

# COMMUNICATION COMMERCE ÉLECTRONIQUE

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, DROITS DES RÉSEAUX ET DES MÉDIAS

N° 9 - SEPTEMBRE 2008

10<sup>e</sup> ANNÉE - ISSN 1292-8682

*Notamment ce mois-ci :*

## > COMMENTAIRES

### 99 **Propriété intellectuelle**

De l'interprétation de l'expression « à défaut » dans le référé « LCEN »

par *Christophe CARON* (p. 33)

### 103 **Jeux en ligne**

Après le PMU, la FFT s'attaque à son tour aux sites de paris sportifs

par *Anne DEBET* (p. 39)

### 106 **Internet**

Provocation policière

par *Agathe LEPAGE* (p. 42)

### 108 **Évasion fiscale**

Les sommes versées à une société britannique en rémunération d'un concert réalisé en France par un artiste résidant de Suisse doivent être déclarées en France au nom de l'artiste

par *Philippe NEAU-LEDUC* (p. 45)

SOUS LA DIRECTION DE :

Christophe CARON.

Éric A. CAPRIOLI, Muriel CHAGNY,

Anne DEBET, Agathe LEPAGE,

Philippe NEAU-LEDUC, Philippe STOFFEL-MUNCK

Repère 8

Alertes 92 à 99

Études 17 à 19

Chronique 8

Commentaires 99 à 108

Pratique 8

## Propriété intellectuelle

### 8 **Un an de droit de la mode**



**Chronique par Anne-Emmanuelle KAHN,**

*maître de conférences à l'université Lyon 2 – Lumière* (p. 26)

L'année écoulée (de juin 2007 à juin 2008) a été l'occasion pour la Cour de cassation d'élargir la liste des œuvres protégées par le droit d'auteur puisqu'elle a affirmé dans un arrêt du 5 février 2008 qu'un défilé de mode est sans conteste une œuvre protégeable au titre du droit d'auteur, contrairement à sa position en matière de protection des parfums. Mais cette année confirme également le malaise des juges eu égard à la présomption de titularité des droits de la personne morale exploitant les œuvres. Ainsi, l'analyse des décisions démontre la tendance des juges à se raccrocher aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, comme pour tenter de transformer en présomption légale une construction jurisprudentielle pourtant solidement acquise aujourd'hui. Enfin, on relèvera en matière de droit moral la difficile conciliation des intérêts des auteurs créateurs de dessins et modèles destinés à l'industrie et ceux des entreprises exploitantes de ces modèles pour lesquelles les intérêts économiques l'emportent sur les considérations personalistes du droit d'auteur.

## Presse

### 19 **Le droit français de la presse à l'épreuve des recommandations du Conseil de l'Europe**

Étude par *Julien SAINT LAURENT,*

*docteur en Droit, université Toulouse I (IDET.COM)* (p. 21)

## Internet

### 92 **À propos du 28<sup>e</sup> rapport d'activité 2007 de la CNIL**

Focus par *Pierre LECLERCO,*

*conseiller honoraire à la Cour de cassation* (p. 2)

LexisNexis®

 **JurisClasseur**

www.lexisnexus.fr

## Extraits

18 Le formalisme dans les contrats d'auteur<sup>1</sup>

Alexandre BORIES,  
docteur en droit

**Le souci de protection de l'auteur, présumé en position de faiblesse juridique et économique par rapport à son contractant, a conduit le législateur du 11 mars 1957 à réduire le champ de la liberté contractuelle en subordonnant l'efficacité du contrat au respect de certaines formes. Toutefois, depuis cinquante ans, la dimension économique du droit d'auteur s'est intensifiée. Le droit d'auteur a changé de paradigme. Dans ce contexte, la tendance générale est à la minimisation du formalisme.**

1 - Traditionnellement, le droit d'auteur français s'organise autour de la personne de l'auteur. Ce dernier bénéficie d'une protection particulière par un droit spécifique qui ne s'applique qu'à lui. Cette protection apparaît comme une nécessité impérieuse lorsque l'auteur veut exploiter son œuvre. En effet, même avec le développement du réseau Internet, l'auteur n'étant généralement pas en mesure d'exploiter lui-même sa création, il doit s'adresser à des tiers, éditeur, entrepreneur de spectacles, dont la profession consiste précisément à communiquer au public les œuvres des créateurs. Il s'ensuit que, pour l'exploitation de son œuvre, l'auteur doit conclure des contrats en vertu desquels il les autorise à reproduire et/ou représenter son œuvre. Dans ces hypothèses, le souci de protection de l'auteur, présumé en position de faiblesse juridique et économique par rapport à son contractant, a conduit le législateur du 11 mars 1957 à réduire le champ de la liberté contractuelle en subordonnant l'efficacité du contrat au respect de certaines formes<sup>2</sup>.

Pourtant cette analyse doit être modérée car, depuis cinquante ans, la dimension économique du droit d'auteur s'est intensifiée. Le droit d'auteur a changé de paradigme<sup>3</sup>. Il tend à glisser d'un droit de la création vers un droit de la production<sup>4</sup>. Ainsi, de plus en plus de créations sont le produit d'entreprises car leur mise en œuvre nécessite d'importants moyens intellectuels et matériels – que l'on songe aux logiciels, aux œuvres des arts appliqués, aux œuvres audiovisuelles ou multimédias. Corrélativement, la commercialisation de ces œuvres s'est industrialisée ; les intermédiaires entre les auteurs et le public se multiplient. Ce faisant, la logique individualiste du droit d'auteur est appelée à reculer devant la logique économique. On assiste donc à l'émergence, à côté d'un droit d'auteur traditionnel et très protecteur, d'un droit d'auteur économique qui répond de plus en plus à des logiques autonomes. Or, le formalisme, inhérent au droit d'auteur classique et civiliste, apparaît incompatible avec les logiques commerciales du droit d'auteur économique. Dans ce contexte, la tendance générale est à la minimisation du formalisme.

Pour essayer d'étudier cette évolution, nous aborderons les manifestations du formalisme dans les contrats d'auteur (I), puis les atténuations du formalisme dans les contrats d'auteur (II).

## 1. Manifestations du formalisme dans les contrats d'auteur

2 - La philosophie du droit des contrats d'auteur repose sur l'idée de protection des auteurs. Au cours des débats législatifs portant sur l'adoption de la loi du 11 mars 1957, le rapporteur J. Isorni s'exprimait ainsi : « l'esprit dominant de ce texte, [...] la pensée directrice qui l'anime, [...] c'est avant tout la protection de l'artiste »<sup>5</sup>. L'auteur est considéré, à l'instar du salarié, du locataire et du consommateur, comme la partie faible du contrat, qui comme telle, doit être protégée. Il n'est donc pas très surprenant de constater que le formalisme, qui est habituellement protecteur, occupe une place importante dans les contrats d'auteur. Ainsi, si certains contrats doivent être constatés par écrit (A), tous doivent contenir certaines mentions (B).

### A. - Formalisme de l'acte

3 - L'article L. 131-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle (CPI) est le siège d'un formalisme de l'acte<sup>6</sup>. Aux termes de cet article : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution ». Précisons la nature de ce formalisme (1), avant d'envisager son régime (2).

#### 1° Nature

4 - Le législateur n'a pas précisé la sanction qui s'attache à l'exigence d'un écrit. Quelle est la sanction du défaut d'écrit ? On a pu soutenir que, dans le silence de la loi, l'exigence d'un écrit est une règle de validité. Mais on peut aussi considérer que l'écrit n'est exigé que pour la préconstitution de la preuve et non *ad validitatem*.

Les tenants de la théorie selon laquelle l'écrit est en principe requis à peine de validité fondent leur analyse sur l'intention du législateur. Selon ces auteurs, en l'absence d'écrit la sanction doit être la nullité car, au cas contraire, la disposition spéciale exigeant

1. Cette étude reprend des idées développées dans une thèse de doctorat intitulée « Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique » rédigée, sous la direction de M. le professeur Jean-Michel Bruguière par Alexandre Bories et soutenue le 29 juin 2007 à l'université Montpellier I. Le jury était composé par MM. les professeurs Jean Devèze, Michel Vivant, Rémy Cabrillac, ainsi que par M<sup>me</sup> Agnès Maffre-Baugé et M. Gilles Vercken.

2. Nous pensons qu'il convient de considérer avec F. Gény qu'il y a formalisme lorsque la forme est requise « à peine d'inefficacité juridique (absence de sanction sociale), à un degré quelconque » (F. Gény, *Science et technique en droit privé positif* : Sirey, 1925, t. III, p. 99). – Dans le même sens, J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Études offertes à Georges Ripert, Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, vol. 1* : LGDJ 1950, p. 93, n° 4.

3. Selon l'expression d'A. Dietz in *Mutation du droit d'auteur, Changement de paradigme en matière de droit d'auteur* : RIDA oct. 1988, p. 23.

4. Ph. Caudrat, *Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur* : RIDA oct. 2001, p. 71, spéc. p. 115.

5. J. Isorni : JO AN, séance 19 avr. 1956, p. 1404.

6. Auquel il faut ajouter l'article L. 132-7, alinéa 1<sup>er</sup> du CPI qui dispose que « le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire ». Bien que cette règle soit posée dans la section relative au contrat d'édition, il est admis qu'elle doit s'appliquer à tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur (Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : Litec, 2006, n° 401. – C. Calambet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins* : Précis Dalloz, 1999, n° 293. – H. Desbois, *Le droit d'auteur en France* : D. 1978, p. 494. – P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique* : PUF, 6<sup>e</sup> éd. 2007, n° 451. – A. Maffre-Baugé, *Exploitation des droits – Dispositions générales* : JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1310. – F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur* : *Economica*, 2005, n° 946. – R. Savatier, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957* : JCP C 1957, I, 1398, n° 84. – Contra, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2006, n° 585).

un écrit (ici l'article L. 131-2, alinéa 1<sup>er</sup> du CPI) ferait double emploi avec la règle générale de l'article 1341 du Code civil, et s'en distinguerait seulement par l'obligation de prouver au moyen d'un écrit quelle que soit la somme en jeu. Or, il est peu vraisemblable que le législateur ait pris la peine d'exiger la rédaction d'un écrit pour certains contrats dans le seul but d'écarter la preuve testimoniale, même si les actes juridiques en cause mettent en jeu des intérêts inférieurs à 1500 euros, alors que l'article 1341 du Code civil pose de façon générale que la preuve écrite est nécessaire pour tous les actes juridiques mettant en jeu des intérêts supérieurs à 1500 euros<sup>7</sup>. L'article 1341 du Code civil prévoit clairement le principe général selon lequel le contrat doit être prouvé par écrit, sans qu'il soit besoin de le rappeler spécialement pour tel ou tel contrat<sup>8</sup>. Par conséquent, l'écrit de l'article L. 131-2 du CPI serait exigé *ad validitatem*.

Néanmoins, une autre partie de la doctrine remarque qu'à défaut d'indication par le législateur quant à la nature de l'écrit, les magistrats analysent de façon quasi systématique l'écrit comme une règle de preuve, par faveur pour le consensualisme<sup>9</sup>. Ces auteurs approuvent cette analyse car elle respecte le principe du consensualisme ; toute disposition qui lui porte atteinte doit être expressément formulée<sup>10</sup>.

La jurisprudence du droit d'auteur considère, pour sa part, que l'exigence de l'écrit prévue à l'article L. 131-2, alinéa 1<sup>er</sup> du CPI est une règle de preuve. Les décisions sont nombreuses et constantes sur ce point. Par exemple, la cour d'appel de Paris a décidé, le 13 janvier 2003, « que si l'article L. 131-2 du CPI invoqué par l'appelant dispose que les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle [...] doivent être constatés par écrit, cette exigence concerne seulement la preuve du contrat et non sa conclusion qui n'obéit à aucun formalisme, s'agissant de contrats consensuels »<sup>11</sup>. Cette solution est conforme à l'analyse intrinsèque de l'article L. 131-2 du CPI. En effet, selon cet article les contrats doivent être " constatés par écrit ", ce qui permet à Desbois d'écrire que « constater, c'est constituer un mode de preuve, alors que, si la formule comprenait une expression, telle que " stipulé par écrit ", ce serait la naissance, non la constatation de l'obligation, qui serait subordonnée à la rédaction d'un acte »<sup>12</sup>. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article L. 131-2 du CPI renvoie aux articles 1341 à 1348 du Code civil qui posent des règles de preuve. Il est donc juste de penser que l'alinéa 1<sup>er</sup> renvoie aussi à des règles de preuve<sup>13</sup>.

## 2<sup>o</sup> Régime

5 - En application de l'article L. 131-2, alinéa 1<sup>er</sup> du CPI les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ainsi que les autorisations gratuites d'exécution, doivent être constatés par écrit. Il convient d'ajouter à cette énumération le contrat d'adaptation audiovisuelle qui, selon l'article L. 131-3, alinéa 3 du CPI, doit être conclu par écrit sur un document distinct

du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée. L'écrit peut être une télécopie<sup>14</sup> ou un e-mail<sup>15</sup>.

L'article L. 131-2, alinéa 1<sup>er</sup> du CPI est une règle dérogatoire aux dispositions du Code civil relatives à la preuve des contrats. Il doit donc être interprété de façon restrictive en application de l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis*<sup>16</sup>. La jurisprudence se prononce en ce sens, estimant que la liste des contrats visés par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 131-2 est limitative<sup>17</sup>. Ainsi, peuvent par exemple être conclus sans qu'un écrit soit nécessaire : les contrats de cession pure et simple du droit de reproduction<sup>18</sup>, les contrats à compte d'auteur et de compte à demi<sup>19</sup>, les contrats de traduction ou encore les contrats d'adaptation autre qu'audiovisuelle<sup>20</sup>.

Enfin, « l'intention du législateur étant de protéger l'auteur, l'écrit prévu à l'article L. 131-2 du CPI ne peut être exigé, à titre de preuve, que du contractant de l'auteur »<sup>21</sup>. Bien souvent, le caractère mixte du contrat d'auteur, en principe civil pour l'auteur et commercial pour le cessionnaire-commerçant, permet à l'auteur de prouver par tous moyens le contrat à l'égard du commerçant (C. com., art. L. 110-3)<sup>22</sup>.

6 - Les moyens de preuve prévus par les articles 1341 à 1348 du Code civil, s'ils sont applicables à propos des contrats de l'alinéa 2 de l'article L. 131-2 du CPI, sont irrecevables, *a contrario*, pour les contrats de l'alinéa 1<sup>er</sup>. En conséquence, la preuve du contrat de représentation, d'édition, de production audiovisuelle et des autorisations gratuites d'exécution ne peut pas être faite par témoin<sup>23</sup>. De même, le commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil ne peut pas remplacer l'écrit de l'article L. 131-2 alinéa 1<sup>er</sup> du CPI<sup>24</sup>. En outre, toutes les exceptions prévues par l'article 1348 du Code civil sont irrecevables. Il en est ainsi de l'impossibilité physique et morale que les intéressés peuvent alléguer pour avoir accès à la libre administration de la preuve. Par exemple, un éditeur ne peut pas prétendre tirer partie des relations d'intime confiance entretenues avec l'auteur pour se dispenser de la production d'un écrit.

Cependant, le cessionnaire des droits d'auteur peut recourir à des preuves non préconstituées. En effet, l'article L. 131-2, alinéa 2 du CPI rend seulement irrecevables les modes de preuve prévus aux articles 1341 à 1348 du Code civil ; il ne se prononce pas sur les autres. On voit mal comment déduire de ce silence une volonté du législateur d'exclure l'ensemble des preuves du droit commun.

7. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations : Précis Dalloz*, 9<sup>e</sup> éd. 2005, n° 144-1. - J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, article préc.*, n° 14.

8. C. Larroumet, *Les obligations - Le contrat : Économica*, 5<sup>e</sup> éd. 2003, n° 221.

9. J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, article préc.*, n° 14. - H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale* : Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 1998, par F. Chabas, n° 72.

10. J. Flour, *ibid.*

11. CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., sect. A, 13 janv. 2003, *Duchassaing de Fontbressin c/ Sté La Gazette du Palais* : *JurisData* n° 2003-206140. - Dans le même sens, CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 1968 : D. 1968, p. 719. - Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 av. 1976 : *RTD com.* 1978, p. 103, obs. H. Desbois ; *RIDA oct.* 1976, p. 164. - Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 nov. 1979 : D. 1981, somm. p. 86, obs. C. Colombet. - *TGI Paris*, 9 janv. 2002, P. c/ *TempSport* : *JurisData* n° 2002-217920. - CA Aix-en-Provence, 2<sup>e</sup> ch., 7 févr. 2006, *Eurl Ferrari c/ Rinaudo Gualchierotti* : *JurisData* n° 2006-299145.

12. H. Desbois, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957* : D. 1957, légis. p. 362.

13. CA Aix-en-Provence, 7 févr. 2006, *préc.*

14. La télécopie est assimilable au télégramme expressément admis par l'article L. 131-3, alinéa 2 du CPI. D'ailleurs, elle est aujourd'hui proposée par les services de La Poste comme substitut des télégrammes.

15. V. P.-Y. Gautier, *L'E-Mail in Clés pour le siècle* : D. 2000, p. 380. - A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique* : Litec, 1998, n° 595. - A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 574. - F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 948.

16. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français* : Litec, 1999, n° 125.

17. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 nov. 1980 : *RIDA oct.* 1981, p. 192 ; *RTD com.* 1981, p. 748, obs. A. Françon. - Une partie de la doctrine regrette cette solution et considère que « l'écrit devrait s'imposer pour tous les contrats, car la raison de protection de l'auteur est la même partout » (P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 453. - Adde, C. Colombet, *op. cit.*, n° 319. - H. Desbois, *op. cit.*, n° 518. - A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 571. - F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 947. - P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats* : thèse Paris II, 1985, p. 174).

18. CA Paris, 6 mai 1980 : *RIDA janv.* 1981, p. 157 ; *RTD com.* 1980, p. 551, obs. A. Françon.

19. R. Savatier, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957, article préc.*, n° 70. - CA Paris, 10 juill. 1984 : *JurisData* n° 1984-025726 (contrat de compte à demi).

20. CA Paris, 10 mai 1973 : D. 1973, p. 548, concl. Cabannes.

21. *TGI Paris*, 9 janv. 2002, *préc.* - Déjà, CA Paris, 17 juin 1976 : *RTD com.* 1978, p. 105, obs. H. Desbois.

22. *TGI Paris*, 25 mars 1972 : *RIDA juill.* 1972, p. 232. - Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 avr. 1976, *préc.* - CA Paris, 6 mai 1980 : *RTD com.* 1980, p. 551, obs. A. Françon ; *RIDA-janv.* 1981, p. 157. - Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 févr. 2002, n° 99-21.220, *Sté Axel International c/ Cne de Blagnac* : *JurisData* n° 2002-013272 ; *Prop. intell.* 2002, p. 53, obs. A. Lucas ; *RIDA juill.* 2002, p. 399.

23. A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, étude sur la loi du 11 mars 1957* : *LGDJ* 1961, n° 240.

24. A. Huguet, *ibid.* - A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 573. - R. Savatier, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957, article préc.*, n° 70.

L'auteur pourra donc recourir au serment décisoire<sup>25</sup> – mode de preuve en pratique peu courant – et à l'aveu judiciaire<sup>26</sup>. Certaines décisions ont même admis, par une interprétation *a contrario* de l'article 1355 du Code civil, la possibilité d'un aveu judiciaire tacite<sup>27</sup>. Ce faisant les magistrats amoindrissent le formalisme probatoire. Toutefois, cette minimisation semble relative car le formalisme de la mention posé par l'article L. 131-3 du CPI implique, en pratique, la rédaction d'un écrit afin de prouver le contenu de l'acte et de déterminer l'utilisation de l'œuvre autorisée.

[---]

25. H. Desbois, *op. cit.*, n° 514. – P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452. – En revanche, le serment judiciaire supplétoire paraît privé d'effet car l'article 1367 du Code civil exige, au préalable, que « la demande ne soit pas totalement dénuée de preuves » (Cass. civ., 12 juill. 1924, cité par Desbois, *ibid.* – Cass. civ., 24 févr. 1947 : D. 1947, p. 276).

26. TGI Paris, 12 janv. 1988 : RIDA juill. 1988, p. 116, note P.-Y. Gautier. – CA Paris, 6 mars 1991 : JurisData n° 1991-021951. – CA Paris, 16 janv. 2004 : RIDA 2004, p. 329.

27. TGI Paris, 28 févr. 1973 : RIDA avr. 1974, p. 88 ; RTD com. 1975, p. 99, obs. H. Desbois. – TGI Paris, 12 janv. 1974 : RTD com. 1976, p. 96, obs. H. Desbois. – TGI Paris, 11 juin 1974 : RIDA 1975, p. 224. – TGI Paris, 21 nov. 1978 : RIDA 1979, p. 144.