voir dans le contrat conclu non un contrat définitif conclu sous condition suspensive mais une promesse unilatérale de cession des droits, l'agrément constituant, selon la mécanique de la promesse, la levée de l'option.

720. **Conclusion.** La promesse unilatérale laisse à l'exploitant le bénéfice d'une option, qui lui permettra de conclure le contrat d'auteur si l'œuvre qu'il a commandée lui convient, et de ne pas le conclure si l'œuvre ne lui convient pas. Elle laisse à l'exploitant le temps de voir l'œuvre achevée avant de s'engager, en s'assurant que l'auteur a déjà consenti à la cession de ses droits. Le recours au mécanisme de la promesse permet de ne pas laisser planer le risque de voir l'engagement contractuel remis en cause par le grief de potestativité[1024]. Une telle solution peut sembler trop favorable à l'exploitant, et trop peu favorable à l'auteur. Pourtant, comme l'affirme Monsieur Gautier, il semble inéquitable *« que le cocontractant de l'auteur soit forcé d'accepter une œuvre dont il ignorait la teneur lors de la signature du contrat et qui s'avère « impubliable »* ». D'autant que les intérêts de l'auteur ne sont pas pour autant sacrifiés lorsque l'option accompagne un contrat de commande. La promesse concerne uniquement la cession des droits d'exploitation pouvant faire suite au contrat de commande, mais ne remet pas en cause le contrat de commande en lui-même. L'auteur devra donc, quel que soit le sort du contrat d'exploitation, se voir rémunérer pour son travail. De plus, si l'exploitant lui a consenti une avance sur ses droits, celle-ci pourrait, en cas de promesse, être analysée comme une indemnité d'immobilisation[1025] qui lui serait alors acquise de droit en cas de refus de lever l'option[1026]. Le mécanisme de la promesse unilatérale s'avère une fois de plus particulièrement répondre aux particularités de la construction du contrat d'auteur.

721. Monsieur Gautier proposait également d'avoir recours à une promesse synallagmatique de contrat, *« que les parties réitèreraient sans y être nécessairement contraintes »*[1027]. Les parties

---

[1024] S. VALORY, *Potestativité et requalification du contrat* : art. préc., p. 75.

[1025] Selon P.-Y. Gautier, l'indemnité d'immobilisation peut résider dans le prix payé pour l'exécution de la commande. Il nous semble cependant qu'il faut bien distinguer le contrat de commande d'un côté, et l'avant-contrat de l'autre, qui ne concerne que les droits d'exploitation sur l'œuvre. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 526, p. 568.

[1026] On en revient donc à la proposition formulée par P.-Y. Gautier, qui proposait soit de payer, soit de publier. Simplement, il ne s'agit pas ici de l'exécution d'une obligation alternative prenant appui sur les articles 1189 et suivants du Code civil, mais d'une simple application de l'article 1134, trouvant sa source dans la force obligatoire de l'engagement que se sont donné les parties.

[1027] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 526, p. 568.

peuvent en effet prévoir, dans la promesse synallagmatique, que la réitération de leur consentement dans le contrat définitif sera requise *ad validitatem*. S'il s'agit incontestablement d'une manière de retarder la conclusion du contrat, l'on peut cependant douter qu'il s'agisse déjà ici d'un avant-contrat.

## *Section 2. L'avant-contrat anticipant la conclusion du contrat*

722. **La promesse synallagmatique valant parfois contrat de négociation**. La promesse synallagmatique de contrat est un contrat dont l'autonomie est de longue date débattue[1028]. Bien que les auteurs l'étudient au sein de leurs développements consacrés aux avant-contrats, elle n'est souvent considérée comme un véritable avant-contrat que dans les cas où elle retarde la conclusion du contrat définitif car les parties ont « essentialisé » des éléments accessoires en éléments constitutifs du contrat. Cette promesse se distinguerait dans ce cas du contrat conditionnel dont la formation est déjà parfaite mais dont l'effectivité est suspendue à la survenance de l'évènement érigé en condition. Il faut cependant que la réalisation de l'évènement ne dépende pas uniquement de la volonté des parties. Dans ce cas, il ne s'agirait pas d'un avant-contrat mais d'un simple projet[1029]. Les parties ne se sont pas réellement engagées puisqu'elles ont encore la possibilité de revenir sur leur consentement en ne signant pas le contrat définitif.

723. **La promesse synallagmatique valant contrat conditionnel ou contrat à terme.** La promesse synallagmatique permet dans certains cas d'anticiper la conclusion du contrat, tout en retardant ses effets. Lorsque celle-ci est porteuse du consentement des parties au contrat et des éléments essentiels du contrat définitif, elle marque déjà sa conclusion, donnant parfois vie à un contrat conditionnel, comme nous venons de le voir, ou à un contrat à terme[1030]. L'on peut alors douter de son utilité. Comme le montre Monsieur Bénabent au sujet de la vente, *« ici les deux*

---

[1028] En 1909 déjà, E. LEDUC ne classait pas les promesses synallagmatiques de contrats parmi les contrats préparatoires. E. LEDUC, *Des avant-contrats*, Thèse, Paris, 1909. Sur l'autonomie de la promesse de contrat vis-à-vis du contrat définitif, voir A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, p. 77 et s. - Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, p. 82 et s. – F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, *op. cit.*, p. 87 et s. Voir également S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, thèse préc., p. 186 et s. Cet auteur montre que la promesse synallagmatique peut dans certains cas se rattacher à un contrat de négociation, et parfois au contraire constituer le contrat définitif, mais qu'en aucun cas il ne s'agit d'un avant-contrat autonome.

[1029] A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n°153 p. 79.

[1030] De la promesse synallagmatique peut aussi, comme nous l'avons vu, résulter un contrat conditionnel. La condition a pour effet d'anticiper le futur, mais le sort du contrat demeure incertain, hypothèse qui ne nous intéresse pas ici.

*consentements sont déjà donnés et l'on pourrait juger inutile ce contrat « préparatoire » qui paraît déjà constituer en réalité la vente elle-même »*[1031]. En effet, l'article 1589 prescrit que *« la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a accord réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».* La portée de la promesse synallagmatique de vente doit s'étendre à toutes les promesses synallagmatiques de contrat consensuel. Cette disposition n'est qu'un rappel du principe du consensualisme. Dès lors que les parties se sont entendues sur le principe du contrat et sur ses obligations essentielles, le contrat définitif est déjà conclu, sans formalité supplémentaire. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer cette extension pour de nombreux contrats, qu'il s'agisse d'une promesse de bail[1032], d'une promesse de contrat de travail[1033], de la promesse d'échange[1034] de la promesse d'un contrat de société[1035], ou encore, dans un domaine proche du nôtre, de la promesse de cession d'un brevet d'invention[1036]. Il en est de même pour le contrat d'auteur, dans la mesure où celui-ci demeure un contrat consensuel. La promesse de contrat d'auteur vaut contrat d'auteur lorsque qu'il y a un engagement réciproque entre l'auteur et l'exploitant sur les éléments essentiels du contrat définitif. Ces éléments essentiels sont relatifs au prix de la cession, aux conditions de son exploitation et à la détermination des droits cédés. Il faut se référer aux dispositions impératives du Code de la propriété intellectuelle pour en prendre la mesure selon chaque contrat d'auteur envisagé. Si les exigences quant aux éléments essentiels sont plus fortes qu'en matière de vente, le principe du consensualisme commande que la valeur de la promesse synallagmatique de contrat d'auteur soit la même que celle portant sur une vente lorsque ces éléments sont établis.

724. **L'intérêt du recours à la promesse synallagmatique de contrat d'auteur.** Si la promesse synallagmatique de contrat d'auteur vaut contrat d'auteur, quel est alors l'intérêt d'avoir recours à une telle figure contractuelle ? L'intérêt vient bien souvent du temps nécessaire à formaliser et à négocier les modalités de l'accord. Négocier un contrat d'auteur est parfois une longue entreprise, qui peut prendre plusieurs mois. Les parties désireuses de fixer d'ores et déjà leur engagement, de le consigner, peuvent alors décider de conclure une promesse synallagmatique de contrat d'auteur,

---

[1031] A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n°151, p. 77.

[1032] Cass. 3ème civ., 28 mai 1997 : *Bull. civ*. 1997, III, n° 116 ; *CCC*, 1997, comm. 131, note L. LEVENEUR.

[1033] Cass. 1re civ., 16 nov. 1927 : *DP*, 1928, 1, 33, note A. ROUAST. – Cass. Soc., 13 mars 1974 : *Bull. civ.* 1974, V, n° 173.

[1034] Cass. 3ème civ., 19 juin 1968 : *Bull. civ.* 1968, III, n° 287 ; *JCP G*, 1968, IV, 134.

[1035] J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat, op. cit.*, n°547, p. 330.

[1036] Com, 17 févr. 1982 : *Bull. civ*. 1982, IV, n°64 ; *D.* 1983, p. 484, note J. SCHMIDT.

remettant à plus tard la détermination des modalités de leurs obligations, détermination qui marquera l'instant de la naissance des effets du contrat.

725. **Le *memo deal*.** S'est ainsi développée, en France, une technique contractuelle issue de la pratique anglo-saxonne, celle du « mini-contrat ». Nommé par la pratique *mini deal*, *memo deal* ou encore *deal memo*, ces contrats sont de plus fréquents et tendent à se généraliser. Ces contrats cristallisent l'engagement des parties, et leur accord sur les éléments essentiels de l'exploitation de l'œuvre. Leur nature dépend de la manière dont ils sont rédigés, et de la clause prévoyant l'articulation entre ce contrat et le contrat définitif.

726. **Le *memo deal* valant contrat de négociation.** Les éléments accessoires, les modalités de l'obligation, restant à négocier, les parties peuvent prévoir qu'au bout d'un certain temps, quelques mois en général, si les négociations n'aboutissent pas et que les parties n'arrivent pas à s'entendre, chacune reprendra sa liberté. Il ne s'agit alors que d'un contrat de négociation, un accord de principe, un simple projet qui ne crée à la charge des parties qu'une obligation de négocier, de bonne foi, les modalités d'exécution du contrat.

727. **Le *memo deal* valant contrat d'auteur.** Au contraire, le *memo deal* peut prévoir qu'en cas de blocage des négociations, le contrat définitif entrera en vigueur au bout d'un certain temps. Il s'agit alors d'une promesse synallagmatique valant déjà contrat d'auteur, dont les effets sont reportés à la date butoir des négociations, date qui joue alors le rôle d'un terme suspensif. Tout est question ici de stratégie, et l'articulation entre le *memo deal* et le contrat définitif dépend de l'habileté des négociateurs qui, selon l'intérêt qu'ils ont à voir le contrat conclu prématurément ou au contraire à retarder l'engagement, en feront, par ces quelques lignes, soit un contrat de négociation, soit un contrat synallagmatique abritant d'ores et déjà le consentement définitif des parties au contrat. Lorsqu'il prend les traits d'une promesse synallagmatique, le *memo deal* permet ainsi d'anticiper la conclusion du contrat sur le déroulement des négociations. Si le *memo deal* emprunte la valeur du contrat définitif, celui-ci s'inscrira dans un *instrumentum* différent. Il s'agit d'une « version courte » du contrat, qui est en général constitué de quelques pages, trois ou quatre, quand le contrat définitif en fera parfois quatorze ou quinze. Les parties à ce contrat devront réitérer leur consentement dans l'acte définitif, mais la signature n'est déjà plus qu'une formalité, dont l'exécution pourra être forcée par le juge[1037]. L'intérêt d'un tel contrat est non seulement de s'assurer par avance de la conclusion

---

[1037] Sur l'inexécution de la promesse synallagmatique, voir J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire à l'épreuve*

du contrat, mais également, du côté de l'auteur, de se faire consentir une avance sur ses droits, celle-ci n'étant versée que dès lors que celui-ci s'est réellement engagé. Il produit une obligation spécifique, celle de réitérer le consentement dans le contrat définitif, à titre de simple formalité. L'acte de promesse vaut déjà contrat définitif mais il se distingue de celui-ci, qui viendra alors entériner tous ses effets, notamment à l'égard des tiers. En cela, il constitue un contrat préparatoire. Pourtant, à cette heure, l'auteur ne dispose déjà plus de la maîtrise de ses droits et le contrat définitif est déjà formé entre les parties. L'œuvre a déjà pris son envol.

*des avant-contrats :* art. préc., p. 35 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

728. Au terme de ce chapitre, il apparaît que les avant-contrats d'auteur permettent aux parties d'organiser la conclusion du contrat dans le temps. Ils ont parfois pour objectif de retarder cette conclusion, tout en offrant par avance une garantie sur celle-ci. C'est le cas notamment de la promesse unilatérale de contrat, offrant à son bénéficiaire un droit potestatif dont nous avons apprécié les principales vertus. Monter un projet prend parfois du temps, et demande parfois un investissement important. Celui qui en prend l'initiative doit pouvoir s'assurer qu'à l'issue des démarches qu'il entreprend, il pourra acquérir les droits nécessaires à cette exploitation. Nous avons, afin d'illustrer cette utilité, pris l'exemple du contrat d'option en matière de création audiovisuelle. L'option consentie par l'auteur est également, dans ce cas, un gage de sérieux vis-à-vis des partenaires financiers démarchés, permettant de mener à bien le projet. Cette option offre le temps de la réflexion et de l'aboutissement du projet. À ce titre, le pacte de préférence peut lui aussi présenter une utilité importante, en permettant de mettre, pour un temps, les concurrents de côté. En retardant la conclusion du contrat, l'avant-contrat offre également parfois le temps de voir l'œuvre achevée avant d'en acquérir les droits. Nous avons illustré cette utilité au regard de l'agrément conditionnant l'effectivité de nombre de contrats d'auteur. Cet agrément étant soumis à une appréciation subjective, la condition affectant le contrat définitif pourrait dans de nombreux cas être qualifiée de purement potestative. Une promesse unilatérale de cession des droits au bénéfice de l'exploitant permet alors de préférer à un engagement potestatif illicite un droit potestatif licite. Le mécanisme de la promesse synallagmatique de contrat permet également parfois de retarder la conclusion du contrat, lorsque les parties conviennent de faire d'un élément accessoire à cette conclusion un élément essentiel. Cependant, nous l'avons vu, cet élément, érigé en condition, ne devrait pas dépendre de la seule volonté des parties faute de quoi la promesse ne serait alors qu'un simple projet, les parties ne s'étant pas réellement engagées. Les avant-contrats permettent, parfois, au contraire, d'anticiper la conclusion du contrat sur l'aboutissement des négociations ou sur la survenance d'un évènement, que celui-ci soit certain ou incertain. La promesse synallagmatique valant contrat définitif permet ainsi de consigner l'engagement des parties alors même que les négociations portant sur l'ensemble des modalités du contrat n'ont pas encore abouti. Les illustrations de ces diverses utilités pourraient être multipliées, et sont propres à chaque domaine de la création. Ces seuls exemples montrent cependant déjà que les avant-contrats sont de réels outils d'organisation du temps de l'avant-contrat.

# CONCLUSION DU TITRE 2

729. *« La négociation est un des très rares domaines de l'action humaine où nous soyons largement maîtres du temps »*[1038]. Les avant-contrats participent incontestablement de cette maîtrise du temps. Ainsi certains permettent de gérer la relation contractuelle dans le temps. La relation entre un auteur et un exploitant à parfois vocation à s'inscrire dans la durée. Par un contrat de travail ou encore par un contrat de commande portant sur la création de plusieurs œuvres futures, la relation entre l'auteur et l'exploitant est déjà établie. Pourtant, ces contrats ne permettent pas de gérer les droits d'auteur dans le temps. Les avant-contrats apparaissent alors, nous l'avons vu, comme des outils permettant d'assurer la pleine efficacité de cette relation contractuelle pérennisée. Les incertitudes tenant à leur validité devraient cependant être levées afin de tirer pleinement partie de ces instruments contractuels sans craindre de voir l'engagement annulé. Contrat nommé par le droit des contrats d'auteur, le pacte de préférence dans le contrat d'édition apparaît quant à lui comme un véritable outil de pérennisation de la relation contractuelle. Indépendamment de tout contrat portant sur la force de travail de l'auteur, cet avant-contrat permet, nous l'avons vu, d'inscrire la relation entre un auteur et un éditeur dans la durée. Il réalise un compromis entre les intérêts de l'auteur et de l'exploitant, en permettant à l'éditeur de tirer pleinement partie des risques qu'il prend en misant sur un auteur, tout en assurant que la liberté de l'auteur ne sera pas de trop entachée. A défaut de certitudes sur la validité des avant-contrats portant sur plusieurs œuvres futures, cette figure contractuelle mérite certainement d'être étendue à d'autres domaines que le secteur de l'édition. Les avant-contrats apparaissent donc comme des instruments de gestion de la relation contractuelle dans le temps, relation qui a vocation à s'inscrire dans la durée.

730. Ils ont parfois pour fonction de gérer le temps de la relation contractuelle. Les parties envisageant la conclusion d'un contrat d'auteur peuvent avoir intérêt à organiser le moment de la conclusion du contrat définitif. Certains instruments contractuels de l'avant-contrat permettront alors aux parties de retarder la conclusion du contrat d'auteur, afin de se donner du temps, ou au contraire de l'anticiper, afin de se donner des garanties réciproques. À ce titre, le développement du

---

[1038] M. BOURRY D'ANTIN, S. LE DAMANY, V. ASSELINEAU, S. BENSIMON, *Art et techniques de la négociation*, *op. cit.*, p. 27.

*memo deal* fait montre de la volonté qu'ont parfois les négociateurs d'accélérer la conclusion du contrat d'auteur, dont les négociations sont souvent longues et sinueuses.

731. A ainsi été mis en évidence le cadre fonctionnel des avant-contrats d'auteur. Certaines de ces fonctions sont le propre des avant-contrats, d'autres sont directement liées à des problématiques spécifiques au droit des contrats d'auteurs. Les fonctions des avant-contrats sont diverses. Le besoin de sécurité dans la période précontractuelle se fait parfois sentir, tandis que le besoin de conserver une certaine liberté est lui aussi parfois prégnant. Les avant-contrats sont alors des outils contractuels précieux, permettant, selon ce qu'entendent en faire les parties, d'osciller entre contrainte et liberté.

# CONCLUSION DE LA PARTIE 2.

732. L'articulation entre les règles du droit commun des contrats, les droits spéciaux de la vente et du bail auxquels peuvent se rattacher les contrats d'auteur et le droit des contrats d'auteur ne laisse aucun doute, le droit des contrats d'auteur encadre les avant-contrats d'auteur. La liberté contractuelle, qu'elle s'exprime dans la conclusion du contrat comme dans la conclusion d'un avant-contrat, est surveillée. Bien que ne visant expressément qu'un avant-contrat, le pacte de préférence dans le contrat d'édition, ses règles, parfois communes à tous les contrats d'auteur, parfois propres à certaines figures contractuelles, permettent un véritable contrôle de l'engagement de l'auteur dans le temps de l'avant-contrat. Le droit commun des contrats n'y est cependant pas étranger, trouvant vocation à s'appliquer dans les interstices laissés par les droits spéciaux.

733. L'étude des règles du droit des contrats d'auteur nous a ainsi permis de mettre en évidence le cadre normatif dans lequel vont pouvoir s'inscrire les avant-contrats préparant un contrat d'auteur. Il apparaît que ce cadre normatif n'est pas unitaire. Certaines règles générales ont été dégagées, d'autres seront appréciées de manière particulière selon les obligations que comporte l'avant-contrat envisagé ainsi que la qualification du contrat préparé. Elles seront également différentes selon que l'avant-contrat porte sur des œuvres futures ou sur des œuvres déjà créées. Nous avons montré que les règles du droit d'auteur ajoutaient certaines conditions au droit commun des contrats relatives et à la formation et à la preuve de certains avant-contrats d'auteur. Certaines règles de forme devraient ainsi conditionner la preuve de l'engagement de l'auteur dans les liens de l'avant-contrat, à défaut de formalisme conditionnant sa validité. La preuve de l'engagement de l'auteur sera donc plus difficilement rapportée que celle de son partenaire, les règles protectrices du droit des contrats d'auteur ne s'appliquant qu'à son bénéfice. Nous avons cependant montré que l'application de ces règles probatoires, si elle est souhaitable, se justifie au regard de l'esprit de la loi mais non de manière certaine au regard de sa lettre pour tous les avant-contrats envisagés. La jurisprudence ayant rarement eu l'occasion de se pencher sur la question, des incertitudes demeurent donc quant aux modes de preuve de certains avant-contrats d'auteur. Au-delà de ce formalisme probatoire, le droit des contrats d'auteur ajoutera des règles de détermination de l'objet du contrat préparé particulièrement renforcées par rapport au droit commun des contrats. Là encore, celles-ci seront différentes selon l'avant-contrat envisagé. Certains appelleront plus de souplesse que d'autres, c'est le cas des avant-contrats ne comportant pas de manière anticipée le consentement de l'auteur au contrat définitif.

734. À côté de ces conditions ajoutées, le droit d'auteur soustrait à la liberté contractuelle certaines possibilités qu'offre le droit commun des contrats. Il en est ainsi du droit moral, et du principe de prohibition de cession globale des œuvres futures. Tous deux limiteront l'objet possible des avant-contrats. Certaines prérogatives du droit moral, auquel l'auteur ne peut renoncer, entreront parfois en confrontation avec le contrat de promesse unilatérale notamment, limitant la portée de l'engagement, sa pérennité. Il en est ainsi du droit de divulgation, mais aussi du droit de retrait et de repentir, qui devrait selon nous pouvoir être invoqué avant même la conclusion du contrat d'auteur. Le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures viendra quant à lui encadrer les possibilités pour l'auteur de s'engager par avance sur ses œuvres futures, quel que soit l'avant-contrat par lequel il se lie. À l'exception de l'avant-contrat nommé qu'est le pacte de préférence dans le contrat d'édition, la limite posée par la loi demeure cependant particulièrement incertaine, nous l'avons montré, ce qui rend la détermination des frontières du cadre de validité des avant-contrats particulièrement difficile à définir lorsqu'ils portent sur des œuvres futures. Admettre une approche souple de l'appréhension de ce principe apparaît cependant opportun, à condition que l'engagement de l'auteur soit mesuré.

735. Le cadre normatif défini, les avant-contrats, qui demeurent pour la plupart des contrats innommés, vont pouvoir s'épanouir librement pour autant qu'ils s'inscrivent dans ce cadre, remplissant des fonctions diverses. Ils ont parfois pour fonction d'aménager dans le temps la relation contractuelle. Certains permettent ainsi de pérenniser une relation contractuelle, tandis que d'autres vont être au service de l'efficacité d'une relation contractuelle déjà établie par un autre contrat, un contrat de travail ou un contrat de commande par exemple. Ils ont aussi parfois pour fonction d'organiser le temps de la relation contractuelle, permettant aux parties de maîtriser le moment du passage du temps de l'avant-contrat à celui du contrat conclu, qu'ils retardent ce moment ou qu'ils l'anticipent. L'étude de ces diverses utilités nous a permis de définir le cadre fonctionnel des avant-contrats d'auteur.

736. Le cadre fonctionnel de ces avant-contrats est riche. Auteurs et exploitant devaient y trouver les moyens d'organiser au gré de leurs besoins leur relation contractuelle. Si le droit des contrats encadre les avant-contrats d'auteur, il laisse une marge permettant un engagement mesuré de l'auteur. Cette marge gagnerait à être mieux définie, afin de permettre aux parties de bénéficier pleinement de toutes les utilités qu'elles peuvent retirer de tels contrats.

# CONCLUSION GENERALE

737. Malgré le constat premier de l'absence apparente de règles s'appliquant à l'avant-contrat en droit des contrats d'auteur, il apparaît que le droit positif offre les moyens d'un réel contrôle de la période précontractuelle et des contrats pouvant être conclus durant cette période. Certes le Code civil et le Code de la propriété intellectuelle demeurent silencieux sur cette période de préparation et de maturation du contrat. Mais les règles générales qu'ils édictent vont, tout au long de la période précontractuelle, permettre d'assurer un équilibre entre liberté, loyauté et sécurité, s'infiltrant progressivement dans le cheminement vers le contrat final. L'auteur, comme son partenaire, peuvent *a priori* y trouver protection, ainsi que de nombreuses possibilités leur permettant d'organiser le temps de la négociation, le temps de l'avant-contrat. Ils trouvent protection dans des fondements de droit commun, qui permettent une véritable régulation de la période précontractuelle, ordonnant une articulation mesurée entre liberté, loyauté, et, dans une certaine mesure, sécurité. La liberté précontractuelle trouve ainsi sa mesure dans l'exigence d'une négociation loyale du contrat, imposant, tout au long du déroulement des pourparlers, un certain nombre de devoirs.

738. Nous nous demandions si le droit commun était apte à réguler efficacement cette période de construction, de création des contrats d'auteur. Ceux-ci sont divers, variés, certains sont nommés, d'autres innomés, l'auteur est parfois professionnel, parfois profane, tout comme son partenaire. L'auteur est présumé être la partie faible au contrat, il l'est dans la plupart des cas, mais parfois le rapport de force est inversé. Le recours à la notion de faute précontractuelle et les outils de sa détermination, souples, semblent permettre de prendre en compte cette diversité, ainsi que la diversité des comportements dommageables naissant à l'occasion de cette période. Le droit d'auteur, parfois, renforce l'étendue des devoirs de droit commun s'imposant aux négociateurs, en justifie la sanction. Il en est ainsi du droit de divulgation, qui devrait étendre le contenu des informations devant être transmises lors des négociations au regard du devoir de transparence, à un certain nombre d'informations concernant le contrat futur et l'exploitation future de l'œuvre lorsque l'œuvre objet du contrat n'a pas encore été divulguée. Le droit au respect de l'œuvre devrait lui aussi justifier la pleine connaissance par l'auteur de toutes les informations touchant à l'exploitation future de l'œuvre envisagée. Le droit moral justifie ainsi une application large de ces devoirs, dictés et sanctionnés par des fondements de droit commun.

739. Ces devoirs assurent une certaine sécurité, au regard notamment de la confiance suscitée par l'autre. Pour autant, cette sécurité ne sera jamais, à ce temps, celle de l'avènement du contrat. Seul l'engagement permettra de formaliser ce qui n'était, jusqu'alors, qu'une idée. À défaut, les volontés peuvent encore changer, la liberté contractuelle demeure.

740. Cette même liberté permet aux parties de se tourner vers le futur, de l'anticiper, de tenter de le maîtriser. C'est par le contrat, acte de prévision, qu'elles pourront alors faire du temps un allié. Jusque-là, les volontés se trouvaient soumises aux incertitudes que le temps des négociations faisait peser sur elles. Dès lors qu'elles se rencontrent, *« les volontés se cristallisent en consentement produisant un accord qui échappe à leur contrôle »*[1039]. Par cet engagement, le droit des contrats d'auteur, prescrivant des règles spéciales, dérogatoires du droit commun, va s'infiltrer dans le temps de l'avant-contrat, en encadrant les figures contractuelles par lesquelles l'auteur s'engage vis-à-vis du contrat futur. Les règles du droit des contrats d'auteur organisent la surveillance de l'engagement de l'auteur, que celui-ci soit formalisé par un contrat ou par un avant-contrat. Elles l'organisent à travers des règles de preuve, ainsi que des règles relatives à la détermination de l'objet du contrat préparé par l'avant-contrat. Elles délimitent un cadre dont les frontières ne pourront être franchies par les avant-contrats, afin d'assurer que l'engagement de l'auteur demeurera mesuré. Le recours au droit commun des contrats sera toutefois opéré, ses règles étant applicables à défaut de règles spécifiques.

741. Ainsi, l'articulation entre droit commun et droit des contrats d'auteur semble se faire de manière harmonieuse. On trouve dans le droit commun les fondements d'une régulation de la période précontractuelle, et dans le droit d'auteur les fondements d'un encadrement de l'engagement de l'auteur dans cette période.

742. De nombreuses incertitudes demeurent cependant, notamment quant à l'étendue de l'aménagement contractuel possible au regard du principe de prohibition de cession globale des œuvres futures, quant à l'étendue et l'existence du devoir d'informer son partenaire, quant à la forme que doivent revêtir les avant-contrats engageant l'auteur. Ces incertitudes sont notamment liées aux interprétations divergentes des différentes notions envisagées, des fondements mobilisés. Elles sont d'autant plus fortes que les contentieux soumis aux juges sont rares et ne leur donnent pas souvent l'occasion de se prononcer sur ces questions. Cette absence de contentieux est elle-même éclairante. Bien que les règles soient théoriquement efficaces, les auteurs les mobiliseront rarement, même lorsqu'ils auront subi un préjudice important. Le manque de lisibilité du droit sur ces questions n'y est pas étranger. La pression de certains milieux non plus. Concernant les informations transmises lors des négociations, seule l'instauration de mesures collectives et préventives pourrait certainement en assurer une pleine visibilité, sur le modèle du droit de la consommation par exemple. La diversité

---

[1039] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats : RTD civ*. 1997, p. 361.

des contrats d'auteur serait cependant certainement un frein à de telles prévisions. La solution la plus opportune serait peut-être alors la voie de l'autorégulation, secteur par secteur. Cette autorégulation est déjà en place, des Codes des usages ont été adoptés dans de nombreux domaines. Il suffirait alors de les doter de telles prévisions. Concernant les règles propres au droit d'auteur, des clarifications s'imposent. Il serait souhaitable d'avoir une approche harmonisée de certains grands principes subordonnant à leur respect les contrats conclus par les créateurs. On peut aussi relever que ces contrats demeurent, du fait du droit moral de l'auteur, fragiles, ce qui tend à ajouter à l'insécurité de cette période informelle.

743. Entre liberté, contrainte, et sécurité, l'équilibre de l'avant-contrat en droit d'auteur est certainement encore à rechercher. L'interprétation des règles de l'avant-contrat, issues du droit commun et du droit des contrats d'auteur, doit être guidée par cette idée de mesure. L'engagement de l'auteur dans les liens de l'avant-contrat peut être redouté lorsqu'il engage trop fortement sa liberté. Il doit donc être encadré. Cependant, il présente de nombreuses utilités permettant aux exploitants d'organiser la gestion des droits et aux auteurs d'anticiper cette gestion. À un journaliste qui leur demandait ce qui venait en premier des paroles ou de la musique les frères Gershwin répondaient : « *En premier, vient le contrat* »[1040]. Si une anticipation trop forte nuit certainement à la liberté de l'auteur et à sa création, une anticipation mesurée de celle-ci peut au contraire l'encourager. Le législateur était certainement conscient de cette réalité lorsqu'il a encadré le pacte de préférence portant sur des œuvres futures dans le contrat d'édition.

744. Auteurs et exploitants, se tournant vers le temps futur, auront parfois tout intérêt à organiser conventionnellement le temps de l'avant-contrat. Le droit leur offre les outils de la maîtrise du temps, du temps des simples échanges de propositions à celui de l'échange des consentements. Cet échange des consentements marque la fin du temps de l'avant-contrat. À cet instant, l'idée de contrat est enfin formalisée, et le contrat d'auteur créé.

---

[1040] Extrait d'une interview de George et Ira Gershwin, réalisée en 1924 à l'occasion de la promotion de la comédie musicale *Lady Be Good* dont ils avaient respectivement composé la musique et écrit les paroles.

# BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS ET COURS

**ALLEAUME (C.)**

- *Propriété intellectuelle*, Montchrestien, coll. *Cours*, 2010.

**ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.)**

- *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2008.

**AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-C.)**

- *Droit de la propriété industrielle*, 6éme éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006.

**BENABENT (A.)**

- *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2010.
- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ème éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2011.

**BENHAMOU (F.)**

- *L'économie de la culture*, 7ème éd., La découverte, coll. *Repères*, 2011.

**BERGEL (J.-L.)**

- *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003.

**BISSARDON (S.)**

- *Droit et justice en citation et adages*, 3ème éd., Litec, coll. *Objectif droit*, 2011.

**BRY (G.)**

- *La propriété industrielle littéraire et artistique*, 3ème éd., Sirey, 1914.

**BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**

- *Droit international privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2007.

**CABRILLAC (R.)**

- *Droit des obligations*, 9ème éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2010.

**CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.)**

- *Droit de la consommation*, 7ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006.

**CARBONNIER (J.)**

- *Droit civil, Les obligations*, T.4, 22ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2000.
- *Droit et passion sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

**CARON (C.)**

- *Droit d'auteur et droits voisins*, 1re éd., Litec, coll. *Manuel*, 2006.

**CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) et BOUGLE (C.)**

- *Introduction historique au droit des obligations*, 2ème éd., Litec, coll. *Cours objectif droit*, 2011.

**COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.)**

- *Contrats civils et commerciaux*, 9ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2011.

**COLOMBET (C.)**

- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ème éd., Dalloz, Droit privé, coll. *Précis*, 1999.

**CORNU (G.)**

- *Droit civil-Introduction au droit*, 13ème éd., Montchrétien, coll. *Domat droit privé*, 2007.
- *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., PUF, coll. *Quadrige*, 2011.

**DEMOGUE (R.)**

- *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, T. II, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

**DESBOIS (H.)**

- *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd., 1978.

**FABRE-MAGNAN (M.)**

- *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 2ème éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2010.

**FAGES (B.)**

- *Droit des obligations*, 3ème éd., LGDJ, coll. *Manuels*, 2011.

**FLOUR (J.), AUBERT (J-L.) et SAVAUX (E.)**

- *Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique*, 12ème éd., Sirey, coll. *Sirey Université*, 2006.

**FRANÇON (A.)**

- *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, coll. *Les cours de droit*, 1993.

**GATSI (G.)**

- *Les contrats spéciaux*, Armand Colin, coll. *Cursus*, 1998.

**GAUTIER (P.-Y.)**

- *Propriété littéraire et artistique*, 7ème éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2010.

**GHESTIN (J.) et DESCHE (B.)**

- *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990.

**HUARD (A.)**

- *Des contrats entre les auteurs et les éditeurs*, Paris, Marchal et billard, 1889.

**HUET (J.)**

- *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil*, 2ème éd., LGDJ, 2001.

**LARROUMET (C.)**

- *Les obligations, le contrat, 1re Partie : Conditions de formation*, T. III, 6ème éd., Economica, coll. *Droit civil*, 2007.

**LE TARNEC (A.)**

- *Manuel de propriété littéraire et artistique*, 2de éd., Dalloz, 1966.

**LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.)**

- *Histoire du droit civil*, 2ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2010.

**LUCAS (A.) et LUCAS (H.-J.)**

- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, coll. *Traités*, 2006.

**LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLEANI (G.)**

- *Droit du marché*, 1re éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2002, p. 1010.

**MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.)**

- *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003.

**MACELLIN (S.), VIVANT (M.) et COSTES (L.)**

- *Lamy droit de l'informatique et réseaux*, éd. Lamy, 2008.

**MAINGUY (D.)**

- *Les contrats spéciaux*, 7ème éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2010.

**MAINGUY (D.) ET RESPAUD (J.-L.)**

- *Droit des obligations*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008.

**MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.)**

- *Les contrats spéciaux*, 5ème éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2011.

**MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

- *Les obligations*, 3ème éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007.

**MALINVAUD (P.)**

- *Droit des obligations*, 9ème éd., Litec, coll. *Manuel*, 2005.

**MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.)**

- *L'avant-contrat*, éd., Francis Lefebvre, 2001.

**MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.)**

- *Technique contractuelle*, 2ème éd., éd. Francis Lefebvre, 1999.

- *Technique contractuelle*, 4ème éd., éd. Francis Lefebvre, 2010.

**PIERRAT (E.)**

- *Le droit de l'édition appliqué*, éd. du Cercle de la librairie, 2005.

**PICOD (Y.) et DAVO (H.)**

- *Droit de la consommation*, 2ème éd., Dalloz, 2010

**PLANIOL (M.), RIPERT (G.) et ESMEIN (P.-E.)**

- *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, LGDJ, 1952.

**POLLAUD-DULIAN (F.)**

- *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus Droit privé*, 2005.

**POTHIER (R.-J.)**

- *Traité des obligations*, Debure Père, 1777.

**POUILLET (E.)**

- *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Paris, 1908.

**PUIG (P.)**

- *Les contrats spéciaux*, 4ème éd., Dalloz, coll. *HyperCours*, 2011.

**RIPERT (G.)**

- *La règle morale dans les obligations juridiques*, 4ème éd., LGDJ, 1949.

**ROUBIER (P.)**

- *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, T.1, 1952.

**SERIAUX (A.)**

- *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. *Manuel*, 2006.

**TAFFOREAU (P.)**

- *Droit de la propriété intellectuelle*, 2de éd., Gualino éditeur, coll. *Manuels*, 2007.

**TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.)**

- Droit civil, *Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009.

**VIGNAL (T.)**

- *Droit international privé*, Armand Colin, 2005.

**VINEY (G.) et JOURDAIN (P.)**

- *Les conditions de la responsabilité*, Traité de droit civil, 3ème éd., LGDJ, 2006.

**VIVANT (M.) et (J.-M.) BRUGUIERE**

- *Droit d'auteur*, 1re éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009.

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

**ABELLO (A.)**

- *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préf. M. VIVANT, LGDJ, coll. *Droit et économie*, 2008.

**AUBERT (J.-L.)**

- *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970.

**BENAC-SCHMIDT (F.)**

- *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1983.

**BERGSON (H.)**

- *L'évolution créatrice*, 1907, PUF, coll. *Quadrige*, 2007.

**BLANC (N.)**

- *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, 2010.

**BORIES (A.)**

- *Le formalisme dans les contrats d'auteur, contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, préf. J-M. BRUGUIERE, PUAM, 2010.

**BOURRY D'ANTIN (M.), Le DAMANY (S.), ASSELINEAU (V.) et BENSIMON (S.)**

- *Art et techniques de la négociation*, 2ème éd., Litec, coll. *Pratique professionnelle*, 2003.

**CARBONNIER (J.)**

- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001.

**CHARBONNEL (L.)**

- *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Avignon, 2010.

**CHARTIER (R.) et MARTIN (H.-J.)**

- *Histoire de l'édition française*, T. 3, le temps des éditeurs, éd. Promodis, Paris, 1983-1986.

- *Histoire de l'édition*, T. 4, le livre concurrencé, éd. Promodis, Paris, 1983-1986.

**COHERIER (A.)**

- *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse, Paris, 1939.

**COLLART DUTILLEUL (F.)**

- *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, préf. J.-L. AUBERT, Sirey, coll. *Immobilier droit et gestion*, 1988.

**DENOIX DE SAINT MARC (S.)**

- *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, préf. A. FRANÇON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle*, 2000.

**DESIDERI (J.-P.)**

- *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997.

**DUHAUT (V.)**

- *Les conventions de confidentialité*, Thèse. Nice-Sophia Antipolis, 2005.

**DURRY (G.)**

- *Les restrictions conventionnelles à la liberté de choisir la personne de son cocontractant*, Thèse, Paris 1957, p. 100.

**ERESEO (N.)**

- *L'exclusivité contractuelle*, préf. D. FERRIER, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.* 2008.

**ETIENNEY (A.)**

- *La durée de la prestation : Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. REVET, LGDJ, coll. *Bibl.dr.privé*, 2008.

**FABRE-MAGNAN (M.)**

- *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. *Bibl.dr.privé*, 1991.

**FABRE (R.)**

- *Le know How, sa réservation en droit commun*, préf. J.-M. MOUSSERON, Librairies Techniques, 1976.

**GAUDRAT (P.) et VIVANT (M.)**

- *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004.

**GAUMONT-PRAT (H.)**

- *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Thèse, Paris II, 1993.

**GENINET (M.)**

- *Théorie générale des avant-contrats en droit privé,* Thèse, Paris II, 1985.

**GREFFE (X.)**

- *Artistes et marchés, La documentation française*, 2007.

**GUILLOUX (J.-M.)**

- *Guide de la négociation des contrats d'artistes, les contrats d'enregistrement des phonogrammes*, éd. ADAMI, 2005.

**GUTIERREZ-LACOUR (S.)**

- *Le temps dans les propriétés intellectuelles, Contribution à l'étude du droit des créations,* préf. M. VIVANT, Litec, coll. *Bibliothèque du droit de l'entreprise*, T. 65, 2004.

**HENRY (G.)**

- *L'évaluation en droit d'auteur*, préf. P.-Y. GAUTIER, Litec, coll. *Institut de recherche en propriété intellectuelle*, 2007.

**HUARD (A.)**

- *Des contrats entre les auteurs et les éditeurs*, Paris, Marchal et billard, 1889.

**HUET (J.)**

- *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris II, 1978.

**HUGUET (A.)**

- *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes de la loi du 11 mars 1957*, préf. R. SAVATIER, LGDJ, coll. *Bibl.dr.privé*, 1962.

**IZORCHE (M.-L.)**

- *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1995.

**JOSSELIN-GALL (M.)**

- *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique : étude de droit comparé et de DIP*, Joly, 1998.

**KHALVADJIAN (B.)**

- *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation, pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, PUAM, coll. *Droit de l'informatique et de la communication*, 2008.

**LACORDAIRE (H.)**

- *Conférence de Notre-Dame*, 1951.

**LEDUC (E.)**

- *Des avant-contrats*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.

**LE TOURNEAU (Ph.)**

- *Le parasitisme, notion, prévention, protection*, Litec, Paris, 1998.

**MARTEL (C.)**

- *La production audiovisuelle, les contrats*, DIXIT, 2003.

**MICHAUX (H.)**

- *Passages*, Gallimard, *Collection blanche*, 1950.

**MONTAIGNE (M.-E)**

- *Essais*, Partie II, Chapitre I, éd. Variorum, Paris, 1870.

**MONTELS (B.)**

- *Contrats de l'audiovisuel*, 2ème éd., Litec, coll. *Litec professionnels*, 2010.

**MONZER (R.)**

- *La négociation des contrats internationaux : Une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, préf. D. MAINGUY, LGDJ, 2008.

**OST (F.)**

- *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999.

**PEREZ (S.)**

- *Un couple infernal, l'écrivain et son éditeur*, Bartillat, 2006.

**PICOT (Y.)**

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse, Dijon, LGDJ, 1989.

**PILLET (G.)**

- *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, préf. P. JOURDAIN, LGDJ, 2004.

**PUIG (P.)**

- *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2002.

**RAIMOND (S.)**

- *La qualification du contrat d'auteur*, préf. C. CARON, Litec, coll. *Le droit des affaires, propriété intellectuelle*, 2010.

**RAYNARD (J.)**

- *Droit d'auteur et conflits de lois*, préf. M. VIVANT, Litec, 1991.

**RINGLER (S.)**

- *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat* ?, Thèse, Toulouse, 2010.

**RIPERT (G.)**

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948.

**ROMAIN (J.-F.)**

- *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier*, préf. P. VAN OMMESLAGUE, Bruylant, 2000.

**ROUBIER (P.)**

- *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Thèse, Lyon, 1911.

**SCHMIDT (J.)**

- *Négociation et conclusion des contrats*, éd. Dalloz, 1982.

**SEGESSER (H.-V.)**

- *Le droit moral de l'auteur*, Thèse, Genève, 1951.

**SIMLER (C.)**

- *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. C. CARON, Litec, coll. *CEIPI*, 2010.

**SIRINELLI (P.)**

- *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris, 1985.

**STRÖMHOLM (S.)**

- *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, Etude de droit comparé*, Thèse, Stockholm, 1967.

**VON IHERING (R.)**

- *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Œuvres choisies, trad. De Meulenaere, 1893.

**VON SEGESSER (H.)**

- *Le droit moral de l'auteur*, Thèse, Genève, 1951.

**WAGNER (M.)**

- *L'œuvre créée en exécution d'un contrat*, Thèse, Lausanne, 1978.

**WALRAVENS (N.)**

- *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines,* Economica, coll. *Patrimoine*, 2005.

**WINDSCHEID (B.)**

- *Wille und Willenserkalärung, « Archiv fur die civilistische Praxis »*, T.63, N. F. XIII, 1880.

MÉLANGES, RAPPORTS DE RECHERCHE ET COLLOQUES

**ABELLO (A.)**

- *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in* Droit et économie de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2005, p. 341.

**ALLAEYS (P.), BUSTIN (O.) et De MITRY (J.-H.)**

- « *La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ?* », Compte rendu du colloque « Les rendez-vous de 5 heures » organisé les 19, 10 et 21 mai 2003 par le DEA de Droit de la propriété littéraire, artistique et industrielle de l'Université Panthéon Assas Paris II, Légipresse, n°205, oct. 2003, p.117.

**ALMA-DELETTRE (S.)**

- *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle, in* Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007, p. 25.

**ANCEL (M.-E.)**

- *Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques, in* Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2005, p. 122.

**ASSOCIATION H. CAPITANT**

- *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports Doing Business de la banque mondiale*, Société de législation comparée 2005.

**AYNES (L.)**

- *L'obligation de loyauté, in* L'obligation : Arch. Phil. Droit, T. 44, 2000, p. 195.
- *La confiance en droit privé des contrats, in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p.153.

**BENILLOUCHE (M.)**

- *Le droit pénal de la période précontractuelle, in* L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats, PUF, Coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 117.

**BOUVERESSE (J.)**

- *Deux temps sociaux, deux temps de droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 11.

**CARTWRIGHT (J.)**

- *Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens, in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 31.

**CHABAL (P.)**

- *Temps politique et dynamiques de légitimation*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 27.

**DAGOT (M.)**

- *Rapport introductif, in* Pacte de préférence, liberté ou contrainte ?, Acte du colloque organisé par l'université de Toulouse le 18 nov. 2005, *Dr. et patr*. n°144, p. 35.

**EDEL (V.)**

- *Faut-il introduire un principe de confiance dans le Libre III du titre III du Code civil ? in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p. 140.

**FLEURY-LE GROS (P.)**

- *Le temps et le droit, propos liminaires*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, XVII.

**FLOUR (J.)**

- *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in* Le droit privé au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, T. I, LGDJ, coll. *Droit de la famille*, 1950, p. 93.

**FONTAINE (M.)**

- *Le processus de formation du contrat dans tous ses états, in* Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit Européen, LGDJ, 2002, p. 227.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)**

- *Volonté et obligation in* L'obligation : *Arch. Phil. Droit*, 2000, T. 44, p. 129.

**GAUDRAT (Ph.) et MASSE (G.)**

- *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport au ministre de la culture, au ministre de la justice et au Secrétaire d'Etat à l'Industrie, févr. 2020.

**GAUTIER (P.-Y.)**

- *Le mandat en droit d'auteur, in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 235.
- *Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence, identité ou lien de filiation ?, in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p. 109.
- *Le temps suffisant en droit civil,* Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, p. 53.

**GROSS (B.)**

- *La priorité du bénéficiaire du pacte de préférence : à prix égal ou à « égalité de conditions » ? : in* Droits de propriété intellectuelle, liber amicorum Georges BONET, IRPI, 2010, p. 281.

**HADAS-LEBEL (R.)**

- *Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé,* Rapport au ministre de la culture et de la communication, 1er déc. 2002 : *Légipresse,* 2003, n°198, IV, p. 6.

**JOLY (S.)**

- *L'ordre public et le droit d'auteur, in* Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007, p. 343.

**JOURDAIN (P.)**

- *Rapport Français, La bonne foi* : Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 121.

**KENFACK (H.)**

- *La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p. 117.

**LOIR (R.)**

- *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit Français des contrats*, Mémoire de DEA sous la direction de C. JAMIN, Lille 2, 2002.

**LOISEAU (G.)**

- *Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae : in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, 2008, p. 97 et s.

**LASSALLE (B.)**

- *Les pourparlers*, Mémoire sous la direction de M. Le professeur J. MESTRE, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993.

**LEBRETON (G.)**

- Préface de la publication du colloque sur « *Le temps et le droit* », organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. *Colloque et débats*, 2010, XI

**LECUYER (H.)**

- *Le contrat, acte de prévision, in* Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit, PUF, 1999, p. 643.

**LOUSSOUARN (Y.)**

- *Rapport de synthèse, La bonne foi* : Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 7.

**MAFFRE-BAUGE (A.)**

- *Le formalisme contractuel en droit d'auteur, in* Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007, p. 265.

**MAINGUY (D.)**

- *La violation du pacte de préférence, in* Pacte de préférence, liberté ou contrainte ?, Acte du colloque organisé par l'université de Toulouse le 18 novembre 2005, Dr. et patr. n°144, p. 72.

**MALAURIE (P.)**

- Rapport de synthèse, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé à la faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Litec, coll. Colloque et débats, 2010, p. 107.

**MARTIN (N.)**

- *Concurrence déloyale et propriété intellectuelle, in* Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007, p. 379.

**MARTIN (D.-R.)**

- *Des promesses précontractuelles, in* Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 487.

**MAZEAUD (D.)**

- *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle : in* Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 637.
- *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons, in* L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p. 13.

**MUIR-WATT (H.)**

- *Les pourparlers : De la confiance trompée à la relation de confiance, in* Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2003, p. 53.

**N'DIAYE (F.)**

- *Faut-il introduire un principe de confiance dans le Libre III du titre III du Code civil ? in* La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p.133.

**PLAISANT (R.)**

- *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur, in* Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle : Dalloz, 1974, p. 63.

**PORTALIS (J.-E.-M.)**

- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* : Confluences, Coll. *Voix de la Cité*, 2004. (Discours prononcé le 21 janvier 1801)

**RUBELLIN-DEVICHI (J.)**

- *L'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral, in* Etudes offertes à Jacques Lambert, éd., Cujas, Paris, 1975.

**SACCO (R.)**

- *Rapport Italien, La bonne foi* : Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 133.

**STRÖMHOLM (S.)**

- *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement, Etude sur le droit de divulgation de la loi du 11 mars 1957, in* hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle, Dalloz, 1974, p. 73.

**THUNIS (X.)**

- *L'obligation précontractuelle d'information : Un terrain de choix pour la construction doctrinale : in* Mélanges offerts à R. Cabrillac, Litec, 1999, p. 313.

**VAN OMMESLAGHE (P.)**

- *Rapport général, La bonne foi* : Travaux de l'association Henry Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 25.

**VAUNOIS (L.)**

- *L'évolution du droit moral, in* Mélanges Marcel Plaisant, Sirey, 1960, p. 295.

ARTICLES, OBSERVATIONS ET CHRONIQUES

**ALBERTINI (J.-A.)**

- *Les mots qui vous engagent : D.* 2004, p. 230.

**ALLAEYS (P.)**

- *Le droit de divulgation est-il supra-patrimonial ?,* note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010 : D. 2010, p. 1603.

**ANCEL (P.)**

- *Force obligatoire et contenu obligationnel : RTD civ*. 1999, p. 771.

**ATIAS (C.)**

- *La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi : Dalloz,* 1998, p. 203.

**BAISSUS (J.-M.)**

- *« Nous n'avons pas à craindre la compétition des systèmes juridiques »* : *JCP G.* 13 juin 2007, doctr., I 162, p. 9.

**BOY (L.)**

- *La Cour de cassation réaffirme le caractère obligatoire de l'offre : D*. 1999, p. 170.

**BOYER (L.)**

- *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats : RTD civ*. 1949, p. 1.

**BRUNET (A.) et GHOZI (A.)**

- *La jurisprudence de l'assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat : D.* 1998, p. 1.

**CALAIS-AULOY (J.)**

- *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats : RTD com*. 1998, p. 115.

**CARON (C.)**

- *Pas d'obligation d'information concernant le droit d'auteur dans un contrat de commande : CCE,* n° 6, Juin 2007, comm. 80, p. 34.

**CATHIARD (A.)**

- *Quand la bonne foi trouve un second souffle*, note sous Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : *D.* 2005, p. 1462.

**CARRE (S.)**

- *Titularité des droits d'auteur sur les contributions des journalistes salariés : incidences de la qualification du journal ou de l'existence d'un accord-cadre : Revue Lamy droit de l'immatériel*, janv. 2006, n°12, p. 6.

**CEDRAS (J.)**

- *L'obligation de négocier : RTD com*. 1985, p. 265.

**CHAUVEL (P.)**

- *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle : Dt. et patr.* nov. 1996, p. 36.

**CORNU (G.)**

- *Un code civil n'est pas un instrument communautaire : D*. 2002, chron., p. 351.

**DEFFAINS (B.)**

- *Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe, in* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, p. 85.
- *Common Law ou « droit des codes » : quel système est le plus efficace ?, Problèmes économiques : La doc. Française*, 30 mars 2005, p.3.

**DESBOIS (H.)**

- *Le droit moral : RIDA,* avr. 1958, p. 121.

**DE JUGLART (M.)**

- *L'obligation de renseignement dans les contrats : RTD civ*. 1945, p. 1.

**DERIEUX (E.)**

- *La protection des projets et genres d'émissions de radio et de télévision par le droit d'auteur et de droit de la responsabilité : Légipresse*, Déc. 1994, II, Chron. et op., p. 97.

**DESHAYES (O.)**

- *Le dommage précontractuel : RTD com*. 2004, p. 187.

**DRAI (L.)**

- *La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 : CCE,* Sept. 2009, p. 8.

**DU MARAIS (B.)**

- *De Kotor à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires : D*. 2006, Chron. p. 1110.

**DURRANDE (S.)**

- *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale : D*. 1984, chron. p. 187.

**DURRY (G.)**

- *Obligations et contrats spéciaux, RTD civ*. 1976, p. 549.

**EDELMAN (B.)**

- *Le droit moral dans les œuvres artistiques : D*. 1982, chron. p. 263.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**

- *Faut-il un Code civil européen ? : RTD. civ*. 2002, p.463.

**FERRIER (D.)**

- *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants : D*. 1980, chron. p. 177.

**FONTAINE (M.)**

- *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux : DPCI*, avr. 1977, p. 95.

**FRANÇON (A.)**

- *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur : D.* 1979, chron. p. 55.

- *RTD com*. 1987, chron. p. 199.

**FERNAY (R.)**

- *La cession et le contrat d'édition : RIDA*, avr. 1958, p. 275.

**FERRIER (D.)**

- *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des cocontractants : D*. 1980, chron. p. 177 et s.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)**

- *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats : RTD civ*. 1995, p. 573.

**GAUTIER (P.-Y.)**

- *Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles : D. aff*. 1995, p. 123.

- *Propriété littéraire et artistique, in* ALLAND (D.) et RIALS (S.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, coll. *Quadrige*, 2003, p. 1259.

**GERSTNER (L.)**

- *L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle : CCE*, oct. 2006, n°198, p. 2.

**GHESTIN (J.)**

- *L'utile et le juste dans les contrats : D.* 1982, chron. p. 1 et s.
- *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers : JCP G.* 2007, n°155, p. 15.

**GIRIBONE (J.-L.) et VIGNE (E.)**

- *Le monde de l'édition et la création intellectuelle, rev. ESPRIT*, mars-avr. 2000, p. 177.

**GRIDEL (J.-P.)**

- *Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité*, note sous Cass. 1re civ, 20 déc. 2000 : D. 2001, p. 872.

**HAGEL (F.)**

- *Secret et droits de propriété intellectuelle : Un tour d'horizon : Revue Lamy droit de l'immatériel*, oct. 2009, n°53, p. 73.

**HASSLER (T.)**

- *« loi hadopi » et la cession légale des droits d'auteur des journalistes : Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2009, n°52, p. 74.
- *La protection des journalistes auteurs, personnes physiques, lors des cessions de droits existe-t-elle encore ? : Revue Lamy droit de l'immatériel*, mai 2010, n°60, p. 10.

**HUET (J.) et DUPUIS-TOUBOL (F.)**

- *La violation de la confidentialité des négociations : LPA*, 4 avr. 1990, p. 9.

**JACQUIER (S.)**

- *Le contrat forcé en droit d'auteur : CCE*, 2001, chron. p. 13.

**KAMINA (P.)**

- *J.-Cl. Civil Annexes, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation des droits*, Fasc. 1340, 2011.

**KAYSER (P.)**

- *Les droits de la personnalité : aspect théoriques et pratiques : RTD civ.* 1971, p. 509.

**KELSEN (H.)**

- *La théorie juridique de la convention : APD*, 1940, p. 33.

**KOUMANTOS (G.)**

- *Faut-il avoir peur du droit moral ? : RIDA*, avr. 1999, p. 87.

**LAGARDE (X.)**

- *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats : D.* 2005, n° 39, p. 2747.

**LASSALLE (B.)**

- *Les pourparlers : R.R.J.* 1994, p. 825.

**LATOURNERIE (A.)**

- *Petite histoire des batailles du droit d'auteur : Multitudes*, 2001, n°5, p. 37.

**LE TOURNEAU (Ph.)**

- *Le parasitisme dans tous ses états : D.* 1993, chron. p. 310.
- *La rupture des négociations : RTD com.* 1998, p. 479.
- *Folles idées sur les idées : CCE,* févr. 2001, chron. p. 8.

**LEGRAND (P.)**

- *« Against a European Civil Code », Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 44.

**LINDON (R)**

- *Le « droit de préférence » des éditeurs : D.* 1968, chron. p. 53.
- *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation : JCP G.* 1970, I, 2295.

**LUCAS (A.)**

- *Droit d'auteur et création salariée : Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°36, mars 2008, p. 71.

**MAFFRE-BAUGE (A.)**

- *J.-Cl. Civil, Propriété littéraire et artistique, Droit d'auteur et exploitation* des droits, Fasc. 1310, 2010.

**MAINGUY (D.)**

- *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter : RTD civ*. 2004, p. 1.
- *Annulation et substitution, les deux mamelles de la préférence ? : D.* 2006, p. 1864.

**MALAURIE-VIGNAL (M.)**

- *La protection des informations privilégiées et du savoir faire : D.* 1997, chron. p. 207.

**MATHIEU-IZORCHE (M.-L.)**

- *Réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008 : D*. 2009, chron. p. 440.

**MAZEAUD (D.)**

- *A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la commission Lando, in* Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 205 et s.
- *Réticence de l'acheteur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite*, note sous Cass. 3ème, 17 janv. 2007 : *D.* 2007, p. 1051.

**MESTRE (J.) et FAGES (B.)**

- *Le contrat : jurisprudence et principales questions d'actualité : Revue Lamy droit civil*, févr. 2007, p. 29.
- *2007, la force obligatoire des engagements contractuels à l'honneur : Revue Lamy Droit civil*, 2008, n°2889, p. 49.

**MESTRE (J.)**

- *La période précontractuelle et la formation du contrat : LPA*, 5 mai 2000, n°90, p. 7.
- *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé : Revue Lamy droit civil*, mars 2009, n°58, p. 7.

**MOLLIER (J.-Y.)**

- *Les mutations de l'espace éditorial français du XVIIIe au XXe siècle : Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 126, p. 29 et s.

**MOUSSERON (P.)**

- *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle : RTD com.* 1998, p. 243.

**NEAU-LEDUC (Ph.)**

- *La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin : JCP E*, n° sp. Cah. dr. entr. 1998-2, p. 27.

**NUYTTEN (B.) et LESAGE (L.)**

- *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme : Defrénois*, 30 avr. 1998, n° 8, p.497.

**PACLOT (Y.) et MOREAU (E.)**

- *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, « comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations » : JCP E*. n°26, Etudes et comm. 1504, p. 21.

**PELISSIER (A.)**

- *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats, in* Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Société de législation comparée, 2008, p. 29.

**PERDREAU (D.)**

- *Contrat de travail et création de mode : Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°36, mars 2008, p. 79.

**PETIT (B.)**

- *J.-Cl. Civil, Contrat et obligation, Consentement*, Étapes, Fasc. unique, 2004.

**PFISTER (L.)**

- *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle : RIDA*, juill. 2005, p. 117.

**PIAZZON (T.)**

- *Retour sur la violation des pactes de préférence : RTD civ*. 2009, p. 443.

**PIEDELIEVRE (S.)**

- *Droit de l'immeuble : JCP N*, 2010, n°1, p. 23.

**POLLAUD-DULIAN (F.)**

- *Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés : JCP G*, juill. 1999, n°27, p. 1283.

**REMY-CORLAY (P.)**

- *Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen : RTD civ*. 2008, p. 258.

**RIBEYRE (M.-A.)**

- *Le Code européen des contrats : histoire d'un malentendu : Dt et patr*. avr. 2003, n° 114, p. 7.

**ROJINSKY (C.)**

- *Les pactes de préférence et la création salariée : Légipresse*, déc. 2002, n°197, p. 168.

**ROUX (M.-A.)**

- *La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale : Légipresse*, n°233, 2006, p. 84.

**RUDDEN (B.)**

- *Le juste et l'inefficace, pour un devoir de non renseignement, RTD civ*. 1985.

**SALEILLES (R.)**

- *De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière : RTD civ*. 1907, p. 697.

**SARRAUTE (M.)**

- *Peintres et marchands de tableaux : Gaz. Pal*. 1965, chron. I, p. 94.

**SAVATIER (R.)**

- *Commentaire de la loi du 11 mars 1957 : JCP G*. 1957, I, 1398.

**SCHMIDT (J.)**

- *La sanction de la faute précontractuelle : RTD civ.* 1974, p. 46.

**SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)**

- *La période précontractuelle en droit français : RIDC.* 1990, n°2, p. 545.
- *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats : RTD civ*. 2000, p. 25.

**SCHÜTZ (R.-N.)**

- *L'exécution des promesses de vente : Rép. Not*. 1999, p. 833.

**SKOWRON-GALVEZ (X.)**

- *La relation entre l'auteur et son agent littéraire, aspects juridique : Légipresse*, n°234, sept. 2006, II, p. 101.

**SOREAU (A.)**

- *La création de logiciels par des employés : Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°36, mars 2008, p. 73.

**SOURIOUX (J.-L.)**

- *La croyance légitime : JCP G*. 1982, I, 3058, n° 4.

**STORCK (M.)**

- *J.-Cl. Civil, Contrat et obligation, Consentement, promesses unilatérales de contrat*, Fasc. 20, 2007.

**THALLER (M.)**

- *De la nature juridique du titre de crédit : Ann. de Dr. Comm*. XX, 1906, n°32, p.5 et s.

**THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**

- *Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ*. 1997, p. 361.

**VALORY (S.)**

- *Potestativité et requalification du contrat : Dt. et patr*. n°72, juin 1999, p. 72.

**VERCKEN (G.)**

- *Les accords entre entreprises de presse et journalistes au regard du code de propriété intellectuelle : quelques réflexions : Légipresse*, déc. 2001, n°187, p. 149.
- *Le formalisme dans les contrats d'auteurs : un point après la décision de la Cour de Cassation du 21 novembre 2006 : RIDA*, janv. 2009, p. 5.

**VIVANT (M.)**

- *Les clauses de secret, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 101 et s.
- *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété…* : *Propr. Intell.* avr. 2007, n°23, p. 193.

**VOIRIN (P.)**

- *Le pacte de préférence : JCP G*, 1954, I, n°1192.

**ZAKI MAGDI (S.)**

- *Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre : RIDC*, 1986, n°4, p.1043.

**ZIVY (I.)**

- *La relation entre l'auteur et son agent littéraire, aspects juridiques : Légipresse*, n° 234, sept. 2006, p. 101.

## DÉCISIONS COMMENTÉES

**ALLAEYS (P.)**

- note sous Cass.1re civ., 21 nov. 2006 : *D.* 2007, p. 316.

**ALLAUME (C.)**

- comm. sous TGI Paris, 6 déc. 2002 : *Légipresse*, n°202, juin 2003, III, p. 88.

**ATIAS (C.)**

- note sous Cass. com., 18 oct. 1994 : *D.* 1995, p. 180.

**AZZABI (Z.)**

- note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, juill. 2010, p. 19.

**BENAC-SCHMIDT (F.)**

- note sous Cass. 3ème civ., 15 déc. 1993 : *D.* 1994, p. 507.

**BOUVIER (F.)**

- note sous Cass. 1re civ., 29 mai 1984 : *D.* 1985, p. 281.

**BRUGUIERE (J.-M.)**

- obs. sous Cass. 1re civ., 3 avr. 2007 : *Propr. Intell.* juill. 2007, p. 324.

**BRETON (A.)**

- Cass. 1re civ., 30 mai 1927 : *S*, 1928, 1, 105.

**BRUN (P.)**

- obs. sous Cass. 3ème civ., 10 févr. 1999 : *D.* 2000, somm. p. 278.
- note sous Cass. 3ème civ., 27 mars 2008 : *RDC*, 2009, n°1, p. 143.

**BURDIN (E.),**

- note sous Cass. 3ème civ., 7 mai 2008 : *Revue Lamy droit civil*, avr. 2009, p. 7.

**CABANNES**

- concl. CA Paris, 8 juill. 1972 : *D.* 1972, p. 624.
- concl. CA Paris, 10 mai 1973 : *D.* 1973, p. 548.
- concl. CA Paris, 28 mai 1974 : *D.* 1974, p. 685.

**CARBONNIER (J.)**

- obs. sous Cass. soc. 24 mars 1958 : *JCP G.* 1958, II, 10868.

**CARON (C.)**

- note sous CA Paris, 31 mars 1999 : CCE., janv. 2000, p. 17.
- note sous CA Paris, 12 janv. 2000 : CCE, 2000, comm. 43, p. 22.
- note sous CA Paris, 14 févr. 2001 : CCE, mars 2001, p. 19.

- note sous Cass. 1re civ., 3 avr. 2002: CCE, 2002, comm. 80, p. 23.
- note sous Cass. soc. 10 juill. 2002 : *JCP G.* 2003, II, 10000.
- comm. sous Cass. 1re civ., 28 janv. 2003 : CCE, 2003, comm. 21, p. 17.
- obs. sous Cass. 1re civ., 17 juin 2003 : CCE, 2003, comm. 80, p. 22.
- note sous CA Paris, 16 janv. 2004 : CCE 2004, comm. 38, p. 23.
- note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006 : CCE, 2007, comm. 3, p. 28.
- obs. sous Cass. 1re civ., 3 avr. 2007 : CCE, juin 2007, comm. 80.
- note sous Cass. 1re civ., 2 avr. 2009 : CCE, juin 2009, comm. 52, p. 28.

**CATHIARD (A.)**

- obs. sous Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : *D.* 2005, p. 1462.

**CHAUVEL (P.)**

- note sous Cass. 3ème civ., 28 juin 2006 : Dt et patr. mars 2007, p. 26.
- obs. sous Cass. com. 12 janv. 1999 : Dt et patr. 1999, n°2375, p. 97.

**CHAZAL (J.-P.)**

- note sous Cass. 1re civ., 30 mai 2000 : *D.* 2000, p. 879.

**COLLART DUTILLEUL (F.)**

- obs. sous Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006 : *RDC*, oct. 2006, p. 1131.
- note sous Cass. 1re civ., 27 mars 2008 : *RDC*, 2008, n°4, p. 1239.

**COLOMBET (C.)**

- obs. sous Cass. 1re civ., 27 mai 1986 : Dalloz, 1987, p. 154.
- obs. sous CA Versailles, 15 mars 1988 : *D.* 1989, somm.51.
- obs. sous CA Paris, 1er févr. 1989 : *D.* 1990, somm. 52.
- obs. sous Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : *D.* 1992, somm. 15.

**DESJARDINS**

- concl. Cass. 1re civ., 14 mars 1900 : DP, 1900, 1, p. 497.

**DELEBECQUE (P.)**

- obs. sous CA Versailles, 19 févr. 1993 : *D.* 1994, somm. 9.

**DESBOIS (H.)**

- note sous CA Paris, 14 juin 1950 : *D.* 1951, p. 9.
- obs. sous Cass. com., 29 nov. 1960 : RTD com. 1961, p. 607.
- obs. sous TGI Aix-en-Provence, 23 févr. 1965 : RTD com. 1965, p. 849.
- obs. sous TGI Paris, 18 janv. 1968 : RTD com. 1970, p. 127.
- obs. sous Cass. 1re civ., 19 janv. 1970 : RTD com. 1972, p. 103.
- note sous TGI Paris, 23 avr. 1971 : RTD com. 1971, p. 1017.
- obs. sous TGI Paris, 28 févr. 1973 : RTD com. 1975, p. 99.
- obs. sous CA Paris, 10 mai 1973 : RTD com. 1973, p. 791.
- note sous Cass. crim., 11 avr. 1975 : *D.* 1975, p. 759.
- obs. sous CA Paris, 30 juin 1975 : RTD com. 1976, p. 511.
- note sous Cass. 1re civ., 12 avr. 1976 : RTD com. 1978, p. 103.

**DOIREAU (S.)**

- obs. sous Cass. com., 26 nov. 2003 : Lamy droit civil, 2004, p. 7.
- obs. sous Cass. 1re civ., 31 janv. 2007 : *Revue Lamy droit civil*, mars 2007, n°36, p. 13.

**DORSNER-DOLIVET (A.)**

- note sous Cass. 1re civ., 16 juill. 1991 : *JCP G.* 1992, II, 21947.
- note sous Cass. 1re civ., 14 janv. 1992 : *JCP G.* 1993, II, 21996.

**DUPRE-DALLEMAGNE (A-S.)**

- obs. sous Cass. com., 26 nov. 2003 : *D.* 2004, p. 869.

**EDELMAN (B.)**

- note sous Cass. 1re civ., 24 févr. 1987 : *D.* 1988, p. 97.

- note sous Cass. 1re civ., 7 avr. 1987 : *D.* 1988, juris. p. 97.
- note sous CA Versailles, 13 avr. 1992 : *D.* 1993, p. 402.
- note sous Cass. 1re civ., 25 mai 2005 : *D.* 2006, p. 661.

**FADHEUILLE (P.)**

- note sous CA Paris, 12 janv. 2000 : *D.* 2001, Juris. p. 2067.

**FAGES (B.)**

- obs. sous Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 : *RTD civ.* 2010, p. 778.

**FOREST (G.)**

- obs. sous Cass. 3ème civ., 11 mai 2011 : *D.* actu. 31 mai 2011.

**FORGERON (J.-F.)**

- note sous CA Lyon, 28 novembre 1991 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 275.

**FRANÇON (A.)**

- note sous CA Paris, 9 juin 1964 : *JCP G.* 1965, II, 14172.
- note sous Cass. 1re civ., 7 avr. 1987 : *RTD civ.* 1988, p. 224.
- note sous Cass. 1re civ., 28 févr. 1989 : *RIDA*, 1998, n°141, p. 257.
- note sous Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *D.* 1994, p. 78.
- obs. sous Cass. 1re civ., 13 oct.1993 : *RTD com.* 1994, p. 27

**GAUMONT-PRAT (H.)**

- note sous CA Paris, 22 janv. 1992 : *LPA*, 20 mars 1995, n°34, p. 12.
- note sous CA Paris, 22 janv. 1992 : *D.* 1995, p. 128.

**GAUTIER (P.-Y.)**

- note sous TGI Paris, 12 janv. 1988 : *RIDA*, oct. 1988, p. 116.
- note sous TGI Paris, 12 janv.1988 : *RIDA*, juill. 1988, p. 116.
- note sous CA Paris, 29 janv. 1991 : *RIDA*, juill. 1991, p. 219.
- note sous Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006 : Exécution forcée du pacte de préférence : la chambre mixte est-elle allée trop loin, ou pas assez ?, *D.*, 2006, n°27, p. 1861.

**GEGOUT**

- concl. Trib. civ. de la Seine, 6 et 7 avr. 1949 : *Gaz. Pal*, 1949, 1, p. 249.

**GHESTIN (J.)**

- obs. sous CA Paris, 6 déc. 1969 : *JCP G.* 1971, II, 16796.
- note sous Cass. Ass. plén. 1er déc. 1995 : *JCP G.* 1996, II, 22565.

**GREFFE (F.)**

- obs. sous CA Versailles, 31 oct. 1996 : *JCP E*, 1997, I, 655.

**GRIDEL (J.-P.) et CHAZAL (J.-P.)**

- note sous Cass. 1re civ., 3 avr. 2002: *D.* 2002, p.1860.

**GRIDEL (J.-P.)**

- note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 2000 : *D.* 2001, p. 872.

**GUILLOUX (J.-M.)**

- note sous CA Versailles, 8 avr. 2010 : *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2010, p. 39.

**HASSLER (T.)**

- obs. sous TGI Paris, 23 févr. 1994 : *D.* 94 somm. 283.
- obs. sous Cass. 1re civ., 13 oct.1993 : *D.* 1994. somm. 280.

**JACQUES (P.)**

- note sous Cass. 3ème civ., 7 mai 2008 : *Revue Lamy droit civil*, mars 2009, p. 36.

**JAMIN (C.)**

- note sous Cass. 3ème civ., 3 mai 2000 : *JCP G.* 2001, II, 10510.

**JOURDAIN (P.)**

- obs. sous Cass. 1re civ., 14 oct. 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 111.
- obs. sous Cass. 1re civ., 17 févr. 1998 : *RTD civ.* 1998, p. 680.

**KEREVER (A.)**

- obs. sous TGI Paris, 25 févr. 1998 : *RIDA*, juill. 1998, p. 183.
- obs. sous CA Paris, 5 mai 2000 : *RIDA*, avr. 2001, p.352.
- obs. sous CA Paris, 3 avr. 2002 : *RIDA*, oct. 2002, p. 229.
- obs. sous Cass. 1re civ., 28 janv. 2003 : *RIDA*, avr. 2003, n°196, p. 415.

**LE CANNU (P.)**

- note sous Cass. com., 12 mai 1992 : *Bull. Joly des sociétés*, juill. 1992, n°251.

**LEGEAIS (D.)**

- obs. sous Cass. 1re civ., 10 mai 1989 : *JCP G.* 1989, 21363.

**LEPAGE (A.)**

- Cass. 1re civ., 20 déc. 2000 : *D.* 2001, p. 1990.

**LEVENEUR (L.)**

- note sous Cass. 3ème civ., 28 mai 1997 : *CCC*, 1997, comm. 131.

**LEVY (Avocat général)**

- concl. CA Paris, 5 juill. 1979 : *D.* 1980, p. 580.

**LORENTZ (D.)**

- note sous CA Paris, 8 juill. 1972 : *JCP G.* 1973, II, 17466.

**LUCAS (A.)**

- note sous CA Rouen, 13 janv.1981 : *D.* 1983, Juris. p. 53.
- obs. sous CA Paris, 16 janv. 2004 : *Propr. Intell.* avr. 2005, n°14, p. 64.
- obs. sous Cass. com., 22 sept. 2009 : *Propr. Intell*. janv. 2010, n°34, p. 624.
- obs. sous CA Paris, 10 févr. 2010 : *Propr. Intell.* avr. 2010, n°35, p. 717.

**MAFFRE-BAUGE (A.)**

- comm. sous Cass. 1re civ., 6 nov. 1979 : *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°14.
- comm. sous Cass. 1re civ., 13 oct.1993 : *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°14.

- note sous Cass. soc. 10 juill. 2002 : *Légipresse*, 2002, n°195, III, p. 174.
- note sous Cass. 1re civ., 28 janv. 2003 : *Légipresse*, 2003, n°201, III, p. 61.
- note sous Cass. 1re civ., 25 mai 2005 : *Légipresse*, n°226, nov. 2005, III, p. 223.

**MAINGUY (D.)**

- note sous Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006 : Annulation et substitution ; les deux mamelles de la préférence ? : *D.* 2006, n°27, p. 1864.

**MALAURIE (P.)**

- note sous Cass. 3ème civ, 22 nov. 1995 : *D.* 1996, p. 604.

**MAZEAUD (D.)**

- note sous Cass. 3ème civ,, 30 avr. 1997 : *D.* 1997, p. 475.
- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, *Defrenois*, 1999, 371.
- note sous Cass. 1re civ., 31 mai 2000 : *D.* 2001. somm. p. 1140.
- obs. sous Cass. 3ème civ,, 25 mai 2005 : *RDC*, 2006, n°2, p. 311.
- note sous Cass. 3ème civ,, 28 juin 2006 : *D.* 2006, p. 2963.
- note sous Cass. 3ème civ,, 28 juin 2006 : *RDC*, 2006, p. 311. .
- note sous Cass. 1re civ., 17 oct. 2007 : *D.* 2007, p. 1051.

**MAZET**

- concl. TGI Paris, 16 déc. 1953 : *Gaz Pal*, 5 févr. 1954, p. 80.

**MEKKI (A.) et FAUVARQUE-CAUSSON (B.)**

- obs. sous Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 : *D.* 2011, p. 472.

**MESTRE (J.)**

- obs. sous CA Paris, 13 déc. 1984 : *RTD civ.* 1986, p. 97.
- obs. sous CA Versailles, 15 mars 1988 : *RTD civ.* 1989, p. 295.
- obs. sous, Cass. 1re civ., 10 mai 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 736.
- obs. sous, Cass. 1re civ., 4 juill. 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 736.
- obs. sous CA Paris, 22 janv. 1992 : *RTD civ.* 1995, p. 618.

- note sous CA Versailles, 5 mars 1992 : *RTD civ.* 1992, p. 752.
- obs. sous CA Riom, 10 juin 1992 : *RTD civ.* 1993, p. 343.
- obs. sous CA Riom, 10 juin 1992 : *RTD civ.* 1993, p. 343.
- obs. sous Cass. 3ème civ,, 15 déc. 1993 : *RTD civ.* 1994, p. 588.

**NAST**

- note sous CA Paris, 6 mars 1931 : *DP*. 1931, 2, p. 88.

**POLLAUD-DULIAN (F.)**

- obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 2003, *RTD com.* 2004, p. 267.

**PASSA (J.)**

- note sous CA Paris, 18 oct. 2000 : *D.* 2001, p. 850.
- note sous Cass. com., 8 avr. 2008 : *Propr. Intell.* Juill. 2008, p. 359.

**PIERRE (P.)**

- note sous CA Paris, 12 janv. 2000 : *JCP G.* 2000, II, 10433.

**PIGNARRE (G.)**

- note sous Cass. 3ème civ., 8 sept. 2010 : *Gaz. Pal.* 2 déc. 2010, p. 15.

**PILLET (G.)**

- note sous Cass. 3ème civ,, 8 sept. 2010 : *JCP G.* 2010, 1051.

**PLAISANT (R.)**

- note sous Tribunal civil de la Seine, 6 et 7 avr. 1949 : *JCP G.* 1950, II, 5462.

**PLANIOL**

- note sous Cass. 1re civ., 14 mars 1900 : *DP*. 1900, 1, p. 497.

**POLLAUD-DULLIAN (F.)**

- note sous Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : *JCP G.* 1991, II, 21760.
- obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 2003 : *RTD com.* 2004, p. 267.
- obs. sous TGI Paris, 10 févr. 2004 : *RTD com.* 2005, p. 501.

- obs. sous Cass. 1re civ., 16 nov. 2004 : *RTD com.* 2005, p. 81.
- obs. sous Cass. 1re civ., 12 avr. 2005 : *RTD com.* 2005, p. 493.
- obs. sous Cass. 1re civ., 3 avr. 2007 : RTD com, 2007, p. 541.
- obs. sous CA Paris, 28 mars 2008: *RTD com.* 2008, p. 313.
- obs. sous CA Versailles, 14 janv. 2010 : *RTD com.* 2011, p. 338.

**PORACCHIA (D.)**

- obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003 : *Dt et patr*. mars 2004, p. 102.

**RAVANAS (J.)**

- note sous Civ. 1re, Cass. 1re civ., 20 déc. 2000 : *JCP G.* 2001, II, 10488.

**RAYNARD (J.)**

- note sous Civ. 1re, Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *JCP G.* 1993, II, 22161.
- note sous Civ. 1re, Cass. 1re civ., 20 déc. 2000 : *JCP G.* 2001, II., 10488.

**REMY (P.)**

- obs. sous Civ. 3ème, Cass. 3ème civ,, 21 nov. 1984 : *RTD civ.* 1985, p. 591.

**RENAULD**

- note sous CA Paris, 16 janv. 2004 : *Légipresse*, 2004, n°217, III, p. 219.

**RESPAUD (J-L.)**

- obs. sous CA Montpellier, 21 mars 2000 : *JCP E*, n° sp. *Cah. Dr. entr*. 2000-4, n°3, p. 18.

**ROUAST (A.)**

- note sous Civ 1re, 16 nov. 1927 : *DP*. 1928, 1, 33.

**SERRA (Y.)**

- note sous Cass. com., 26 janv. 1999 : *D.* 2000, p. 87.

**SIRINELLI (P.)**

- note sous CA Paris, 1er févr. 1989 : *RIDA*, oct. 1989, p. 301.
- note sous Cass. 1re civ., 14 mai 1991 : *RIDA*, janv. 1992, 272.

- note sous Cass. 1re civ., 16 déc. 1992 : *RIDA*, avr. 1993, p. 193.
- note sous Cass. 1re civ., 28 janv. 2003 : *Propr. Intell*, 2003, n°7, p. 165.
- obs. sous CA Paris, 18 nov. 2009 : *RIDA*, 2010, n°223, p. 476.

**STOFFEL-MUNCK (Ph.)**

- note sous Cass. 1re civ., 3 avr. 2002: *CCE*, comm. 89, juin 2002, p. 35.

**SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)**

- note sous Cass. com., 3 oct. 1978 : *D.* 1980, p. 55.
- note sous Cass. com., 9 févr. 1981 : *D.* 1982, p. 4.

**SCHMIDT (J.)**

- note sous Cass. com., 20 mai 1972 : *JCP G.* 1973, II, 17543.
- note sous Cass. com., 17 févr. 1982 : *D.* 1983, p. 484.

**THUILLIER (H.)**

- note sous Cass. 3ème civ,, 30 avr. 1997, *JCP G.* 1997, II, 22963.

**VIRASSAMY (G.)**

- note sous Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP G.* 1993, II, 22164.

**VIVANT (M.) et LE STANC (C.)**

- obs. sous CA Lyon, 26 sept. 1997 : *JCP E.* 1999, chron. p. 908.

**VIVANT (M.) et LUCAS (H.)**

- obs. sous Civ. 1re, Cass. 1re civ., 16 déc. 1992 : *JCP E.* 1993, chron. p. 246.

## DÉCISIONS CITÉES

**TRIBUNAL CIVIL**

Trib. Civ. Seine, 4 janv. 1854 : *D.* 1856, p. 253.

Trib. Civ. Seine, 31 janv. 1854 : *DP.*1855, p. 179. Titre 3 p. 104.

Trib. Civ. Seine, 13 févr. 1858 et CA Paris, 14 nov. 1859, Maquet c/ Alexandre Dumas : *Ann. Propr. Ind.* 1859, p. 390.

Trib. Civ. Seine, 6 déc. 1861 : *Ann. prop. Ind.* 1861, p. 431.

Trib. Civ. Seine, 11 mai 1870 : *Ann.* 1870, p. 204.

Trib. Civ. Seine 6 juin 1894, *Ann.* 1900, p. 60.

Trib. Civ. Seine 25 mai 1897, *Ann.* 1900, p. 60.

Trib. Civ. de Charolles, 4 mars 1949 : *Gaz. Pal*, 1949, p. 176.

Trib. Civ. Seine, 29 mars 1952 : *D.* 1952, somm. p. 63.

Trib. Civ. Seine, 27 mai 1959 : *RIDA*, juill. 1959, p. 149.

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE**

TGI Aix-en-Provence, 23 févr. 1965 : *Gaz. Pal*, 1965, 1, p. 316.

TGI Paris, 7 janv. 1969 : *RIDA*, avr. 1969, p. 166.

TGI Paris, 31 janv. 1970 : *RIDA*, 70, p. 176. ; *D.* 1970, p. 698.

TGI Paris, 23 avr. 1971: *RIDA*, oct. 1972, p. 157 ; *D.* 1972, p. 17.

TGI Paris, 1er juill. 1971 : *Gaz. Pal*, 1971, p. 703 ; *RIDA*, janv.1972, p. 147.

TGI Paris, 18 juin 1971 : *RIDA*, oct. 1971, p. 154.

TGI Paris, 14 nov. 1973 : *RIDA*, avr. 1974, p. 113.

TGI Paris, 28 sept.1976 : *RIDA*, juill. 1977, p. 164.

TGI Paris, 16 févr. 1977 : *RIDA*, janv. 1978, p. 195.

TGI Paris, 3 janv. 1979 : *RIDA*, juill. 1979, p. 153.

TGI Paris, 14 déc. 1983 : *RIDA*, avr. 1984, p. 172.

TGI Paris 27 juin 1984 : *RIDA*, oct 1984, p. 224.

TGI Paris 27 févr. 1986 : *RIDA*, juill. 1991, p.93.

TGI Paris, 19 juin 1986 : *RIDA*, juill. 1986, p. 166.

TGI Paris, 7 mars 1986 : *RIDA*, janv.1987, p. 252. ; *D.* 1988, p. 208.

TGI Paris, 2 juin 1988 : *RIDA*, janv. 1989, p. 194.

TGI Paris, 19 avr. 1989 : *RIDA*, oct. 1989, p. 360.

TGI Paris, 20 déc. 1989 : *RIDA*, janv. 1991, p. 350.

TGI Créteil, 14 janv. 1992 : *RIDA*, 1992, n°153, p. 197.

TGI Paris, 11 févr. 1993 : *RIDA*, 1993, n°156, p. 235.

TGI Paris, 23 févr. 1994 : *D.* 1994, somm. p. 283.

TGI Paris, 4 juin 1997 : *RIDA*, janv. 1998, p. 333.

TGI Paris, 19 janv. 2000 : *Légipresse*, mai 2000, I, p. 56.

TGI Paris, 29 janv. 2003 : *Légipresse* n°201, mai 2003, I, p. 61.

TGI Paris, 5 sept. 2003: *RIDA*, janv. 2004, p. 278.

TGI Paris, 29 juin 2006 : *Légipresse*, oct. 2006, I, p. 137.

TGI Paris, 19 mai 2009 : *Légipresse*, sept. 2009, I, p. 122.

**COUR D'APPEL**

CA Paris, 30 oct. 1930 : *Gaz. Pal.* 1930, p. 623.

CA Angers, 3 mai 1950 : *D.* 1950, p. 585.

CA Paris, 7 nov. 1951 : *Gaz. Pal*, 1er févr. 1952, p. 80.

CA Paris, 18 nov. 1959 : *D.* 1960, somm. 34.

CA Paris, 17 mai 1969 : *D.* 1969, p. 702.

CA Paris, 8 juill. 1972 : JCP G. 1973, II, 17509 ; *RTD com.* 1974, p. 91.

CA Paris, 29 juin 1977 : *ann. Propr. Ind.*, 1978, p. 219.

CA Paris, 20 déc. 1984 : *Juris-Data* n°1984-028137.

CA Paris, 28 nov. 1985 : *D.* 1986, p. 188.

CA Paris, 10 juin 1986 : *RIDA*, juill. 1987, p. 193.

CA Colmar, 11 févr. 1987 : *Juris-Data* n°1987-048071.

CA Paris, 24 nov. 1987: *RIDA*, janv. 1988, p 96.

CA Versailles, 3 nov. 1987 : *RIDA*, avr. 1988, p. 160.

CA Paris, 4 févr. 1988 : *D.* 1989, somm. 49.

CA Paris, 15 avr. 1989 : *RIDA*, janv. 1990 p. 314.

CA Paris, 5 oct. 1989 : *Juris-Data* n° 1989-025280.

CA Paris, 1er févr. 1989 : *D.* 1990, somm. p. 292.

CA Paris, 4ème ch., 12 sept. 1990 : *Juris-Data* n°1990-024177

CA Paris, 4 déc. 1989 : *D.* 1990, IR, p. 8.

CA Paris, 4ème ch., 31 janv. 1991 : n°1991-021691.

CA Paris, 6 avr. 1993 : *D.* 1993, IR, p. 158.

CA Paris, 4ème ch., 1er déc. 1995 : *Juris-Data* n°1995-024071.

CA Paris, 7 févr. 1996 : *Juris-Data* n°1996-021499.

CA Paris, 14 mai 1997 : *Juris-Data* n°1997-023248

CA Paris, 17 sept. 1997 : *D.* 1999, p. 69.

CA Paris, 19 déc. 1997 : *RIDA*, avr. 1998, p. 433.

CA Paris 27 mars 1998 : *RIDA*, oct. 1998, p. 259.

CA Paris, 6 septembre 1999, *RIDA*, oct. 1999, p.344.

CA Toulouse, 20 sept. 1999 : *Juris-Data* n°1999-115944.

CA Paris, 31 oct. 2000, arrêt « *Assimil* ».

CA Paris, 27 juin 2001 : *RIDA*, avr. 2002, p. 426.

CA Paris, 12 sept. 2001: *RIDA*, juill. 2002, p. 418.

CA Paris, 18 déc. 2002 : *Propr. Ind. comm.* 22, p. 26.

CA Paris, 9 mai 2003 : PIBD, 2003, III, p. 522.

CA Paris, 16 janv. 2004 : *RIDA*, avr. 2004, p. 329

CA Versailles, 30 sept. 2004 : *Juris-Data* n°2004-01342.

CA Paris, 15 déc. 2004 : CCE, févr. 2005, p. 45.

CA Paris, 25 oct. 2006 : *Propr. Intell.* 2007, n°22, p. 122

CA Paris, 21 févr. 2007 : *Légipresse*, avr. 2007, p. 51.

**COUR DE CASSATION**

Req. 17 févr. 1874 : *S.* 1874, I, 248.

Cass. 1re civ., 5 févr. 1919 : *D.* 1923, 1, 26.

Cass. 1re civ., 4 mai 1957 : *Bull. civ.* I, n°197.

Cass. 1re civ., 20 juin 1961 : *D.* 1962, somm. p. 3.

Cass. 3ème civ., 19 juin 1968 : *Bull. civ.* 1968, III, n° 287.

Cass. 1re civ., 2 déc. 1969 : *Bull. civ.* I, n°38.

Cass. 3ème civ., 10 mai 1968 : *Bull. civ.* III, n°209.

Cass. 3ème civ., 28 nov. 1968 : *JCP G*. 1969, II, 15797.

Cass. 3ème civ., 17 juin 1973 : *Bull. civ.* III, n°446.

Cass. 3ème civ., 2 oct. 1974 : *GAJC*, 11ème éd., n°150.

Cass. 3ème civ.,10 déc. 1975 : *Bull. civ.* III, n°369.

Cass. 3ème civ., 15 déc. 1975 : *D.* 1976, p. 28 ; *RIDA* juill. 1976, p. 129.

Cass. 2ème civ., 13 avr. 1972 : *RIDA*, oct. 1972, p. 134. ; *D.* 1972, p. 440.

Cass. 3ème civ., 3 oct.1972 : *Bull. civ.* III, n°491, p. 359.

Cass. 3ème civ., 27 juin 1973 : *Bull. civ.* III, n°446.

Cass. 1re civ., 12 avr. 1976 : *D.* 1976, IR, p. 195.

Cass. 1re civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, IR, p. 207.

Cass. 1re civ., 5 févr. 1980 : *RTD com.* 1980, p. 344.

Cass. com. 7 janv. 1981 : *Bull. civ.* IV, n°14.

Cass. 1re civ., 16 mars 1983 : *Bull. civ.* n°101, p. 88.

Cass. 3ème civ., 17 janv. 1984 : *Bull. civ.* III, n°13, p. 10.

Cass. 1re civ., 25 janv. 1989 : Pourvoi n°87-13527.

Cass. 3ème civ., 10 mai 1989 : *Bull. civ.* III, n°109.

Cass. 1re civ., 4 avr. 1991: *RIDA*, oct. 1991, p. 125.

Cass. 1re civ., 7 janv. 1992 : *Bull. civ.* 1992, I, n°7, p. 5.

Cass. 1re civ., 27 janv. 1993 : *RIDA*, avr. 1993, p. 204.

Cass. 1re civ., 27 oct. 1993 : *RIDA*, janv. 1994, p. 318.

Cass. 3ème civ., 15 déc. 1993 : *Bull. civ.* 1993, III, n° 174, p. 115.

Cass. 2ème civ., 5 janv. 1994 : n°92-13856.

Cass. com. 22 févr. 1994 : *Bull. civ.* IV, n°79.

Cass. 3ème civ., 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, n°60.

Cass. 1re civ., 25 févr.1997 : *Bull. civ.* I, n° 75.

Cass. 1re civ., 29 avr. 1997 : *JCP G.* 1997, IV, 1240.

Cass. 1re civ., 21 oct. 1997 : *JCP G.* 1997, IV, 2390.

Cass. 3ème civ., 10 déc. 1997 : *Bull. civ.* III, n°223.

Cass. 1re civ. 16 févr. 1999 : *Bull. civ.* I, n°56, p. 36.

Cass. 1re civ., 25 janv. 2000 : *RIDA* oct. 2000, p. 267.

Cass. 1re civ., 12 juin 2001 : *Légipresse*, n°185, oct. 2001, p. 180.

Cass. soc., 2 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n°29.

Cass. 1re civ., 27 nov. 2001 : *CCE*, mars 2002, p. 27.

Cass. 1re civ., 15 mai 2002 : *Resp. civ. et assur*. 2002, comm. 264.

Cass. com. 6 mai 2003 : Pourvoi n°00-10502.

Cass. soc., 13 mars 1974 : *Bull. civ.* V, n° 173.

Cass. com, 30 nov. 2004 : Pourvoi n°03-13756.

Cass. 3ème civ., 22 juin 2005 : *Bull. civ.* III, n°135.

Com. 28 juin 2005 : *RTD civ.* 2005, p. 591.

Cass. 1re civ., 29 nov. 2005, Pourvoi n°04-12721.

Cass. 1re civ., 5 juill. 2006 : *Bull. civ.* I, n° 360.

Cass. 3ème civ., 7 janv. 2009 : *D.* 2009, p. 297.

Cass. 1re civ., 1er juill. 2010 : Pourvoi n°09-15479.

**CONSEIL D'ÉTAT**

CE, 11 sept. 2006 : n° 265174.

**COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Cour de Justice des Communautés Européenne, 17 sept. 2002, n° C-334-00, Recueil Dalloz, 2002, p. 2774.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

**A**

**Abus de droit**, 83, 498, 516, 517, 525, 532, 535, 548, 552, 553, 649.

**Accord de principe**, 434, 664.

**Agent littéraire**, 474.

**Agissement parasitaire**, 284, 292-299.

**B**

**Bonne foi**, 40, 145-154, 173, 199, 205, 217, 225, 230, 254, 258, 276, 278, 298, 299, 303, 320, 354, 355, 431, 528, 625, 643.

**C**

**Clause d'offre concurrence**, 445, 461-463, 612, 621 - 624, 629, 643, 644, 676.

**Cohérence** (principe de), 323, 331, 341, 354, 355.

**Confiance**, 163-172, 213, 224, 253, 254, 280, 323, 327, 332, 342, 343, 355-357, 553, 594, 738.

**Confidentialité** :

- contrat (de), 260, 299.
- devoir (de), voir Discrétion.

**Consentement** :

- écrit (voir formalisme).
- personnel, 398, 402, 472, 473, 474.

**Contrat conditionnel**, 525, 710, 721, 722.

**Contrat d'adaptation**, 239, 304, 317, 329, 374, 375, 379, 387, 388, 494, 501, 644, 686, 691, 695, 703, 709.

**Contrat d'auteur** :

- définition, 20-24.

- diversité, 23, 364.
- formalisme, 368-410, 424-429, 434.

**Contrat de commande**, 204, 215, 219, 230, 240, 384, 429, 508, 511, 515, 521, 527, 587, 627, 679-688, 711, 713, 714, 719, 728, 734.

**Contrat d'édition**, 23, 46, 217, 251, 372-374, 379, 389, 390, 393, 403, 408, 409, 472, 473, 589-593, 611, 688, 710.

**Contrat de négociation**, 18, 123, 128, 129, 140, 403, 434, 693, 721, 725.

**Contrat d'option**, 104, 379, 387, 388, 396, 427, 501, 687-692, 694-696, 698-702, 704, 706, 727.

**Contrat de production audiovisuelle**, 23, 104, 196, 120, 371, 373, 375, 379, 425, 687, 690, 691, 695, 711.

**Contrat de représentation**, 24, 28, 508, 549, 644.

**Contrat forcé**, 80-84.

**Contrat type**, 448, 451, 459, 625, 670, 695, 700.

**Contrat-cadre**, 17, 359, 364, 456, 457, 464, 472, 477, 571, 578, 582, 612, 617, 618, 654, 661, 663, 664, 671, 680.

**Création salariée** :

- cession, 425, 651-678.
- titularité, 82, 648-650.

**D**

**Devoir de discrétion**, 260, 277-287, 289, 301, 302, 329.

**Droit moral** :

- droit au respect de l'œuvre, 191, 492, 494, 499, 501, 579, 737.
- droit de divulgation, 191, 289, 301, 398, 399, 406, 407, 409, 473, 480, 492, 501-529, 535, 579, 636, 703, 733.
- droit de paternité, 492, 501.
- droit de retrait et de repentir, 111, 480, 492, 529-535.

- notion, 479-496.

**E**

**Enrichissement sans cause**, 135, 154, 300.

**Erreur**, 192, 241-243.

**F**

**Faute précontractuelle**, 139, 154, 173, 256, 282, 316, 328.

**Fonctionnaires**, 82, 651, 655.

**Formalisme**,

- du contrat, 191, 193-197, 258, 363, 368-410, 424, 469, 476, 658, 732.
- des négociations, 94, 99, 100, 173, 185,

**G**

**Gestion collective**, 24, 25, 27, 81, 474, 658, 695, 699.

**I**

**Idées**, 1, 2, 259-302.

**Information** :

- besoin (d') : 179, 180, 181, 187, 191, 197, 205, 208, 209, 213.
- devoir d'informer : 198-258.
- devoir de se renseigner : 178, 179, 209, 211, 220, 239, 253, 320, 635.
- formalisme informatif : 192, 193, 194, 196, 197.
- obligation spéciale d'information : 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 191.
- preuve : 220, 222.
- sanction : 231, 233, 234-241, 248-258.

**J**

**Journalistes**, 651, 653, 654, 676, 677.

**L**

**Lésion**, 244, 245, 246, 431.

**Liberté contractuelle**, 29, 32, 65, 69, 70, 72, 76, 80, 84, 102, 103, 107, 358, 491, 510, 536, 540, 583, 636, 732, 734, 739.

**Logiciel**, 82, 208, 215, 216, 259, 268, 494, 611, 651, 652.

**M**

**Mandat**, 473-475.

***Memo deal***, 43, 91, 724, 725, 726.

**O**

**Œuvre de l'esprit**, 267-269.

**Œuvre future** :

- définition, 569.
- prohibition (cession globale), 363, 536-582, 664-679.

**Offre**, 71, 75, 94, 96, 97, 102, 109, 118, 119, 123, 131, 332, 333, 335, 466, 467, 468, 469, 475, 615, 616, 617, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 636, 641, 676, 688.

**P**

**Pacte de préférence** :

- capacité, 472.
- droit moral (confrontation), 514-520, 526-535.
- exécution, 700, 701.
- forme, 380, 385, 397, 400, 409.
- objet, 437, 440, 443, 445, 446, 463, 464, 476.
- œuvre future, 555, 582.
- sanction, 632, 633, 634.

**Pacte de préférence dans le contrat d'édition** :

- exécution, 613-628.

- nature, 454-456, 612.
- objet, 422, 438, 439, 443-462, 476, 598, 602-610.
- œuvre future, 555-582.
- sanction, 635-641.

**Pourparlers** :

- contractualisation, voir Contrat de négociation.
- liberté, voir Liberté précontractuelle.
- rupture, 326-353

**Promesse synallagmatique** :

- capacité, 471.
- droit moral (confrontation), 493-496.
- forme, 380, 384, 397, 400, 409.
- notion, 16, 359, 416, 722, 723, 724, 727.
- objet, 413-435, 464, 476.
- œuvre future, 555, 582, 560.

**Promesse unilatérale** :

- exécution, 700, 701.
- forme, 380-384, 397, 400, 409.
- notion, 15, 18, 359, 689.
- objet, 413-435, 464, 476.
- œuvre future, 555-582.
- sanction, 520-524, 528, 702-704.

**V**

**Violence**, 304-315, 321.

**Vente à la dégustation**, 719.

# TABLE DES MATIERES

**Introduction**

I. L'objet de la recherche ..... 12
A. Les définitions de « l'avant-contrat » ..... 12
B. Le périmètre du droit des « contrats d'auteur » ..... 20

II. Délimitation spatio-temporelle de notre recherche ..... 23
A. Approche historique : l'avant-contrat d'auteur dans le temps ..... 23
B. Approche géographique : l'avant-contrat d'auteur au temps de la mondialisation ..... 29

III. L'intérêt de notre recherche ..... 35

IV. démarche et plan ..... 39

**PARTIE I. LA REGULATION DE L'AVANT-CONTRAT PAR LE DROIT COMMUN.....43**

TITRE 1. LES PRINCIPES REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR .....44

***Chapitre 1. Le principe de liberté précontractuelle ..... 45***

Section 1. L'emprise de la liberté sur la négociation du contrat d'auteur .....46

**Paragraphe 1. Une liberté précontractuelle consacrée en droit commun ..... 46**

**Paragraphe 2. Une liberté précontractuelle respectée en droit d'auteur ..... 49**

Section 2. L'empreinte de la liberté sur la négociation du contrat d'auteur .....52

**Paragraphe 1. La liberté d'entrer en pourparlers ..... 52**

I. La teneur du principe ..... 52

II. La portée du principe ..... 54
A. Les limites subies ..... 54
1. Les limites instaurées a priori par le législateur ..... 54
2. Les limites révélées a posteriori par le juge ..... 56
B. Les limites voulues ..... 57

1. Le contrat de négociation, instrument d'organisation de la négociation ..... 57
2. L'absence de spécificité des contrats de négociation du contrat d'auteur ..... 59

**Paragraphe 2. La liberté dans la conduite des pourparlers ..... 60**

I. La liberté quant aux modalités de la négociation ..... 60
A. L'absence de règles encadrant la négociation ..... 61
B. La liberté de mener des négociations parallèles ..... 63
1. Le caractère non exclusif des négociations ..... 63
2. L'organisation contractuelle d'une négociation exclusive ..... 65

II. La liberté de rompre les pourparlers ..... 66

***Chapitre 2. Le principe de bonne foi précontractuelle ..... 70***

Section 1. Le principe du contrôle de la période précontractuelle ..... 70

**Paragraphe 1. L'avènement de la responsabilité précontractuelle ..... 70**

**Paragraphe 2. La nature de la responsabilité précontractuelle ..... 72**

I. Les voies envisagées ..... 73
A. L'approche contractuelle ..... 73
1. La convention de « diligencia in contrahendo » proposée par Ihering ..... 74
2. Les propositions fondées sur l'existence d'un pacte de garantie ..... 75
B. Les alternatives extracontractuelles ..... 77

II. Le choix opéré ..... 79

Section 2. Les outils du contrôle de la période précontractuelle ..... 82

**Paragraphe 1. La détermination des outils du contrôle en droit commun ..... 82**

I. Le recours à la bonne foi précontractuelle ..... 82

II. Le respect de la généralité de la faute délictuelle ..... 87

**Paragraphe 2. L'application des outils du contrôle à la négociation du contrat d'auteur ..... 90**

I. Applicabilité du contrôle à la négociation du contrat d'auteur ..... 90

II. Adaptabilité des outils du contrôle à la négociation du contrat d'auteur ..... 91

TITRE 2. LES DEVOIRS REGULANT LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AUTEUR ..... 99

***Chapitre 1. Les devoirs tenant aux informations délivrées lors des négociations ..... 100***

Section 1. Le devoir de délivrer des informations précontractuelles ..... 100

**Paragraphe 1. L'obligation d'information précontractuelle ignorée par le droit des contrats d'auteur ..... 101**

I. Le développement d'obligations spéciales d'information ..... 101

A. La reconnaissance du besoin d'information ..... 101

B. L'intervention du législateur ..... 103

II. Le formalisme des contrats d'auteur, source d'information précontractuelle ? ..... 107

A. L'absence d'obligation légale d'information ..... 108

B. L'existence d'un formalisme informatif contractuel ..... 110

**Paragraphe 2. L'obligation d'information précontractuelle issue du droit commun ..... 113**

I. Les fondements possibles de l'obligation d'information ..... 114

A. L'obligation d'information attachée à la nature du contrat et à la qualité des parties ..... 114

1. L'adaptabilité des critères de révélation d'une obligation d'information à la préparation des contrats d'auteur ..... 115

2. La révélation d'obligations d'information préalables au contrat d'auteur ..... 121

B. L'obligation d'information dictée par le devoir de négocier de bonne foi ..... 126

II. Les sanctions du défaut d'information ..... 129

A. Les sanctions du défaut d'information relatives au contrat ..... 130

1. La remise en cause du contrat d'auteur ..... 130

a. Le dol entrainant la remise en cause du contrat d'auteur ..... 130

b. Les autres vices du consentement causés par le défaut d'information ..... 134

2. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle ..... 137

B. La sanction délictuelle du défaut d'information ..... 140

Section 2. Le devoir de ne pas divulguer les révélations précontractuelles ..... 142

**Paragraphe 1. Les révélations précontractuelles insuffisamment protégées par le droit d'auteur . 144**

I. L'impossible réservation des idées dévoilées à l'occasion des pourparlers ..... 144

II. L'insuffisante protection des œuvres protégeables négociées ..... 147

**Paragraphe 2. Les révélations précontractuelles potentiellement protégées par le droit commun . 151**

I. La divulgation fautive ..... 151

A. Le recours au devoir de discrétion ..... 151

B. La caractérisation de la divulgation fautive ..... 153

II. Le comportement parasitaire ..... 157

A. Le recours à la notion d'agissement parasitaire ..... 157

B. L'agissement parasitaire faisant suite à la négociation ..... 159

III. La théorie de l'enrichissement sans cause ..... 164

***Chapitre 2. Les devoirs tenant au comportement des parties à la négociation ..... 167***

Section 1. Les devoirs tenant à la conclusion du contrat ..... 167

**Paragraphe 1. La violence, vice du consentement ..... 168**

**Paragraphe 2. L'insistance, manquement à la loyauté précontractuelle ..... 173**

Section 2. Les devoirs tenant à la rupture des négociations ..... 176

**Paragraphe 1. La faute tenant à la rupture des négociations du contrat d'auteur ..... 177**

I. La caractérisation de la faute ..... 177

II. L'absence de spécificité de la faute ..... 185

**Paragraphe 2. La réparation du préjudice causé par rupture fautive des négociations ..... 187**

I. L'identification du préjudice réparable ..... 187

II. Les modalités de réparation du préjudice ..... 190

**PARTIE II. LES AVANT-CONTRATS ENCADRES PAR LE DROIT D'AUTEUR ..... 196**

TITRE 1. LE CADRE NORMATIF DES AVANT-CONTRATS D'AUTEUR ..... 199

***Chapitre 1. Les conditions ajoutées au droit commun par le droit d'auteur ..... 201***

Section 1. Les conditions relatives à la preuve des avant-contrats ..... 202

**Paragraphe 1. L'hypothèse d'une application analogique des articles L. 131-2 et L. 131-3 al. 3 aux avant-contrats ..... 203**

I. Le formalisme probatoire imposé à certains contrats d'auteur ..... 203

II. **L'application incertaine du formalisme probatoire aux avant-contrats d'auteur** ..... 207

A. Problématique générale ..... 208

B. Cas particuliers ..... 211

1. Le contrat d'option relatif aux droits d'adaptation audiovisuelle ..... 211

2. Le pacte de préférence dans le contrat d'édition ..... 212

**Paragraphe 2. L'hypothèse d'une application directe de l'article L. 132-7 aux avant-contrats ..... 214**

I. Les arguments en faveur d'une application de l'article L. 132-7 ..... 214

II. Les obstacles à l'application de l'article L. 132-7 ..... 217

A. La fausse distinction ..... 217

B. Le vrai obstacle ..... 218

Section 2. Les conditions relatives à la validité des avant-contrats ..... 221

**Paragraphe 1. Les conditions tenant à la détermination de l'objet du contrat ..... 221**

I. La détermination de l'objet de l'avant-contrat en cas de cession consentie ..... 222

A. La détermination de l'objet du contrat en gestation en droit commun ..... 224

B. La détermination de l'objet du contrat en gestation renforcée en droit des contrats d'auteur ..... 227

1. La nécessaire détermination des droits cédés et de leur domaine d'exploitation ..... 227

2. La nécessaire détermination de la contrepartie de la cession ..... 231

II. La détermination de l'objet du contrat préparé en cas de cession pressentie ..... 234

A. L'objet direct du pacte de préférence en droit des contrats d'auteur ..... 234

B. L'objet de la prestation, objet de la préférence ..... 236

1. La détermination des œuvres objet de la préférence ..... 237

2. L'exigence contestable de détermination des conditions d'exploitation de l'œuvre ..... 238

a. Une exigence suggérée ..... 238

b. Une exigence rejetée ..... 240

**Paragraphe 2. Les conditions relatives au consentement à l'avant-contrat ..... 248**

I. L'efficacité de l'offre émanant de l'auteur ..... 248

II. Le pouvoir de conclure l'avant-contrat d'auteur ..... 252
A. L'appréciation de la capacité de l'auteur à céder ses droits ..... 253
B. Les hésitations sur la possibilité de donner mandat ..... 254

***Chapitre 2. Les possibilités soustraites au droit commun par le droit d'auteur ..... 259***

Section 1. Les avant-contrats confrontés à l'inaliénabilité du droit moral ..... 259

**Paragraphe 1. Le droit moral limitant l'objet des avant-contrats ..... 262**

I. Les fondements de l'inaliénabilité du droit moral ..... 262
A. L'inaliénabilité du droit moral fondée sur sa nature ..... 263
B. L'inaliénabilité du droit moral fondée sur son caractère d'ordre public ..... 266

II. La teneur de l'inaliénabilité du droit moral ..... 267

**Paragraphe 2. Le droit moral affectant le régime des avant-contrats ..... 272**

I. La confrontation entre droit de divulgation et promesse de cession ..... 273
A. L'effectivité de la confrontation ..... 274
B. Les manifestations de la confrontation ..... 280
1. La promesse de cession confrontée au droit de divulgation ..... 280
a. Le sort de la promesse de contrat en cas de refus de divulgation ..... 280
b. Le droit de divulgation érigé en modalité de la promesse ..... 286
2. La promesse d'acquisition des droits confrontée au droit de divulgation ..... 287

II. La confrontation entre droit de retrait et de repentir et promesses ..... 289

Section 2. Les avant-contrats confrontés à la prohibition de cession globale des œuvres futures ..... 293

**Paragraphe 1. Le principe de prohibition limitant l'objet des avant-contrats ..... 294**

I. L'influence des avant-contrats sur l'avènement de la prohibition ..... 294
A. Les dangers d'une anticipation incontrôlée de la gestion des droits d'auteurs ..... 294
B. L'insuffisant contrôle par le droit commun des contrats ..... 296

II. L'édiction d'une prohibition étendue aux avant-contrats ..... 302
A. L'édiction de la prohibition de cession globale d'œuvres futures ..... 303
B. L'applicabilité de la prohibition de cession globale des œuvres futures aux avant-contrats ..... 304

**Paragraphe 2. Le principe de prohibition, limite incertaine aux avant-contrats ..... 306**

I. Les incertitudes relatives aux « œuvres futures » ..... 307

II. Les incertitudes relatives à la « cession globale » ..... 308

TITRE 2. LE CADRE FONCTIONNEL DES AVANT-CONTRATS D'AUTEUR .....317

***Chapitre 1. Les avant-contrats, outils de gestion de la relation contractuelle dans le temps 318***

Section 1. Le pacte de préférence, instrument de pérennisation de la relation contractuelle .....318

**Paragraphe 1. La faculté d'accorder la préférence encadrée par le droit des contrats d'auteur.... 319**

I. Un instrument contractuel revendiqué par les exploitants ..... 319

A. Une revendication justifiée..... 319

B. Une utilité partagée..... 321

II. Un instrument limitativement admis par le droit des contrats d'auteur..... 322

A. L'exigence d'un genre nettement déterminé ..... 323

B. Une restriction quantitative imposée ..... 326

1. Les exigences quantitatives de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle ..... 326

2. La sanction de la violation des exigences quantitatives de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle..... 329

C. Un domaine largement apprécié..... 332

**Paragraphe 2. La mise en œuvre de la préférence en partie soumise au droit commun ..... 333**

I. L'exécution du pacte de préférence ..... 334

A. Les modalités d'exécution du pacte de préférence déterminées par son contenu ..... 334

1. L'exécution du pacte prévoyant par avance les conditions nécessaires à la conclusion du contrat ..... 334

2. L'exécution du pacte de préférence ne prévoyant pas par avance les conditions nécessaires à la conclusion du contrat d'auteur..... 337

B. L'extinction du pacte de préférence par son exécution de bonne foi ..... 339

II. L'inexécution du pacte de préférence..... 342

A. Les solutions posées en droit commun..... 344

B. Les sanctions du pacte de préférence dans le contrat d'édition..... 346

Section 2. Les avant-contrats, instruments d'efficacité de la relation contractuelle pérenne .....352

**Paragraphe 1. Les avant-contrats, outils de gestion de la création salariée ..... 353**

I. La nécessité d'une cession des droits sur la création salariée ..... 353

A. L'attribution de principe des droits au créateur ..... 353

B. L'absence de cession automatique des droits d'auteur ..... 355

II. Les possibilités de gestion des droits offertes par les avant-contrats ..... 360

A. L'opportunité d'un aménagement contractuel global des droits d'auteur ..... 360

B. Les incertitudes relatives à l'aménagement contractuel global des droits d'auteur ..... 361

**Paragraphe 2. Les avant-contrats outils de gestion de la création de commande ..... 371**

***Chapitre 2. Les avant-contrats, outils de gestion du temps dans la relation contractuelle 377***

Section 1. Les avant-contrats retardant la conclusion du contrat d'auteur ..... 377

**Paragraphe 1. L'avant-contrat offrant le temps de la réflexion ..... 379**

I. Identification des contrats d'option valant promesse unilatérale ..... 380

A. La diversité des contrats d'option ..... 380

B. Le caractère synallagmatique du contrat d'option ..... 383

II. Mise en œuvre du contrat d'option valant promesse unilatérale ..... 385

A. Les modalités d'exécution du contrat d'option ..... 385

B. La violation du contrat d'option ..... 386

1. Caractérisation de la violation du contrat d'option ..... 386

2. Sanction de la violation du contrat d'option ..... 386

**Paragraphe 2. L'avant-contrat offrant le temps de la création ..... 389**

I. Diversité des obligations conditionnelles dans les contrats d'auteur ..... 390

II. La promesse unilatérale, remède à la potestativité de l'engagement sur l'œuvre future ..... 391

A. L'agrément objectivisé excluant la potestativité de l'engagement ..... 393

B. Les vertus du droit potestatif créé par la promesse ..... 394

Section 2. L'avant-contrat anticipant la conclusion du contrat ..... 397

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

AVIGNON, le

Le Président de l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse

Emmanuel ETHIS