

L'apport de droit d'auteur à une société (1^{ère} Partie)

par Frédéric FOUILLAND

Avocat au barreau de Lyon

Certains auteurs ont pu avancer en excipant du droit moral que l'apport en société de droit d'auteur n'était pas juridiquement envisageable¹. Cette opinion ne doit manifestement pas être retenue. Elle procède d'une lecture erronée de la structure du droit d'auteur. Nous avons mis en évidence que le droit de propriété incorporelle s'inscrit aisément dans le moule juridique de la propriété du Code civil ; même si le droit moral de divulgation influe directement sur la patrimonialité du droit d'exploitation, seul ce dernier peut être qualifié de « bien » et, de ce fait, circuler au moyen de contrats d'exploitation. D'une manière générale, l'apport en société de droit d'auteur est l'opération juridique qui va consister à mettre à la disposition d'une société le droit d'exploitation portant sur une œuvre de l'esprit.

Comme toute opération juridique, l'apport en société de droit d'auteur répond à des

règles de fond et de procédure, issues tantôt du Droit des sociétés, tantôt du Droit d'auteur. Il s'agit donc de confronter les règles spécifiques à ces deux matières afin de mesurer leur compatibilité. Sur le fond d'abord ; nous avons mis en évidence que le droit d'exploitation peut être cédé ou simplement concédé à un tiers. L'apport en société, quant à lui, peut être translatif de propriété ou simplement constitutif de jouissance. Nous vérifierons alors que l'apport de droit d'auteur est susceptible d'emprunter ces deux voies. Plus généralement, il s'agira d'étudier les modalités de l'apport de droit d'auteur (**1^{ère} Partie**).

Sur la procédure ensuite ; la rédaction d'un écrit ou les mesures de publicité parfois exigées ne peuvent à elles seules traduire exactement le formalisme procédural relatif à l'apport en société. En effet, les droits de l'associé étant par principe proportionnels au montant de son apport lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci, la détermination de la valeur du bien apporté est essentielle. Cette dernière présente cependant, en droit d'auteur, une difficulté non négligeable.

¹ A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et indivision*, thèse, Montpellier, 2001, n° 71.

Nous examinerons donc dans un deuxième temps la procédure d'apport de droit d'auteur (2^{ème} Partie).

1^{ère} Partie : Les modalités de l'apport de droit d'auteur

Les causes d'une création de société reposent, d'une manière générale, sur trois critères. Une société peut répondre à une technique d'organisation de l'entreprise, d'organisation du patrimoine, ou encore d'organisation du partenariat. Une société peut être constituée en vue de créer et exploiter une ou plusieurs œuvres de l'esprit, mais aussi pour gérer les redevances générées par leur exploitation. Dans la première hypothèse, la constitution de la société nécessite la mise en commun de biens. Le droit d'exploitation de l'auteur s'analyse comme un bien qui peut être cédé ou simplement concédé ; il ne saurait donc en aller autrement en matière d'apport en société. L'apport de droit d'auteur devrait pouvoir emprunter la voie de l'apport en propriété ou de l'apport en jouissance. Dans la seconde hypothèse, le législateur a défini au Titre II du Livre III des sociétés *ad hoc*, les « sociétés de perception et de répartition des droits ». Ces sociétés n'ont pas pour objectif de réaliser des bénéfices, mais de réaliser des économies à grande échelle en développant des moyens colossaux de gestion. Ces sociétés n'en répondent pas moins de l'article 1832 du C. civ., l'exigence d'un apport étant maintenue. L'apport à ces sociétés fera toutefois l'objet d'une étude séparée.

Ceci étant dit, l'on ne peut considérer les modalités de l'apport de droit d'auteur sous le seul aspect de la circulation du droit d'exploitation. Apporter un bien à une société, c'est aussi recevoir en contrepartie des droits sociaux, parts sociales ou actions, selon la forme sociale envisagée. Nous nous autorisons ainsi à rapporter la définition qu'en donnaient RODIERE et PERCEROU : « *Ce qui caractérise l'apport, ce n'est point la nature de la prestation qui le constitue, mais la nature de la contre-partie reçue par l'apporteur : l'apport est une prestation*

fournie en contre-partie d'une participation dans la société »². Or, confrontée aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, l'opération d'apport de droit d'auteur en société peut paraître bien hasardeuse, voire remise en cause. Tout d'abord, à côté des dispositions générales du chapitre I du Titre III, coexiste un chapitre II relatif aux « *dispositions particulières à certains contrats* ». Sont ainsi particulièrement réglementés les contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle, de commande pour la publicité et de nantissement du droit d'exploitation des logiciels³. Force est de constater que la liste est exhaustive et que n'y figure pas l'apport en société. Tout au plus est-il suggéré par l'article L. 132-3 du CPI relatif au contrat de compte à demi, mais il s'agit plus selon nous de procéder à une qualification par exclusion que de définir un cadre juridique à l'apport en société de droit d'auteur. Le renvoi aux dispositions relatives à la société en participation ainsi qu'à la convention et aux usages témoigne du profond désintérêt du législateur à l'égard de ce mode d'exploitation. Nous ne sommes pourtant pas en présence d'un obstacle dirimant, d'autant plus que l'article 33 du Code de l'industrie cinématographique mentionne expressément l'apport en société d'un film.

Ensuite, et surtout, l'article L. 131-4 du CPI pose pour principe que la rémunération de l'auteur doit être proportionnelle aux recettes d'exploitation. Cependant, l'analyse de l'économie du contrat de société démontrera que ce principe n'est pas exclusif d'un apport du droit d'exploitation en contrepartie d'une remise de droits sociaux (§1). Cette question traitée, nous serons alors en mesure de nous intéresser à la circulation du droit d'exploitation par voie d'apport en société. Nous verrons que l'apport de ce droit peut suivre les voies traditionnelles de l'apport, selon qu'il y a, ou non, transfert de propriété (§2).

² C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, par RODIERE et PERCEROU, t. XII, n° 441.

³ Respectivement art. L. 132-1 et s., L. 132-18 et s., L. 132-23 et s., L. 132-31 et s. et L. 132-34 du CPI.

§1. — La rémunération proportionnelle de l'auteur non exclusive de l'attribution de droits sociaux

Aux termes de l'article L. 131-4 al. 1^{er} du CPI, la cession de ses droits par l'auteur doit comporter au profit de ce dernier une « participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation » de l'œuvre⁴. Ainsi que l'écrivent MM. LUCAS, « la rémunération proportionnelle associe l'auteur au succès (ou à l'insuccès) de son œuvre, marquant ainsi un lien qui s'inscrit parfaitement dans la tradition personnaliste du droit français »⁵. Bien que l'apport en société du droit d'exploitation ne fasse point l'objet d'une réglementation particulière dans le Code de la propriété intellectuelle, son caractère d'aliénation à titre onéreux doit logiquement le soumettre à cette disposition. L'économie de la remise de droits sociaux et celle du principe de la rémunération proportionnelle sont identiques ; il s'agit de faire participer l'apporteur ou l'auteur aux bénéfices ou recettes d'exploitation, selon la terminologie usitée. Deux arguments nous conduiront donc à admettre la compatibilité de l'apport en société du droit d'exploitation avec le principe de la rémunération proportionnelle : d'abord, parce que ce principe est partagé par le droit des sociétés et le droit d'auteur (I) ; enfin, parce que la remise de droits sociaux se présente en réalité comme une rémunération proportionnelle différée, seule l'assiette de la rémunération proportionnelle étant modifiée et justifiée par l'idée de partage des risques d'exploitation (II).

I. — La rémunération proportionnelle, un principe partagé et mesuré

La portée mesurée de la rémunération proportionnelle de l'auteur – Rompant avec le droit antérieur qui laissait les parties libres de fixer les modalités de la

⁴ Le problème de la rémunération proportionnelle ne se pose que lorsque l'auteur est partie au contrat. Les modalités de la rémunération de l'ayant cause de l'auteur à l'occasion de sous-cessions demeurent libres.

⁵ A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 518.

rémunération de l'auteur, l'article 35 de la loi de 1957 a introduit le principe d'une rémunération proportionnelle au bénéfice de ce dernier⁶. Il est constant que cette disposition, reprise de manière générale par l'article L. 131-4 du CPI est une disposition impérative dont le non-respect entraîne la nullité de la convention, puisque la clause relative à la rémunération est un élément essentiel du contrat, déterminant du consentement⁷.

Cependant, la jurisprudence semble procéder à une distinction selon que la violation porte atteinte à l'essence même du principe ou simplement sur l'assiette de la rémunération proportionnelle. Dans ce dernier cas, la nullité serait limitée à la clause litigieuse et le préjudice de l'auteur réparé par l'attribution de dommages et intérêts⁸. Les parties recouvrent leur liberté pour ce qui est de la détermination du taux de la rémunération proportionnelle. Encore faut-il préciser que le pourcentage de rémunération doit être sérieux sous peine d'être qualifié de fraude à la loi⁹. Il est nécessaire de remarquer, dès à présent, que l'exigence d'une rémunération proportionnelle ne signifie en rien un droit à

⁶ Sur ce principe, voir DESBOIS, *op. cit.*, n° 562 ; P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 265 et s. ; X. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, n° 911 et s. ; A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 517 et s. ; R. SAVATIER, "Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique" : JCP 1957, I, 1398, n° 72. Pour une application dans l'environnement numérique, voir M.-P. FENOLL-TROUSSEAU, "La rémunération des auteurs sur internet" : CCE 2001, chr., n°6.

⁷ Voir, par exemple, CA Paris, 9 octobre 1995 (*Assoc. Nice Télévision et a. c/ Morineau et a.*) : RIDA avr. 1996, p. 311 ; *adde*, TGI Paris, 30 novembre 1999 (*Benhaddou et a. c/ SA Editions L'Harmattan*) : CCE 2001, comm., n° 87, obs. CARON ; RIDA juill. 2000, p. 435 (on notera que le jugement prononce la résolution du contrat au lieu de la nullité, ce qui est juridiquement critiquable). *Contra*, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 266, qui souligne le caractère moins impératif que supplétif de ce texte.

⁸ Voir, par ex., CA Paris, 5 avril 1993 (*Sté Dargaud Editeur et a. c/ Ph. Liégeois et Bob de Groot*) : Juris-Data n° 022060 ; Petites Affiches 20 mars 1995, n°34, p.12, note H. GAUMONT-PRAT ; CA Paris, 6 septembre 2000 (*Sté Les Belles Lettres et J. Malye c/ Sté Albin Michel*) : RIDA 2001, n° 188, p. 361 ; CA Paris, 14 mars 2003 (*Sté MD Productions c/ Le Friant et Chevignon*) : Juris-Data n° 2003-207700.

⁹ TGI Paris, 16 mai 1969 (*Fourrey dit Dhéry c/ Sté Le Film d'Art*) : RIDA janv. 1970, p. 213, note SCHMIDT ; D. 1969, jur., p. 630, note F.P. ; pour une nullité de la clause du contrat d'édition prévoyant un taux de « 0% pour le premier mille » d'exemplaires vendus, voir, TGI Paris, 30 novembre 1999 : préc. note 7.

rémunération. Simplement, les redevances de l'auteur seront assises sur les recettes d'exploitation de l'œuvre, ce qui signifie qu'en l'absence de recettes, en cas d'insuccès de l'œuvre par exemple, le créateur sera dépourvu de revenus.

En outre, le caractère impératif de la rémunération proportionnelle cède devant les hypothèses légales d'un recours au forfait. L'alinéa 2 de l'article L. 131-4 du CPI prévoit en effet de nombreuses hypothèses où la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement. Il peut en aller ainsi notamment, lorsque « *la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée* », lorsque « *les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut* », lorsque « *les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre* », ou encore lorsque « *la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité* ». Enfin, la loi du 10 mai 1994 a généralisé le recours au forfait pour les cessions des droits sur un logiciel. Il est inutile dans le cadre du présent développement de détailler plus amplement les modalités de la rémunération forfaitaire de l'auteur¹⁰.

Si l'on s'en tient au cadre du principe de la rémunération proportionnelle, l'on ne peut que remarquer que l'auteur ne dispose pas d'un droit à rémunération. Celle-ci suppose la réalisation de recettes par l'exploitant, et en somme, seul le recours au forfait lui assure une rémunération. La portée du principe de rémunération proportionnelle nous semble donc sur ce point mesurée, car conditionnée par la réalisation de recettes et limitée par la volonté des parties dans la détermination du taux. Il en va de même en

¹⁰ Pour un examen détaillé des hypothèses de recours au forfait, A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 530 et s.

ce qui concerne la rémunération de l'associé.

La rémunération proportionnelle et conditionnée de l'associé – L'économie du contrat de société n'est pas si éloignée de celle d'un contrat d'exploitation de droit d'auteur, du moins en ce qui concerne la rémunération de celui qui transfère ses droits. Le principe de proportionnalité relève de l'essence même du contrat de société et trouve sa source dans l'article 1843-2 al. 1^{er} du C. civ. : « Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci ».

L'article 1844-1 al. 1^{er} du C. civ. ajoute que « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social* ». Toutefois, l'on sait que cette règle n'est que supplétive de volonté et que les statuts peuvent prévoir d'autres règles de répartition, sous réserve de la prohibition des clauses léonines¹¹. La rémunération proportionnelle de l'associé demeure donc le principe, mais à l'instar de celle de l'auteur, sa portée doit être relativisée. De même que la rémunération de l'auteur suppose l'existence de recettes d'exploitation de son œuvre, celle de l'associé n'est pas systématique et présente un caractère conditionnel.

Aux termes de l'article L. 232-12 du C. com., une distribution de dividendes nécessite après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence d'un bénéfice distribuable, une décision de mise en distribution par l'assemblée générale annuelle. Le bénéfice distribuable est défini par l'article L. 232-11 du C. com. comme étant « *constitué par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire* ». Hormis l'hypothèse de réserves statutaires, la loi impose la

¹¹ Art. 1844-1 al. 2 du C. civ.

constitution d'une réserve légale uniquement dans les sociétés par actions et dans les SARL¹²; la distribution de dividendes dans les sociétés de personnes se présente donc moins contraignante¹³. La décision de l'assemblée générale est quant à elle souveraine, ce qui signifie que sous réserve de l'existence d'un abus de majorité¹⁴, les associés minoritaires se verront privés de leur droit aux dividendes¹⁵.

La rémunération de l'associé apporteur de droit d'auteur suivra alors les règles que nous venons de décrire. Que l'objet social soit l'exploitation de ses œuvres, ou que cette dernière soit accessoire à l'objet social, il n'en demeure pas moins que son droit au dividende sera, sauf clause contraire, proportionnel à sa participation dans le capital social et aura pour assiette le bénéfice distribuable réalisé par la société. Or, la participation dans le capital social est représentée par des droits sociaux, cela sous-entend donc que la rémunération proportionnelle de l'apporteur de droit d'auteur est simplement différée. Reste à savoir si l'assiette de la rémunération proportionnelle de l'auteur peut être constituée par les bénéfices sociaux.

II. — Les bénéfices sociaux, assiette de la rémunération proportionnelle

Traditionnellement, la rémunération de l'auteur est assise sur les recettes ou les produits réalisés par l'exploitation de son

¹² Art. L. 232-10 du C. com. Voir, pour la mise en distribution de dividendes dans les SA, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 671 et s.; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 414 et s.; P. MERLE, *Sociétés commerciales*, Précis, Dalloz, 10^{ème} éd., 2005, n° 546 et s.

¹³ A. COURET, " La contrainte du dividende dans les sociétés par actions ", in Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 239.

¹⁴ La mise en réserve systématique des bénéfices réalisés par la société est d'ailleurs le domaine d'élection de l'abus de majorité. Voir, par exemple, Cass. com., 1^{er} juillet 2003 (*Antoine X. c/ Sté Mécano soudure et a.*): Bull. Joly 2003, p. 1137, note CONSTANTIN; Rev. sociétés 2004, p. 337, note LECOURT.

¹⁵ Cette observation doit être tempérée par la possibilité reconnue à l'art. L. 232-16 du C. com. de prévoir dans les statuts un premier dividende, lequel correspond à un intérêt calculé sur la valeur nominale des actions, et qui doit être versé aux actionnaires dès lors qu'un bénéfice distribuable existe; l'assemblée est donc liée par la stipulation statutaire.

oeuvre (A). La philosophie de l'article L. 131-4 du CPI repose sur l'idée qu'il ne saurait être question d'imputer sur l'assiette de la rémunération, les frais et charges relatives à l'exploitation de l'œuvre de l'esprit. Plus généralement, le législateur a souhaité protéger l'auteur contre les risques d'exploitation, sans pour autant créer un droit à rémunération. L'assiette de la rémunération doit être cependant examinée à l'aune de l'économie du contrat de société. En recourant à la forme sociétaire, les associés ont vocation à participer aux bénéfices, mais également aux pertes. En prenant en compte le partage des risques d'exploitation inhérent à la mise en société (B), il nous semble parfaitement admissible de considérer que l'assiette de la rémunération de l'auteur associé repose sur les bénéfices sociaux.

A. — L'assiette traditionnelle des recettes ou produits d'exploitation

L'exclusion de la prise en charge des frais et risques par l'auteur dans la détermination de l'assiette – Si l'esprit de la loi est très clair sur ce point, la rédaction laisse en revanche fortement à désirer. L'article L. 131-4 al. 1^{er} du CPI indique qu'il s'agit des « *recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de l'œuvre* » et de jurisprudence constante, cette disposition s'interprète en ce sens que la participation de l'auteur aux recettes doit être calculée en fonction du prix de vente au public¹⁶. D'une manière générale, l'assiette de la rémunération proportionnelle de l'auteur est constituée des recettes d'exploitation, exception faite du contrat d'édition où l'article L. 132-5 du CPI fait référence aux « *produits d'exploitation* » et de l'article L. 131-6 qui vise les « *profits* »¹⁷. Ainsi, l'assiette de la rémunération ne saurait

¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 1984 (*Sté Masson c/ Ninio*): Bull. civ. I, n° 252. *Adde*, Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996 (*Pactet c/ Sté Masson*): Bull. civ. I, n° 27.

¹⁷ Sur cette imprécision de vocabulaire, voir Y. GAUBIAC, " L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur ", in Mélanges A. FRANÇON, Dalloz, 1995, p. 163, spéc. p. 165; *adde*, A. LUCAS, "L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur": D. 1992, chr., p. 269.

s'entendre du chiffre d'affaire tiré de la vente au public¹⁸, ni même du bénéfice d'exploitation¹⁹.

Il a pu être jugé²⁰ notamment, qu'une clause prévoyant une déduction de 20% du prix de vente au public représentant les frais de prospection et d'agent intermédiaire qui devaient demeurer à la charge de l'éditeur était nulle ; cette clause revenait en effet à calculer la rémunération sur une « assiette intermédiaire » entre le prix de vente au public et celui perçu par l'éditeur. Sur le fond, l'on perçoit bien l'idée que les frais et charges afférents à l'exploitation de l'œuvre ne peuvent être supportés par l'auteur. La même remarque peut être faite à l'endroit des risques d'exploitation. La Cour de cassation a ainsi estimé que la clause qui assoit la rémunération de l'auteur sur les ventes réelles au public, déduction faite des invendus, impose non seulement à l'auteur une réduction de sa rémunération, mais revient également à lui faire supporter des risques que le contrat d'édition met à la charge de l'éditeur²¹.

Reste alors à savoir si la participation de l'auteur associé aux bénéfices de la société est compatible avec l'esprit de l'article L. 131-4 du CPI. Dans la négative, cela conduirait à refuser l'idée d'un apport en société de ses droits par l'auteur puisque la rémunération de l'associé consiste en l'attribution de droits sociaux qui ouvrent droit à une part des bénéfices réalisés. Une réponse affirmative suppose que la participation de l'auteur au risque d'exploitation soit prise en compte.

B. — La prise en compte nécessaire du risque d'exploitation

Les économies divergentes du contrat de société et des contrats d'exploitation

¹⁸ Voir, par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 15 octobre 1996 (*Uderzo c/ Sté Dargaud*): Bull. civ. I, n° 356.

¹⁹ CA Paris, 3 mars 1971 (*R. Dhéry c/ Sté Le Film d'Art et a.*): RIDA avril 1972, p. 155.

²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995 (*Bourgeon c/ Sté Editions Glénat*): Bull. civ. I, n° 244; JCP G 1996, II, 22581, note FRANÇON.

²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995 : *ibid.*

traditionnels – Une société constituée en vue d'éditer des œuvres de l'esprit ne saurait se confondre avec un contrat d'édition. Une telle assimilation procèderait d'une regrettable confusion entre objet du contrat et objet social. Alors que l'objet du contrat d'édition consiste en la réalisation d'une prestation éditoriale, cette dernière ne constitue, dans une « société d'édition », que la réalisation de l'objet social. L'objet du contrat de société ne se résume, conformément à l'article 1832 du Code civil, qu'à la mise en commun de biens ou d'activité²². En effet, généralement, l'objet du contrat de société est présenté comme étant la mise en commun d'apports en vue de partager des bénéfices ou les économies qui pourront en résulter. En définissant le contrat de société, l'article 1832 du C. civ. en précise non seulement l'objet, une mise en commun d'apports, mais aussi la cause – « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

De même que l'objet social doit être distingué de l'objet du contrat de société, la cause du contrat de société ne doit pas faire double emploi avec ce dernier. Des auteurs ne manquent d'ailleurs pas d'observer que « *la cause correspond au pourquoi de la société [...] (on ne s'associe pas pour le seul plaisir de s'associer mais en vue de partager un bénéfice ou de profiter d'une économie)* »²³. Ainsi, tout contrat ayant pour objet l'édition d'une œuvre littéraire ou artistique ne constitue pas nécessairement un contrat d'édition et la prise en compte des modalités d'exécution de l'opération juridique doit présider à sa qualification. En ce sens, le législateur ne s'y est pas trompé lorsqu'il affirme que le contrat dit « à compte d'auteur » s'analyse en un louage d'ouvrage et non en un contrat d'édition²⁴. De même, le contrat de compte à demi par

²² En ce sens, Ph. MERLE, préc. note 12, n°52 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 119.

²³ M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *ibid.* ; voir aussi, J.-P. LEGROS, "Nullités des sociétés, Causes de nullité", J.-Cl. Sociétés *Traité*, 2002, fasc. n° 32-20, n° 165 et s.

²⁴ Art. L. 132-2 du CPI ; voir, sur ce contrat, M.-G. SCHILLING-RANCAZ, *Les éditions à compte d'auteur*, thèse, Paris II, 1985.

lequel « l'auteur ou ses ayants droit chargent un éditeur de fabriquer, à ses frais et en nombre, des exemplaires de l'œuvre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation, dans la proportion prévue » ne constitue pas un contrat d'édition, mais une société en participation²⁵.

Lorsque l'éditeur assume tous les risques, la convention s'analyse en un contrat d'édition. En revanche, lorsque l'auteur les assume, l'opération s'inscrit dans le moule du louage d'ouvrage. L'intention de partager les risques et les gains de l'opération transcende par la notion d'*affectio societatis*, sous-entend enfin l'existence d'une société. Il faut donc en déduire que le formalisme du contrat d'édition ne s'applique pas dans cette hypothèse²⁶. La rémunération par des droits sociaux se substituera notamment à la rémunération proportionnelle prévue à l'article L. 131-4 du CPI, et rappelée spécialement pour le contrat d'édition à l'article L.132-5.

Peut-on généraliser cette solution à tous les contrats d'exploitation de droits d'auteur ? Il nous semble qu'une réponse affirmative s'impose. Comme nous venons de le voir, c'est bien le critère de la charge des risques qui préside à la qualification de la convention. Cette idée de partage des risques inhérente à la société justifie que la rémunération de l'auteur associé soit assise sur les bénéfices sociaux.

L'assiette des bénéfices sociaux justifiée par le partage des risques – Malgré l'objectif légal de protection de l'auteur, considéré comme partie faible aux contrats traditionnels d'exploitation de ses droits, le législateur n'a pas ignoré la partie au contrat qui supporte les risques, en aménageant le régime juridique de certaines conventions. C'est semble-t-il cette prise en

²⁵ Art. L. 132-3 du CPI.

²⁶ En ce sens, A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 559. Pour une illustration, voir CA Paris, 16 novembre 1989 (*Gendre c/ Hoskins*) : Juris-Data n° 026342.

compte des risques qui justifie la présomption de cession des droits exclusifs d'exploitation reconnue au producteur d'œuvres audiovisuelles par l'article L. 132-24 du CPI. Ce dernier se définit en effet comme « la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre »²⁷. Le producteur assume un risque financier considérable et doit être à l'abri des risques juridiques afférents aux cessions autant que faire se peut. La jurisprudence semble aller en ce sens, comme en témoigne un jugement du de TGI de Paris²⁸ : « S'il n'est pas contestable que l'édition d'ouvrages en sciences humaines est « risquée » à l'heure actuelle, ce risque ne saurait être supporté dans le cadre d'un contrat d'édition par l'auteur, la loi ayant prévu d'autres formes de contrats (contrat à compte d'auteur, contrat de compte à demi) pour le partage des risques entre l'auteur et l'éditeur lorsque ce dernier estime que la commercialisation de l'ouvrage sollicité est problématique ».

Il est à noter également, du point de vue du Droit des sociétés, que la règle de la participation proportionnelle des associés n'est que supplétive de volonté, sous réserve des clauses léonines. On peut dès lors concevoir des valeurs mobilières indexant les dividendes de l'auteur sur les performances de son apport ; l'on se situerait alors au plus près du régime de la cession du CPI. En somme, pour satisfaire aux exigences de l'article L. 131-4 du CPI, il suffit que la convention aménage les modalités d'une participation proportionnelle de l'auteur aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de l'œuvre. La remise de droits sociaux ne contrevient pas à ce principe dans la mesure où l'auteur qui s'associe accepte de partager à la fois les risques d'exploitation et les bénéfices qui pourront en résulter. Sa rémunération assise sur les bénéfices demeure proportionnelle mais est conditionnée et différée. Conditionnée par la réalisation d'un bénéfice distribuable ainsi

²⁷ Art. L. 132-23 du CPI.

²⁸ TGI Paris, 30 novembre 1999 : préc. note 7.

que par la décision d'une mise en distribution de l'assemblée, et différée puisque la contrepartie directe et immédiate de l'apport consiste en la remise de droits sociaux.

L'apport de droit d'auteur se présente jusqu'ici comme une opération parfaitement viable juridiquement. Le principe de la rémunération proportionnelle ne nuit pas à ce que l'auteur apporte son droit d'exploitation ; la solution vaut *a fortiori* pour son ayant-cause qui n'est pas visé par le principe. Nous avons examiné jusqu'ici les modalités de l'apport sous le seul aspect de la rémunération de l'apporteur. Il s'agit de s'intéresser à présent à la cause de cette dernière : la jouissance du droit d'exploitation au bénéfice de la société. Cette jouissance empruntera les voies traditionnelles de l'apport, et l'on distinguera alors selon que ce dernier emporte, ou n'emporte pas, transfert de propriété à la société.

§2. — Le caractère translatif ou non translatif de l'apport de droit d'auteur

Le droit d'exploitation peut circuler par voie de cession emportant constitution ou transfert de droit réel, ou par voie de concession, emportant constitution ou transfert de droit personnel. Cette distinction se retrouvera naturellement en cas d'apport en société de ce droit. Il est nécessaire cependant de lever une ambiguïté terminologique. En effet, certains textes font référence à l'apport du « bénéfice » d'un contrat d'exploitation par l'ayant-cause de l'auteur. L'article L. 132-16 du CPI envisage cette possibilité et dispose que « *l'éditeur ne peut transmettre [...] par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur* »²⁹. La rédaction de

²⁹ Il en va de même de l'entrepreneur de spectacles qui « ne peut transférer le bénéfice de son contrat sans l'assentiment formel et donné par écrit de son représentant » (art. L. 132-19 al. 4 du CPI).

cette disposition est fort maladroite ; en effet, la question peut se poser de savoir si le texte envisage une cession de contrat, ou simplement l'idée d'une sous-cession ou sous-concession du droit d'exploitation. A vrai dire, l'expression peut revêtir les deux sens. Tantôt l'ayant-cause cèdera son contrat et perdra la qualité de cocontractant avec les droits et obligations y afférents³⁰, tantôt il se maintiendra dans le lien contractuel originel et procédera à des sous-exploitations du droit. Partant, sous réserve de l'accord de l'auteur, l'éditeur pourra effectuer un apport en propriété ou en jouissance à une société.

Ainsi, il y aura lieu de parler d'apport-cession lorsque l'apport du droit d'exploitation sera translatif de propriété (I). En revanche, l'apport-cession étant non translatif de droit réel, il s'assimilera à un apport en jouissance (II). Bien entendu, l'apport-cession du droit d'exploitation de l'auteur sous-entend que la société ait la personnalité morale alors que l'apport-cession, seul envisageable dans les sociétés dépourvues de la personnalité juridique aura aussi vocation à s'appliquer dans les premières.

I. — L'apport-cession, apport en propriété du droit d'exploitation

L'apport en propriété étant translatif de droit, son caractère onéreux a permis de le qualifier d'aliénation à titre onéreux. Sur ce point, il présente une analogie certaine avec la vente ; la loi elle-même sous-entend ce rapprochement, l'article 1843-3 al. 3 du C. civ. disposant que « *lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur* ». Il faut toutefois se garder d'assimiler totalement les deux notions. Tout d'abord, il est possible d'objecter qu'à la différence de la vente qui présente un caractère définitif, l'associé a vocation à reprendre son apport lors de la dissolution

³⁰ Sur les effets d'une cession de contrat, voir L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Préf. de Ph. MALAURIE, Economica, 1984.

de la société, une fois l'ensemble des créanciers sociaux désintéressés. Ensuite, et surtout, si dans la vente, le vendeur a pour contre-partie de sa prestation un prix, l'apporteur d'un bien se voit attribuer des droits sociaux, parts sociales ou actions. Toutefois, il est certain que ces deux notions ont pour dénominateur commun d'être des aliénations à titre onéreux, et cela ne peut que s'en ressentir sur leur régime juridique. Nous admettons donc, à la suite de BLAISE, que « *l'idée directrice en ce domaine paraît être que, lorsqu'une règle est établie en matière de vente en considération du fait que cette opération constitue une aliénation à titre onéreux, cette règle doit recevoir application en matière d'apport. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une règle dont l'existence en matière de vente ne se justifie que par la présence d'un prix dans ce contrat, son application est exclue en matière d'apport* »³¹.

Or, en matière de droit d'auteur, il n'y a pas vente du droit d'exploitation, mais plutôt cession de celui-ci ; il n'en demeure pas moins que cette cession s'analyse en une aliénation à titre onéreux³². La solution retenue précédemment en matière de rapprochement de l'apport en propriété et de la vente s'appliquera ici. La détermination de l'objet de l'apport devra donc suivre les règles impératives du Code de la propriété intellectuelle justifiées par le caractère d'aliénation à titre onéreux ou gratuit du droit d'exploitation (A). D'autres règles, édictées en raison de l'existence d'un prix et qui se résument à la reconnaissance de la lésion ainsi qu'à l'attribution d'un privilège spécial devront être évincées (B).

A. — La détermination de l'objet de l'apport

La détermination de l'objet d'une convention est fondamentale. Une lecture combinée des articles 1129 et 1130 du C.

³¹ H. BLAISE, *L'apport en société*, Sirey, 1955, n° 95.

³² L'on notera cependant qu'une cession du droit d'exploitation peut être réalisée à titre gratuit (art. L. 122-7 CPI).

civ. nous enseigne que l'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou au moins déterminable, et que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, sous réserve de respecter la prohibition d'ordre public des pactes sur successions futures. Une application du droit commun exige donc que le droit d'exploitation objet de l'apport soit déterminé ou déterminable, ce qui sous-entend évidemment que l'œuvre sur laquelle porte le droit en question soit déterminée ou déterminable. Par principe, il est admis que l'apport en société de choses futures est valable, mais cette solution ne peut toutefois être généralisée. Non seulement, il existe des formes sociétaires où la loi exige la libération immédiate des apports³³, mais une disposition impérative du Code de la propriété intellectuelle prohibe la cession globale des œuvres futures (1). Une fois cet obstacle levé, nous nous attacherons à examiner dans quelle mesure le formalisme de l'article L. 131-3 du CPI s'impose dans cette opération (2). Enfin, nous envisagerons le problème de l'exploitation des œuvres de l'esprit sous une forme non prévisible (3).

1. — La prohibition de la cession globale des œuvres futures

L'objet de la prohibition – Les dispositions générales du Code de la propriété intellectuelle relatives à l'exploitation des droits commencent par une formule péremptoire, dont on conviendra que la rédaction est fort maladroite. L'article L. 131-1 du CPI dispose en effet que : « La cession globale des œuvres futures est nulle ». Quelle interprétation donner à ce texte ? Nous avons vu que le terme « œuvre » est bivalent. Il peut désigner tantôt la chose intellectuelle, tantôt son support, lesquels sont juridiquement indépendants. Quel sens attribuer au mot « œuvre » dans cette disposition ? Certainement pas celui de « chose

³³ Art. L. 223-7 du C. com., « *les parts sociales doivent être intégralement libérées lorsqu'elles représentent des apports en nature* » ; *adde*, art. L. 225-3 al. 3 (SA) ; Art. L. 227-1 al. 3 (SAS) ; art. L. 226-1 al. 2 (SCA).

intellectuelle » dont on a consacré l'inaliénabilité ; reste celui du support corporel. Pourtant, à nouveau, la solution ne convainc guère. Une cession globale des « œuvres futures », sous-entendu de toute la production à venir de l'auteur, n'a nullement besoin de l'article L. 131-1 du CPI pour être déclarée nulle : le droit commun des articles 1129 et 1130 du C. civ. suffit amplement. C'est, *a priori*, en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation relativement aux contrats de mécénat, qui ont pour objet les supports matériels des œuvres³⁴. Partant, il faut remarquer que le texte se situe en tête des dispositions générales relatives à l'exploitation des droits ; nul doute alors qu'il a trait aux droits patrimoniaux³⁵. Le terme « œuvre » est sur ce point fort mal choisi et le texte doit se lire comme prohibant la cession globale des droits sur les œuvres futures. Dès lors, quelle portée attribuer à cette prohibition ?

La portée théorique de la prohibition d'une cession globale – La doctrine a pu formuler différentes propositions. DESBOIS par exemple, interprète ce texte comme interdisant « toute cession qui porte sur deux œuvres futures ou davantage »³⁶. MM. LUCAS, quant à eux, « sans se dissimuler que cette lecture prend quelques libertés avec la lettre du texte »³⁷, se rangent derrière l'opinion de DESBOIS. Il est vrai qu'une interprétation stricte de ce texte sous-entend que l'auteur ne peut céder tous ses droits sur toutes ses œuvres futures. Pour ce qui concerne la cession de tous les droits, le texte ferait

³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1970 (*Loiseau c/ Gayrin*) : Bull. civ. I, n° 21 ; RTD com. 1972, p. 103, obs. DESBOIS.

³⁵ En ce sens, DESBOIS, RTD com. 1965, p. 362 ; A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 505 ; *Contra*, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 146. Au soutien de son argumentation, l'auteur relève que limiter le champ d'application de ce texte aux droits patrimoniaux exclut l'auteur de manière discriminatoire du bénéfice de la révision pour lésion de l'art. L. 131-5 CPI. Selon nous, cet argument ne tient pas, la reconnaissance d'un droit de suite tirant les conséquences de cette carence en associant systématiquement l'auteur au succès commercial de ses œuvres prises en tant qu'éléments corporels ; voir aussi, S. DURRANDE, "Droit d'auteur, Exploitation des droits, Dispositions générales", J.- Cl. *Propriété littéraire et artistique*, 2004, fasc. n° 1310, n° 19.

³⁶ DESBOIS, *op. cit.*, n° 537.

³⁷ A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 507.

double emploi avec l'article L. 131-3 du CPI qui exige que la portée de la cession soit nettement délimitée quant à l'étendue, la destination, le lieu et la durée des droits cédés. Partant du principe que le législateur est rationnel, une telle interprétation doit donc être rejetée. Force est alors d'admettre que ce texte ne peut avoir le sens primaire qu'il laisse entendre, et que le terme « globale » a été employé eu égard au nombre d'œuvres visées par la cession. Mais si la globalité envisagée devait s'entendre comme la totalité des œuvres futures, l'interdiction serait facilement contournable et, comme on a pu le reconnaître, « *le législateur aurait parlé pour ne rien dire* »³⁸. Ce texte peut alors se présenter comme une dérogation à l'article 1130 du C. civ. qui admet que les conventions portent sur des choses futures. Puisque ce n'est que lorsque la cession d'œuvres futures est globale que l'interdiction joue, une cession du droit d'exploitation limitée à une œuvre future, et une seule, serait tout de même valable. Mais n'est-ce pas là apporter une restriction beaucoup trop catégorique à l'autonomie de la volonté ?

En vérité, il semble qu'il faille l'interpréter à l'aune du droit commun. Exigence de l'article 1129 du C. civ., les œuvres futures doivent être déterminables. Nous en déduisons qu'une cession strictement limitée et encadrée du droit de reproduction sur des œuvres futures indéterminables, quel que soit leur nombre, est nulle. *A contrario*, si les œuvres futures en question sont déterminables, la même cession doit être regardée comme licite. L'exigence d'œuvres déterminables sous-entend un nombre raisonnable d'œuvres futures, car une œuvre sera considérée comme déterminable si elle est suffisamment prédéfinie intellectuellement, ce qui exclut un nombre trop important³⁹. L'objectif de

³⁸ *Ibid.*

³⁹ En ce sens, A. HUGUET, L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Préf. de R. SAVATIER, LGDJ, 1962, n° 187, selon lequel un auteur peut « *valablement céder des droits sur un nombre déterminé ou déterminable d'œuvres à venir* » ; voir aussi, COLOMBET, *op. cit.*, n° 298 (« *ce qui est interdit, c'est la cession d'œuvres non identifiées, et non pas d'œuvres non réalisées* ») ; P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 275 ; R. SAVATIER, "Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire

protection de l'auteur visé par le texte est alors sur ce point respecté.

A l'appui de notre raisonnement, nous pourrions en outre invoquer l'article L. 132-18 al. 2 du CPI, qui dispose qu'il « *peut être dérogé aux dispositions de l'article L. 131-1* » en matière de contrat général de représentation. L'on sait que par un tel contrat, 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 de l'organisme. Cette dérogation est pleinement justifiée puisqu'au moment de la conclusion du contrat, aucun élément ne permet de déterminer ou de rendre déterminables les œuvres futures qui viendront s'intégrer au répertoire de l'organisme, mais il est certain que de nouvelles œuvres viendront s'y adjoindre. En définitive, il semblerait qu'en pratique, cette disposition ne soit qu'une pétition de principe.

La portée pratique de la prohibition, une pétition de principe – Ce texte introductif des dispositions générales relatives à l'exploitation des droits ne peut être lu isolément. Dans un premier temps, il s'articule avec une autre disposition beaucoup plus précise qui définit les éléments permettant d'isoler le ou les droits cédés. La cession du droit d'exploitation ou de l'une de ses composantes, dans leur globalité, sur des œuvres futures déterminables encourt la nullité. En effet, même si la cession des droits de reproduction et représentation peut être totale, il n'en demeure pas moins que la portée de cette cession doit être définie, sous peine de nullité, conformément à l'article L. 131-3 du CPI. Dans un deuxième temps, conformément au droit commun, les « choses intellectuelles » sur lesquelles les droits patrimoniaux seront cédés devront

et artistique": JCP 1957, I, 1398, n° 69; Cass. civ. 1^{ère}, 6 novembre 1979 (*Sté Dargaud Editeurs c/ Cabut*): Bull. civ. I, n° 271; rappr. CA Paris, 10 juin 1986 (*Etienne de Montpezat c/ Editions Flammarion*): RIDA juil. 1987, p. 193 (annulation d'une convention ayant pour objet la réécriture d'ouvrages indéterminés au jour de la conclusion du contrat).

être déterminables, ce qui exclut à nouveau toute idée de globalité. Peut-être conviendrait-il alors de donner à cette disposition la valeur qui est la sienne : celle d'une pétition de principe.

Loin de constituer un obstacle à l'apport du droit d'exploitation sur une œuvre future, ce texte doit être considéré, selon nous, comme une simple boussole d'interprétation des cessions⁴⁰. En matière de droit d'auteur, aucun élément définissant l'étendue d'une cession ou d'une concession ne devra présenter un caractère général, global. L'apport en société du droit d'exploitation sur des œuvres futures suivra bien entendu cette exigence, et respectera le formalisme de l'article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI dans toutes ses composantes.

2. — Le formalisme de l'article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI

L'identification des utilités de l'œuvre apportées à la société – Une œuvre de l'esprit regorge d'une multitude d'utilités potentielles selon les modes d'exploitation disponibles, et c'est bien d'une réservation par le droit de ces utilités dont bénéficie l'auteur. Nous rappellerons simplement ici que l'apport-cession s'analysant en une aliénation, les dispositions des articles L. 122-7 et L. 131-3 al. 1^{er} du CPI devront être scrupuleusement respectées. Ainsi, les droits de reproduction et de représentation, s'ils sont cédés concomitamment, devront faire l'objet d'une mention distincte sur l'acte d'apport. Il y aura ensuite lieu de définir la portée de leur cession eu égard aux quatre paramètres que sont l'étendue, la destination, le lieu et la durée. Bien que le texte ne prévoie pas de sanction particulière à ce manquement, s'agissant d'une disposition d'ordre public de protection, la jurisprudence semble avoir recours à la nullité, qui ne sera que relative⁴¹. En

⁴⁰ Si cette disposition ne compromet pas l'apport du droit d'exploitation sur une œuvre future, il nous semble en revanche que le droit moral de divulgation peut être considéré comme un obstacle dirimant.

⁴¹ CA Paris, 29 avril 1998 (*Sté UBP c/ Sté Kenzo*): RIDA oct. 1998, p. 278; *adde*, CA Paris, 4 mai 1983 (*Philippe c/ Sté Idep*)

revanche, un courant jurisprudentiel tendant à dispenser de l'application de ce formalisme les cessions effectuées par l'ayant-cause de l'auteur semble s'imposer.

Le formalisme allégé de l'apport de l'ayant cause de l'auteur – Le souci constant de protéger l'auteur contre des actes dont il ne mesure pas la portée justifie parfaitement les mentions impératives de l'article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI et la nullité encourue en cas de violation de cette disposition. Mais une fois l'utilité détachée, quel régime adopter lors de la circulation du droit? Autrement dit, ce formalisme s'impose-t-il à l'ayant-cause de l'auteur qui contracte avec un sous-exploitant? Le texte en question ne vise que « *la transmission des droits de l'auteur* », sans s'attacher à la qualité du cessionnaire. Il était donc admis traditionnellement que cette disposition s'appliquait non seulement aux cessions consenties par les auteurs, mais également à celles consenties par leurs cessionnaires⁴². Pourtant, dans la célèbre jurisprudence *Perrier*, la première chambre civile de la Cour de cassation⁴³ n'a pas hésité à exclure du champ d'application de cet article les conventions conclues par les cessionnaires de l'auteur avec un sous-exploitant. La formule retenue brille par sa clarté : « Mais attendu, d'abord, que les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle régissent les seuls contrats consentis par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation, et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-exploitants ; ».

Celer): Ann. Propr. Ind. 1983, p. 222. Il est vrai que la rédaction employée à l'alinéa 2 de cet article confirme l'idée d'un formalisme *ad validitatem* lorsqu'il dispose que « *le contrat peut être valablement conclu par échange de télégrammes, à condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité conformément aux termes du premier alinéa du présent article* ».

⁴² DESBOIS, *op. cit.*, n° 527.

⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993 (*Sté Perrier c/ Sté SOGEC*): Bull. civ. I, n° 284; D. 1994, jur., p. 166, note GAUTIER; D. 1994, somm., p. 280, obs. HASSLER; RTD com. 1994, p. 272, obs. FRANÇON. Sur cet arrêt, voir aussi, S. DURRANDE, "L'arrêt "Perrier" : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur": RIDA oct. 1995, p. 3.

Il est clair que le monde des affaires requiert de la souplesse, et nombreuses sont les interventions du législateur, souvent précédées par la jurisprudence, qui y contribuent. Partant, assouplir le formalisme lorsque l'auteur n'est point partie au contrat semble contribuer à cet objectif. Les exploitants et sous-exploitants sont des commerçants, et avant tout des professionnels qui connaissent les moyens juridiques de se protéger et ne peuvent utiliser à leur profit les règles élaborées dans l'intérêt des auteurs⁴⁴. Mais on peut se demander également si finalement, cette liberté laissée à l'ayant-cause ne risque pas de préjudicier à l'auteur, accroissant le risque de sous-exploitations *a non domino*. La chambre commerciale s'étant ralliée depuis à cette position⁴⁵, il semblerait que la solution ait une portée générale. Ainsi, la validité du contrat consenti par l'ayant-cause de l'auteur à un sous-exploitant ne requiert pas une définition de l'objet du contrat conformément à l'article L. 131-3 du CPI et leurs relations sont régies par le droit commun. L'objet de la cession doit être simplement déterminé ou déterminable, et en tant que commerçants, ils pourront rapporter par tous moyens la preuve du contenu de leur cession. Rappelons enfin que la théorie de la possession pourrait être judicieusement invoquée à cette occasion.

En somme, le formalisme de l'apport de l'ayant-cause de l'auteur peut être qualifié d'allégé. Toute autre est la question de la détermination de l'objet de l'apport lorsqu'il porte pour partie sur l'exploitation d'une forme non prévisible de l'œuvre de l'esprit.

3. — Le problème de l'exploitation sous une forme non prévisible

Le domaine de la forme « non prévisible » ou « non prévue » – Ce problème s'est posé dès l'avènement des techniques de reproduction et de diffusion

⁴⁴ En ce sens, S. DURRANDE, *ibid.*, p. 17.

⁴⁵ Cass. com., 5 novembre 2002 (*Sté Arplex c/ Sté Duca de Gascogne*): CCE 2003, comm., n°1, note CARON; Propr. Indus. 2002, comm., n° 5, obs. KAMINA.

permettant de toucher un public de plus en plus large. Afin de mettre un terme à une jurisprudence fortement critiquée qui considérait que la cession du droit de reproduction des œuvres musicales, à une époque où le phonographe n'avait pas été inventé, emportait cession du droit de reproduction graphique et du droit de reproduction mécanique⁴⁶, la loi de 1957 codifiée depuis à l'article L. 131-6 du CPI prévoit que : « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter une œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits de l'exploitation ».

Ainsi, la société ne sera autorisée à mettre en œuvre un mode ou une forme d'exploitation inconnu au jour de l'apport qu'à la double condition que, d'une part, cette possibilité soit prévue dans l'acte et, d'autre part, que la clause en question prévoie au bénéfice de l'auteur une rémunération proportionnelle aux profits de l'exploitation⁴⁷. Deux conditions donc, dont l'appréhension s'avère plus ou moins délicate par le Droit des sociétés. D'abord, pour ce qui a trait à la condition de « prévisibilité », la doctrine s'accorde sur le point que l'ignorance doit être partagée par les deux parties, et ne saurait viser tous les modes d'exploitation non prévus ; la forme « non prévisible » ou « non prévue » doit donc se limiter à ce que les parties « n'étaient pas à même de prévoir »⁴⁸. On peut interpréter littéralement ce texte comme limitant à une seule forme non prévisible ou non prévue, et non plusieurs.

⁴⁶ Voir, notamment, Cass. civ., 10 novembre 1930 (*Cons. Halévy et a. c/ Heugel et a.*): DP 1932, I, p. 29, note NAST; S. 1931, I, p. 161, note LAGARDE.

⁴⁷ Pour une illustration au sujet des « droits vidéographiques », voir, Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2002 (*Alex X. c/ Sté Vauban productions*): pourvoi n° 00-20942.

⁴⁸ A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 595 ; DESBOIS, *op. cit.*, n° 529 ; voir cpdt, J.-L. GOUTAL, "Multimédias et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur": D. 1997, chr., p. 357, qui propose d'opérer une distinction avec les nouveaux modes d'exploitation emportant une perte de contrôle de l'étendue de l'exploitation, auquel cas la clause serait insuffisante. Voir, pour une application à l'internet, CA Lyon, 9 décembre 1999 (*Sté Groupe Progrès c/ Syndicat National des Journalistes*): RIDA avr. 2000, p. 357, note VARET.

La brèche ouverte dans le formalisme protecteur serait donc partiellement colmatée. Si la société décide de recourir à l'exploitation de l'œuvre sous une forme non prévue, l'engagement de l'apporteur se voit modifié dans le sens d'une aggravation ; il s'agit alors d'examiner la réception de l'article L. 131-6 du CPI par cette matière.

La réception de l'article L. 131-6 du CPI par le Droit des sociétés

– L'on sait qu'aux termes de l'article 1836 al. 2 du C. civ., « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». Ce texte fixe un principe d'intangibilité des engagements des associés⁴⁹. Si l'augmentation, directe ou indirecte, des engagements financiers de l'associé constituait au départ le « noyau dur » de ce principe, la règle de l'intangibilité des engagements concerne également ses obligations en nature⁵⁰. Il ne s'applique toutefois pas aux décisions relatives à l'exécution de l'objet social prises conformément aux dispositions statutaires. Ainsi, par exemple, au cours de la vie sociale, les appels de fonds autorisés par les statuts n'encourront donc point la censure⁵¹. Jusqu'ici, la solution n'est pas surprenante et trouve en définitive son fondement dans le droit des contrats, ce qui l'inscrit parmi les manifestations principales de la nature contractuelle de la société.

Par l'insertion d'une telle clause dans l'acte d'apport, l'apporteur de droit d'auteur consent par avance à l'augmentation de son engagement. Mais il est clair que celle-ci, pour être valable, devra répondre à la condition de prévisibilité commune à l'ensemble des contrats. La chambre

⁴⁹ Voir, pour les SARL, art. L. 223-30 al. 4 du C. com. ; pour les SA, art. L. 225-96 al. 1^{er} du C. com. ; sur la question, M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 309 ; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 101 ; J. MONNET, " Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés ", in Mélanges PAILLUSSEAU, Dalloz, 2003, p. 403 ; F. RIZZO, "Le principe d'intangibilité des engagements des associés": RTD com. 2000, p. 27.

⁵⁰ F. RIZZO, *ibid.*, p. 40.

⁵¹ Voir, par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1988 (*Brignon et Mas c/ SCI Le Grand Hôpital*): Bull. civ. I, n° 313; Rev. sociétés 1989, p. 473, note CHARTIER; RTD com. 1989, p. 86, obs. ALFANDARI et JEANTIN.

commerciale de la Cour de cassation a précisé que les associés n'étaient engagés qu'à la double condition qu'ils acceptent le principe d'une augmentation de leurs engagements, mais aussi que les modalités de mise en œuvre de cette dernière soient déterminées ou déterminables⁵². Toute clause statutaire autorisant un appel de fonds est d'interprétation stricte⁵³. Or, pour ce qui nous concerne, c'est bien à cette condition de déterminabilité que l'article L. 131-6 du CPI apporte une relative souplesse. En somme, il suffit de prévoir la possibilité d'une exploitation « imprévisible » assortie d'une rémunération. En revanche, la société ne pourra exiger de l'apporteur qu'il transfère le droit d'exploitation relativement à une forme d'exploitation prévisible au moment de l'apport. *A fortiori*, il ne pourrait s'agir d'un mode d'exploitation connu⁵⁴.

En tout état de cause, la mise en œuvre de cette clause ne pourra se faire, selon nous, qu'à la lumière de l'objet social, conformément à l'exécution de celui-ci. Reste que si la société fait valablement usage de cette clause, elle devra verser à l'apporteur une rémunération.

La rémunération de l'apporteur différée à la décision de l'assemblée générale – La contrepartie de l'apport en société est matérialisée par des droits sociaux dont la valeur correspond à celle des apports. Sur

⁵² Cass. com., 13 février 2001 (*Compagnie du BTP c/ Stés Spie Batignolles et a.*): Dr. et Patr. oct. 2001, p. 100, obs. PORACCHIA.

⁵³ Cass. com., 7 mars 1989 (*SNC Lejeune et Cie société immobilière Le Prieure c/ Muller*): Bull. civ. IV, n° 81; Rev. sociétés 1989, p. 473, note CHARTIER (absence d'effet d'une clause par laquelle les associés s'engagent pour chaque exercice, en cas de pertes, à reconstituer les fonds propres dans un délai de 6 mois, lorsqu'elle est mise en œuvre pour répondre en cours d'exercice aux exigences d'un créancier); Rapp., Cass. com., 9 juin 2004 (*SCI rue du Surmelin c/ SCA IDI et a.*): Bull. civ. IV, n° 122; Dr. sociétés 2004, n° 186, note LUCAS; D. 2004, somm., p. 2921, obs. HALLOUIN; Defrénois 2005, p. 165, obs. HOVASSE (pour la dénaturation, par une cour d'appel, des termes clairs et précis d'une clause obligeant les associés de contribuer aux pertes à la fin de chaque exercice comptable).

⁵⁴ Le cas échéant, la protection offerte par le Droit d'auteur serait vidée de sa substance puisque le formalisme strict exigé lors de la constitution de la société n'aurait finalement aucun effet par la suite.

ce point, la rémunération par des parts sociales répond tout à fait aux exigences du texte, à savoir « *une participation corrélative aux profits de l'exploitation* ». L'on rappellera en effet que le principe de rémunération proportionnelle ne met pas en échec l'assiette de la rémunération constituée par les bénéfices sociaux; celle-ci se justifie pleinement par l'idée de partage des risques inhérente au contrat de société. Cependant, une exploitation non prévue ne peut faire l'objet d'une évaluation, ce qui semble devoir exclure l'attribution d'un *quantum* de parts sociales correspondant à cette prévision contractuelle au moment de l'acte d'apport. Ce n'est qu'à l'apparition de la technique d'exploitation future que le droit en question pourra être évalué.

Concrètement, la société qui décidera de mettre en œuvre cette clause d'augmentation de capital devra rémunérer l'auteur par des parts sociales ou actions. Au regard de sa validité, cette clause doit s'analyser en une promesse d'apport sous condition suspensive et sa mise en œuvre nécessitera une délibération de l'assemblée générale extraordinaire en ce qu'elle modifiera, d'une part, la substance du capital social dans le sens d'une augmentation et d'autre part, la répartition des parts sociales ou actions entre les associés. L'on remarquera que le droit des sociétés ajoute un degré dans la protection de l'apporteur de droit d'auteur lors de la mise en œuvre d'une telle clause. Rien ne l'empêche, en effet, de se prononcer contre au moment de la délibération de l'assemblée générale.

Finalement, si une ou plusieurs œuvres sont créées, l'apport-cession du droit d'exploitation devra respecter scrupuleusement les dispositions des articles L. 122-7, L. 131-3 al. 1^{er} et L. 131-6 du CPI. Si la ou les œuvres n'ont pas fait l'objet d'un commencement de réalisation, la solution est plus délicate. Il ne saurait être question d'un apport-cession sur la globalité des œuvres à venir. Les œuvres futures devront être déterminables et les dispositions précédemment citées respectées. La déterminabilité des œuvres

futures s'analysera à la lumière de l'objet social défini par les statuts ce qui, en pratique, devrait limiter nettement le genre et le nombre d'œuvres en question⁵⁵. En tout état de cause, que les œuvres existent ou non, que l'objet de l'exploitation soit défini ou qu'il porte sur une forme non prévisible, la rémunération de l'apporteur consiste en des droits d'associés, et les règles édictées en raison d'un prix par le Code de la propriété intellectuelle ne doivent pas être retenues lors d'une opération d'apport de droit d'auteur.

B. — L'éviction des règles relatives à la rémunération de l'auteur

L'exclusion d'une révision du prix pour cause de lésion – La loi est particulièrement protectrice des intérêts de l'auteur. Alors que le Code civil fait fi de l'imprévision et ne retient la lésion qu'exceptionnellement, l'article L. 131-5 du CPI prévoit que : « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de 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. Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire. La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé »⁵⁶.

On peut dès lors se poser la question de savoir si l'auteur apporteur de droit d'auteur peut invoquer le mécanisme de la lésion. L'on sait en effet que la rémunération de l'apporteur en nature présente un caractère forfaitaire ; la contrepartie de sa

⁵⁵ Autant dire que des statuts trop accueillants présenteraient pour l'auteur un risque d'insécurité substantiel en matière d'apport de droits sur des œuvres futures.

⁵⁶ J. MATTHYSSENS, "Sanction de la lésion dans les contrats relatifs au droit d'auteur": RIDA oct. 1959, p. 73 ; Pour une étude des deux notions appliquées à la propriété littéraire et artistique, voir P.-Y. GAUTIER, "Le contrat bouleversé: de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques": D. 1990, *chr.*, p. 130.

prestation, c'est-à-dire un certain nombre de parts ou actions dépend de la valeur attribuée au bien apporté. L'attribution de parts sociales étant la contrepartie due à l'apporteur, BLAISE en déduisait logiquement les caractères d'acte à titre onéreux et commutatif de l'apport⁵⁷. Mais l'analyse demeure insuffisante. Il ne faut pas oublier que l'apport est un élément essentiel de l'entrée en société. Or, on n'apporte pas un bien uniquement pour recevoir des droits sociaux, mais en vue de participer à une entreprise commune qui a pour vocation de faire des bénéfices ou des économies. Pourtant, rien n'est moins sûr que la réalisation d'un profit.

L'opération juridique plus vaste que constitue la création d'une société, et dont l'apport est un élément nécessaire mais non suffisant, comporte un élément aléatoire : la réalisation d'un profit. Un auteur a pu avancer que « *si l'associé connaît la valeur de ce qu'il apporte, il ignore la valeur des parts ou actions qu'il reçoit en contrepartie* », puisque celle-ci est indexée sur la réalisation de bénéfices, qui est une donnée inconnue au moment de l'apport⁵⁸. Nous ne souscrivons pas pleinement à cette analyse. En effet, la valeur de la contrepartie doit s'apprécier au moment de la formation du contrat, c'est-à-dire au moment de la souscription de l'apport. L'associé connaît la valeur de son apport et reçoit l'équivalent de cette valeur en droits sociaux. La valeur peut être modifiée durant la période d'exécution du contrat mais ne doit pas influencer sur sa qualification.

A l'inverse d'une rémunération constituée par un prix, les droits sociaux sont soumis aux aléas de la société. Cette présence de l'aléa, qui demeure extérieure à l'acte d'apport, ne suffira certainement pas à qualifier ce dernier d'acte aléatoire, mais doit être prise en compte pour la détermination de son régime juridique. Or, il

⁵⁷ H. BLAISE, *L'apport en société*, Sirey, 1955, n° 52 et s.

⁵⁸ F. GORE, "La notion de capital social", in *Mélanges RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 85, spéc. n° 13. En ce sens, Y. GUYON, *op. cit.*, n°100.

est constant que « *l'aléa chasse la lésion* »⁵⁹ ; c'est la raison pour laquelle une jurisprudence bien établie considère que l'apport d'un immeuble à une société ne peut donner lieu à une rescision pour lésion⁶⁰ de plus des 7/12^{ème}. En définitive, rien ne s'oppose à ce que cette solution soit appliquée en matière d'apport en société de droits d'auteur. L'aléa social accepté par l'apporteur de droit d'auteur justifie pleinement l'exclusion de cette disposition. L'économie du contrat de société, quant à elle, nous conduit à évincer l'application du privilège des auteurs.

L'exclusion de l'art. L. 131-8 du CPI relatif au privilège des auteurs – La loi a institué au bénéfice des auteurs un privilège spécial pour le paiement de leurs redevances⁶¹. L'article L. 131-8 du CPI dispose en effet que : « En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres, telles qu'elles sont définies à l'article L. 112-2 du présent code, les auteurs, compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4^o de l'article 2101 et à l'article 2104 du code civil ».

Autrement dit, les créances privilégiées des auteurs sur la généralité des meubles sont des créances de quatrième rang, et celles portant sur la généralité des immeubles sont des créances de deuxième rang. Ces privilèges ont donc le même rang que celui des salariés. Toutefois, la jurisprudence a cantonné l'application de ce texte aux seules redevances d'origine contractuelle, à l'exclusion des dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé par des actes de

contrefaçon⁶². Reste à savoir si ce texte s'applique à l'apport en société du droit d'exploitation. A l'évidence, la réponse est négative. D'abord, parce que les dispositions relatives aux privilèges sont d'interprétation stricte. Il nous semble que les termes « *redevances* » et « *rémunérations* » doivent être pris ici pour synonymes. Si la notion de redevance n'a pas été définie par la loi, il est relativement clair que cette dernière vise « *la contrepartie financière de l'exercice par l'auteur de ses prérogatives patrimoniales* »⁶³. Or, les droits sociaux ne s'analysent pas en une contrepartie purement financière. Ils confèrent notamment, mais pas uniquement, un droit au partage des bénéfices. Ils ne peuvent dès lors recevoir la qualification de redevances.

De surcroît, il ne peut être question d'assimiler les bénéfices sociaux à des redevances, et, en tout état de cause, la mise en œuvre de cette disposition serait inopérante en raison de l'absence d'un droit de l'associé au dividende. Ensuite, et surtout, on ne peut tolérer un quelconque privilège au bénéfice d'un associé sous peine de vider de sa substance l'économie du contrat de société⁶⁴. Enfin, malgré une rédaction relativement claire qui ne vise que les « *auteurs, compositeurs et artistes* », la société cessionnaire devrait bénéficier de ce privilège, la Cour de cassation n'ayant pas hésité à l'accorder aux ayants-cause de l'auteur⁶⁵.

Nous avons vu jusqu'ici les modalités d'un apport du droit d'exploitation emportant transfert de propriété de ce droit à la

⁵⁹ Sur cet adage, voir H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 15, p. 22.

⁶⁰ Cass. req., 12 juin 1945 (*Tournu-Bois c/ Berger et Enselmier*): JCP 1946, II, 3203, obs. B.; Journ. sociétés 1946, p. 228. Voir aussi, H. BLAISE, Rép. sociétés, Dalloz, V^o *Apports*, n° 242 ; A. CHARVERIAT et A. COURET, Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2005, n° 580.

⁶¹ Sur ce privilège, voir, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 356 et s. ; A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 545.

⁶² Voir, par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993 (*SACEM c/ Manenc*): Bull. civ. I, n° 125; JCP G 1993, II, 22167, note FOURGOUX; D. 1994, somm., p. 94, obs. COLOMBET.

⁶³ L. De GAULLE, "La notion de redevance en droit d'auteur": RIDA janv. 1996, p. 69, spéc., p. 71.

⁶⁴ Cette affirmation doit être cependant relativisée en raison de mécanismes institutionnels tels les actions de préférence (art. L. 228-10 et s. du C. de com.), parmi lesquelles, notamment, les actions à dividende prioritaire. Sur les actions de préférence, nouvelle catégorie de valeurs mobilières créée par l'article 31 de l'Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, voir A. VIANDIER, "Les actions de préférence": JCP E 2004, 1440.

⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991 (*SACEM c/ Sté La Brocherie*): Bull. civ. I, n° 171.

société. Suivant une terminologie propre à la Propriété littéraire et artistique, nous avons qualifié cette modalité d'« apport-concession ». Il doit être procédé à une ventilation entre les dispositions du Code de la propriété intellectuelle justifiées par le droit d'auteur pris en tant qu'objet de la convention, et celles trouvant leur justification en raison de la présence d'un prix, ces dernières n'ayant point vocation à s'appliquer dans cette opération juridique fondée sur l'idée de partage des risques et des gains par les associés, et se concrétisant par la remise de droits sociaux. Seul le principe de la rémunération proportionnelle est sauvegardé en raison de cette rémunération particulière.

Nous allons à présent examiner ce qu'il en est quand l'apport de droit d'auteur n'emporte pas transfert de propriété, c'est-à-dire lorsqu'il prend la forme d'un apport en jouissance. D'un point de vue terminologique, nous parlerons d'« apport-concession ».

II. — L'apport-concession, apport en jouissance du droit d'exploitation

La nature personnelle de l'apport en jouissance – L'apporteur en nature peut ne transmettre que la jouissance de son bien à la société en effectuant un apport en jouissance⁶⁶. Alors que l'apport en propriété se rapproche de la vente, il est d'usage de rapprocher l'apport en jouissance du contrat de louage, ce que suggère au demeurant l'article 1843 al. 4 du C. civ. qui dispose que lorsque l'apport est en jouissance, « *l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur* ». Mais, pas plus que l'apport en propriété ne s'assimile à la vente, l'apport

⁶⁶ Voir, H. BLAISE, *L'apport en société*, Sirey, 1955, n° 109 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 121 ; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 104 ; Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 32 ; N. PETERKA, "Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance": Bull. Joly 2000, p. 361 ; C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, Préf. de J. PRIEUR, Biblio. Dr. Privé., t. 242, LGDJ, 1994.

en jouissance n'est réductible au bail⁶⁷ et, à nouveau, l'opération d'apport en jouissance doit être analysée dans le contexte plus vaste qu'est l'apport en société. M^{me} REGNAUT-MOUTIER le définit à partir de deux éléments⁶⁸. C'est avant tout un apport en société qui ne présente guère d'originalité relativement à la rémunération de son auteur : ce dernier reçoit des parts sociales ou actions, et non un loyer. Mais c'est aussi un contrat de mise à disposition temporaire d'un bien au profit de la société.

L'apport en jouissance ne donne à la société qu'un droit personnel contre l'apporteur. Il se distingue donc sur ce point de l'apport en usufruit qui, tout en transmettant également une jouissance temporaire du bien à la société, crée un droit réel au profit de cette dernière. Une distinction doit s'opérer entre l'apport en jouissance d'un corps certain et celui d'une chose de genre. Dans ce dernier cas, l'article 1843-3 al. 4 du C. civ. précise que la société devient propriétaire du bien apporté, à charge pour elle d'en rendre pareille quantité, qualité et valeur à l'expiration de la période convenue. La situation est analogue à un prêt de consommation et il y a application des règles du quasi-usufruit. Le droit d'exploitation n'étant point une chose de genre, il est inutile de développer plus amplement cette dernière modalité⁶⁹.

En dehors du rapprochement avec le contrat de louage, la question a pu se poser de savoir quelle pouvait être la nature juridique de l'apport en jouissance. L'on sait en effet que le Droit français connaît deux types de droits de jouissance : l'un, l'usufruit, est un droit réel et le second, le droit du locataire, appartient à la catégorie des droits personnels. La thèse majoritaire en doctrine qui emportera notre adhésion, retient une analyse personnaliste du droit

⁶⁷ Cass. com., 3 décembre 1991 (*Bliaut c/ Nee*): Bull. civ. IV, n° 373; Dr. sociétés 1992, n° 22, note BONNEAU; RTD com. 1992, p. 382, obs. CHAMPAUD et DANET.

⁶⁸ C. REGNAUT-MOUTIER, préc. note 66, *passim*.

⁶⁹ Voir, pour des actions, L. GODON, "L'apport en jouissance d'actions": Rev. sociétés 1999, p. 795.

constitué par voie d'apport en jouissance⁷⁰. Certains auteurs, très minoritaires cependant, proposent une analyse réaliste. M^{me} PETERKA, pour sa part, considère dans un premier temps que l'analyse personnaliste conduit les auteurs qui la défendent à procéder à des « contorsions afin d'éviter que l'apport en jouissance soit aspiré dans la catégorie des apports en industrie »⁷¹ à cause de son caractère successif. En effet, voir dans l'apport en jouissance un apport à exécution successive revient à interdire cette forme d'apport dans les SA et les SARL pour lesquelles la loi impose une libération immédiate des apports⁷². Une libération immédiate signifie qu'à la constitution de la société, l'apporteur doit fournir toutes les prestations promises, ce qui est inconciliable avec la notion d'exécution successive.

Pourtant, comme le reconnaît BLAISE, « ce serait payer très cher un souci d'analyse juridique exacte que de parvenir à un résultat pratique entraînant des conséquences aussi regrettables »⁷³. Ce dernier constate que l'apport en jouissance confère à la société un droit qui a une stabilité analogue à celle du droit du preneur à bail, et cette stabilité, l'apport en jouissance la trouve dans le contrat de société. « Lié au sort de celui-ci, il échappe à toute possibilité de résiliation unilatérale de la part de l'apporteur » et finalement, « dès que la société sera rentrée en possession du bien faisant objet de l'apport, la personne morale se trouvera dans une situation juridique privilégiée bien différente par exemple de celle résultant pour elle d'un apport en industrie »⁷⁴. Son caractère de prestation à exécution successive étant suffisamment estompé, la condition de libération peut dès lors être considérée comme satisfaite à partir du moment où le bien est effectivement mis à la disposition de la société. C'est précisément

⁷⁰ BLAISE, préc. note 66, n° 119 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 121 ; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 104 ; Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 32 ; C. REGNAUT-MOUTIER, préc. note 66, *passim*.

⁷¹ N. PETERKA, préc. note 66, n° 16.

⁷² Art. L. 225-3 al. 2 et L. 223-7 du C. de com.

⁷³ BLAISE, préc. note 66, n° 116.

⁷⁴ *Ibid.*, n° 118.

cette thèse qui a été consacrée par la jurisprudence. La cour d'appel d'Aix-en-Provence⁷⁵ a en effet retenu qu'en cas d'apport en jouissance, l'apporteur demeure propriétaire de la chose et n'est tenu que d'une simple obligation de faire jouir la société dans les conditions de forme et de fond prévues au contrat ; cet apport n'est donc pas incompatible avec l'obligation de libérer intégralement les parts sociales. La solution ne semble pas, à notre connaissance, avoir été remise en cause depuis.

Après avoir rejeté l'analyse personnaliste du droit constitué par voie d'apport en jouissance, M^{me} PETERKA considère que celui-ci constitue au contraire un droit réel qui n'est autre qu'un usufruit spécial. Elle déduit la réalité de ce droit de ce qu'il est admis que « l'essence du droit résultant de l'apport en jouissance est réductible à un pouvoir immédiat sur la chose d'autrui, les devoirs incombant à l'apporteur n'étant que subsidiaires »⁷⁶. L'apport en jouissance apparaîtrait comme un acte constitutif et translatif d'un droit réel démembré. Une objection majeure doit être soulevée dès à présent. La thèse défendue par l'auteur exclut cette forme d'apport pour les sociétés dépourvues de la personnalité morale, telles les sociétés en participation. Or, l'exigence d'un apport n'en est pas moins maintenue dans ces sociétés par renvoi de l'article 1871 du C. civ. à l'article 1832. Ces sociétés ne disposant pas d'un patrimoine propre, la technique de l'apport en jouissance emportant constitution d'un droit personnel est pourtant bien la seule utilisable⁷⁷.

L'auteur remarque également que la thèse réaliste soulève un problème de durée.

⁷⁵ CA Aix, 31 mai 1951 (*Ménicucci c/ Tiran et Roustan*): JCP 1952, II, 6792, note BASTIAN; D. 1951, somm., p. 75.

⁷⁶ N. PETERKA, préc. note 66, n° 15.

⁷⁷ A. BOUGNOUX, "Théorie des apports", J.- Cl. *Sociétés Traité*, fasc. n° 10, n° 71 ; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 517 ; Y. REINHARD, "L'apport en société de droits de propriété industrielle", in Mélanges A. CHAVANNE, Litec, 1990, p. 297, spéc., p. 305. Voir, cependant, C. REGNAUT-MOUTIER, préc. note 66, n° 98 et s., qui considère qu'en raison de l'existence d'un ordre collectif interne, l'affectation des biens doit être rattachée aux catégories traditionnelles d'apport ; néanmoins, cette affectation sera limitée aux rapports internes.

L'usufruit est un droit temporaire, essentiellement viager, qui, s'il n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que 30 ans⁷⁸. Cet usufruit ne s'identifierait donc point purement et simplement à l'usufruit du Code civil ; le cas échéant il aboutirait à supprimer la notion d'apport en jouissance pour la fusionner avec celle d'apport en usufruit. Il constituerait en revanche un usufruit spécial. La durée des sociétés étant limitée à présent à 99 ans, l'article 619 ne serait plus justifié et l'apport en jouissance soumis tacitement au caractère viager défini à l'article 617 al. 2. du C. civ. Cette analyse ne peut être retenue, selon nous, en raison des prorogations possibles de la durée de la société qui tiendraient en échec le caractère viager de l'apport. Ensuite, afin de limiter les effets de l'extinction de l'usufruit en cas de dissolution de la société⁷⁹, il est proposé d'appliquer la technique de l'usufruit successif⁸⁰. En cas de fusion-absorption, l'associé et la société pourront stipuler une clause de réversion du démembrement au profit d'une société tierce. Mais cette technique est limitée et ne peut viser qu'une seule société tierce sous peine de ne plus répondre à la condition de déterminabilité de l'objet des conventions ; autrement dit, elle serait inapplicable dans l'hypothèse d'une seconde restructuration. Là encore, nous ne pouvons souscrire à cette analyse.

Force est alors de constater que la thèse développée par M^{me} PETERKA peut tout autant être accusée de procéder à des contorsions afin d'éviter la fusion de l'apport en jouissance avec l'apport en usufruit. L'auteur le reconnaît manifestement puisque, selon ses dires, l'usufruit spécial issu de l'apport en jouissance doit conduire « *par mimétisme avec celui constitué au profit des personnes physiques, à en fixer le terme à l'expiration de la première période prévue par les statuts* »⁸¹.

⁷⁸ Art. 619 du C. civ.

⁷⁹ Dans une analyse personnaliste, le problème ne se pose pas puisque la jouissance est transférée à la société absorbante.

⁸⁰ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, T. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 175, n° 313 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^{me} éd., Sirey, 1938, p. 1070, n° 1933.

⁸¹ N. PETERKA, préc. note 66, n° 32.

Il nous semble qu'en définitive, l'on ne peut réduire de manière catégorique l'apport en jouissance à l'une ou l'autre des qualifications. Mais l'apport en jouissance n'emporte pas moins constitution d'un droit personnel. En vérité, nous sommes confrontés à une situation qui n'est pas sans rappeler celle des droits du preneur dans le contrat de bail.

C'est pourquoi nous nous rallions à l'opinion de M^{me} REGNAUT-MOUTIER qui analyse l'apport en jouissance d'un corps certain comme conférant un droit de locataire et reconnaît qu'il s'agit au fond d'un « *droit personnel teinté de réalité* »⁸². Cette solution répond alors aux inquiétudes de BLAISE pour qui l'admission de la thèse réaliste ferait du contrat de louage de chose le seul contrat usuel du droit civil à ne pouvoir être l'objet d'une transformation en apport en société au moyen du remplacement du prix par une attribution de droits sociaux⁸³. Il y a donc lieu à présent de tirer toutes les conséquences de la nature personnelle de l'apport en jouissance. Le bien est soustrait du droit de gage général des créanciers sociaux puisque l'apporteur en jouissance conserve la propriété du bien apporté. Ce dernier est également assuré de récupérer la pleine jouissance de son bien à l'issue du terme convenu ou lors de la dissolution de la société. De plus, une fois les créanciers sociaux désintéressés, la valeur de son apport lui sera remboursée.

Nous avons vu que la constitution d'un droit personnel au profit d'un exploitant est parfaitement acceptable juridiquement. A l'instar de ce que nous avons retenu en matière d'apport en propriété, il est plus exact en Droit d'auteur de parler de concession que de louage. L'apport en jouissance du droit d'exploitation s'analysera donc comme un apport-concession auquel il est nécessaire d'appliquer les dispositions impératives du Code de la propriété intellectuelle relatives à la détermination de l'objet.

⁸² C. REGNAUT-MOUTIER, préc. note 66, n° 47 et s.

⁸³ BLAISE, préc. note 66, n° 114.

L'application des dispositions impératives du CPI relatives à la détermination de l'objet

– Nous suivons ici le même raisonnement qu'en matière d'apport en propriété du droit d'exploitation. Puisque, dans l'opération d'apport, il n'est nullement question de prix, mais d'une remise de droits sociaux, les règles édictées par le Code de la propriété intellectuelle en raison de la présence d'un prix n'auront pas lieu de s'appliquer. Il en ira ainsi de la lésion et du privilège des auteurs. En revanche, les règles relatives à la détermination de l'objet devront être respectées, même s'il n'y a pas transfert du droit en propriété. Compte tenu de l'ordre public de protection institué par la loi, nous ne voyons pas dans quelle mesure l'apport-concession pourrait être dispensé du formalisme de l'article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI. Nous avons mis en évidence, lors de l'étude de la circulation du droit d'exploitation, que si une distinction entre cession et concession de ce droit devait être admise, il n'en demeure pas moins que ses effets en sont limités. Seule la nature du droit transmis est différente. L'apport-concession effectué de manière exclusive se rapprochera inexorablement d'un apport-cession mais n'en perdra pas pour autant sa nature personnelle.

Relativement à son champ d'application, l'apport-concession peut être utilisé dans toutes les formes sociales. Il se présente en revanche comme la seule technique utilisable lorsque le droit d'exploitation est mis à disposition d'une société en participation qui ne jouit pas de la personnalité morale⁸⁴. Telle est l'hypothèse du contrat de compte à demi pour lequel l'article L. 132-3 al. 3 du CPI renvoie aux

⁸⁴ Toutefois, le droit d'exploitation peut être mis en indivision, solution parfois retenue en matière de coproductions cinématographiques. Voir, par ex., CA Paris, 16 novembre 1989 (*SA Prospectacle c/ SA Hachette et a.*): Juris-Data n° 025651 ; CA Paris, 4 juillet 1990 (*Sté Procidis c/ Sté Editions René Chateau*): Juris-Data n° 023417. Voir, sur la question, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "L'indivision dans les sociétés en participation": JCP G 1980, I, 2970 ; P. WALET, "Le régime des biens dans les sociétés en participation": Bull. Joly 1979, p. 17.

article 1871 et s. du C. civ. relatifs à la société en participation.

A l'évidence, les modalités traditionnelles de l'apport en nature que sont l'apport en propriété et l'apport en jouissance sont parfaitement adaptées à l'apport du droit d'exploitation de l'auteur. Celui-ci pouvant circuler par voie de cessions ou de concessions, il pourra naturellement faire l'objet d'un apport-cession ou d'un apport concession. Reste que cette solution pose un problème pour les sociétés de gestion collective ces dernières ne procédant pas à des actes d'exploitation des œuvres, mais à une gestion des redevances au profit de leurs associés.

