

La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale

Marie-Avril Roux

Avocat à la Cour
Cabinet Degoy Roux Associés

Exception au principe de l'interdiction de cession des œuvres futures, la conclusion par l'auteur avec un éditeur d'un pacte de préférence suscite nombre d'interrogations. En effet, malgré les précautions du législateur de 1957 et l'attention de la jurisprudence ultérieure, les conditions de validité du pacte prévu à l'article L. 132-4 du Code de propriété intellectuelle sont sujettes à interprétation. Il convient par ailleurs d'examiner les modalités d'exercice du droit en découlant.

La loi du 11 mars 1957 dispose en son article 33 (article L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle) que la cession globale des œuvres futures est nulle. Une exception cependant qui « *doit être considérée comme le seul cas où soit autorisée la cession (globale ou non) des œuvres futures* » et qui « *fit d'ailleurs l'objet au Parlement d'une discussion assez longue* » (1) : la conclusion par l'auteur avec un éditeur d'un pacte de préférence tel que prévu par l'article 34 devenu depuis lors l'article L.132-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Si le projet de loi exposait dans ses motifs que son objet était de « *codifier la jurisprudence qui s'est créée depuis un siècle et demi en matière de droit d'auteur et fixer en un texte définitif le dernier état de la doctrine française en ce domaine* » (2), « *la loi actuelle avait (de surcroît) pour but de mettre entre les mains de l'artiste et de l'écrivain les rênes qui leur sont nécessaires pour mener à bien leur course dans la vie* » (3). Ainsi, au même titre que de nombreuses dispositions qui figurent aujourd'hui dans le Code de la propriété intellectuelle, la validité du pacte de préférence était déjà admise sans difficulté avant la loi de 1957 (4), mais celle-ci est venue l'encadrer dans le sens d'une plus grande protection de l'auteur.

Curieusement, malgré son exposé des motifs se voulant favorables à l'auteur, le projet gouvernemental était pour le moins sévère. Il prévoyait en effet que le droit de préférence que l'auteur pouvait accorder à un éditeur pouvait aller jusqu'à dix ouvrages d'un genre déterminé ou à la production de l'auteur pendant dix ans. L'auteur ne pouvait reprendre sa liberté que si trois conditions étaient réunies : la publication de trois ouvrages avec ledit éditeur, le refus par cet éditeur de trois ouvrages

nouveaux et l'acceptation de l'un de ces ouvrages refusés par un autre éditeur. Mais le Parlement se montra beaucoup plus clément, puisque c'est lui qui décida de porter les limites à cinq ouvrages ou à cinq années dans le texte définitif. « *Car il est important de souligner la volonté affirmée par tous les groupes politiques d'élaborer des dispositions aussi favorables et protectrices que possible pour les créateurs intellectuels* » (5).

Dans sa rédaction définitive, l'article 34 devenu l'article L.132-4 du CPI prévoit 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 déterminés. Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour.*

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.

Lorsque l'éditeur bénéficiant du droit de préférence aura refusé successivement deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé au contrat, l'auteur pourra reprendre immédiatement et de plein droit sa liberté quant aux œuvres futures qu'il produira dans ce genre. Il devra toutefois au cas où il aurait reçu pour ses œuvres futures des avances du premier éditeur, effectuer préalablement le remboursement de celles-ci. »

L'objectif de cet article était clair : si le principe de prohibition de la cession des œuvres futures demeurait, il convenait néanmoins d'aider l'auteur à trouver un éditeur qui publie son œuvre

1. *RIDA*, avril 1958, numéro spécial consacré à la loi du 11 mars 1957, pages 275 à 281, « La cession et le contrat d'édition » par Roger Fernay.

2. Cité par Jean Vilbois, *RIDA*, avril 1958, numéro spécial consacré à la loi du 11 mars 1957, pages 51 à 57, « Historique ».

3. Extrait des débats parlementaires, propos du rapporteur Périodier cité par

Jean Vilbois, *op. cit.*

4. Tribunal civil de la Seine, 15 décembre 1953, *Gaz. Pal.* 54, I, page 80, conclusions Mazet. TGI Paris, 3^e chambre, 19 juin 1986, *RIDA*, 4/1986, page 1966.

5. Jean Vilbois, *RIDA*, avril 1958, page 57.

et d'inciter l'éditeur à prendre des risques en s'engageant en faveur d'un (jeune) 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. L'éditeur devait être ainsi incité à conclure ce contrat et à investir sur la carrière de cet auteur, sur son œuvre, sans craindre que tout ce travail dit de développement ne profite à un autre. Car s'il faut du temps le plus souvent à un auteur pour construire son œuvre, il en faut également au public pour connaître un auteur et s'y attacher. Ce faisant, il convenait de poser des limites à cette dérogation ainsi donnée à l'auteur et à l'éditeur. De ces explications découle la règle d'interprétation suivante : le contrat ambigu doit être interprété restrictivement et en faveur de l'auteur.

Le succès de ce texte ne s'est pas tari, tant les praticiens y ont régulièrement recours. Cependant, même les précautions du législateur de 1957, même l'attention de la jurisprudence ultérieure ne sont pas toujours parvenues à poser des conditions claires de validité et d'exercice du pacte de préférence, ce qui n'est pas sans poser de difficultés au rédacteur d'acte. En effet, si l'article L.132-4 a voulu définir avec minutie en ses deux premiers alinéas les conditions de validité du pacte de préférence, celles-ci néanmoins ont été et demeurent sujettes à de nombreuses interprétations (I). Le législateur s'est moins intéressé aux modalités d'exercice de ce droit de préférence, tout aussi source d'incertitudes (II).

I. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU PACTE DE PRÉFÉRENCE : DES CESSIONS LIMITÉES À UN GENRE DÉTERMINÉ ET À UN NOMBRE D'OUVRAGES OU À UNE DURÉE

Dérogation au sacro-saint principe de prohibition de la cession des œuvres futures, dont on rappellera qu'il fait écho au principe général posé par l'article 1780 du Code civil selon lequel l'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée », il convenait de fermement encadrer les conditions de cession des œuvres. La loi pose ainsi deux conditions au droit de préférence : l'œuvre doit être d'un genre nettement déterminé (B), la création de l'auteur donnée en préférence à l'éditeur doit être soit limitée dans le temps soit limitée dans le nombre d'ouvrages concernés (C), étant précisé toutefois qu'il convient préalablement de définir les domaines dans lesquels un pacte de préférence peut être conclu (A).

A. Remarque préliminaire : le pacte de préférence doit-il être l'accessoire d'un contrat d'édition ?

1. Quelle édition ?

L'article L.132-4 désigne l'édition sans autre précision. Et le Code de la propriété intellectuelle ne dit pas dans quel domaine un contrat d'édition peut être conclu.

La jurisprudence a considéré que les pactes de préférence pouvaient concerner des œuvres littéraires, mais également des œuvres musicales (à propos de chansons du groupe Indochine (6)), et des œuvres audiovisuelles (7). Selon Henri Desbois (8) « le droit de préférence peut être inséré dans les contrats d'édition littéraire ou musicale, à l'exclusion des Arts pour lesquels il ne peut être question de "manuscrits" ». En effet, l'article L. 132-4 mentionne en son 3^e alinéa qui porte sur l'exercice par l'éditeur de son droit de préférence, que celui-ci doit être exercé dans le délai de trois mois « à dater du jour de la remise par l'auteur de chaque manuscrit définitif ». En vertu de cette interprétation, l'utilisation du terme « manuscrit » serait donc déterminante.

Il reste cependant que l'on peut s'interroger sur le domaine du contrat d'édition puisque celui-ci n'est pas précisé par le Code de la propriété intellectuelle, qui définit simplement ce contrat comme celui par lequel un auteur cède à l'éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre « des exemplaires de l'œuvre », à charge pour ce dernier d'en assurer la publication et la diffusion (article L. 132-1). L'œuvre doit donc être entendue au sens du Code de la propriété intellectuelle c'est-à-dire en tant qu'œuvre de l'esprit, et ne pas être limitée à l'édition de librairie ou musicale.

À l'heure où l'exploitation d'un tableau ne se résume plus à son simple accrochage, où les nouveaux modes de communication électronique deviennent infinis, où l'on édite des meubles, des supports numériques, des logiciels, des accessoires de mode (9), il ne paraît pas contraire à l'esprit de la loi d'étendre le domaine du pacte de préférence, au même titre que le contrat d'édition lui-même. En ce cas, le terme « manuscrit » ne doit pas être accepté de manière intangible, mais comme le support traditionnel de l'œuvre tel qu'il existait en 1957. C'est ainsi d'ailleurs qu'un accord est intervenu en 2000 entre le groupe EMAP et les syndicats de journalistes, et a mis en place un droit de préférence au bénéfice de l'éditeur du journal (10). Le pacte de préférence peut également être un instrument formidable pour tel fabriquant ou éditeur de meubles de design qui souhaite s'adjoindre de tel créateur.

Pierre-Yves Gautier quant à lui (11) estime qu'« il est évident qu'il faut, lorsque le motif de protection est le même pour tous les contrats d'auteur, lui donner (au pacte de préférence) le plus vaste champ d'application... on le fera par une interprétation téléologique du texte. Faute de quoi, on créerait une discrimination injustifiée entre auteurs divergents, contraire aux droits fondamentaux ». Car, comme le soulignent A. Lucas et H.-J. Lucas « la réglementation relative aux contrats d'édition a normalement vocation à s'appliquer dans tous les cas où une œuvre de l'esprit est susceptible d'être fabriquée en nombre » et « l'article L. 132-1 interdit toute discrimination » (12). Il est vrai que d'aucuns avaient appelé la loi de 1957 la « Loi Gallimard » tant elle avait été influencée par les éditeurs d'œuvres littéraires.

6. Paris, 24 novembre 1987, *RIDA*, janvier 1988, n° 135, page 96.

7. Paris, 28 novembre 1985, *Dalloz* 1986, page 188, observations Colombet. Cette décision avait considéré que la seule référence à « un film de long-métrage cinématographique ou télévisuel » ne permet pas de rattacher l'œuvre future à un genre déterminé, ce qui signifie *a contrario* que le domaine audiovisuel n'est pas exclu, sauf à toutefois déterminer son genre.

8. Henri Desbois « Le droit d'auteur en France », 2^e édition, mise à jour en 1973, *Dalloz*, n°539.

9. Par exemple TGI Nanterre, 1^{er} ch. 17 juin 1992, *RIDA*, 4/1992, page 180, sur une chaise longue du Corbusier.

10. « Les pactes de préférence et la création salariée » par Cyril Rojinsky, *Légipresse* décembre 2002, page 168.

11. *Propriété littéraire et artistique*, 4^e édition, n° 276, page 481.

12. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e édition, n° 567, page 455 et n° 550, page 445.

2. Le pacte de préférence ne peut-il être conclu qu'à l'occasion de la signature d'un premier contrat d'édition et doit-il être considéré comme un accessoire du contrat d'édition ?

Dans la mesure où le 2^e alinéa de l'article L.132-4 prévoit une limitation de ce droit de préférence « 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 », doit-on considérer alors que le pacte de préférence doit nécessairement accompagner la signature d'un contrat d'édition et qu'il ne peut être conclu en dehors de la conclusion d'un premier contrat d'édition ?

La cour d'appel de Paris a jugé que dans l'hypothèse où avaient été conclus en même temps un contrat d'édition et un pacte de préférence, l'annulation ou la résolution du contrat d'édition rejaillissait sur le pacte de préférence. (13) Selon Frédéric Pollaud-Dulian (14), le pacte de préférence est un « accessoire d'un contrat d'édition qui en est l'occasion et le support ou plus juridiquement la cause ». A. Lucas et H.J. Lucas (15), considèrent également que « l'article L.132-4 alinéa 1^{er} admet l'insertion dans le contrat d'édition d'une clause » dans laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence « ...ce pacte de préférence est donc une convention accessoire ».

Cependant, l'alinéa 1^{er} de l'article L.132-4 qui pose le principe du pacte de préférence ne mentionne pas l'existence de ce premier contrat. Il n'est cité que dans l'alinéa 2 qui encadre la cession à partir du premier contrat d'édition. Ne peut-on alors 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 ? Dans ce cas, la conclusion d'un contrat de préférence en dehors de tout contrat d'édition, dès lors toutefois que ce contrat s'inscrit bien dans l'une des deux limites posées par l'alinéa 2, ne devrait pas poser de difficultés.

La solution ne doit-elle pas être différente selon que le pacte de préférence résulte en fait d'une clause insérée dans le contrat d'édition et selon qu'il constitue un *instrumentum* distinct du contrat d'édition lui-même ? En tout état de cause, il semble que la question de la séparation des deux accords se pose davantage en matière d'édition musicale, où il n'est pas rare qu'un pacte de préférence soit conclu en dehors de toute conclusion de contrat de cession et d'édition musicale (16), tandis que dans l'édition de librairie, le droit de préférence figure souvent dans une clause d'un contrat d'édition.

C'est d'ailleurs la solution retenue par la cour d'appel de Paris dans son arrêt en date du 29 janvier 1991 qui opposait Michel Jonasz à des sociétés du groupe EMI, puisqu'elle fait état d'un

pacte de préférence manifestement conclu en dehors de la conclusion de tout contrat de cession et d'édition musicale le même jour. Si elle écarte l'application de l'un des pactes de préférence conclus entre les parties, c'est parce qu'elle constate que le second avait pour effet de prolonger sa durée au-delà de cinq ans, et non parce qu'il n'était pas lié à un contrat d'édition (17).

De cette question du pacte de préférence comme accessoire résulte aussi celle de la forme de ce pacte. Doit-on en conséquence considérer que le pacte de préférence doit être conclu par écrit et répondre aux exigences de formalisme posées notamment par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle ? 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. Il reste que pratiquement, les conditions posées par l'exigence et la validité d'un pacte de préférence étant très nombreuses, on imagine mal qu'un minimum de formalisme ne figure pas.

B. Un droit de préférence accordé pour l'édition d'œuvres futures de genres nettement déterminés

Le pacte doit indiquer de façon claire et précise de quel type d'ouvrage il doit s'agir. La notion de genre « déterminé » implique une acception étroite de la notion de genre. La sanction de cette imprécision ou de l'absence de mention d'un genre est la nullité (18). Pierre-Yves Gautier (19), qui considère que le juge doit pouvoir ramener un pacte de préférence mal rédigé à de plus justes proportions, estime pour sa part qu'il n'est pas exclu que le juge puisse redéfinir le sens du genre, notamment en se référant à la spécialité de l'auteur.

Il a été jugé que cette exigence de précision était satisfaite dans le cas du genre « essai » (20) ; du genre « musique de variétés... dont relèvent notamment le rock ainsi que le hard rock en tant que sous-catégorie » (21) ; du genre « romans ou récits constitutifs d'ouvrages de fiction » (22) ; du genre « chansons légères » (23). En revanche, n'ont pas été considérés comme des genres suffisamment déterminés les genres dits de « musique légère » (24) ; le genre « œuvre en prose » (25) ; le genre « sciences humaines » (26), car cette expression générale comprend des disciplines aussi diverses que la médecine, l'histoire, la géographie, la littérature, etc. ; le genre des « œuvres de l'auteur », c'est-à-dire des œuvres déjà publiées par le créateur, car il ne peut y avoir de « spécificité implicite » (27) ; les ouvrages « futurs du même genre » lorsque le genre d'ouvrage objet du contrat n'est pas identifiable par son seul titre (28) et parce que l'auteur n'est pas susceptible de créer, toute sa vie durant,

13. Paris, 24 novembre 1987, *RIDA*, janvier 1988, n° 135, page 96.

14. Frédéric Pollaud-Dulian, « Le droit d'auteur », *Economica* 2005, n° 1056.

15. A. Lucas et H.J. Lucas, *op. cit.* n° 566.

16. Pierre-Marie Bouvery « Les contrats de la musique », IRMA, édition 2003, n° 184.

17. CA Paris, 1^{er} ch., 29 janvier 1991, *RIDA*, juillet 1991, page 219, note Gautier.

18. TGI Paris, 9 juillet 1975, *RIDA*, janvier 1976, page 128.

19. Pierre Yves Gautier, *op. cit.* n° 277.

20. TGI Paris 3^e ch., 23 avril 1971, *RIDA*, 4/1972, page 157 ; *Dalloz* 1972, page 17, note RL ; *RTD com* 1971, page 1017, observations Desbois. CA Paris 1^{er} ch., 25 avril 2000, *Gaz. Pal.*, 11 août 2000, sommaire page 24, observations Seuron.

21. CA Paris, 6 septembre 1999, *RIDA*, 2/2000, page 344 ; *D* 1999, cahier "Droit des affaires", page 35, note J.F.

22. Paris, 27 mars 1998, *RIDA*, octobre 1998, page 259.

23. TGI Paris, 31 janvier 1970, *RIDA*, 70, page 176, *Epoq c/Pascal Danel*.

24. TGI Paris, 5 décembre 1985, inédit, cité par Pierre-Marie Bouvery, « Les contrats de la musique », IRMA, édition 2003, paragraphe 179.

25. CA Paris, 1^{er} chambre, 4 juillet 1962, inédit, citée par H. Desbois, *op. cit.*, n°539.

26. Cass. 1^{er} civ., 5 février 1980, *bull. civ. I*, n° 45, *RTD com* 1980, p. 344, observations Françon.

27. TGI Paris, 1^{er} juillet 1971 ; *RTD com* 71.95, observation Desbois ; *RIDA*, janvier 1972, page 147 ; *Gaz. Pal.* 1971, page 11.703 confirmé par Paris 8 juillet 1972, *Dalloz* 1972, page 624 ; conclusions Cabannes, *RIDA*, janvier 1973, page 141 ; *JCP* 73 II, 17 466, notes Lorentz.

28. TGI Paris, 7 mars 1986, *RIDA*, janvier 1987, page 252 ; *Dalloz* 1988, sommaire 208, observations Colombet.

des œuvres du même genre. Toutefois, le genre des ouvrages désigné par le pacte peut parfaitement être distinct de celui de l'œuvre qui a fait l'objet du contrat initial d'édition (29).

De fait, il paraît vivement souhaitable d'être le plus précis possible. Ainsi, même dans le cas de l'essai, il est préférable de préciser : essai historique, essai littéraire, philosophique ; dans le cas d'un roman pourtant genre validé en soi par la jurisprudence, préciser de quel type de roman il s'agit, d'un roman autobiographique, historique, de science-fiction ; s'il s'agit d'une pièce de musique de chambre ou symphonique ; car « *les drames appartient à un autre genre que les romans, les symphonies que les créations mélodramatiques, et même que la musique instrumentale composée pour un seul instrument, ou la musique de chant* » (30).

La précision du genre présente en tout état de cause un intérêt à la fois pour l'éditeur pour lequel il n'est pas souhaitable d'entamer une discussion avec l'auteur, et pour l'auteur, car il est ainsi davantage protégé et peut prévoir que certaines des œuvres qu'il créera sortent du champ d'application du contrat de préférence éditorial. Ainsi, un écrivain qui écrit des livrets d'opéra ou des paroles de chansons en plus de romans de fiction, pourra souhaiter que cette activité spécifique ne soit pas exploitée par cet éditeur particulier ; de même d'un compositeur de musique qui écrit, au côté d'une activité de composition d'œuvres de variétés, des musiques de publicité ou des jingles de radio, dont il ne peut voir aucun intérêt à en confier l'édition à quiconque, tant ces musiques peuvent répondre le plus souvent à des règles d'exploitation distinctes d'une chanson de variétés.

S'est posé la question de savoir si plusieurs genres pouvaient être incorporés dans le pacte de préférence, jusqu'à dépasser la limite de cinq ouvrages nouveaux. Les débats parlementaires apportent peu de clarté. De fait, la première décision qui se soit clairement prononcée sur cette question dans une affaire *Cholodenko c/ Flammarion* a confirmé que le droit de préférence n'était pas limité au maximum de cinq ouvrages quel que soit le nombre de genres stipulés dans le pacte : « *doit être au contraire, déclarée valable la clause prévoyant un droit de préférence au profit de l'éditeur pour cinq recueils de poésie, cinq romans et cinq essais* » (31).

Il est vrai que le texte de l'article L.132-4 alinéa 1 ne paraît pas poser de difficultés d'interprétation à cet égard, puisqu'il parle de l'édition « *de ses œuvres futures de genres nettement déterminés. Ce droit est limité pour chaque genre...* », ce qui laisse la possibilité de faire référence à plusieurs genres. Il semble qu'il faille également interpréter dans ce sens le dernier alinéa concernant les refus successifs par l'éditeur de « *deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé au contrat* », dans ce cas l'auteur pourra reprendre immédiatement et de plein droit sa liberté quant aux œuvres futures qu'il produira dans ce genre. Dans ses conclusions, Monsieur Levy, avocat général, estimait qu'il convenait « *d'échapper à un formalisme numérique excessif et sans*

grande signification » mais « *lorsqu'une juridiction se trouve en présence de contestations relatives à un droit de préférence excédant cinq ouvrages de genres déterminés, il lui appartient d'apprécier souverainement si, compte tenu de la nature de ces genres, la stipulation numérique ne cache pas en réalité une stipulation portant sur la production globale d'une période excédant cinq ans* ».

L'arrêt de la cour d'appel de Paris commence sa décision en précisant : « *considérant qu'il n'y a pas lieu à interprétation de dispositions légales claires et non équivoques* ». Il relève ensuite : « *bien au contraire, le rejet de l'amendement Namy par le Conseil de la République est significatif d'une position contraire alors que l'auteur de l'amendement avait clairement expliqué son souci, notamment dans la phrase suivante : "un auteur pourrait ainsi être lié avec son éditeur à l'occasion de la publication d'un seul ouvrage, non pas pour cinq œuvres seulement, comme chacun peut interpréter le texte du 2^e alinéa, mais pour dix, quinze, vingt ouvrages de genre différents tels que poèmes, essais, romans, etc."* ».

Il est certain toutefois que la possibilité d'accumuler les genres restreint considérablement la liberté de l'auteur, et que dans les matières où la création des œuvres peut être très longue, comme en matière d'édition de librairie ou d'ouvrages symphoniques par opposition à l'écriture de chansons, cette accumulation de genres peut lier l'auteur à son éditeur bien au-delà de cinq années.

Aussi la décision précitée a-t-elle rencontré une forte opposition doctrinale, qui considère que la pluralité de genres a pour conséquence de réduire la portée de la limitation de la cession des œuvres futures, puisque le nouveau nombre d'ouvrages ainsi concerné peut être un multiple de cinq (32).

Une nouvelle décision dite *Calmann-Levy* est intervenue le 22 janvier 1992. Certains l'ont interprétée comme un revirement de jurisprudence qui confirmerait que le chiffre de cinq ne pourrait être en tout état de cause dépassé (33). Mais la cour n'avait en fait pas à se prononcer expressément dans une hypothèse de multiplicité d'œuvres, car il n'était question en l'espèce que de deux ouvrages relevant du genre roman, récit ou nouvelles. La cour relève simplement que la stipulation contractuelle litigieuse « *n'était pas contraire à l'article 34, alinéa 2 de la loi du 11 mars 1957 qui permet d'englober une pluralité de genres à condition d'en réaliser une exacte délimitation... que l'intention des parties 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* ». Mais l'on voit que cette décision fonde l'exclusion du cumul sur l'intention des parties et se garde de poser un principe général.

En conséquence, il semble qu'il faille considérer en l'état que la cour d'appel de Paris n'a pas effectué un revirement total et que la question du cumul des genres, au-delà de cinq œuvres, demeure ouverte.

29. Paris 8 juillet 1972, *RIDA*, janvier 1973, page 141 ; *Dalloz* 72624, conclusions Cabannes ; *JCP* 1973 II, 17466, note Lorentz.

30. Desbois, *op. cit.*, n°539.

31. Paris, 5 juillet 1979, *Dalloz* 1980.550, conclusions Levy ; *Dalloz* 1981, IR 87, observations critiques Colombet ; *RTD com* 1980, 344, observations Françon ; *Gaz. Pal.* 1980.1.21. Paris, 22 janvier 1992, *Dalloz* 1993, sommaire 93, observations Colombet ; *Dalloz* 95, 128, notes Gaumont Prat.

32. Par exemple, Pollaud-Dulian, *op. cit.* 1059 ; Raymond Lindon, « Le droit de

préférence des éditeurs », *Dalloz* 1968, chronique 55. Dans le même sens, Pierre-Yves Gautier précit., 4^e édition n° 277. Quant à Desbois, son point de vue évolue dans les rééditions de son traité.

33. Paris, 22 janvier 1992, *Dalloz* 1993, sommaire 93, observations Colombet ; *Dalloz* 95, 128, notes Gaumont Prat ; Pierre-Yves Gautier, précité, 4^e édition n° 277 ; Cyril Rojinsky « Les pactes de préférence et la création salariée », *Légipresse* n° 197, décembre 2002, page 168 ; contra *Jurisque* « Propriété littéraire et artistique », fasc. 1320 par André Lucas, n° 35.

C. L'alternative entre cinq ouvrages nouveaux ou la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années

Selon l'article L.132-4, 2^e alinéa, 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 œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour ». Il s'agit d'une condition alternative que les parties ont toutefois la liberté de cumuler, dès lors que c'est en faveur de l'auteur (34). Libre aux parties également d'ajouter d'autres conditions. Ainsi on verra souvent en matière musicale, si l'auteur-compositeur est également artiste-interprète, que le droit de préférence porte sur les œuvres destinées à être interprétées par lui.

1. La production de l'auteur pendant cinq années

Cette durée s'impose dans le pacte de préférence lui-même qui ne peut être conclu par exemple pour une durée de six ans (35). Elle ne peut être contournée par la conclusion d'un pacte de préférence assorti d'une clause de tacite reconduction, même si celle-ci s'accompagne de la faculté pour l'auteur de dénoncer ce renouvellement six mois avant l'expiration de la première période, car cette dénonciation implique un acte positif de la part de l'auteur (36).

Il n'est néanmoins pas interdit de conclure plusieurs pactes de préférence successivement, dès lors que le principe de limite de durée ne se trouve pas détourné. Pour conclure une succession de pactes de préférence, il est alors fondamental que chaque contrat de préférence ait parfaitement « produit tous ses effets » à la date de signature du second contrat (37).

Il a été jugé dans une affaire qui opposait Françoise Sagan à la Librairie Flammarion (38) que trois contrats de préférence pouvaient parfaitement se succéder dans le temps, alors même que la durée de cinq années du deuxième contrat n'était manifestement pas arrivée à expiration lors de la conclusion du troisième contrat (29 décembre 1971 et 17 juin 1976). Cependant, cette décision paraît difficile à interpréter, dans la mesure où la cour déclare Françoise Sagan irrecevable pour absence d'intérêt à demander l'annulation de ces pactes de préférence en 1989 alors que le dernier avait pris fin en 1981 et que l'auteur avait également alors repris sa liberté. Ce qui paraît important, c'est que le contrat de préférence conclu entre les parties vient à expiration et épuise ses effets et que l'auteur peut avoir la liberté soit de changer d'éditeur, soit de confier à nouveau l'édition de ses œuvres futures dans les conditions de l'article L.132-4 à son précédent éditeur. Il est donc fondamental que chaque pacte se distingue des autres en cas de succession et soit venu à expiration.

En matière d'édition musicale, c'est cette limitation de la durée, et non celle du nombre d'œuvres qui est choisie par les praticiens. En effet, s'il a pu être jugé qu'un album constituait une œuvre en soi, la solution paraît discutable, car dans le cas de la chanson de variétés, une chanson ne constitue-t-elle pas une œuvre en soi et n'est-elle pas détachable de l'album ? Le contraire paraîtrait s'opposer à la pratique des singles, sauf pour

quelques cas particuliers d'albums (l'éternel *Pink Floyd The Wall...*) dans lesquels les chansons sont effectivement étroitement liées les unes aux autres. Et si c'est au contraire une chanson ou un morceau de musique de variétés qui constitue une œuvre en soi, force est de constater que le pacte de préférence serait ainsi épuisé sans même qu'un premier album qui comporte en général de dix à douze morceaux puisse être compris dans le champ du pacte de préférence.

Ce principe de limitation doit être d'interprétation stricte, on le sait. Aussi, il a été jugé que ne pouvait être admis un pacte qui accordait à un éditeur de musique un droit de préférence sur la moitié en nombre des chansons que devait composer un groupe de musiciens pendant deux années car cette disposition, si elle pouvait paraître de prime abord favorable aux auteurs, avait de fait pour conséquence de les priver de la possibilité de reprendre leur liberté dans l'hypothèse où l'éditeur aurait refusé successivement deux œuvres (39).

Reste la difficulté de savoir si telle œuvre a été créée pendant la durée du contrat ou après la fin du contrat. C'est la date de création de l'œuvre achevée et non celle de divulgation qui est prise en compte (40).

Ainsi, un auteur, qui chercherait à se dégager de l'emprise de son pacte de préférence en ne soumettant pas à un éditeur dans le délai de cinq années les ouvrages nouveaux qu'il aurait créés, pourrait, si l'éditeur arrive cependant à prouver que ces ouvrages ont été créés pendant la durée du pacte de préférence, se voir condamner sur le fondement d'une exécution de mauvaise foi de son contrat. L'article L.132-4 alinéa 2 est en effet clair, qui parle de « la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années » et non diffusée ou divulguée.

2. La limitation quant au nombre d'ouvrages

C'est cette formule qui est préférée par les éditeurs d'ouvrages dits de librairie.

S'est posée ici encore une difficulté, celle de savoir si l'on doit considérer que les cinq ouvrages concernés comprennent le premier contrat d'édition qui accompagne le cas échéant la signature du contrat de préférence, ou que ces cinq ouvrages viennent en sus ?

Force est de constater que le 2^e alinéa de l'article L.132-4 est sur ce point pour le moins ambigu puisqu'il prévoit que 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 ». Doit-on considérer que « la première œuvre » constitue la première œuvre des cinq ouvrages cités, ou que s'agissant de « cinq ouvrages nouveaux », le premier n'étant pas nouveau et ne constituant donc pas une œuvre future, il ne peut être compris dans ces cinq ouvrages ? C'est l'avis de la jurisprudence qui a jugé dans une décision *Gallimard-Burquet* (41) que le pacte de préférence peut porter sur cinq ouvrages nouveaux en sus de celui qui fait l'objet du contrat d'édition comportant le pacte. En revanche, si la première œuvre n'a pas été encore créée, le contrat ne saurait être conclu à la fois pour une première œuvre et pour cinq œuvres complémentaires.

34. Paris 27 mars 1998, *RIDA*, octobre 1998, page 259, *Robert Laffont c/Signol*.

35. Paris 17 septembre 1997, *Dalloz* 1999, sommaire 68, observations Colombet.

36. TGI Paris, 18 juin 1971, *RIDA*, octobre 1971, page 154.

37. TGI Paris 3^e chambre, 3 janvier 1979, *Cholodenko c/Flammarion*, *RIDA*, juillet 1979, page 153.

38. Paris 7 mai 1991 précité, *Légipresse* n° 84, page 89, *Françoise Sagan*

c/Librairie Flammarion.

39. Civ. 1^{re}, 15 décembre 1975, *RIDA*, juillet 1976, page 129 ; *Dalloz* 1976, IR.85.

40. *Michel Jonasz c/SBK Songs*, Paris 29 janvier 1991, *RIDA*, juillet 1991, page 219, notes Gautier ; TGI Paris 1^{er} juillet 1971, *RTD com* 7195, observations Desbois ; *RIDA*, janvier 1972, page 147 ; *Gaz. Pal.* 712703.

41. Paris 30 juin 1975, *RTD com.*, 1976.511, obs. Desbois, inédit.

Le Code des usages en matière de littérature générale prévoit quant à lui dans son paragraphe II sur le droit de préférence, que « *ce droit est limité par contrat 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* ». Dans le même sens que pour la limitation de la durée, il convient d'être prudent en cas de succession de pactes de préférence.

Dans la décision précitée *Gallimard c/Burguet* en date du 30 juin 1975, la première chambre de la cour d'appel de Paris a jugé dans l'hypothèse où trois pactes de préférence avaient été conclus successivement l'un en 1962, l'autre en 1965, le troisième en 1971, que les deuxième et troisième pactes intervenus étaient illicites dès lors que le pacte initial n'avait pas encore épuisé ses effets, et ce, même si les parties avaient spécifié que la convention subséquente avait entraîné la caducité de la précédente. En l'espèce, la cour critique le fait que les pactes de préférence portant sur cinq ouvrages étaient à chaque fois conclus à l'occasion de la signature du contrat sur le dernier ouvrage.

3. La sanction du non respect de ces deux exigences

Il s'agit d'une nullité relative, puisqu'édictee en faveur de l'auteur. Et cette nullité ne frappe que les œuvres excédant la durée légale du pacte ou sa limitation légale en nombre. Le premier accord reste valable, mais ce sont les accords supplémentaires qui sont frappés de nullité (arrêt *Jonasz*). (42)

Selon Pierre-Yves Gautier (43), qui tend à considérer que le juge doit pouvoir être autorisé à intervenir pour ramener le contrat à de justes proportions en se fondant sur la décision *Jonasz*, on pourrait « *autoriser le juge à ramener la préférence au chiffre plafonné* ». Mais cette position est critiquée (44) et pour le moins peu suivie en jurisprudence.

La nullité du pacte de préférence doit entraîner celle des cessions postérieures intervenues en exécution de ce pacte dès lors qu'il est établi que l'auteur n'avait consenti à ces cessions que dans la croyance erronée qu'il avait d'être tenu par le pacte de préférence (45).

II. SUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRÉFÉRENCE

Si les conditions de validité du pacte de préférence, bien que parfois ambiguës, se sont voulues assez précises et protectrices de l'auteur, tant il fallait protéger le principe de prohibition de cession des œuvres futures, les conditions de mise en œuvre du droit de préférence laissent plus de liberté aux parties ou sont plus imprécises et source d'insécurité selon l'interprétation que l'on veut bien en donner.

Elles sont prévues par les alinéas 3 et 4 de l'article L. 132-4.

A. Sur l'accusé de réception des œuvres

L'article L.132-4, 3^e alinéa, selon les termes duquel « *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* », n'exige donc à aucun moment que l'éditeur accuse réception du manuscrit qui lui est remis.

Or, cette date est fondamentale, car c'est à partir de celle-ci que court le délai de trois mois à compter duquel l'éditeur doit faire part à l'auteur de sa levée ou non de l'option. Et c'est en cas de refus successifs par l'éditeur de deux ouvrages que l'auteur recouvre sa liberté (dernier paragraphe de l'article L.132-4). Mais sauf disposition différente du contrat, aucun formalisme ne prévoit donc de modalités de remise du manuscrit – ou de l'enregistrement, car il est préférable de mentionner une telle précision dans les contrats de préférence portant sur la musique.

De surcroît, dans un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris le 27 juin 1984 (46), l'auteur a été sanctionné pour avoir décidé de mettre fin prématurément au contrat de préférence, faute pour l'éditeur d'avoir levé l'option par lettre recommandée dans le délai qui lui était imparti à compter de la remise de chaque manuscrit définitif, car l'auteur « *ne rapporte pas la preuve que, comme le prévoyait expressément le contrat, il avait remis à son éditeur le manuscrit définitif de ces œuvres, faisant ainsi courir le délai de deux mois* ». En conséquence, dans cette décision, on voit que la charge de la preuve de la remise du manuscrit incombe à l'auteur et non à l'éditeur.

En matière d'édition de librairie, pour laquelle, rappelons-le, le pacte de préférence est généralement conclu pour un nombre limité d'œuvres, la question de la remise du manuscrit pose en général rarement de difficulté, d'autant que ces manuscrits sont souvent aujourd'hui transmis par courrier électronique pour permettre à l'éditeur d'effectuer les corrections et la mise en forme nécessaire. En revanche, la question peut être plus délicate en matière de musique de variété, tant les supports qui sont aujourd'hui remis sont très souvent des supports audio, même si ceux-ci peuvent également s'accompagner d'un envoi par courrier électronique. De surcroît, certains auteurs ou compositeurs sont très productifs et remettent régulièrement de nouvelles œuvres. Si le contrat n'a pas prévu de formalisme et que l'auteur n'a pas pris le soin, notamment par l'envoi d'un courrier électronique, d'acter la remise de son support, la preuve de cette remise peut en être rendue très difficile.

Autre difficulté, l'article parle de « *remise du manuscrit définitif* ». S'appuyant sur ce terme « *définitif* » ainsi que sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions, la cour d'appel de Paris a sanctionné un auteur qui avait remis deux manuscrits qu'il savait insusceptibles d'intéresser son éditeur (47).

Il semble que l'on puisse considérer en l'état que s'agissant d'un manuscrit qui ne peut pas être définitif, sa remise ne peut faire courir le délai de trois mois de manifestation de la volonté de l'éditeur.

42. Paris, 29 janvier 1991, *Michel Jonasz*, *RIDA*, juillet 1991, page 229, observations Pierre-Yves Gautier.

43. *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., page 485

44. Voir par exemple Pollaud-Dulian précité.

45. TGI Paris 3^e ch., 12 janvier 1988, *RIDA*, 3/1988, page 116, note Gautier, *Musumarra c/ Le Minotaure*.

46. TGI Paris 3^e ch., 27 juin 1984, *RIDA*, n° 122, octobre 1984, page 224.

47. Paris 4^e ch., 22 janvier 1992, *SA Calmann-Levy c/ Koskas*, *Dalloz* 1995, 8^e cahier, page 128 ; Paris, 1^{re} ch., sect. A, 5 avril 1993, *Dargaud c/ Philippe Liégeois et Bob de Groot*, *Les Petites Affiches*, 20 mars 1995, n° 34, observations Gaumont-Prat.

B. Sur la manifestation de la volonté de l'éditeur de lever l'option

La forme de cette manifestation : l'exigence d'un écrit

L'article L.132-4 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 ».

Un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 23 avril 1971 (48) a considéré que l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception n'était pas nécessaire et qu'un simple écrit manifestant la volonté de l'éditeur suffisait. En conséquence, ici comme en matière de preuve de remise du manuscrit, il peut être difficile de prouver la manifestation de la volonté de l'éditeur.

Celle-ci peut être formalisée par l'envoi d'un courrier quel qu'il soit, ou simplement par la soumission par l'auteur de contrats d'édition à conclure sur l'œuvre concernée, ce qui vaut manifestation par écrit de la volonté de l'éditeur de lever l'option, puisque l'écrit est requis sans précision de forme.

La notion de refus successifs

Selon le 4^e paragraphe de l'article L.132-4, « lorsque l'éditeur bénéficiant du droit de préférence aura refusé successivement deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé au contrat, l'auteur pourra prendre immédiatement et de plein droit sa liberté quant aux œuvres futures qu'il produira dans ce genre ». Est nulle la clause par laquelle l'éditeur se réserve le droit d'opposer plus de deux refus successifs (49).

Il est clair que le pacte de préférence prend fin par les refus « successifs » de deux œuvres, si bien que le simple refus de deux œuvres non successivement ne suffit pas à mettre fin au contrat de préférence. Si une première œuvre est refusée, mais qu'ensuite une deuxième est acceptée, la situation est la même que s'il n'y avait jamais eu de refus.

Cependant, quel peut être le sort de l'œuvre qui a été refusée par l'éditeur ? Si Desbois (50) considère que pratiquement, l'œuvre se trouve de fait peu susceptible d'être éditée par un tiers car « le rejet crée un préjugé défavorable » et « les ouvrages qui suivront et présenteront peut-être plus d'attrait échapperont » au nouvel éditeur, peu incité en conséquence à accepter l'œuvre, il reste qu'en droit, le texte de l'article n'empêche nullement l'auteur de proposer l'édition de cet ouvrage à un autre éditeur. De surcroît, ce serait bloquer la carrière de l'auteur en un sens qui paraît contraire à l'esprit du texte. La question reste ouverte, car il ne semble pas que la jurisprudence ait tranché ce point.

Enfin, en cas de refus successif de deux œuvres, l'auteur « devra toutefois, au cas où il aurait reçu sur ses œuvres futures des avances du premier éditeur, effectuer préalablement le remboursement de celles-ci ». Cette condition ne paraît pas très favorable à l'auteur puisque celui-ci se voit non seulement refuser par son éditeur l'édition de deux œuvres, mais il est de surcroît dans l'obligation, s'il veut à nouveau conclure un contrat avec un éditeur tiers, de rembourser l'avance que son éditeur

précédent lui a versée. Selon Desbois, ce principe qui « porte préjudice à l'exercice du droit de repentir ou de retrait, tend à priver de tout intérêt, à rendre impossible l'exercice de la faculté aménagée par l'article 32 » (51).

De surcroît, on s'interroge sur l'utilité d'une telle disposition, dès lors que l'éditeur, s'il exploite déjà des œuvres de l'auteur, ce qui est vraisemblablement le cas, perçoit donc des revenus générés par cette exploitation dont il n'a pas à verser sa part de redevances à l'auteur tant que l'avance n'a pas été recouvrée. Il aurait donc les moyens en tout état de cause de voir son avance remboursée, certes dans un délai plus long. C'est pourquoi il est préférable pour l'auteur de prévoir expressément dans son contrat une clause dérogeant à ce dernier alinéa.

C. Les conséquences de la levée par l'éditeur de l'option

Ici encore, la loi ne contient aucune prescription, aucune indication pratique quant aux conséquences de cette levée de l'option, puisque l'article L.132-4 n'a pas prescrit expressément que les conditions du contrat de préférence à conclure devaient figurer dans le pacte lui-même.

Selon le doyen Savatier (52), « la loi omet de préciser le mécanisme de la préférence. Généralement, un droit de préférence oblige juridiquement le débiteur à accorder, à égalité de prix, au titulaire du droit de préférence, le bénéfice d'un contrat à intervenir... ».

Rien ne prévoit que les conditions du premier contrat d'édition devront être nécessairement celles qui seront conclues pour les contrats d'édition suivants. Si la jurisprudence rendue antérieurement à la loi de 1957 avait considéré que les parties pouvaient avoir recours à un arbitrage en l'absence d'accord (53), il ne paraît désormais plus possible, au vu de la jurisprudence récente, de prévoir que les parties fixeront ultérieurement les conditions du contrat à conclure (54). Dans la pratique, en matière littéraire, ce sont généralement les dispositions du premier contrat d'édition qui servent de modèle aux contrats subséquents tandis qu'en matière musicale se trouve annexé au pacte de préférence un contrat d'édition qui définit les conditions dans lesquelles le contrat d'édition futur sur les œuvres ayant fait l'objet de l'option levée par l'éditeur sera conclu. Dans les deux cas, après la levée de l'option par l'éditeur, les parties signent ensuite le contrat d'édition portant sur l'œuvre en cause.

À défaut de préciser les conditions de la cession, il faut considérer que le contrat est nul pour indétermination de son objet. A ainsi été annulé sur le fondement de l'article 1129 du Code civil un pacte de préférence tout comme les contrats d'édition que le compositeur s'était par la suite cru obligé de conclure, qui mentionnait que l'édition des œuvres devait avoir lieu aux conditions incluses dans le contrat type de cession et d'édition musicale annexé alors que celui-ci n'avait pas été annexé (55). Il semble cependant que la tendance jurisprudentielle en matière d'indétermination du prix soit aujourd'hui davantage celle de la résiliation, sauf en cas de mauvaise foi avérée du cocontractant (56).

48. TGI Paris 3^e ch., 23 avril 1971, *Dalloz* 1971, page 17 ; *RTD com* 1971, page 1017, observation Desbois ; *RIDA*, 1972, n° 74, page 157.

49. Civ. 1^{re} 15 décembre 1975, *RIDA*, juillet 1976, page 129 ; *Dalloz* 1976, IR 85.

50. Desbois, *op. cit.* n° 542.

51. Desbois, *op. cit.* n° 542.

52. Cité par Desbois, *op. cit.* n° 543.

53. Tribunal civil de la Seine, 15 décembre 1953, *Gaz. Pal.* 1954.I.181.

54. TGI Paris, 26 octobre 2005, *Légipresse* n° 229, mars 2006, actualité 229-07

qui a jugé qu'une clause ne fixant pas le montant des redevances de l'auteur mais simplement leur principe et appelant à une nouvelle négociation était nulle, car le montant des droits cédés n'est ni déterminé ni déterminable.

55. TGI Paris, 3^e ch., 12 janvier 1988, précité, *RIDA*, 3/1988, page 116, note Gautier, *Musumarra c/ Le minotaure*, concernant le compositeur de chansons interprétées par Jeanne Mas.

56. Ass. Plein. 1^{er} décembre 1995, 4 arrêts publiés au *Bulletin*.

Si le contrat prévoit expressément que la levée de l'option vaut conclusion d'un contrat d'édition, alors il est d'autant plus fondamental que soient réunies dans le pacte les conditions des articles L. 131-2 (exigence d'un écrit), L. 131-3 (précision de la cession) et L. 131-4 (rémunération proportionnelle).

Que faire cependant lorsque l'auteur refuse de formaliser la cession par la signature d'un contrat d'édition ? Dans la décision précitée du 27 juin 1984 (57), le tribunal de grande instance de Paris a expressément remarqué : « *il a enfin été précisé à cet acte (pacte de préférence) qui fait la loi entre les parties que les contrats particuliers d'édition seraient réputés parfaits dès l'envoi à Monsieur Falguière par sa cocontractante d'une lettre recommandée lui faisant connaître son acceptation de l'œuvre qui lui avait été proposée* ». En conséquence de quoi, le tribunal a investi l'éditeur « *de la qualité d'éditeur aux conditions prévues au contrat et qu'il pourra en conséquence percevoir de la SACEM-SDRM les droits éditoriaux provenant de l'exploitation desdites œuvres sur simple notification du présent jugement et de tout document établissant que celui-ci est devenu définitif ainsi que sur celle du contrat type annexé au contrat du 15 janvier 1981* ».

En conséquence, il est prudent que l'éditeur prévoie dans le pacte de préférence que la levée de l'option vaut conclusion du contrat d'édition correspondant. Il faut toutefois que le pacte de préférence ait été suffisamment précis pour que la cession s'opère de plein droit (58).

Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a considéré dans son arrêt précité du 7 mai 1991 qui opposait Françoise Sagan aux éditions Flammarion, que la matérialisation de la signature d'un contrat d'édition pour chaque œuvre objet du contrat de préférence, n'était pas indispensable : « *Même en l'absence de contrats d'édition conclus par écrit pour chacune d'entre elles, l'auteur ne peut contester avoir confié à la société Flammarion le soin de publier lesdites œuvres énumérées plus haut et ne formule d'ailleurs aucune réclamation quant au montant de la rémunération proportionnelle qui lui a été consentie dans le contrat initialement prévu pour l'ensemble de ces œuvres avant qu'elles ne soient écrites* ».

Que faire si l'œuvre a été créée en collaboration ? Il est d'usage dans les contrats de préférence, surtout en matière musicale, de prévoir que de telles œuvres entrent dans le champ d'application du droit de préférence de l'éditeur. Mais deux questions demeurent ouvertes : si une telle disposition ne figure pas, le

pacte étant d'interprétation restrictive, les genres devant être définis etc., on peut s'interroger sur le point de savoir si l'œuvre créée en collaboration entre dans le droit de préférence de l'auteur ; et si cette question est résolue positivement, que fait-on de l'auteur en collaboration non lié par le pacte de préférence ? Dans la pratique, les contrats de préférence prévoient le plus souvent – surtout en matière musicale, les éditeurs littéraires ayant certainement moins l'occasion d'avoir à envisager cette question – que les œuvres concernées peuvent être ou non écrites en collaboration, et que l'auteur fera de son mieux pour que son coauteur conclue un contrat d'édition avec l'éditeur. Ce contrat étant par excellence d'*intuitu personae*, rien n'oblige le coauteur à accepter. Mais le pragmatisme aidant et afin de ne pas bloquer l'exploitation de l'œuvre, celle-ci sera alors le plus généralement co-éditée par les éditeurs de chacune des parties.

Quid en cas de litige ? La plupart des pactes de préférences prévoient une compétence de la loi française et une clause attributive de juridiction. Cet article est valable dans l'hypothèse où l'auteur est de nationalité étrangère ou demeure à l'étranger. Dans l'hypothèse contraire, cette clause peut être une source d'incertitude, dans la mesure où elle ne s'impose pas à une personne privée, si bien que l'éditeur qui entamerait une procédure contre l'auteur qui ne résiderait pas dans la ville visée par la clause compromissaire pourrait se voir opposer l'inapplicabilité de cette clause, ou l'éditeur qui entamerait cette procédure dans la ville de résidence de l'auteur pourrait se voir opposer l'application de cette clause.

Il est toutefois désormais possible, lors de la signature d'un contrat conclu avec une personne privée mais à des fins professionnelles, de prévoir une clause compromissaire, ce qui peut être une très bonne solution de confidentialité, de rapidité, voire d'économie pour ces contentieux si particuliers.

Si le pacte de préférence est déclaré nul, par exemple dans l'hypothèse où aucun prix n'est prévu, ou bien lorsque le contrat type qui définit les conditions des cessions futures ne se trouve pas annexé (59), on rappellera que la nullité du pacte de préférence entraîne la nullité de tous les contrats de cession conclus en exécution de ce pacte, puisque ces contrats ont été conclus par l'auteur en raison de la croyance erronée qu'il avait de l'existence d'un pacte de préférence.

On le voit, malgré la volonté affirmée du législateur, la pratique du pacte de préférence demeure une source d'incertitude et ne protège pas toujours aussi bien l'auteur que l'on voudrait bien le croire. Il n'empêche, cet instrument est précieux tant pour les auteurs que pour les éditeurs, auxquels il appartient, en leur qualité le plus souvent de rédacteur d'acte, de préciser les points susceptibles de poser difficulté. Mais le meilleur contrat comporte toujours des failles.

M.A.R

MOTS-CLÉS

Pacte de préférence, contrat d'édition, droit d'auteur

RÉFÉRENCES LÉGIPRESSE

Rojinsky (C.), « Les pactes de préférences et la création salariée », *LP* n°197-II, p.168

57. TGI Paris 3^e ch., 27 juin 1984, *RIDA*, n° 122, octobre 1984, page 224.

58. Lucas, précité.

59. TGI Paris, 3^e ch., 12 janvier 1988, *RIDA*, 3/1988, page 116, note Gautier, Musumarra c/ Le minotaure, précité.