

Etudes de droit suisse

Éditées par Heinz Hausheer, docteur en droit

Professeur émérite à l'Université de Berne



Emmanuel Piaget

Docteur en droit, avocat

Le contrat d'édition portant sur une publication numérique

Analyse des articles 380 ss CO sur la base
d'un modèle méthodologique permettant de
distinguer contrats nommés et innommés

Exemplaire universitaire hors commerce



Stämpfli Editions SA Berne · 2004

La Faculté de droit de l'Université de Berne a acquis ce livre en 2004 pour constituer sa bibliothèque numérique.

Emmanuel Piaget **Le contrat d'édition portant sur une
publication numérique**

Etudes de droit suisse

Nouvelle série

Fondées par le professeur Max Gmür †,
continué par les professeurs Theo Gohl †
et Hans Merz †

Éditées par

Heinz Hausheer, D^r en droit

Professeur em. à l'Université de Berne



Stämpfli Editions SA Berne · 2004

Emmanuel Piaget

Docteur en droit, avocat

**Le contrat d'édition portant sur
une publication numérique**

**Analyse des articles 380 ss CO
sur la base d'un modèle méthodologique
permettant de distinguer contrats
nommés et innommés**



Stämpfli Editions SA Berne · 2004

Exemplaire universitaire hors commerce

100 ans Etudes de droit suisse / Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a considéré que le présent travail de doctorat de l'année académique 2003/2004 s'était particulièrement démarqué par son excellence.

Information bibliographique de Die Deutsche Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.ddb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple) ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stampfli Editions SA Berne · 2004

Réalisation intégrale:
Stampfli SA, Publications, Berne
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-0423-0

A ma maman

REMERCIEMENTS

Au terme de ce travail, j'aimerais exprimer toute ma gratitude à toutes les personnes qui ont contribué à son aboutissement.

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à Madame la Professeure Nathalie Tissot, directrice de thèse, pour le temps qu'elle a consacré à mon travail. En particulier, la lecture consciencieuse qu'elle a effectuée de mon manuscrit et l'intérêt manifesté pour son contenu furent pour moi un grand honneur. Je tiens ensuite à remercier Monsieur le Professeur Thomas Probst, rapporteur interne, pour sa disponibilité et les nombreuses discussions que nous avons tenues qui m'ont ouvert l'esprit à la méthodologie juridique. Enfin, j'adresse tous mes remerciements à Me Michel Jaccard, docteur en droit, qui a accepté la charge de rapporteur externe.

Un grand merci également à Me Laurent Biéri qui, alors qu'il était aux Etats-Unis, a pris le temps de lire mon modèle méthodologique. Ses critiques pertinentes furent salutaires ! J'adresse toute ma gratitude à Me Noémie Helle qui a eu le courage et la patience de relire entièrement mon manuscrit. Merci pour ce travail remarquable !

Je m'en voudrais de ne pas citer à cet endroit Monsieur le Professeur Roland Ruedin dont j'ai été l'assistant durant toute la rédaction de ma thèse. En particulier, je le remercie de m'avoir associé à de nombreuses contributions juridiques dans le cadre desquels j'ai tant appris.

Je tiens également à témoigner ma profonde reconnaissance à mes parents – mon papa et ma maman, partie trop tôt – qui m'ont toujours soutenu, ainsi qu'à mon frère Stéphane.

Enfin, je remercie Rivka qui a su supporter les deux activités asociales auxquelles j'ai consacré beaucoup de temps ces dernières années : la rédaction de ce travail et le kitesurf !

La Côte-aux-Fées, le 14 juillet 2004

Emmanuel Piaget

**« L'influence exercée sur le droit par
les progrès des techniques doit le
perfectionner sans porter atteinte à
son essence. »**

René Savatier

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	VII
TABLE DES MATIÈRES.....	XI
BIBLIOGRAPHIE	XXV
AUTRES SOURCES	LIV
ABRÉVIATIONS	LVII
TITRE I. INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
1. Nouvelles technologies de l'information et édition.....	1
2. Triple intérêt de l'étude du contrat d'édition.....	2
2.1. Intérêt juridique	2
2.2. Intérêt pratique.....	2
2.3. Intérêt méthodologique.....	3
3. Survol de la structure de la thèse.....	4
3.1. De l'imprimerie à la publication numérique : présentation et évolution.....	4
3.2. Interprétation des règles de droit positif.....	4
3.3. Interprétation du Titre douzième du Code des obligations	5
4. Délimitations.....	5
4.1. Les œuvres littéraires.....	5
4.2. Exclusion de l'article 393 CO.....	6
5. Une perspective de droit comparé	6
TITRE II. DE L'IMPRIMERIE À LA PUBLICATION NUMÉRIQUE : PRESENTATION ET ÉVOLUTION.....	9
Chapitre 1. De l'imprimerie à la réglementation du contrat d'édition	9
1. Origine de la réglementation du contrat d'édition.....	9
2. Les codifications	9
2.1. En Allemagne	9
2.2. En Suisse	11
Chapitre 2. L'ère numérique	13
1. Technique numérique.....	13
1.1. Présentation	13
1.2. Livre numérique/électronique.....	14

Table des matières

2. Publication numérique.....	16
2.1. Présentation	16
2.2. Formes de publication numérique.....	17
2.2.1. L'activité de l'auteur (mention).....	17
2.2.2. L'utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels (presses numériques).....	18
2.2.3. L'utilisation de nouveaux supports de données (CD-ROMs)	19
2.2.4. L'impression à la demande	19
2.2.5. Le transfert <i>on-line</i>	20
2.3. Impression à la demande et transfert <i>on-line</i> – origine	21
2.4. Transfert <i>on-line</i> – en Suisse	23
2.5. Jonction de l'imprimé et du numérique	24
2.6. Evolution	24
2.6.1. Présentation générale	24
2.6.2. Etude réalisée en Allemagne : quelques chiffres.....	25
Chapitre 3. Relations entre l'auteur et l'éditeur depuis l'émergence de l'internet	26
1. Réaction des éditeurs.....	26
2. Nécessité/utilité d'un éditeur dans le contexte de l'édition numérique	27
2.1. Changement de paradigme/simple évolution.....	27
2.2. Utilité de l'activité éditoriale	28
2.2.1. Dans le contexte numérique	28
2.2.2. Dans la « galaxie GUTENBERG »	30
2.2.3. Les programmes d'échanges de données	30
2.3. Incertitudes	32
TITRE III. L'INTERPRETATION DES REGLES DE DROIT POSITIF REGISSANT LE CONTRAT D'EDITION	33
Chapitre 1. Introduction	33
1. Interprétation et méthodologie juridique	33
2. Terminologie	34
Chapitre 2. Présentation.....	35
1. Un choix parfois nécessairement arbitraire	35
2. Choix d'une classification	35
2.1. Les trois composantes de l'interprétation au sens large	35
2.2. Argumentation générale.....	36
Chapitre 3. 1. L'interprétation au sens étroit : introduction.....	38
1. Notion et méthodes	38
2. La doctrine minoritaire.....	39

3. Critères médians et immédiats	39
4. Structure de notre analyse	40
Chapitre 4. Le critère du sens littéral possible et la méthode d'interprétation littérale.....	40
1. Critère du sens littéral possible	40
1.1. Notion	40
1.2. Reconnaissance du critère	42
1.3. En Allemagne	44
1.4. Wortlaut – Wortsinn – möglicher Wortsinn	45
1.5. Importance de la méthode d'interprétation littérale	45
2. La méthode d'interprétation littérale (ou grammaticale) : les évidences	46
2.1. Lecture de la loi	46
2.2. Lecture de la loi dans son ensemble	47
2.3. Lecture des trois textes officiels	48
3. La méthode d'interprétation littérale (ou grammaticale) : le sens des mots	49
3.1. Références historiques, linguistiques et contexte	49
3.2. Contour du sens littéral possible en droit suisse	50
3.2.1. Remarques	50
3.2.2. Démarche	51
3.2.3. Référence historique – mention de la méthode d'interprétation historique	51
a) Deux courants doctrinaux	51
b) Termes techniques	52
c) Termes non spécifiquement techniques	52
d) Observation	53
3.2.4. La méthode d'interprétation historique	53
a) Conceptions envisageables	53
b) Conception du Tribunal fédéral	55
c) Réflexions fondées sur les méthodes historique objective et actuelle objective	56
d) Règles à suivre	59
e) Observations	60
3.2.5. La référence historique (contexte de l'interprétation littérale) – suite	61
a) Choix fondé sur l'argumentation	61
b) Pistes pratiques	61
c) Limite de la référence historique	62
3.2.6. La référence linguistique	63
a) Termes techniques (juridiques) et termes usuels (courants)	63
b) Cercle des destinataires	64
c) Présentation et critique de la conception de KREY	65
d) Enseignements tirés de KREY	66

Table des matières

e) Dictionnaires – mention.....	68
3.2.7. Analyse contextuelle.....	69
a) Analyse contextuelle, contexte immédiat et contexte linguistique.....	69
b) Alinéa(s) et article.....	70
c) Articles.....	71
d) Autres lois.....	72
3.2.8. Conclusion.....	72
4. Absence de définition.....	73
5. Le modèle sémantique des trois candidats.....	74
5.1. Utilité.....	74
5.2. Présentation.....	74
5.3. Schéma.....	76
5.4. Qualification.....	76
5.5. Reconnaissance.....	78
5.5.1. Begriffshof, Begriffskern.....	78
5.5.2. Sichere, unsichere Zuordnung et sichere nicht-Zuordnung.....	78
6. Le critère du sens littéral possible – argumentation spécifique.....	78
6.1. Le sens littéral possible : un critère objectif convaincant.....	79
6.2. Le sens littéral possible : un critère adéquat.....	80
6.3. Le sens littéral possible : un critère parlant.....	82
Chapitre 5. Le critère du sens littéral possible et les autres méthodes d'interprétation.....	82
1. Interprétation sur la base de l'ensemble des méthodes.....	82
1.1. En droit suisse.....	82
1.2. En droit allemand.....	83
1.2.1. Premier courant doctrinal.....	83
1.2.2. Deuxième courant doctrinal.....	84
1.2.3. Troisième courant doctrinal.....	84
2. Wortlaut – Wortsinn – möglicher Wortsinn – Normsinn.....	85
3. Application du modèle sémantique des trois candidats.....	85
3.1. Candidat positif.....	85
3.1.1. Application des autres méthodes d'interprétation.....	85
3.1.2. Réduction téléologique.....	86
3.2. Candidat neutre.....	87
3.3. Candidat négatif.....	88
Chapitre 6. La méthode d'interprétation systématique.....	90
1. Unité de l'ordre juridique.....	90
2. Examen de la règle dans le contexte de l'ensemble des normes.....	90
2.1. Analyse systématique logique.....	90

Table des matières

2.2.	Analyse systématique téléologique.....	91
3.	Observation d'autres lois d'un système juridique étranger.....	92
3.1.	Prise en compte.....	93
3.1.1.	En général.....	93
3.1.2.	L'ordre juridique communautaire.....	94
3.2.	Référence au droit allemand.....	94
Chapitre 7.	La méthode d'interprétation historique.....	95
1.	Renvoi et précision.....	95
2.	Documents de référence.....	95
Chapitre 8.	La méthode d'interprétation téléologique.....	95
1.	Généralités.....	95
2.	Deux variantes de l'interprétation téléologique.....	96
3.	But de la norme/de la loi.....	97
3.1.	Premier critère : le but de la norme, d'une partie de la norme.....	97
3.2.	Deuxième critère : le but de la loi.....	98
4.	Jurisprudence du Tribunal fédéral.....	99
5.	Interprétation téléologique et droit judiciaire lié.....	99
6.	Précisions.....	99
6.1.	Argumentum ad absurdum.....	99
6.2.	L'interprétation réaliste (ou sociologique).....	100
Chapitre 9.	Utilisation des méthodes classiques d'interprétation.....	100
1.	Force dogmatique – applicabilité.....	100
2.	Absence de hiérarchie.....	101
2.1.	Doctrines majoritaires.....	101
2.2.	Approche du Tribunal fédéral.....	101
2.3.	Notre « conception ».....	103
2.3.1.	Interprétation littérale.....	103
2.3.2.	Interprétations historique et téléologique – rappel.....	103
2.3.3.	Interprétations systématique et téléologique.....	103
2.3.4.	« Poids » de l'argumentation.....	103
2.4.	Observations.....	105
2.4.1.	De la théorie à la pratique.....	105
2.4.2.	L'influence de l'ordre juridique communautaire.....	105
Chapitre 10.	Le droit judiciaire lié (<i>gebundenes Richterrecht</i>).....	106
1.	Généralités.....	106
2.	Emergence de la lacune.....	107
3.	Types de lacunes.....	107

Table des matières

4. Lacunes de délégation.....	109
5. Lacunes ouvertes.....	110
5.1. Notion.....	110
5.2. Application.....	111
5.3. Analogie et interprétation extensive.....	111
5.4. Excursus – la conception de EUGEN HUBER.....	114
5.5. Précisions.....	114
6. Lacunes d'exception.....	115
6.1. Présentation.....	115
6.2. Réduction téléologique et interprétation restrictive.....	116
7. Note : droit comparé.....	116
Chapitre 11. Le droit judiciaire « libre » ou droit prétorien (gesetzesübersteigendes Richterrecht).....	116
1. Généralités.....	116
2. Cadre du droit prétorien.....	117
3. Note : droit comparé.....	118
Chapitre 12. 1. l'interprétation au sens large – résumé.....	118
Chapitre 13. Application de notre modèle méthodologique au contrat.....	120
1. Distinction entre contrats nommé et innommé (<i>Nominatvertrag</i> , <i>Innominatvertrag</i>).....	120
1.1. Critère de distinction.....	120
1.1.1. Les éléments essentiels.....	120
1.1.2. Remarque.....	121
1.2. Analyse.....	122
1.2.1. Un des éléments essentiels.....	122
1.2.2. Interprétation (<i>Auslegung</i>).....	123
2. Application de notre modèle méthodologique.....	124
2.1. Remarque : les composantes des éléments essentiels.....	124
2.2. Application.....	125
2.2.1. Notion de lacune.....	125
2.2.2. Sens littéral possible.....	125
2.2.3. Référence au concept.....	126
2.2.4. Les candidats.....	127
2.3. L'avis de GAUCH.....	127
2.3.1. Présentation.....	127
2.3.2. Comparaison.....	128
2.4. Qualification du contrat concret – observation.....	129
2.5. Distinction générale (méthodologique) entre contrats nommés et innommés – résumé.....	130

3. Type de contrat (<i>Vertragstyp</i>)	131
3.1. Présentation	131
3.2. Contrat nommé/innommé et type de contrat – schéma	134
3.3. Attribution d'un contrat concret à un type légal de contrat	137
3.3.1. Description	137
3.3.2. Attribution	139
3.3.3. Remarque.....	140
4. Terminologie.....	140
Chapitre 14. Application au contrat d'édition (aperçu)	141
1. Rappel.....	141
2. Démarche	141
TITRE IV. LES ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT D'EDITION.....	143
Chapitre 1. Introduction	143
Chapitre 2. Présentation des éléments essentiels.....	143
1. La règle définitoire (art. 380 CO).....	143
2. Objet du contrat.....	143
2.1. Œuvre littéraire ou artistique	143
2.2. Remarque.....	144
3. Devoir de l'auteur	144
4. Devoirs de l'éditeur.....	145
4.1. Reproduction et diffusion	145
4.2. Pratique de l'édition.....	147
5. Parties au contrat.....	148
6. Honoraires.....	148
7. Conclusion	149
Chapitre 3. Comparaison avec le droit allemand	149
1. Article 380 CO et paragraphe 1 Ver/G.....	149
2. Observations.....	150
Chapitre 4. L'objet du contrat d'édition : l'œuvre littéraire (ou artistique)	152
1. Notion concrète.....	152
2. Œuvre littéraire – sens littéral possible.....	152
2.1. Lecture de l'article 380 CO	152
2.2. Références historiques et linguistiques	152
2.3. Analyse contextuelle.....	154

Table des matières

2.4.	Conclusion.....	155
3.	Œuvre littéraire – sens juridique	155
3.1.	Interprétation systématique.....	155
3.1.1.	Devoirs de l'auteur et de l'éditeur (art. 380 CO).....	155
3.1.2.	Articles 381 à 392 CO	155
3.2.	Interprétation historique.....	156
3.3.	Interprétation téléologique.....	156
3.3.1.	Buts de la norme et d'une partie de la norme.....	156
3.3.2.	But de la loi.....	157
	a) Offrir une protection à l'auteur	157
	b) Prise en compte des intérêts de chacune des parties	158
	c) Interprétation téléologique subjective/objective	158
	d) Application.....	158
3.4.	Conclusion.....	159
Chapitre 5.	Le devoir de l'auteur	159
1.	Introduction.....	159
1.1.	L'élément essentiel.....	159
1.2.	Questions préalables	159
2.	Notions concrètes	161
2.1.	Première notion concrète : l'envoi postal du manuscrit ou de l'œuvre imprimée.....	161
2.2.	Deuxième notion concrète : l'envoi postal d'une disquette ou d'un CD-ROM.....	162
2.3.	Troisième notion concrète : l'envoi de l'œuvre par messagerie électronique.....	163
2.3.1.	Recherche du sens littéral possible du terme <i>céder</i>	163
	a) Lecture de la loi et références linguistiques.....	163
	b) Références historique/actuelle	164
	c) Sens littéral possible – résultat.....	167
2.3.2.	Recherche du sens juridique du terme <i>céder</i>	167
	a) Interprétation systématique.....	168
	b) Interprétation historique	170
	c) Interprétation téléologique.....	170
	d) Résultat.....	173
	e) Précision quant au transfert de l'œuvre.....	174
2.3.3.	Droit allemand.....	174
2.3.4.	Conclusion.....	175
3.	Conclusion finale	175
Chapitre 6.	Les devoirs de l'éditeur	176
1.	Introduction.....	176

Table des matières

2.	« A son propre compte »	177
2.1.	Présentation	177
2.2.	Dans le contexte de la publication numérique	177
2.2.1.	Absence de nécessité d'interprétation	177
2.2.2.	Importance de la notion légale	178
3.	Notions concrètes et notions légales	179
3.1.	Notions concrètes	179
3.2.	Notions légales (composantes de l'élément essentiel)	179
4.	Première notion légale : « reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires »	179
4.1.	Une analyse choisie	179
4.2.	Recherche du sens littéral possible de la notion légale	181
4.2.1.	Lecture de la loi	181
a)	Matérialisation de l'œuvre sous format papier	181
b)	Fixation du nombre d'exemplaires avant toute reproduction et constitution d'un stock	182
4.2.2.	Références	182
a)	Matérialisation de l'œuvre	182
b)	Fixation du nombre d'exemplaires et constitution d'un stock	184
4.2.3.	Contexte	184
4.2.4.	Résultat	185
4.3.	Qualification des candidats	186
4.3.1.	Utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels	186
4.3.2.	Confection de supports de données	186
4.3.3.	Livres imprimés à la demande	187
a)	Qualification du candidat	187
b)	Intervention de l'utilisateur dans la reproduction	187
4.3.4.	Transfert on-line	189
4.4.	Recherche du sens juridique de la notion légale	190
4.4.1.	Interprétation systématique	190
a)	Présentation	190
b)	Article 383 CO : exigences de la fixation d'un nombre déterminé d'exemplaires avant toute reproduction et de la constitution d'un stock	191
c)	Article 383 CO : exigence de la matérialisation de l'œuvre (papier)	201
d)	Article 384 alinéa 1 in initio CO	203
e)	Autres articles	210
f)	Devoirs de reproduction et de diffusion de l'éditeur	211
g)	La LDA et la question de la matérialisation de l'œuvre	212
4.4.2.	Interprétation historique	216

Table des matières

4.4.3.	Interprétation téléologique.....	216
a)	But de la norme/d'une partie de la norme (critère immédiat)...	216
b)	But de la loi (critère médiat).....	219
4.4.4.	Conclusion provisoire sur le sens juridique	219
a)	Méthodes classiques d'interprétation	219
b)	Méthodes littérale et téléologique.....	220
c)	Méthode systématique.....	220
d)	Méthode historique.....	222
e)	Conclusion et confirmations	222
4.5.	La doctrine suisse	224
4.5.1.	En général.....	224
4.5.2.	La conception de REHBINDER	226
a)	Droits principaux et secondaires.....	226
b)	Utilisation de nouveaux supports de données.....	227
c)	Mise à disposition on line de l'œuvre	227
d)	Conclusion.....	227
e)	Remarques	227
4.5.3.	Conclusion.....	228
4.6.	Le paragraphe I VeriG et la doctrine allemande.....	228
4.6.1.	Confection de supports de données.....	229
a)	Premier courant doctrinal.....	229
b)	Deuxième courant doctrinal.....	230
c)	Remarque.....	230
4.6.2.	Impression à la demande.....	231
4.6.3.	Transfert on-line	232
a)	La doctrine.....	232
b)	Remarque	233
c)	Interprétation du paragraphe I VeriG	233
4.7.	Tranfert on line : comparaison avec la doctrine allemande.....	236
4.7.1.	Reproduction et diffusion au sens de l'article 380 CO	236
4.7.2.	CO/LDA : notions de diffusion/distribution	237
a)	Comparaison LDA/CO	237
b)	Application de l'article 10 alinéa 2 lit. b LDA	238
4.7.3.	Notions d'édition et d'épreuves.....	240
a)	Edition (Auflage).....	240
b)	Epreuves (Abzüge).....	241
4.7.4.	Analyse.....	242
a)	Observation.....	242
b)	Interprétation téléologique.....	243
c)	Constat.....	244
4.8.	Conclusion.....	244

5.	Deuxième notion légale : « et à la répandre dans le public »	245
5.1.	Une analyse choisie	245
5.1.1.	Fixation préalable du nombre d'exemplaires et constitution d'un stock	245
5.1.2.	Matérialisation de l'œuvre sous format papier	245
5.1.3.	Reproduction et diffusion	246
5.2.	Recherche du sens littéral possible de la notion légale	246
5.2.1.	Lecture de la loi, contexte et références	246
a)	Matérialisation sous format papier	246
b)	Reproduction et diffusion	247
5.2.2.	Résultat	248
5.3.	Qualification des candidats	248
5.4.	Recherche du sens juridique de la notion légale	248
5.4.1.	Interprétation systématique	248
a)	Matérialisation sous format papier	248
b)	Reproduction et diffusion	251
5.4.2.	Interprétation historique	252
5.4.3.	Interprétation téléologique	252
a)	Matérialisation sous format papier	252
b)	Reproduction et diffusion	252
5.4.4.	Conclusion provisoire sur le sens juridique	253
a)	Matérialisation sous format papier	253
b)	Reproduction et diffusion	253
c)	Constat	254
5.5.	La doctrine suisse	254
5.6.	Le paragraphe 1 VerlG et la doctrine allemande	255
5.7.	Transfert <i>on-line</i> : comparaison avec la doctrine allemande	255
5.8.	Conclusion	256
6.	Renvoi	256
Chapitre 7.	Définition négative du contrat d'édition	256
1.	Introduction	256
2.	Institutions voisines du contrat d'édition	257
2.1.	Contrat (d'édition) à option	257
2.2.	Contrat de mandat	257
2.3.	Contrat d'entreprise	258
2.4.	Contrat de commande d'œuvres	258
2.5.	Contrat d'édition en commission	259
2.6.	Autres institutions voisines	259
3.	Conclusion	259

Chapitre 8. Considérations finales	260
1. Qualification des candidats	260
2. Conclusion finale	260
Chapitre 9. Aspect contractuel	261
1. Présentation	261
2. Qualification du contrat	261
3. Devoir de l'auteur – précision	262
TITRE V. LES AUTRES NORMES DU CONTRAT D'ÉDITION	263
Chapitre 1. Introduction	263
1. Le type légal de contrat	263
2. Contrats concrets	264
Chapitre 2. Article 381 CO	264
1. Alinéa 1	264
2. Alinéa 2	264
3. Alinéa 3	265
Chapitre 3. Article 382 CO	265
1. Alinéa 1	265
1.1. Présentation	265
1.2. Application par analogie	266
1.2.1. Principe	266
1.2.2. Etendue	266
a) Explications	266
b) Devoir obligationnel d'abstention	268
1.3. Clause contractuelle	270
2. Alinéa 2 et 3	270
Chapitre 4. Article 383 CO	271
1. Alinéa 1	271
2. Alinéa 2	271
2.1. Présentation	271
2.2. Application par analogie	272
2.2.1. Absence d'intervention de l'auteur	272
2.2.2. Intervention de l'auteur	274
2.2.3. Tirage	275
2.3. Clause contractuelle	275
3. Alinéa 1	275

Table des matières

4. Alinéa 3.....	276
4.1. Présentation et application par analogie.....	276
4.2. Clause contractuelle.....	277
Chapitre 5. Article 384 CO	277
1.1. Alinéa 1	277
1.2. Alinéa 2	277
Chapitre 6. Article 385 CO	278
1. Alinéa 1	278
2. Alinéa 2.....	279
Chapitre 7. Article 386 CO	280
Chapitre 8. Article 387 CO	280
Chapitre 9. Article 388 CO	280
Chapitre 10. Article 389 CO	282
1. Alinéa 1	282
2. Alinéa 2	283
3. Alinéa 3	283
Chapitre 11. Fin du contrat d'édition.....	283
1. Généralités	283
2. Article 390 CO	284
3. Article 391 CO	284
4. Article 392 CO	285
Chapitre 12. Résumé.....	286
TITRE VI. CONSIDERATIONS FINALES	289
1. Un contrat nommé.....	289
2. Critiques ?	289
3. Contrats typiques/atypiques	290
TITRE VII. ARGUMENTS FONDANT NOTRE THÈSE.....	291
1. Interprétation au sens large.....	291
2. Eléments essentiels d'un contrat.....	291
3. Application au contrat numérique	292
TITRE VIII. MODÈLE DE CONTRAT NUMÉRIQUE.....	293

BIBLIOGRAPHIE

- ACHTERBERG, NORBERT Argumentationsmängel als Fehlerquellen bei der Rechtsfindung, *in* : Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, p. 43-57
- AHRENS, CLAUD Napster, Gnutella, FreeNet & Co. – Die immateriälgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen, ZUM 12/2000, p. 1029-1037
- ALBRECHT, PETER Die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominanter Faktor der Urteilsfindung, RPS (121) 2003, p. 336-350
- ALEX, ROBERT Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, *in* : Elemente einer juristischen Begründungslehre, Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Baden-Baden 2003, p. 113-122
- AMSTUTZ, MARC Interpretatio multiplex, Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, *in* : Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer zum 60. Geburtstag, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 67-91
- ANCEL, MARC Utilité et méthodes du droit comparé, Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits, Neuchâtel 1971
- ANTONMATTEI, PAUL-
HENRI / RAYNARD,
JACQUES Droits civils, Contrats spéciaux, 3^e éd., Paris 2002
- BARBARISI, MAURIZIO La tutela della proprietà intellettuale, *in* : I Problemi Giuridici di Internet, Dall'E-Commerce all'E-Business, 3^e éd., Tomo primo, Milan 2003, p. 381-491
- BARDOLA, NICOLA « Wir verdienen im Internet », BBI. 20/2003, p. 23 (interview de l'équipe de direction de la maison d'édition Elsevier)
- BARRELET, DENIS /
EGLOFF, WILLI Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 2^e éd., Berne 2000
- VON BECKER, BERNHARD Vertrieb von Verlagserzeugnissen, ZUM 3/2002, p. 171-182

- BECKER, JÜRGEN Einführung zum XIV. Münchner Symposion zum Film- und Medienrecht « Lizenzrecht und Internet » am 30. Juni 2000 im Literaturhaus München, ZUM 10/2000, p. 803-804 (cité : Becker, *Einführung*)
- BECKER, HERMANN Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Berne 1934
- BELSER, EVA MARIA Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, thèse Fribourg 2000
- BERGEL, JEAN-LOUIS Méthodologie juridique, Paris 2001
- BEURET, MICHEL / CADERT, PIERRE PHILIPPE / JULLIARD, LAURENCE / RENAUD, BLAISE / WILLEMIN, NICOLAS La musique révolutionne internet, Webdo.mag de septembre 2000, no 4, p. 23
- BEUTLER, STEPHAN Multimedia und Urheberrecht, Die Herstellung und Verwertung von Multimediaprodukten im Lichte des schweizerischen URG, thèse Berne 1998
- BIAGGINI, GIOVANNI Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesrichtlichen Rechtsprechung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd. 31, thèse Bâle 1991
- « Ratio legis » und richterliche Rechtsfortbildung, in: Die Bedeutung der « ratio legis », Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 51-68 (cité: Biaggini, « Ratio legis »)
- Methodik in der Rechtsanwendung, in : Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Berne 2004, p. 27-51 (cité : Biaggini, *Methodik*)

- BIESALSKI, ERNST-PETER** Print on Demand für Fach- und Publikumsverlage ? Vortrag im Rahmen der Veranstaltung « Drucken für die Zukunft – Technologie-Update Verlage » des AKEP in Kooperation mit dem BVDM am 26.03.03 in Heidelberg (présentation Powerpoint)
- (Au début de l'année 2004, le lien conduisant à cette présentation n'existe plus. Le document doit être demandé directement au Prof. Biesalski {biesalski@bum.htwk-leipzig.de})
- Print on Demand, Wunderdroge ? BBl. 65/2000, p. 7-11 (cité : Biesalski, *Print on Demand*)
- BOHOUSOU, DENIS** Les contrats d'acquisition des droits de reproduction et de représentation, in : Creative Ideas for Intellectual Property : The ATRIP papers 2000-2001, CEDIDAC 46, Lausanne 2002, p. 504-518
- BORCHERS, DETLEF** Vom Herdfeuer zum Steppenbrand, Napster, Knapster, Gnapster, Wrapster und Co., NZZ du 31 mars 2000
- BRANDENBURG, HANS-FRIEDRICH** Die Teleologische Reduktion, Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 125, Göttingen 1983
- BRAUN, JOHANN** Einführung in die Rechtswissenschaft, Tübingen 1997
- DE BROGLIE, GABRIEL** Le droit d'auteur et l'internet, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, présidé par Gabriel de Broglie membre de l'Institut, Paris 2001
- BRÜGGEMANN, JÜRGEN** Die richterliche Begründungspflicht, Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 25, Berlin 1971
- BRUNNER, MICHEL** Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht, Eine Bestandesaufnahme nach Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Persönlichkeits-, und Firmenrecht, thèse Berne 2001
- BUCHER, EUGEN** Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 1988

Bibliographie

- Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht : wo stehen wir heute im Vertragsrecht ?, RDS (102) 1983 II 250-383 (cité : Bucher, *Hundert Jahre*)
- BÜHLER, LUKAS Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, thèse Fribourg 1999
- VON BÜREN, BRUNO Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zurich 1972
- VON BÜREN, ROLAND Rechtsübergang und Zwangsvollstreckung, in : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bâle 1995, p. 205-209 (cité : von Büren, *Rechtsübergang*)
- Der Urheber, in : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bâle 1995, p. 125-152 (cité : von Büren, *Urheber*)
- VON BÜREN, ROLAND / MARBACH EUGEN Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2^e éd., Berne 2002
- BYDLINSKI, FRANZ Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2^e éd., Vienne/New-York 1991
- CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2^e éd., Berlin 1983
- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2^e éd., Schriften zur Rechtstheorie, Heft 14, Berlin 1983 (cité : Canaris, *Systemdenken*)
- CARONI, PIO Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Bâle et Francfort sur le Main 1996
- CHAPPUIS, BENOÎT La responsabilité fondée sur la confiance vue par le praticien, in : La responsabilité fondée sur la confiance, Publications du Centre d'études juridiques européennes de Genève, Zurich 2001, p. 97-107
- CHAYETTE, SYLVIE Petite histoire d'Internet, L'histoire d'Internet en trois étapes, Le Monde interactif, mis à jour le vendredi 10 mars 2000
 Disponible après inscription sur le site : www.interactif.lemonde.fr

Bibliographie

- CHERPILLOD, IVAN Du contrat d'édition, *in* : Commentaire romand, Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003, art. 380 à 393 (cité : CRCO-I, Cherpillod)
- Titularité et transfert des droits, *in* : La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, Publication CEDIDAC 26, Lausanne 1994, p. 69-113 (cité : Cherpillod, *Titularité*)
- La nouvelle loi sur le droit d'auteur et les droits voisins : titularité et transfert des droits, AJP/PJA 5/1993, p. 558-562 (cité : Cherpillod, *Nouvelle loi*)
- CHERPILLOD GIACOBINO, ANNE Internet dans la conclusion du contrat et les solutions de paiement, SJ 2003 II 393-434
- CHRIST, GALLUS Der Verlagsvertrag nach dem Schweizerischen Obligationenrecht unter Mitherrücksichtigung des deutschen Rechts und mit Vorschlägen zur Revision des XIII. Titels des Schweizerischen Obligationenrechts, thèse Zurich 1904
- CHRISTENSEN, RALPH Was heisst Gesetzbindung ? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 140, thèse Berlin 1989
- DASSER, FELIX Vertragstypenrecht im Wandel, Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zurich 2000
- Vertragsrecht ohne Vertragstypenrecht ?, *in* : Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 207-216 (cité : Dasser, *Vertragsrecht*)
- DELALOYE, JEAN-COSME Les Romands ne sont pas encore à la page, 24 Heures du 16 août 2000, p. 9
- DELP, LUDWIG Der Verlagsvertrag, Handbuch für die Praxis des Urhebervertragsrechts mit Vertragsmustern, Erläuterungen und den Gesetzen über das Urheberrecht und das Verlagsrecht sowie sonstigen vertragsrechtlichen Bestimmungen, Munich 2001
- DESCAMPS, MARIE-CLAUDE Un Espagnol dans la bibliothèque virtuelle, Le Monde.fr du 2 novembre 2000 (cité : Descamps, *Espagnol*)
- Disponible après inscription sur le site : www.lemonde.fr

- DESCHENAUX, HENRI Le Titre préliminaire du Code civil, *in* : Traité de droit civil suisse, Tome II/I, Frihourg 1969, p. 63-134
- DESSEMONTET, FRANÇOIS Les contrats de service, RDS (106) 1987 II 103-217
- Le droit d'auteur, Publication CEDIDAC 39, Lausanne 1999 (cité : Dessemontet, *Droit d'auteur*)
- Les contrats individuels des auteurs et des artistes interprètes, SIC ! 2/1998, p. 236-242 (cité : Dessemontet, *Contrats individuels*)
- DIETZ, ADOLF *in* : Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 2     d., Munich 1999
- DUBS, HANS Die « ratio legis » in der bundesgerichtlichen Argumentation, *in* : Die Bedeutung der « ratio legis », Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 21-26
- DUFOUR, ARNAUD /
GHERNAOUTI-HÉLIE,
SOLANGE Internet, coll. Que sais-je ?, 9     d., Paris 2002
- DUMON, FRÉDÉRIC Le langage du droit, *in* : Le langage du droit, Travaux du Centre National de Recherche de Logique, Bruxelles 1991, p. 277-296
- DURETZ, MARLÈNE Quels lecteurs pour l'eBook ?, Le Monde interactif, mis à jour le mardi 13 mars 2001
- Disponible après inscription sur le site : www.interactif.lemonde.fr
- Les éditeurs en ligne, Le Monde interactif, mis à jour le mercredi 14 mars 2001 (cité : Duretz, *Editeurs*)
- Disponible après inscription sur le site : www.interactif.lemonde.fr
- D  RR, DAVID *in* : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Teilbd. I, Einleitung : Art. 1-7 ZGB, 3     d., Zurich 1998
- DUSSOLIER, SÉVERINE /
POULLET, YVES /
BUYDENS, MIREILLE Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique, Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXXIV, no 4, 2000, p. 4-38
- EGGER, AUGUST *in* : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht, Zurich 1930

- ENGEL, PIERRE *Traité des obligations en droit suisse, Disposition générales du CO, 2^e éd., Berne 1997*
- *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 2000 (cité : Engel, Contrats)*
- ENGISCH, KARL *Einführung in das juristische Denken, 8^e   d., Stuttgart/Berlin/Cologne/Mainz 1983*
- FANTAPI   ALTABELLI, CLAUDIA *Print contra Online : Herausforderung und Chance für Verlagsunternehmen, in : Print contra Online ? Verlage im Internetzeitalter, Munich 2002, p. 9-19*
- FAVRE-BULLE, XAVIER *L'évolution du droit des contrats de prestation de service, RDS (110) 1991, p. 351-380*
- FEDERRATH, HANNES *Multimediale Inhalte und technischer Urheberrechtsschutz im Internet, ZUM 10/2000, p. 804-810*
- FELLER, URS *Folgenerw  gungen und Rechtsanwendung, thèse Zurich 1998*
- FIKENTSCHER, WOLFGANG *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, Dogmatischer Teil, Tübingen 1977*
- FELLMANN, WALTER *Der einfache Auftrag, in : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Art. 394-406 OR, Berne 1992*
- FINKIELKRAUT, ALAIN *L'imparfait du présent, Pièces br  ves, Paris 2002*
- FRIEDRICHSEN, MIKE *Online-Engagement in Druck- und Medienunternehmen als Basis der strategischen Unternehmenspositionierung, in : Print contra Online ? Verlage im Internetzeitalter, Munich 2002, p. 21-39*
- FORSTMOSER, PETER *Einführung in das Recht, 3^e   d., Berne 2003*
- FRÖHLICH, MICHAEL *Zentrale Institutionen des deutschen Urheberrechts und des französischen Droit d'auteur auf dem Prüfstand der elektronischen Netzwerke, thèse Saarbrücken 2000*
- GALLUS, BERTRAM *Elektronisches Publizieren und Verlagsrecht, in : Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, Informationstechnik und Recht, Heft 3, Cologne 1992, p. 53-68*

- GAUCH, PETER Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zurich 2002, p. 3-27
- Von den wesentlichen Vertragspunkten, Recht 2/1991, p. 45-52 (cité : Gauch, *Vertragspunkten*)
- GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTER R. / SCHMID, JÖRG / REY HEINZ Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 8^e éd., Zurich 2003
- GAUCH, PETER / SCHÖNLE, HERBERT Kauf und Schenkung, in : Obligationenrecht (Bundesgesetz vom 30. März 1911 und 8. Dezember 1936, samt den seitherigen Änderungen), Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 2a, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, 3^e éd., Zurich 1993
- GERMANN, OSKAR ADOLF Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2^e éd., Berne 1967
- GILLIARD, FRANÇOIS Le Tribunal fédéral, interprète du droit privé, in : Les règles d'interprétation, Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989, p. 167-177
- GILLIÉRON, PHILIPPE Propriété intellectuelle et Internet, Publication CÉDIDAC 53, Lausanne 2003
- GISLER, MICHAEL Vertragsrechtliche Aspekte Elektronischer Märkte – nach Schweizerischem Obligationenrecht, thèse St-Gall 1999
- GLARNER, ANDREAS Musikpiraterie im Internet, Urheberstrafrechtliche Betrachtungen, SMI 63, thèse Zurich 2002
- GÖBEL, WOLFRAM Wird bald jeder sein eigener Verleger ?, nmz 2000/12, p. 49-50 (cité : Göbel, www.nmz.de)
- Disponibile sur le site :
www.nmz.de/nmz/nmz2000/nmz12/dossier-drucken-gobel.shtml
- GOEBEL, JÜRGEN W. / HACKEMANN, MARTIN / SCHELLER, JÜRGEN Zum Begriff des Erscheinens beim Elektronischen Publizieren, GRUR 5/1986, p. 355-361
- GRIESE, JOACHIM / SIEBER, PASCAL Internet als erste Ausbaustufe des Information Highway, in : Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Berne/Munich 1996, p. 43-63

Bibliographie

- | | |
|--|--|
| GRISEL, ANDRÉ | Traité de droit administratif, Volume I, Neuchâtel 1984 |
| GYGI, FRITZ | Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung, Zur Tragweite des Wortlautes bei der Auslegung, Recht 1/1983, p. 73-82 |
| HABAY, ALEXANDRE | Une bibliothèque à l'échelle du monde, L'Hebdo du 4 septembre 2003, p. 87 |
| HABERSTUMPF, HELMUT /
HINTERMEIER, JÜRGEN | Einführung in das Verlagsrecht, Darmstadt 1985 |
| HAEBERLI, DAVID | L'édition littéraire adopte les nouveaux supports numériques, Le Temps du 22 août 2000, rubrique Sciences & Multimédia, p. 6 |
| HÄFELIN, ULRICH | Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, in: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Berne 1986, p. 111-139 |
| HAGE, MARKUS / HITZ-
FELD, TIMM | Technische Gestalt der Kommunikationsnetze, in : Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, p. 1-56 |
| HAUSHEER, HEINZ / JAUN,
MANUEL | Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Nachdruck unter Anpassung an die neue BV und die jüngsten Änderungen des ZGB, Berne 2001 |
| – | Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Handkommentar, Berne 2003 (cité : Hausheer/Jaun, <i>Handkommentar</i>) |
| – | Die teleologische Reduktion und ihre Grenzen : zu BGE 123 III 445 ff. (keine gemeinsame elterliche Gewalt nach erfolgter Scheidung), RSJB (134) 1998, p. 501-511 (cité : Hausheer/Jaun, <i>Reduktion</i>) |
| HECK, PHILIPP | Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 |
| HEFERMEHL, WOLFGANG | In : Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, 11 ^e éd., Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), Stuttgart/Berlin/Cologne/Mainz 1978 |
| HEKER, HARALD | Im Spannungsfeld von Urheberrecht und Wettbe-werbsrecht, Der Verleger im elektronischen Zeital-ter, ZUM 2/1995, p. 97-103 |

- Rechtsfragen des Elektronischen Publizierens, *in* : Elektronisches Publizieren und Bibliotheken, Frankfurt sur le Main 1996, p. 109-117 (cité: Heker, *Rechtsfragen*)

- HERBERGER, MAXIMILIAN Rechtswissenschaftliche Texte und elektronisches Publizieren, Zehn Thesen für die deutsche Diskussion, Jusletter 27. Oktober 2003
 Ouvrage disponible sur le site : www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2508

- HERTIN, PAUL W. *in* : Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Kommentar, 9    , Stuttgart/Berlin/Cologne 1998

- HILLE, GUNTER E-Books – die Zukunft des Lesens, 2    , Hambourg 2001
 Ouvrage disponible sur le site : www.dibi.de/cgi-hin/ehook.storefront

- HILTY, RETOM. Der Verlagsvertrag, *in* : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3    , B le 2003, art. 380-393

- Der Verlagsvertrag, *in* : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, B le 1995, p. 517-581 (cité : Hilty, *Verlagsvertrag*)

- *in* : Handbuch des Urheberrechts, Munich 2003 (cité : Hilty, *Handbuch*)

- Urhebervertragsrecht : Schweiz im Zugzwang ?, *in* : Urheberrecht am Scheideweg ?, SMI 59, Berne 2002, p. 87-124 (cité : Hilty, *Urhebervertragsrecht*)

- Die Rechtsbeziehungen rund um den Information Highway, *in* : Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Berne/Munich 1996, p. 437-488 (cité : Hilty, *Rechtsbeziehungen*)

- VAN HOECKE, MARK Comment les normes juridiques sont-elles formulées dans les textes législatifs ? *in* : Le langage du droit. Travaux du Centre National de Recherche de Logique, Bruxelles 1991, p. 107-121

- HOEREN, THOMAS E-Business und die Rezession: Was wird vom elektronischen Handel bleiben? NJW 1/2002, p. 37

Bibliographie

- HOFFMANN, CHRISTIAN Wertketten für digitale Publikationen : Neue Chancen für Verlage und Autoren, *in* : Print contra On-line? Verlage im Internetzeitalter, Munich 2002, p. 55-68
- HÖHN, ERNST Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zurich 1993
- Wie legt man Rechtsnormen aus ? Praktische Anleitung für junge Juristen, Recht 4/1987, p. 105-114 (cité: Höhn, *Rechtsnormen*)
- HONSELL, HEINRICH *in* : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2002
- Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7^e éd., Berne 2003 (cité : Honsell, *Obligationenrecht*)
- HÖRISCH, JOCHEN Gutenberg im Medienzeitalter, Schwarze Kunst im Zeitalter der Audiovisuellen Medien, Warum wir Gutenbergs Erfindung jeden Tag aufs neue nehmen (article paru dans le Rheinpfalz, Nr. 91/1197, sous le titre « Der Mensch als lesendes Wesen schlechthin – Die friedliche Koexistenz der 'Gutenberg-Galaxies' mit audiovisuellen Medien »)
- Disponible sur le site :
www.gutenberg.de/medienzc.htm
- HUET, JÉRÔME Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, Paris 1996
- HUITEMA, CHRISTIAN Et Dieu créa l'Internet..., Paris 1996
- HÜRLIMANN, GAËL Le « livre perpétuel » contiendra tous les livres, Le Temps du 15 novembre 1999, rubrique Temps fort
- HÜWILER, BRUNO Privatrecht und Methode, Recht 5/1999, p. 1-29
- JACCARD, MICHEL La conclusion de contrats par ordinateur, Aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI), thèse Lausanne 1996
- JACOBSON, JOSEPH M. The last book
- Ouvrage disponible sur le site :
www.research.ibm.com/journal/sj/363/jacobson.htm
1

Bibliographie

- JAUN, MANUEL Die teleologische Reduktion – ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, RSJB (137) 2001, p. 21-80
- Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, thèse Berne 2001 (cité : Jaun, *Reduktion*)
- JAUSLIN, JEAN-FRÉDÉRIC De l'avenir du livre électronique, Le Temps du 23 juin 2000, rubrique Opinions
- JEHANNO, EMMANUELLE Enquête sur la filière du livre numérique, Paris 2000
Cet ouvrage était disponible sur le site www.00h00.com (aujourd'hui hors service)
- JÖHRI, YVONNE Werbung im Internet, Rechtsvergleichende, lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeformen, thèse Zurich 2000
- JOLIDON, PIERRE Problèmes de structure dans le droit des sociétés, Portée et limites de la théorie des types, RDS (87) 1968 II 427-567
- KATZENBERGER, PAUL Elektronisches Publizieren und Urheber- und Wettbewerbsrecht, in : Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, p. 219-236
- Elektronische Printmedien und Urheberrecht, Urheberrechtliche und urhebervertragsrechtliche Fragen der elektronischen Nutzung von Zeitungen und Zeitschriften, Stuttgart 1996 (cité : Katzenberger, *Printmedien*)
- KERN, MATHIS La conclusion de contrats par Internet – deux problèmes oubliés, Revue de l'avocat 8/2003, p. 267-269
- KLINGSIECK, RALF E-Books in Frankreich, Kulturelle Gameboys, BBl. 62/2000, p. 10-12
- KNAAK, ROLAND Der Verlagsvertrag im Bereich der Belletristik, in : Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schriker zum 60. Geburtstag, Munich 1995, p. 263-289
- KNAPP, BLAISE Le droit existant, le droit souhaitable et le droit à créer, in : De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p.35-44
- KOCH, FRANK A. Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, GRUR 6/1997, p. 417-430

- KOCH, HANS-JOACHIM /
RÖSSMANN, HELMUT Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in
Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Munich
1982
- KOLLER, ALFRED *in* : Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Ein-
schluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9^e éd.,
Zurich 2000
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne
Deliktsrecht, Band 1, Berne 1996 (cité : Koller, *Ob-
ligationenrecht*)
- KOLLER, ARNOLD Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschafts-
recht, thèse Fribourg 1967 (cité : Koller, *Grundfra-
gen*)
- KOUTCHOUMOFF,
LISBETH Le numérique réinvente le livre, 500 ans après
Gutenberg, Le Temps du 15 novembre 1999,
rubrique Temps fort
- KRAMER, ERNST A. Juristische Methodenlehre, Berne/Munich 1998
- Teleologische Reduktion – Plädoyer für einen Akt
methodentheoretischer Rezeption, *in* : Rechtsan-
wendung in Theorie und Praxis, Symposium zum
70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bâle 1993,
p. 65-77 (cité : Kramer, *Reduktion*)
- *in* : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obliga-
tionenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Be-
stimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt
des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Berne
1991 (cité: Kramer, *Kommentar*)
- Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftspers-
pektiven der Innominatverträge, *in*: Neue Vertrags-
formen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Fran-
chising, 2^e éd., Berne, Stuttgart, Vienne 1992, p. 23-
45 (cité : Kramer, *Innominatverträge*)
- *in* : Protokoll vom 24. September 1983, RDS (102)
1983 II 575-576 (cité : Kramer, *Protokoll*)
- Konvergenz und Internationalisierung der juristi-
schen Methode, *in* : Die Zukunft des Rechts, For-
schungsgespräch der Rechtswissenschaftlichen Ab-
teilung anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der Uni-
versität St. Gallen im Juni 1998, Bâle/Genève/
Munich 1999, p. 71-88 (cité : Kramer, *Konvergenz*)

- KREUTZER, TILL Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda – Teil 1, GRUR 3/2001, p. 193-204
- KREY, VOLKER Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, Schriften zum Strafrecht, Band 26, Berlin 1977
- KRIELE, MARTIN Theorie der Rechtsgewinnung, 2^e éd., Berlin 1976
- KRÖGER, DETLEF / GÖERS, JUTTA / HANKEN, CLAAS Internet für Juristen: Weltweiter Zugriff auf juristische Informationen, 2^e éd., Neuwied/Kristel/Berlin 1998
- KRÜGER-NIELAND, GERDA / ZÖLLER, HANNELORE *in*: Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, 12^e éd., Band 1, §§ 1-240, §§ 133-144, Berlin/New York 1982
- LANGENFELD, GERRIT Vertragsgestaltung, Methode – Verfahren – Vertragstypen, 2^e éd., Munich 1997
- LANGHEIN, A. W. HEINRICH Das Prinzip der Analogie als juristische Methode, Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert, Berlin 1992
- LARENZ, KARL Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6^e édition, Berlin/Heidelberg 1991
- LARENZ, KARL / CANARIS, CLAUS-WILHELM Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3^e éd., Berlin/Heidelberg 1995
- LAUBE, HELENE E-Bücher sind noch keine Bestseller, Financial Times Deutschland du 14 mai 2001
Disponibile sur le site : www.fjd.de/tm/me/1071206.html
- LAUNET, EDOUARD Stephen King plante ses e-lecteurs, Libération du jeudi 30 novembre 2000
Disponibile sur le site : www.liberation.fr
- LAUX, CHRISTIAN Vertragsauslegung im Urheberrecht, Zur Kritik der Zweckübertragungstheorie im schweizerischen Recht, SMI 67, thèse Berne 2003

- LEBERT, MARIE De l'imprimé à internet, Paris 1999
Cet ouvrage était disponible sur le site www.00h00.com (aujourd'hui hors service)
- Le Livre 010101 (1993-1998)
Ouvrage disponible sur le site : www.etudes-francaises.net/entretiens/010101/1998.htm (cité : Lebert, 1998)
- Le Livre 010101 (1998-2003)
Ouvrage disponible sur le site : www.etudes-francaises.net/entretiens/010101/2003.htm (cité : Lebert, 2003)
- LEENEN, DETLEF Typus und Rechtsfindung, Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971
- LEGENDRE, BERTRAND Les métiers de l'édition, nouvelle édition, Paris 1999
- LEHMANN, MICHAEL Digitalisierung und Urheberrecht, in : Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, p. 25-34
- LEROUX, VALÉRIE Les éditeurs américains testent le livre du futur sur Internet, 24 Heures du 16 août 2000, p. 9
- LE ROY, YVES /
SCHOENENBERGER,
MARIE-BERNADETTE Introduction générale au droit suisse, Zurich 2002
- LEUENBERGER,
CHRISTOPH Dienstleistungsverträge, RDS (106) 1987 II 11-92
- LOEWENHEIM, ULRICH Urheberrecht, in : Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, p. 269-324
- in : Handbuch des Urheberrechts, Munich 2003 (cité : Loewenheim, *Handbuch*)
- Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 11/1996, p. 830-836 (cité : Loewenheim, *Probleme*)
- in : Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 2^e éd., Munich 1999 (cité : Loewenheim, *Urheberrecht*)

Bibliographie

- LOOSCHELDERS, DIRK /
ROTH, WOLFGANG Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Schriften zur Rechtslehre, Heft 176, Berlin 1996
- LÜDIN, FRANK Das Erlöschen des Verlagsrechtes nach schweizerischem Urheber- und Obligationenrecht, thèse Liestal 1950
- LÜEM, WALTER Typologie der Leasingverträge, in : Neue Vertragsformen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Franchising, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 1992, p. 49-69
- LÜHRIG, NICOLAS Kapitel 1 : Einführung, Kapitel 2 : Urheberrechtlich geschützte Gegenstände/Werke im Internet, in : Handbuch Urheberrecht und Internet, Schriftenreihe Kommunikation & Recht, Band 7, Heidelberg 2002, p. 33-161
- LUCAS, ANDRÉ Droit d'auteur et numérique, Paris 1998
- LUZZATI, CLAUDIO L'interprete e il legislatore, Saggio sulla certezza del diritto, Milan 1999
- MAHON, PASCAL /
MAVROIDIS, PETROS C. Le pouvoir et les méthodes d'interprétation du juge en droit domestique et en droit international, in : Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 397-410
- MALAUURIE, PHILIPPE /
AYNÈS, LAURENT /
GAUTIER, PIERRE-YVES Cours de droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 14^e éd., Paris 2001
- MARTINEK, MICHAEL Moderne Vertragstypen, Band I, Leasing und Factoring, Munich 1991
- MASTRONARDI, PHILIPPE Juristisches Denken, Eine Einführung, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2003
- MATINÉ, HASSAN Le contrat d'édition en matière littéraire, en droit suisse et en droit français, thèse Genève 1951
- MAYER-MALY, THEO in : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, Bâle et Francfort sur le Main 1996
- Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg/New-York 1993 (cité : Mayer-Maly, *Einführung*)

- MEIER-HAYOZ, ARTHUR *in* : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Berne 1966
- Contrats non prévus par la loi I, Généralités – contrats « sui generis », FJS 1134, Genève 1965 (cité : Meier-Hayoz, *Contrats*)
- Schlusswort, *in* : Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Mayoz, Bâle 1993, p. 89-94 (cité : Meier-Hayoz, *Schlusswort*)
- Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zurich 1951 (cité : Meier-Hayoz, *Richter als Gesetzgeber*)
- Der Richter als Gesetzgeber, Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, *in* : Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. Max Guldener, Zurich 1973, p. 189-206 (cité : Meier-Hayoz, *Richter*)
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR / SCHLUEP, WALTER R. / OTT, WALTER Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, RDS (90) 1971, p. 293-338
- MICHEL, EVA-MARIA Rechtsfragen von Rundfunk und Printmedien im Internet, Ein Beitrag aus Sicht der Rundfunkanstalten, ZUM 6/2000, p. 425-432
- MOOR, PIERRE Norme et texte : Logique textuelle et Etat de droit, *in* : Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 377-399
- MÜLLER, FRIEDRICH Juristische Methodik, 7^e éd., Berlin 1997
- MÜLLER, FRIEDRICH / CHRISTENSEN, RALPH Juristische Methodik, Band I, Grundlagen, Öffentliches Recht, 8^e éd., Berlin 2002
- MÜLLER, JOSEF Der Verlagsvertrag nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Verlagsrechts, thèse Berne 1905 (cité : Müller, *Verlagsvertrag*)
- NGUYEN DUC LONG, CHRISTINE La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins, Paris 2001

- NICOLAY, KLAUS-PETER « Books on demand » - Büchern eine Chance, Digital gedruckte Bücher helfen die Verlage vom Diktat der Mindestauflage, Druckmarkt 15, décembre 2001
Disponible sur le site :
www.druckmarkt.com/neu/archiv/pdf/15/booksondemand.pdf
- NIEBLER, ANGELIKA Werbung im Netz, in : Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, p. 243-267
- NOREL, PETER De lege ferenda, in : De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p. 17-32
- Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), Unternehmens- und steuerrechtliche Aspekte « Zusammenfassende Beurteilung des Vorentwurfs zum Fusionsgesetz », RDS (117) 1998 I 355-366 (cité : Nobel, *Vorentwurf*)
- NORDEMANN, JAN BERND in : Handbuch des Urheberrechts, Munich 2003 (cité : Nordemann, *Handbuch*)
- NORDEMANN, WILHELM in : Fromm/Nordemann, Urheberrecht Kommentar, 9^e éd., Stuttgart/Berlin/Cologne 1998
- NUNES, ERIC Napster, FastTrack, Gnutella... L'échange de fichiers sur le Net se porte bien, Le Monde interactif, mis à jour le lundi 12 novembre 2001 (cité : Nunès, *Napster*)
Disponibile après inscription sur le site :
www.interactif.lemonde.fr
- OGOREK, REGINA Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief ?, in : Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bâle 1993, p. 21-33
- OSER, HUGO / SCHÖNENBERGER, WILHELM Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, 2. Teil (Halbband) : Art. 184-418, 2^e éd., Zurich 1936
- OST, FRANÇOIS Le code et le dictionnaire. Acceptabilité linguistique et validité juridique, in : Le langage du droit, Travaux du Centre National de Recherche de Logique, Bruxelles 1991, p. 163-194

Bibliographie

- OTT, EDWARD E. Gedanken zu Art. 1 ZGB und seiner Anwendung in der Bundesgerichtspraxis, RSJ (83) 1987, p. 193-199
- Kritik der juristischen Methode, Bâle et Francfort sur le Main 1992 (cité : Ott, *Kritik*)
- Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung, Eine Anleitung zur Lösung von Rechtsfällen, 2^e éd., Bâle et Francfort sur le Main 1993 (cité : Ott, *Leitsätze*)
- « Teleologische Reduktion » mit Beispielen aus dem Schuld- und Sachenrecht, Ist das Neuere immer das Gute ? in : Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 563-576 (cité : Ott, « *Teleologische Reduktion* »)
- Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, RDS (92) 1973 I 247-269 (cité : Ott, *Rangordnung*)
- OTT, WALTER Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrecht, thèse Berne 1972 (cité : Ott, *Typologie*)
- PAPAUX, ALAIN Essai philosophique sur la qualification juridique : De la subsumption à l'abduction, L'exemple du droit international privé, thèse Zurich/Bâle/Genève 2003
- PAWLOWSKI, HANS-MARTIN Einführung in die Juristische Methodenlehre, Ein Studienbuch zu den Grundlagenlächern Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Heidelberg 1986
- Methodenlehre für Juristen, Theorie der Norm und des Gesetzes, Ein Lehrbuch, Heidelberg/Karlsruhe 1981 (cité : Pawlowski, *Methodenlehre 1*)
- Methodenlehre für Juristen, Theorie der Norm und des Gesetzes, Ein Lehrbuch, 3^e éd., Heidelberg 1999 (cité : Pawlowski, *Methodenlehre 2*)
- PEDRAZZINI, MARIO M. Le contrat d'entreprise, le contrat d'édition, le contrat de licence, in : TDPS VII, 1/3, Fribourg 1985
- Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in : SPR VII/1, Bâle et Stuttgart 1977

- PETEV, VALENTIN Herméneutique juridique et herméneutique philosophique, *in* : Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Bâle/ Genève/Munich 2001, p. 401-410
- PEUKERT, ALEXANDER *in* : Handbuch des Urheberrechts, Munich 2003
- PICHONNAZ, PASCAL /
VOGENAUER, STEFAN Le « pluralisme pragmatique » du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? (Réflexions sur l'ATF 123 III 292), AJP/PJA 4/99, p. 417-426
- PIAGET, EMMANUEL La théorie de la finalité : entre théorie et pratique, *in* : Quelques facettes du droit de l'Internet, Vol. 5, Neuchâtel 2004, p. 1-20
- PLEISTER, CHRISTIAN
C. W. U.S.-amerikanische Buchverlagsverträge, Autor – Agent – Verleger, Ein Vergleich zu Verlagsrecht und -praxis Deutschlands, thèse Munich 2000
- PÖHLMANN, HEIKE Bei Anruf Druck, Books on Demand, BBl. 45/2003, p. 22-25
- PROBST, THOMAS Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (*civil law*) und den Vereinigten Staaten (*common law*), thèse Bâle et Francfort sur le Main 1993
- Die Grenze des möglichen Wortsinns : methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität ?, *in* : Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer zum 60. Geburtstag, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 249-269 (cité : Probst, *Grenze*)
- Le droit du bail et l'Internet, 11^e Séminaire sur le droit du bail, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2000 (cité : Probst, *bail*)
- La double mise à prix face au principe « la vente ne rompt pas le bail » ou *cohaerentia legislationis quo vadis*, Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 81-90 (cité : Probst, *Mise à prix*)
- Analyse critique de l'arrêt de la Cour de cassation civile du 27 août 2001 en la cause G., RJN 2001, p. 105-113 (cité : Probst, *Analyse critique*)

- Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, *in* : Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht, Band 3, Europäisches Privatrecht, Berne 2004, p. 13-44 (cité : Probst, *Einfluss*)
- PUIGELIER, CATHERINE Le raisonnement d'autorité en droit privé, *in* : Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif 3/2003, p. 1685-1709
- REBER, ULRICH / SCHORR, MIRJAM Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 8/9/2001, p. 672-685
- REHBINDER, MANFRED Schweizerisches Urheberrecht, 3^e éd., Berne 2000
- Hundert Jahre Verlagsvertragsrecht, *in* : Le centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, p. 257-281 (cité : Rehbinder, *Hundert Jahre*)
- Der E-book-Verlagsvertrag, *in* : Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 219-227 (cité : Rehbinder, *E-Book-Verlagsvertrag*)
- Urheberrecht, 12^e éd., Munich 2002 (cité : Rehbinder, *Urheberrecht*)
- Rechtssoziologie, 4^e éd., Munich 2000 (cité : Rehbinder, *Rechtssoziologie*)
- Einführung in die Rechtswissenschaft, Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts, 5^e éd., Berlin/New-York 1983 (cité : Rehbinder, *Einführung*)
- REHBINDER, MANFRED / GROSSENBACHER, ROLAND Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Berne 1979
- REHBINDER, MANFRED / SCHMAUS, STEFAN Rechtsfragen beim E-Book-Verlagvertrag, Zugleich ein Beitrag zum einhundertsten Jahrestag des Inkrafttretens des Gesetzes über das Verlagsrecht am Januar 2002, ZUM 3/2002, p. 167-171
- RENOLD, MARC-ANDRÉ Internet et le droit d'auteur, Semaine judiciaire 4/2002, p. 83-103

Bibliographie

- RESNIC, DAVID / BARLOW, JENNIFER E Ink demonstrates high resolution with world's first active matrix electronic ink display
Disponible sur le site : www.eink.com/news/releases/pr30.html
- RICHLI, PAUL « Ratio legis » und Konkurrentenbeschwerde, in: Die Bedeutung der « ratio legis », Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 39-49
- RIEHM, ULRICH Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Fachkommunikation. Elektronisches Publizieren in der Bundesrepublik Deutschland, in : Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, Informationstechnik und Recht, Heft 3, Cologne 1992, p. 1-26
- RIEMER, HANS MICHAEL Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), Eine Einführung, 2^e éd., Berne 2003
- « An diesen (jungen) gesetzgeberischen Willen ist das Bundesgericht gebunden », Recht 4/2002, p. 150 (cité : Riemer, *Wille*)
- Zur sogenannten « teleologischen Reduktion », Recht 5/1999, p. 176-178 (cité : Riemer, *Reduktion*)
- RIKLIN, FRANZ Schweizerisches Presserecht, Berne 1996
- ROESLER-GRAICHEN, MICHAEL Comeback der E-Books, Elektronische Bücher, BBl. 32/2003, p. 16-17
- RUEDIN, ROLAND Droit des sociétés, Berne 1999
- RUEDIN, ROLAND / PIAGET, EMMANUEL Le moment de l'avis au juge, AJP/PJA 11/2003, p. 1329-1337
- RÜTHERS, BERND Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, Munich 1999
- SALVADÉ, VINCENT Gestion collective des droits et nouvelles technologies, in : Quelques facettes du droit de l'Internet, Vol. 3 et 4, numéro spécial propriété intellectuelle, Neuchâtel 2003, p. 95-119
- SAVATIER, RENÉ Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3^e éd., Paris 1964
- SCHACK, HAIMO Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2^e éd., Tübingen 2001

- SCHADE, CLAUDIA Umsatzpotenziale, Internet-Buchhandel, BB1. 12/ 2003, Extra E-publishing, « Neue Medien mit Profil », p. 72-75
- SCHAEFER, KRISTINA Vertragstypologische Einordnung der elektronischen Datenbankabfrage (Zugleich Untersuchung der Schutzfähigkeit von elektronischen Datenbanken nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz, der Datenbankschutz-Richtlinie und dem Informations- und Telekommunikationsdienste-Gesetz), thèse Kassel 1999
- SCHARDT, ANDREAS Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, Anforderungen an die Vertragsgestaltung aus der Sicht des MusikverwerTERS, ZUM 10/2000, p. 849-856
- SCHCOLNIK, MIRIAM A Study of Reading with Dedicated E-readers, thèse Nova Southeastern University 2001
Ouvrage disponible sur le site : www.planetehook.com/mainpage.asp?webpageid=248. Egalement sur le site : www.geocities.com/mschcolnik
- SCHLUEP, WALTER R. Innominatverträge, in : SPR VII/2, Bâle et Stuttgart 1979, p. 763-958
- Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in: Festgabe Max Obrecht, Soleure 1961, p. 9-25 (cité : Schluep, *Typus im Recht*)
- SCHLUEP, WALTER R. / AMSTUTZ, MARC in : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3^e éd., Bâle et Francfort sur le Main 2003
- SCHMAUS, STEFAN Der E-Book-Verlagsvertrag, thèse Freiburg 2002
- SCHMID, JÖRG Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zurich 2001
- Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträge. Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, thèse Fribourg 1988 (cité: Schmid, *Beurkundung*)
- SCHMIDLIN, BRUNO / KRAMER, ERNST A. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berne 1986

Bibliographie

- SCHNYDER, BERNHARD « Entgegen dem Wortlaut... », in: « Das ZGB lehren, Gesammelte Schriften », Fribourg 2001, p. 45-55
- Methoden der richterlichen Rechtsfindung, NZZ no 136 du 16 juin 1998, p. 49 (cité : Schnyder, NZZ)
- SCHÖNENBERGER, WILHELM / JÄGGI, PETER Obligationenrecht (Bundesgesetze vom 30. März 1911 und vom 8. Dezember 1936, samt den seitherigen Gesetzesänderungen). Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3^e éd., Teilband V 1a, Zurich 1973
- SCHRICKER, GERHARD Verlagsrecht, Kommentar zum Gesetz über das Verlagsrecht vom 19.6.1901, 3^e éd., Munich 2001
- in : Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 2^e éd., Munich 1999 (cité : Schricker, *Kommentar*)
- SCHUBARTH, MARTIN Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität, Recht 4/1995, p. 151-157
- SCHULZE, GERNOT Rechtsfragen von Printmedien im Internet, ZUM 6/2000, p. 432-454
- SCHULTE, CHRISTINA Chance oder Risiko ? Outsourcing, BBl. 19/2003, p. 16-19
- SCHÜRMANN, LEO / NOBEL, PETER Medienrecht, 2^e éd., Berne 1993
- SCHUWER, PHILIPPE Traité pratique d'édition, nouvelle édition, Paris 1997
- SCHWIETERT, SABINE Printing-on-Demand-Verlage, Wer Schreibt der bleibt, BBl. 12/2002, p. 14-16
- SERGENT, FRANÇOIS Stephen King tisse sa toile, Libération, samedi 22 et dimanche 23 juillet 2000
- Disponible sur le site : www.liberation.fr
- SIGL, ROBERT ROGER Uebertragung des Urheberrechts und Einräumung von Verwendungsbefugnissen, Inaugural-Dissertation Bâle 1977
- SILANCE, LUC Langage juridique et langue usuelle, in : Le langage du droit, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles 1991, p. 143-162
- SOLAZZO, MARIELLA Revue de presse. Stephen King, roi de l'horreur sur la toile!, Le Temps du 26 août 2000, rubrique Samedi culturel

- SPIRO, KARL Ueber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 25, Bâle 1948, p. 1-358
- SPRING, DAVID L'amnésie attendue du numérique, L'Hebdo du 8 janvier 2004, p. 60-61
- STÄMPFLI, JAKOB Die Beziehungen zwischen Urheber und Verleger eines Schriftwerkes, thèse Berne 1947
- STEINAUER, PAUL-HENRI L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments *a contrario*, *a simili* et *a fortiori*, in : Les règles d'interprétation, Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989, p. 41-53
- STEVAN, CAROLINE Les éditeurs en ligne peinent encore à convaincre écrivains et grand public, Le Temps du 3 juin 2002, rubrique Communication
- STICKELBROCK, BARBARA Ausgleich gestörter Vertragsparität durch das neue Urhebervertragsrecht ?, GRUR 12/2001, p. 1087-1095
- STRAUS, JOSEPH Der Verlagsvertrag bei wissenschaftlichen Werken, in : Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, Munich 1995, p. 291-331
- STREICH, MICHAEL Schaffung von Awareness für Online-Verlagsprodukte, in : Print contra Online ? Verlage im Internetzeitalter, Munich 2002, p. 75-87
- STREULI-YOUSSEF, MAGDA Besonderheiten des Urheberrechtes im Rechtsverkehr, AJP/PJA 8/1996, p. 958-966
- STROLZ, MARC MARIA Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB, thèse Zurich 1991
- STUDER, MATTHIAS U. Urheberrechtliche Schranken im Spannungsfeld neuer Rechtsentwicklungen, Die notwendige Diskussion über den Umfang des Urheberrechtsschutzes, Jusletter du 15 mars 2004
- SÜSSENBERGER, CHRISTOPH / CZYCHOWSKI, CHRISTIAN Das « Erscheinen » von Werken ausschliesslich über das Internet und ihr urheberrechtlicher Schutz in Deutschland, Einige Argumente Pro und Contra, GRUR 6/2003, p. 489-494

Bibliographie

- TÂCHE, PIERRE-ALAIN Le contrat d'édition de l'œuvre littéraire (Contribution à l'étude de la révision de la législation suisse en matière d'édition), thèse Lausanne 1970
- TERCIER, PIERRE Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich 2003
- Des législateurs innomés, *in* : Innominarverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zurich 1998, p. 45-60 (cité : Tercier, *Législateurs*)
- THÉVENOZ, LUC *in* : Commentaire romand, Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité : CRCO-I, Thévenoz)
- TISSOT, NATHALIE L'édition en ligne, MediaLex 4/01, p. 210-219
- La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information, *in* : Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Berne/Munich 1996, p. 199-232 (Tissot, *Protection*)
- TROLLER, ALOÏS *in* : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 3a, Verlagsvertrag, Auftrag usw., 1. Lieferung (Art. 380-393), Zurich 1976 (cité : Troller, *Kommentar*)
- Immaterialgüterrecht, Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, Band II, 3^e éd., Bâle et Francfort sur le Main 1985 (cité : Troller, *Immaterialgüterrecht*)
- TROLLER, KAMEN Manuel du droit suisse des biens immatériels, Droit des brevets, Droit des marques, Droit des dessins et modèles, Droit de l'informatique, Droit d'auteur, Droit de la concurrence déloyale, Tome II, 2^e éd., Bâle et Francfort sur le Main 1996 (cité : Troller, *Manuel*)
- TSCHENTSCHER, AXEL Grundprinzipien des Rechts, Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Berne/Stuttgart/Vienne 2003
- TUOR, PETER /
SCHNYDER, BERNHARD /
SCHMID, JÖRG / RUMO-
JUNGO, ALEXANDRA Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12^e éd., Zurich 2002
- ULMER, EUGEN Urheber- und Verlagsrecht, 3^e éd., Berlin/ Heidelberg/New-York 1980

Bibliographie

- UYTERHOEVEN, HUGO Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Eine Vorstudie über die Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der richterlichen Rechtsfindung im Privatrecht, thèse Berne 1959
- VALLENDER, KLAUS A. « Objektive Auslegung » und Erkenntnis, in : Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Berne/Stuttgart 1981, p. 71-86
- VANDENDORPE, CHRISTIAN Du papyrus à l'hypertexte, Essai sur les mutations du texte et de la lecture, Paris 2001
Cet ouvrage était disponible sur le site www.00h00.com (aujourd'hui hors service)
- VINCK, KAI in : Fromm/Nordemann, Urheberrecht Kommentar, 9^e éd., Stuttgart/Berlin/Cologne 1998
- VOGEL, MARTIN in : Handbuch des Urheberrechts, Munich 2003
- Die Entwicklung des Verlagsrechts, in : Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II, Weinheim 1991, p. 1211-1264 (cité : Vogel : *Entwicklung*)
- WALTER, GERHARD Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, Recht 3/2004, p. 91-103 (cité : Walter, *Rechtsvergleichung*)
- WALTER, HANS PETER Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, Recht 5/1999, p. 157-166
- Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, Recht 1/2003, p. 2-11 (cité : Walter, *Rechtsfortbildung*)
- Gesetzliche Inkohärenzen und richterliche Rechtsfortbildung, in : Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Berne 2002, p. 19-32 (cité : Walter, *Inkohärenzen*)
- WALTHER, FRIDOLIN M.R. Die Digitalisierung des Rechts, Gedanken zur Zukunft der juristischen Ausbildung und Praxis anlässlich der Jahrtausendewende, Recht 1/2000, p. 1-14

Bibliographie

- WANDTKE, ARTUR-AXEL Copyright oder Droit d'auteur im technologischen Zeitalter, *in* : Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, Munich/Berne 2002, p. 389-404
- WEBER, ROLF H. Der einfache Auftrag, *in* : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3^e éd., Bâle 2003
- DE WERRA, JACQUES Droit d'auteur et Internet: une question de « business models » ?, *Media Lex* 1/01, p. 10-11
- La protection juridique des contenus numériques et ses limites, L'application du droit d'auteur et du droit de la concurrence dans le cadre de l'édition en ligne, *in* : Quelques facettes du droit de l'Internet, Vol. 3 et 4, numéro spécial propriété intellectuelle, Neuchâtel 2003, p. 51-94 (cité : de Werra, *Protection*)
- WERRO, FRANZ Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, Analyse critique et comparative, Fribourg 1993
- *in* : Commentaire romand, Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité : CRCO-I, Werro)
- WIND, CHRISTIAN Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 727c Abs. 1 OR (Ohne Berücksichtigung von Konzernverhältnissen), thèse St-Gall 1998
- WIPRÄCHTIGER, HANS Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, *Recht* 4/1995, p. 143-150
- WITTGENSTEIN, PHILIPP Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge, Umsetzung in den USA und der EU unter besonderer Berücksichtigung der Musikindustrie, thèse Berne 2000
- WITTMANN, REINHARD Geschichte des deutschen Buchhandels, 2^e éd., Munich 1999
- WUTHRICH, AGNÈS Le livre électronique à la française : c'est énorme !, *Le Temps* du 15 mai 2001, rubrique Sciences & Multimédia

Bibliographie

- ZAKON, ROBERT H. Hobbes' Internet Timeline v.7.0
Disponible sur le site :
www.zakon.org/robert/internet/timeline
- ZELLER, ERNST Auslegung von Gesetz und Vertrag, Zurich 1989
- ZIMMERMANN, DANIEL Die Unterstellung des Eigenhandels mit Rohwaren
unter das Geldwäschereigesetz – eine Replik, AJP/
PJA 12/2003, p. 1441-1452
- ZIPPELIUS, REINHOLD Juristische Methodenlehre, Eine Einführung, 4^e éd.,
Munich 1985
- Einführung in das Recht, 4^e éd., Heidelberg 2003
(cité : Zippelius, *Einführung*)

AUTRES SOURCES

Rapport de la Commission de réflexion sur Le livre numérique de mai 1999, présidé par Alain Cordier (rapport commandé en septembre 1998 par la ministre de la culture, Catherine Trautmann, dans le but d'identifier les effets du développement de l'internet sur le livre et la lecture) (cité : Rapport Cordier)

Rapport disponible sur le site :

www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/cordier/intro.htm

Rapport de la Commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation, des médias et des sports du Parlement européen du 10 janvier 2001 sur les nouvelles frontières dans la production de livres : édition électronique et impression à la demande (2000/2037(INI)) (cité : Rapport du Parlement européen du 10 janvier 2001)

Rapport disponible sur le site : www.europarl.eu.int/committees/cult_home.htm

10 Jahre Elektronisches Publizieren – Rückblick und Ausschau, Branchenumfrage Januar 2003, Arbeitskreis Elektronisches Publizieren (AKEP), Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. (cité : AKEP)

Etude disponible auprès de www.akep.de

Webédition, Informations théoriques et pratiques sur l'édition numérique ou réseau, et ses aspects contractuels, CALCRE, Ecrire & Editer, Information et défense des auteurs (mise à jour du 6 novembre 2000) (cité : CALCRE)

Article disponible auprès de www.calcre.com

Executive Summary. The origins of the digital dilemma, The digital dilemma, Intellectual Property in the information age, National Academy of Sciences (cité : National Academy of Sciences)

Disponible sur le site : www.nap.edu/html/digital_dilemma/exec_summ.html

Interview de Steve Jobs, patron et fondateur d'Apple, Bilan de novembre 2002, p. 158-161 (cité : Bilan)

Edition Actuel. La lettre d'Information sur le monde de l'édition, proposée par la maison d'édition Cylibris en collaboration avec FTPress.

Lettres citées :

Edition Actuel N 40 (juin 2001)

Edition Actuel N 42 (juillet 2001)

Edition Actuel N 48 (décembre 2001)

Edition Actuel N 50 (15 janvier 2002)

Edition Actuel N 68 (15 décembre 2002)

Edition Actuel N 70 (15 janvier 2002)

Edition Actuel N 72 (15 février 2002)

Edition Actuel N 74 (15 mars 2002)

Edition Actuel N 75 (31 mars 2002)

Edition-Actuel N 80 (15 septembre 2003)

Edition-Actuel N 95 (15 mai 2004)

Actuellement, la lettre est envoyée par *e-mail* tous les quinze jours aux personnes inscrites sur le site www.cylibris.com

Communiqués de presse de la société Books on Demand GmbH :

Books on Demand (Schweiz) GmbH geht an den Start, Pressemitteilungen (Norderstedt) du 31 mars 2001 (cité : Pressemitteilungen 1)

Die Books on Demand (Schweiz) GmbH wird in die deutsche Muttergesellschaft integriert, Pressemitteilungen (Norderstedt) du 14 octobre 2002 (cité : Pressemitteilungen 2)

Disponibles sur le site : www.bod.de

E-Book / Das gar (nicht) vielseitige Buch, NZZ du 25 janvier 2000, p. 60 (différents auteurs) (cité : NZZ du 25 janvier 2000)

Comment lira-t-on demain ? Editions 00h00.com, Paris 2000 (cité : 00h00.com)

Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke (Autrices et Auteurs de Suisse) (AdS)

Disponible sur le site : www.a-d-s.ch/fr.htm (y compris le commentaire y relatif)

Verlagsvertrag SBVV-1, rédigé par la SBVV

Verlagsvertrag SBVV-2, rédigé par la SBVV

Verlagsvertrag SBVV-3-R&R, rédigé par la SBVV

Musterverlagsvertrag französisch, rédigé par la SBVV

Muster-Royalties, rédigé par la SBVV

Muster-flat sum, rédigé par la SBVV

(les six modèles qui précèdent nous ont été remis par la SBVV ; pour le site, v. <http://www.swissbooks.ch/sbv/verhand/sbv.shtm>)

ABRÉVIATIONS

§ (§§)	paragraphe(s)
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (Autriche)
AKEP	Arbeitskreis Elektronisches Publizieren (section de la Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.)
al.	alinéa(s)
all.	en allemand
aLP	ancienne Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
ALR	Das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten von 1794
Anh	Anhang
art.	article(s)
Art.	Artikel
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ATRIP	African Trade Investment Program
BBl.	Börsenblatt
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Allemagne)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CD	Compact Disc
CD-I	Compact Disc Interactive
CD-ROM(s)	Compact Disc Read Only Memory
CE	Communauté européenne
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise, Faculté de droit de l'Université de Lausanne
ch.	chiffre(s)

CO	Code des obligations, Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911
coll.	Collection
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1974
DVD	Digital Video Disc (Digital Versatile Disc)
éd.	Édition
EDI	échange de données informatisées
Einl	Einleitung
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FTP	File Transfer Protocol
GRUR	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V.
GRUT int.	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
i.f.	in fine
i.S.v.	im Sinne von
Intro.	Introduction
it.	en italien
JdT	Journal des Tribunaux
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992
lit.	lettre(s)
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 (Allemagne)
Mac.	Macintosh
N	numéro(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nmz	neue Musikzeitung

Abréviations

no	numéro(s) (dans le texte)
note (s)	note(s) de bas-de-page
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OcB	Open Ebook
p.	page(s)
PAO	publication assistée par ordinateur
PC	Personal Computer
PDF	Portable Document Format
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1855)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
PoD	Print on Demand
pt.	point(s)
RDS	Revue de droit suisse
Recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
réf.	référence(s)
RPS	Revue pénale suisse
RS	recueil systématique
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
s.	et suivante
SBVV	Der Schweizer Buchhändler- und Verleger- Verband
SIC !	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	La Semaine Judiciaire
SMI	Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht
SPR	Schweizerisches Privatrecht
ss	et suivantes
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (Allemagne)
StPO	Strafprozessordnung vom 7. April 1987 (Allemagne)
TCP/IP	Transmission Control Protocol / Internet Protocol
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (Allemagne)
v.	voir

Abréviations

VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 (Allemagne)
Vorbem.	Vorbermerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 16. März 1991 (Allemagne)
wap	Wireless Application Protocol
ZGB	Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZPO	Zivilprozessordnung vom 12. September 1950 (Allemagne)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

TITRE I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Nouvelles technologies de l'information et édition

Les possibilités d'échanges de données – au sens large – rendues effectives grâce aux nouvelles technologies de l'information, et en particulier de l'internet¹, sont aujourd'hui d'une diversité incroyable. Pourtant, elles ne dépassaient pas le stade de l'imagination il y a encore une dizaine d'années.

À l'aube du troisième millénaire, les rêves les plus insensés sont en train de se réaliser : par exemple, les seuls textes, sons et images ne seront bientôt plus les uniques composantes du réseau internet. Actuellement, différents projets ont pour but de permettre la diffusion d'odeurs sur la toile²!

S'agissant plus particulièrement de la pratique de l'édition, l'internet change fondamentalement les perspectives des maisons d'édition³. Il est désormais possible à ces dernières d'étendre leur rayon d'action de manière quasi illimitée. Le travail de l'éditeur doit ainsi être appréhendé d'une toute autre façon, et ce principalement pour deux raisons :

- d'une part, chaque œuvre que l'éditeur a en sa possession peut aujourd'hui être numérisée et reproduite en un nombre illimité d'exemplaires, sans aucune perte de qualité ;
- d'autre part, l'éditeur a la possibilité de rendre une œuvre accessible dans le monde entier depuis n'importe quel endroit du globe.

Une étude visant la seule influence du réseau des réseaux sur la pratique de l'édition et sur les règles légales régissant le contrat d'édition serait néanmoins incomplète. L'internet ne représente pas la seule technique récente ayant une incidence sur les rapports entre l'auteur et l'éditeur.

De manière plus large, il convient d'examiner les effets de la publication numérique sur ces relations contractuelles. La publication numérique comprend tout un faisceau d'utilisations rendues possibles par l'émergence de la technique numérique⁴. Elle ne se résume pas aux utilisations que l'internet permet d'effectuer (impression à la demande⁵, transfert *on-line*⁶) mais en comprend d'autres

¹ Dans la mesure où l'internet fait aujourd'hui partie de notre vie quotidienne depuis plusieurs années, nous avons choisi de ne pas lui attribuer de majuscule, mais de le considérer comme un nom commun.

² HUITEMA, p. 141.

³ Comparer avec WANDTKE, p. 395.

⁴ Pour une définition, v. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pt. 1.1 (p. 13 s.).

⁵ Lorsque la commande de l'œuvre a lieu en ligne. Pour les détails, v. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

⁶ Pour les explications, v. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.5 (p. 20 s.).

(impression à l'aide de presses numériques, utilisation de nouveaux supports de données [CD-ROMs]⁷).

L'utilisation de la technique numérique facilite la tâche de l'auteur – en ce sens que ce dernier a la possibilité de rédiger son œuvre, d'y apporter des modifications, à l'aide d'un ordinateur, puis de faire parvenir sa création à un éditeur par l'envoi d'une disquette ou par *e-mail* – et celle de l'éditeur (par exemple, utilisation de presses numériques, impression à la demande⁸).

2. Triple intérêt de l'étude du contrat d'édition

2.1. Intérêt juridique

Si la technique numérique suggère de nombreuses interrogations s'agissant, par exemple, de l'application de la partie générale du droit des obligations (en particulier, question de la conclusion des contrats)⁹ et de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA)¹⁰, elle n'« affecte » en principe pas les caractéristiques principales des contrats.

Le contrat d'édition est particulièrement touché dans l'environnement numérique : la technique numérique soulève de nombreuses interrogations liées aux devoirs des parties et à l'objet du contrat (la loi énonce-t-elle ceux-ci de manière assez large pour englober la publication numérique ?). Les éléments essentiels du contrat sont concernés par cette question.

S'il est intéressant d'étudier le droit du bail, par exemple¹¹, dans le contexte de l'internet (problèmes de conclusion du contrat, de la communication du congé, etc.), il faut reconnaître que, dans le cadre de ce contrat, seul le support de communication (du congé par exemple) mérite une attention particulière. Les éléments essentiels du contrat de bail ne sont nullement remis en question par l'utilisation de la technique numérique et, plus spécifiquement, de l'internet.

2.2. Intérêt pratique

L'examen du contrat d'édition dans l'environnement numérique revêt en outre un intérêt pratique qu'il n'est aujourd'hui plus possible de nier. En effet, l'impact de la publication numérique¹² sera d'une importance considérable ces prochaines années. Selon le président de la maison d'édition américaine SIMON AND SCHUSTER¹³, cette

⁷ Pour les explications, v. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.3 (p. 19).

⁸ Pour les explications, v. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

⁹ V. par exemple GISLER, p. 1 ss ; JACCARD, p. 1 ss ; PROBST, *Bail*, p. 5 ss ; récemment : KERN, p. 267 ss ; CHERPILLON GIACOBINO, p. 393 ss.

¹⁰ V. par exemple BÜHLER, p. 1 ss ; BEUTLER, p. 1 ss ; GILLIÉRON, N 322 ss.

¹¹ Pour reprendre l'un des exemples cités à la note 9.

¹² Pour une définition, v. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pt. 2 (p. 16 ss).

¹³ Qui, entre autres, publie les écrits de STEPHEN KING. V. JÉHANNO, p. 73.

nouvelle forme d'édition est une véritable révolution qui, « *une fois à son terme, aura le même impact que le livre de poche dans les années 60-70* »¹⁴.

Si les éditeurs suisses ne sont pas encore animés de la même fougue que leurs collègues américains s'agissant du développement de l'édition numérique, certaines maisons d'édition tentent leurs premiers essais sur la toile¹⁵, ce qui laisse présager que la pratique de la publication numérique va se développer à moyen terme.

2.3. Intérêt méthodologique

Enfin (et nous dirons même surtout), l'analyse des règles légales d'un contrat nommé dans le cadre d'un contexte (en l'occurrence numérique) qui n'est plus le même que celui qui a été à l'origine de la réglementation nous oblige à procéder à l'interprétation des dispositions légales régissant ce contrat. De manière générale, il conviendra de se demander si le Titre douzième du Code des obligations, au terme de son interprétation, est encore applicable dans l'environnement numérique.

Procéder à l'interprétation d'une réglementation légale suppose de recourir à un procédé méthodologique bien défini. La présentation complète d'un tel procédé dans le cadre de la présente thèse est nécessaire et revêt en plus un double intérêt :

- **nécessité d'une présentation complète** : effectuer l'analyse des différentes normes réglementant le contrat d'édition en se référant de manière ponctuelle à certaines règles d'interprétation n'est pas satisfaisant. Le résultat se révélerait trop aléatoire. Il est indispensable de se fonder sur un système global clair, bien délimité, afin que les conclusions apportées revêtent une certaine force de conviction ;
- **intérêt no 1** : les explications relatives à la méthodologie juridique rédigées en français sont rares. L'ouvrage le plus complet à ce sujet est certainement l'excellente publication de DESCHENAUX qui date déjà de 1969¹⁶ ! La présentation d'un procédé méthodologique en français, et en particulier des différentes méthodes d'interprétation, intégrant les explications récentes de la doctrine alémanique et allemande sera sans doute bienvenue ;
- **intérêt no 2** : enfin, nous ne nous arrêterons pas à la présentation du système méthodologique choisi, mais aurons l'occasion de l'appliquer en passant en revue les articles 380 à 392 CO¹⁷.

¹⁴ LEROUX, 24 Heures du 16 août 2000 : le livre de poche a fêté en 2003 ses cinquante ans d'existence (v. Edition Actu N 72, p. 3).

¹⁵ HAEBERLI, Le Temps du 22 août 2000.

¹⁶ V. la réf. dans la bibliographie de cette thèse ; un deuxième ouvrage en français a été publié en 2002 par LE ROY/SCHOENENBERGER. Il n'est néanmoins pas aussi clair et complet que celui de DESCHENAUX qui reste sans conteste la référence en Suisse romande en matière de méthodologie juridique.

¹⁷ Sur l'exclusion de l'art. 393 CO, v. ci-dessous, pt. 4.2 (p. 6).

3. Survol de la structure de la thèse

3.1. De l'imprimerie à la publication numérique : présentation et évolution

Le présent ouvrage ne poursuit pas le but de présenter toute l'histoire de l'édition de l'imprimerie à la publication numérique. Les explications exposées au Titre II ont pour finalité :

- de situer l'origine du contrat d'édition et de la réglementation y relative, et de laisser entrevoir que le contrat d'édition et la publication numérique sont issus de « générations » fondamentalement différentes¹⁸. La rencontre de ces « deux mondes » pousse tout naturellement à s'interroger quant à l'applicabilité du Titre douzième du Code des obligations dans l'environnement numérique (analyse effectuée au Titre IV et au Titre V) ;
- de présenter les différentes formes de publication numérique ;
- de donner, dans le dernier chapitre du Titre II, quelques informations expliquant l'influence de l'internet sur les relations entre auteurs et éditeurs. *A priori* plus socio-économique que juridique, cette brève présentation est néanmoins indispensable pour deux raisons : premièrement, l'étude des articles 380 et suivants CO doit avoir un sens. S'il devait s'avérer que, grâce à la publication numérique (et en particulier de l'internet), l'auteur peut dorénavant se passer de l'éditeur, l'examen du Titre douzième du Code des obligations dans le contexte de la publication numérique perdrait une grande partie de son utilité. Nous verrons que cela n'est pas le cas, mais qu'au contraire l'activité éditoriale conserve toute son importance ; deuxièmement, nous tenons à suggérer que l'émergence de la publication numérique n'a pas comme unique conséquence d'obliger les juristes à interpréter les règles de droit positif, mais qu'elle est potentiellement susceptible, selon l'évolution de la technologie et du comportement des acteurs en présence (auteurs, éditeurs, lecteurs, etc.) de toucher la nature même de l'activité éditoriale, et, par là, la relation existant entre les auteurs et les éditeurs.

3.2. Interprétation des règles de droit positif

Le Titre III sera consacré à la présentation du modèle méthodologique que nous adopterons afin d'interpréter les articles 380 et suivants CO. Ce titre représente une étape essentielle de la présente thèse. L'ensemble de notre analyse (Titre IV et Titre V) sera fondé sur ce modèle.

¹⁸ Comparer avec la présentation de GALLUS, p. 53 ss.

3.3. Interprétation du Titre douzième du Code des obligations

Sur la base du système méthodologique adopté, nous analyserons les articles 380 à 392 CO. Les interrogations suivantes devront être résolues :

- une convention conclue dans le contexte de la publication numérique représente-t-elle toujours un contrat d'édition au sens du Titre douzième du Code des obligations (*contrat nommé*), ou alors, s'écartant trop du modèle proposé par notre législateur, doit-elle être considérée comme un contrat innommé ? Nous répondrons à cette question au Titre IV ;
- les règles du Titre douzième du Code des obligations sont-elles encore applicables (directement ou par analogie) dans le contexte de la publication numérique ou n'ont-elles un sens que lors d'une édition traditionnelle ? Nous apporterons la réponse à cette interrogation au Titre V.

Nous concluerons notre travail au Titre VI.

4. Délimitations

4.1. Les œuvres littéraires

Selon l'article 380 CO, le contrat d'édition porte sur « *une œuvre littéraire ou artistique* ». Afin de circonscrire l'objet de notre analyse, nous fixerons notre attention uniquement sur les *œuvres littéraires*. Ce choix repose sur deux facteurs :

- premièrement, la publication numérique n'est pas envisageable pour toutes les œuvres artistiques (par exemple : une statue). Il est donc particulièrement difficile de tirer des conclusions globales relatives à l'incidence de la publication numérique sur les œuvres artistiques ;
- deuxièmement (et surtout), notre intention est d'entreprendre l'analyse d'un objet (l'œuvre littéraire) qui, à moyen terme, sera particulièrement touché dans l'environnement numérique. Bien qu'aujourd'hui la vente de livres numériques n'en est qu'à ses débuts¹⁹, les nouvelles techniques de lecture deviennent prometteuses²⁰ : à l'aube du troisième millénaire, nous sommes passés de la lecture sur le fond blafard d'un écran d'ordinateur à celle effectuée à l'aide d'un *e-book* (technique sans cesse améliorée). Dans quelques années, le lecteur pourra acquérir le *livre du futur*, composé de papier et d'encre électroniques²¹. Cette évolution aura à n'en point douter un impact considérable.

¹⁹ V. ci-dessous, Titre II, Chapitre 2, pl. 2.6.1 (p. 24 s.).

²⁰ Comparer avec SCHOLNIK, p. 1 : « *Given the prediction that in the near future textbooks, reference books and manuals could be mainly digital (...), and the fact that e-readers are one of the emerging digital options, (...)* ».

²¹ V. note 83.

4.2. Exclusion de l'article 393 CO

Notre approche consiste à examiner les relations nouées entre l'auteur et l'éditeur sur la base du contrat d'édition (art. 380 CO). Nous excluons de notre analyse l'article 393 CO. Celui-ci représente une disposition particulière au cœur du Titre douzième du Code des obligations²². Dans le cadre d'une œuvre composée d'après le plan de l'« éditeur », le rapport contractuel unissant l'auteur (ou les auteurs) et l'« éditeur » n'est pas un contrat d'édition. Le fondement contractuel doit être recherché, selon les cas, dans le contrat de travail, d'entreprise²³ ou de mandat²⁴. Par conséquent, hormis l'emplacement de l'article 393 CO, cette disposition n'appartient pas à la réglementation du contrat d'édition²⁵.

5. Une perspective de droit comparé

L'analyse dont les principaux traits ont été esquissés ci-dessus sera effectuée dans une perspective de droit comparé. En particulier, l'accent sera mis sur l'étude du droit allemand. Cette approche semble opportune pour les raisons suivantes :

- premièrement, la portée internationale du réseau internet ne permet plus au juriste de se limiter à examiner une situation juridique au regard d'un seul droit national ;
- deuxièmement, la doctrine et la jurisprudence allemandes ont une longueur d'avance sur la Suisse en ce qui concerne les nouvelles technologies de l'information. L'étude du droit allemand permettra de prendre connaissance d'arguments non encore développés en Suisse et de s'en inspirer, le cas échéant, pour résoudre les problèmes soulevés par l'analyse du Titre douzième du Code

²² En ce sens : TROLLER, *Kommentar*, art. 393 N 1.

²³ Comparer avec les explications de VOGEL, *Entwicklung*, p. 1237.

²⁴ Ainsi, les termes utilisés au sein de l'art. 393 CO (*éditeur, auteurs*) ne sont pas rigoureusement exacts. V. à ce sujet HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 575.

²⁵ V. HILTY, art. 393 N 1 : « *Der Sachverhalt von Art. 393 ist vom gewöhnlichen Verlagsvertrag i. S. v. Art. 380 zu unterscheiden (...)* » ; outre l'emplacement peu logique de l'art. 393 CO, la formulation de cette disposition est peu heureuse. La lecture de l'al. 2 laisse penser que le droit d'auteur est accordé, de manière originaire, à l'éditeur. Cette conclusion est en contradiction avec les principes contenus dans la LDA :

- selon la LDA, seul l'auteur peut acquérir le droit d'auteur sur son œuvre de manière originaire (TROLLER, *Kommentar*, art. 393 N 2 ; HILTY, art. 393 N 4) ;
- de nos jours, l'éditeur exerce usuellement son activité sous la forme d'une personne morale. Or, le détenteur originaire du droit d'auteur doit nécessairement être une personne physique (HILTY, art. 380 N 6, art. 393 N 4 ; v. néanmoins le cas particulier des logiciels développés par des travailleurs [art. 17 LDA]. Pour une présentation de la problématique, v. entre autres BARRELET/EGLOFF, art. 17 N 6, et les auteurs cités).

des obligations. En outre, la doctrine allemande se révélera une aide bienvenue en vue de la présentation de notre modèle méthodologique²⁶.

²⁶ Force est de constater que les études relatives à la méthodologie (en particulier s'agissant de l'activité interprétative du juge) sont très développées en Allemagne. En ce sens : LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 301.

TITRE II. DE L'IMPRIMERIE À LA PUBLICATION NUMÉRIQUE : PRÉSENTATION ET ÉVOLUTION

Chapitre 1. De l'imprimerie à la réglementation du contrat d'édition

1. Origine de la réglementation du contrat d'édition

Les règles régissant les relations entre auteurs et éditeurs, codifiées à la fin du XIX^e siècle²⁷, reflètent les usages alors en vigueur dans les milieux éditoriaux²⁸ et chez les libraires²⁹. Ces usages se sont développés dans le contexte de l'édition traditionnelle (ou édition imprimée³⁰) dont l'origine remonte au XV^e siècle, période au cours de laquelle l'imprimerie a été inventée³¹.

Il est inutile de donner plus de détails historiques sur le développement de l'édition entre le XV^e et le XIX^e siècle. Au cours de cette période, la question intéressante est avant tout celle de l'évolution du droit d'auteur (octroi de privilèges, puis reconnaissance du droit d'auteur)³². Les techniques d'impression n'ont, quant à elles, pas fondamentalement changé. Au XIX^e siècle, comme au XV^e siècle, il est toujours question de l'impression d'exemplaires de l'œuvre sur papier, de tirages, etc³³.

2. Les codifications

2.1. En Allemagne

Dans le courant du XIX^e siècle, la plupart des États allemands consacrent dans leur codification le droit d'édition comme une prérogative – cédée par l'auteur – trouvant son origine chez ce dernier, créateur de l'œuvre³⁴.

Les différents intervenants dans le commerce du livre³⁵ œuvrent afin de rédiger une réglementation unifiée couvrant l'ensemble du Reich³⁶.

²⁷ V. ci-dessous, pt. 2 (p. 9 ss).

²⁸ V. SCHRICKER, Einl N 8, p. 26.

²⁹ TÂCHE, p. 88.

³⁰ Terminologie intéressante employée par SCHUWER, p. 557.

³¹ Avant 1450 (invention de l'imprimerie), la situation était fondamentalement différente. Il n'existait aucune méthode mécanique de reproduction. Les œuvres étaient reproduites à la main. V. GALLUS, p. 54, qui donne d'autres détails.

³² A ce sujet, v. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 5 ss ; SCHRICKER, Einl N 6 s. ; CHRIST, p. 3 ss ; MÜLLER, *Verlagsvertrag*, p. 1 ss.

³³ Comparer avec GALLUS, p. 55, note 1, 56 ; SCHUWER, p. 557, parle d'« un demi-millénaire de composition en plomb ».

³⁴ HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 11 ; pour plus de détails, v. VOGEL, *Entwicklung*, p. 1212 ss.

Le 14 juillet 1900, le Ministère de la justice publie le premier projet traitant du droit d'édition³⁷. Après quelques modifications³⁸, le législateur allemand présente la raison d'être et le but de la loi de la façon suivante³⁹ :

*« (...) dass es sachlich kein wesentlich neues Recht schaffen, sondern nur das in Übung befindliche Recht, wie es durch die Wissenschaft und die Rechtsprechung auf Grund der Gepflogenheit des hoch angesehen deutschen Verlagsgewerbes sich ausgebildet habe, feststellen, bestimmte Streitfragen entscheiden und die einzelnen Vorschriften mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einklang bringen solle. »*⁴⁰

La loi allemande sur le droit d'édition (VerlG) est adoptée le 19 juin 1901⁴¹. Elle entre en vigueur le 1^{er} janvier 1902 et régit aujourd'hui encore les relations entre l'auteur et l'éditeur. Elle est considérée comme un complément de la loi relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraire et musicale (LUG)⁴² adoptée et entrée en vigueur aux mêmes dates⁴³. La LUG est remplacée en 1965 par la loi allemande sur le droit d'auteur et les droit voisins (UrhG)⁴⁴.

L'évolution du droit d'édition ne s'arrête pas au jour de l'entrée en vigueur de la loi allemande sur le droit d'édition de 1901. Au cours du XX^e siècle, les usages commerciaux, la jurisprudence et la doctrine développent le droit d'édition et prennent une grande importance dans la réglementation de celui-ci⁴⁵.

La loi allemande sur le droit d'auteur et les droit voisins (UrhG) de 1965 a une influence sur la loi sur le droit d'édition du 19 juin 1901. En particulier, la notion d'œuvre littéraire et musicale (*Werk der Literatur oder der Tonkunst* ; § 1 VerlG)

³⁵ Et en particulier la *Börsenverein des Deutschen Buchhandels*. V. GALLUS, p. 56 ; pour une présentation de cette association, v. VON BECKER, p. 172.

³⁶ Pour des explications plus détaillées sur l'évolution de la réglementation au cours du XIX^e siècle, v. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 11-13 ; SCHRICKER, Einf N 7 s. ; CHRIST, p. 7-8 ; MÜLLER, *Verlagsvertrag*, p. 12 ss.

³⁷ SCHRICKER, Einf N 8, p. 26.

³⁸ Pour les détails, v. SCHRICKER, Einf N 8, p. 26.

³⁹ V. SCHRICKER, Einf N 8, p. 26.

⁴⁰ Traduction libre : « (...) considéré de manière objective, on n'aboutit pas à un droit fondamentalement nouveau, mais on constate le droit existant, tel qu'il s'est développé par le biais de la pratique et de la jurisprudence sur la base de la coutume des métiers de l'édition, hautement considérés. En outre, certaines questions litigieuses sont réglées et les dispositions sont accordées avec les principes du BGB ».

⁴¹ *Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901* [VerlG].

⁴² *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901* [LUG].

⁴³ ULMER, p. 427.

⁴⁴ *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965* [UrhG].

⁴⁵ Pour les détails, v. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 13.

est précisée consécutivement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le droit d'auteur et les droits voisins⁴⁶. Hormis cette précision, le contenu actuel de la loi sur le droit d'édition correspond pour l'essentiel à celui de 1901⁴⁷.

La loi sur le droit d'édition ne contient que très peu de règles impératives⁴⁸. De nombreux contrats-cadres sont rédigés. Ils revêtent une importance pratique considérable en Allemagne^{49, 50}.

2.2. En Suisse⁵¹

L'origine de notre réglementation fédérale relative au contrat d'édition date de 1874. Dès cette date, le législateur fédéral – légitimé par l'article 64 Cst. féd.⁵² – s'attèle à l'élaboration du Code des obligations. Celui-ci est adopté le 14 juin 1881⁵³.

La réglementation relative au contrat d'édition regroupe 20 articles (art. 372 à 391), contenus au Titre treizième du Code des obligations⁵⁴. Ces articles correspondent, en substance, aux 16 paragraphes – traitant du contrat d'édition – du

⁴⁶ Pour les détails, v. SCHRICKER, § 1 N 33 s.

⁴⁷ Comparer avec VOGEL, *Entwicklung*, p. 1244.

⁴⁸ L'énumération des normes impératives diverge selon les auteurs : pour REHBINDER, *Urheberrecht*, N 342, p. 291, seul le § 36 VeriG est impératif. En ce sens : SCHMAUS, p. 52, note 239 ; pour SCHRICKER, § 1 N 3, les §§ 36 et 39 al. 1 VeriG représentent des normes impératives ; idem : NORDEMAN, *Handbuch*, § 64 N 12, qui ajoute à ces deux dispositions le § 22 al. 2 VeriG ; pour STICKELBROCK, p. 1089, les règles impératives sont plus nombreuses : §§ 31 al. 4, 36, 40, 41, 42 VeriG.

⁴⁹ V. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 13 ; SCHRICKER, p. 776-844, présente les contrats-cadres suivants :

- Anh 2 : *Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke (Fassung 2000), Vereinbarung zwischen dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels und dem Deutschen Hochschulverband* ;
- Anh 3 : *Normvertrag für den Abschluss von Verlagsverträgen, Rahmenvertrag zwischen dem Verband deutscher Schriftsteller in der IG Medien und dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. – Verleger-Ausschuss (vom 19. Oktober 1978 in der ab 1. April 1999 gültigen Fassung)* ;
- Anh 4 : *Normvertrag für den Abschluss von Übersetzungsverträgen, Rahmenvertrag zwischen dem Verband deutscher Schriftsteller in der IG Druck und Papier und dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. – Verleger-Ausschuss* ;
- et p. 845-854 : *Richtlinien für Abschluss und Auslegung von Verträgen zwischen bildenden Künstlern und Verlegern*.

⁵⁰ Pour l'évolution dans le système juridique français, v. DE BROGUE, p. 11-14.

⁵¹ V. en particulier REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 257-281, et MÜLLER, *Verlagsvertrag*, p. 24-29.

⁵² Art. 122 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

⁵³ Concernant les travaux préparatoires, v. MÜLLER, *Verlagsvertrag*, p. 27-28, et les réf.

⁵⁴ V. FF 1881 III 146-150.

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB) de 1855 (§§ 1599 à 1614)⁵⁵.

Tout en soulignant que les articles 372 à 391 du Code des obligations de 1881 trouvent leur origine dans les réglementations alors en vigueur à Zurich (PGB) et à Schaffhouse, REHBINDER insiste sur le fait que, BLUNTSCHELI, le père du PGB en particulier, s'est fortement inspiré de l'ALR prussien de 1794 et de l'ABGB autrichien de 1811⁵⁶.

Le Code des obligations de 1881 est rédigé avant même que les principes généraux du droit d'auteur ne soient posés dans une loi spéciale⁵⁷ ! Il s'agit là d'une particularité suisse puisque les Etats européens ont une loi sur le droit d'auteur généralement plus ancienne que les dispositions traitant du contrat d'édition⁵⁸. Plus encore, la Suisse est le seul pays au monde à avoir un Code des obligations qui contienne dans ses dispositions une réglementation du contrat d'édition⁵⁹ !

Le Code des obligations de 1881 est élaboré dans une période où les théories de la doctrine ne sont pas encore bien assises⁶⁰. Le fait d'avoir commencé par légiférer dans le domaine du contrat d'édition plutôt que dans celui du droit d'auteur n'a pas favorisé la clarté de la législation. Aujourd'hui, malgré les nombreuses révisions (de la LDA et de la réglementation du contrat d'édition) qui se sont succédées, on observe toujours des carences dans la réglementation du contrat d'édition⁶¹.

Le contenu des dispositions de 1881 reste pour ainsi dire inchangé à ce jour⁶². L'activité du législateur s'est quasiment limitée à une nouvelle numérotation lors des deux révisions de la réglementation du contrat d'édition, en 1912⁶³ et en 1936⁶⁴.

⁵⁵ V. LÜDIN, p. 28 : comparer également avec les auteurs cités par REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 263, à la note 17.

⁵⁶ Pour les détails, v. REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 262-263. Au sujet de l'influence ponctuelle exercée par la loi allemande sur le droit d'édition de 1901, v. REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 264 : v. également les explications de BUCHER, p. 217-218.

⁵⁷ Comparer avec HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 523.

⁵⁸ MATINÉ, p. 25.

⁵⁹ REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 257 : TROLLER, *Kommentar, Vorbem. zu Art. 380-393 N 34* ; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 786, explique que le législateur a suivi la conception du *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*.

⁶⁰ Comparer avec TACHE, p. 33-34, 40.

⁶¹ MATINÉ, p. 14, note 1, considère la législation suisse comme excellente. Il est, à notre avis, un peu trop optimiste. Sur les points un peu moins « excellents », v. HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 579 ss.

⁶² REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 280.

⁶³ La réglementation relative au contrat d'édition est alors placée au cœur du Titre douzième du Code des obligations. V. LÜDIN, p. 30.

⁶⁴ REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 262 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 523 ; REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 221-222.

Aujourd'hui, le Titre douzième du Code des obligations contient treize articles. Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre introduction⁶⁵, l'article 393 CO représente une disposition particulière au cœur de la réglementation légale dans la mesure où il ne fait pas référence au contrat d'édition en tant que tel.

Le Titre douzième du Code des obligations ne contient aucune règle impérative⁶⁶. Toutes les dispositions légales sont donc susceptibles d'être écartées par les parties au contrat. Des modèles de contrat ont été rédigés par différentes associations d'auteurs et d'éditeurs⁶⁷.

Chapitre 2. L'ère numérique

1. Technique numérique

1.1. Présentation

La *publication numérique* (ou *électronique*) comprend toute une série d'utilisations rendues possibles par l'émergence de la *technique numérique*⁶⁸. Celle-ci consiste en la traduction de supports de données différents (textes, images, sons) en une forme binaire, soit en un code composé de « zéro » et de « un »⁶⁹. Une fois numérisées, ces données peuvent être utilisées sous le même format indépendamment de leur forme initiale⁷⁰.

L'émergence de la technique numérique a de nombreuses conséquences sur l'utilisation d'une œuvre. Premièrement, les œuvres numériques peuvent être consultées – par le biais de l'internet – en tout temps et depuis toutes les parties du

⁶⁵ V. ci-dessus. Titre I, pt. 4.2 (p. 6).

⁶⁶ Entre autres ; HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 1, et les réf.

⁶⁷ S'agissant du contrat d'édition portant sur une œuvre littéraire, v. :

- le *Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke* signé par le *Gruppe Oten*, la *Schweizerische Schriftsteller Verein* et la *VVDS Verleger-Verband* ;
- le *Verlagsvertrag SBVV.1* ;
- le *Verlagsvertrag SBVV.2* ;
- le *Verlagsvertrag SBVV.3-R&R* ;
- le *Musterverlagsvertrag französisch* (SBVV) ;
- le *Muster-royalties* (SBVV) ;
- le *Muster-flat sum* (SBVV).

⁶⁸ HEKER, p. 97 ; v. ci-dessous, pt. 2.2.2 à pt. 2.2.5 (p. 18 ss).

⁶⁹ Pour la définition de la numérisation : BEUTLER, note 43 ; en relation avec le disque numérique : DE BROGLIE, p. 15.

⁷⁰ En ce sens : BÜHLER, p. 10 ; KOCH, p. 417 ; LEHMANN, p. 26-27, et les réf. ; WITTGENSTEIN, p. 5.

globe, sans aucune perte de qualité⁷¹. On parle du caractère ubiquitaire de telles œuvres⁷². Deuxièmement, les créations numériques peuvent être reproduites, modifiées ou manipulées aisément⁷³. Les deux caractéristiques qui précèdent sont la cause de la vulnérabilité de l'œuvre numérique⁷⁴. Pour contrer cette vulnérabilité, différents moyens techniques ont été élaborés, et d'autres sont en préparation⁷⁵. Troisièmement, les œuvres numériques peuvent être stockées sur un espace extrêmement réduit⁷⁶.

1.2. Livre numérique/électronique

Toute publication numérique suppose l'existence d'un *livre numérique*⁷⁷. Dans la mesure où il n'existe actuellement aucun consensus sur les termes à utiliser dans l'environnement numérique⁷⁸, il s'agit de définir cette notion.

La difficulté de présenter ce qu'est le *livre numérique* repose sur la conjonction de moyens de communication à laquelle on assiste aujourd'hui : un livre peut être agrémenté d'images et de sons, par exemple. L'ensemble pourra être lu – vu et écouté – sur un simple ordinateur ou un *e-book*... Cette impossibilité de donner une définition au livre numérique est relevée par JÉHANNO⁷⁹ qui précise que le principal problème réside dans le fait que « le terme *livre* se définit moins par son contenu que par son contenant »⁸⁰. Le livre numérique n'a pas de contenant. Il peut être lu indifféremment sur un ordinateur, un *e-book*, un téléphone *wap* ou alors simplement être imprimé sur du papier.

JÉHANNO s'attache dès lors à une définition méthodologique du *livre numérique*, en

⁷¹ FEDERRATI, p. 804, 806 ; PEUKERT, § 33 N 1 ; en ce sens : DUSSOLIER/POULLET/BUYDENS, p. 4.

⁷² LEHMANN, p. 31-32.

⁷³ LEHMANN, p. 32-33.

⁷⁴ LEHMANN, p. 28-30.

⁷⁵ DUSSOLIER/POULLET /BUYDENS, p. 19 ss ; WITTGENSTEIN, p. 12 ss ; v. également LUCAS, p. 259 ss, et les nombreuses réf. ; récemment : SALVADÉ, p. 108 ss.

⁷⁶ DE BROGLIE, p. 16.

⁷⁷ Comparer avec GALLUS, p. 58, qui fait le lien entre la publication numérique et la technique numérique.

⁷⁸ CALCREL, Introduction ; v. également LEBERT, 1998, « 8.4. Document imprimé et/ou électronique » ; en ce sens, s'agissant de la notion de *e-book* : REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 219 ; v. également SCHMAUS, p. 17 ; ainsi, parle-t-on indistinctement de livre numérique, de livre électronique, de livre virtuel, de *e-book*, etc. La rapidité de développement des nouvelles technologies de l'information fait obstacle à l'unification des notions employées dans l'univers numérique.

⁷⁹ JÉHANNO, p. 13-18.

⁸⁰ JÉHANNO, p. 14.

se référant au livre papier⁸¹, mais sans considérer celui-ci comme une composante nécessaire de la notion de livre⁸² :

« Le livre numérique devrait donc être défini à notre sens en référence à son objet d'origine générique, le livre papier. Il ne s'agit pas là de sous-entendre qu'un livre numérique doit forcément avoir en une existence sur papier au préalable, mais que tout livre numérique doit pouvoir s'imprimer de manière exhaustive sur papier. Une proposition de définition pourrait être : « Un ensemble de signes stockés sous format numérique qui peuvent être imprimés dans leur ensemble pour obtenir un volume imprimé d'un assez grand nombre de pages. » Ce type de définition permet d'exclure a priori les logiciels et outils multimédia mêlant sons, images animées... et de garder une définition stricte du livre, sans le limiter au texte seul : la présence d'images serait compatible avec cette définition [...]. De même, l'existence de ce livre numérique en ligne ou hors ligne reste possible. L'assimilation d'un site Internet, uniquement constitué d'un ensemble de textes cohérents, à un livre numérique ne nous semble pas de nature à poser problème (...) »

Cette définition est évidemment restreinte au regard des possibilités offertes par la technique numérique, mais elle présente l'avantage de permettre de faire une distinction cohérente entre le livre électronique et le livre imprimé à la demande. Le livre électronique représente le livre numérique associé à un support électronique⁸³.

⁸¹ La définition est reprise d'une contribution de CYLIBRIS au forum Internet sur le livre numérique organisé sur le site du ministère français de la Culture en janvier et février 2000.

⁸² JÉHANNO, p. 15-16 : pour une autre définition. v. HILLE, p. 18 ; sur les nombreux formats de livres numériques (PDF, OeB, etc.), v. LEBERT, 2003, « 7.1. Plusieurs logiciels de lecture ».

⁸³ JÉHANNO, p. 17 : en utilisant une autre formulation. LEBERT, 2003, « Introduction », donne une définition semblable : pour une présentation des différents modèles de livre électronique, v. LEBERT, 2003, « 8.1. Les livres électroniques » ; la notion de *support électronique* est destinée à évoluer à moyen terme : les chercheurs travaillent actuellement à la mise au point de ce que les médias ont baptisé le *livre du futur*, composé de papier et d'encre électroniques (pour une présentation, v. KLINGSIECK, p. 11 s.). Ce livre « sera composé de quelques dizaines de pages plastifiées qu'on pourra rouler ou glisser aisément dans une poche ou un sac. Via une connexion à Internet, ces pages pourront se réalimenter à l'infini grâce à un système d'encre électronique composé de capsules contenant un pigment noir et des particules blanches chargées électriquement. Dans la couverture du livre seront cachés des boutons qui permettront de commander l'affichage de quelques centaines d'ouvrages stockés en mémoire » (JÉHANNO, p. 23-24). Pour la présentation d'un livre composé de centaines de pages utilisant la technique de l'encre électronique, v. JACOBSON. Le livre du futur palliera l'inconfort de la lecture sur écran, sera ergonomique et aisément transportable (v. RESNIC/BARLOW, p. 2). Selon ses concepteurs, sa commercialisation est prévue à partir de 2005 (HURLIMANN, *Le Temps* du 15 novembre 1999). D'aucuns estiment que la commercialisation d'un support offrant une parfaite lisibilité en lumière réfléchie, comparable à celle du papier ne doit pas être attendue avant 2010-2015 (v. LEBERT, 2003, « 8.4. Le papier électronique »).

Le livre imprimé à la demande représente le livre numérique associé à un support papier⁸⁴.

Au vu de l'évolution rapide des nouvelles technologies de l'information, la définition de JÉHANNO ne représente qu'une photographie d'une époque qui sera rapidement dépassée. L'auteur de l'enquête sur la filière du livre numérique l'admet expressément dans son ouvrage en notant que « *la numérisation des contenus contribue à rapprocher le texte du son et de l'image⁸⁵* » et en pariant que la majorité des livres numériques de demain « *utilisera les possibilités du multimédia, parce que le support utilisé pour sa restitution permettra d'y ajouter sons et images animées* »⁸⁵.

2. Publication numérique

2.1. Présentation

Dans un système de publication numérique idéal, toutes les composantes de la « chaîne de publication » (rédaction du manuscrit, remaniement de l'œuvre en vue de la publication, publication de l'œuvre) reposent sur l'utilisation d'un ordinateur⁸⁶.

Dans la réalité, la chaîne de publication se présente de manière différente. Toutes les composantes ne sont pas fondées sur la technique numérique⁸⁷.

Les contours de la notion de *publication numérique* sont différents selon que l'on considère que celle-ci est orientée vers la production ou alors vers la distribution :

- selon la première conception, la technique numérique doit être utilisée en vue de la production (c'est-à-dire en tout cas lors du remaniement de l'œuvre par l'éditeur en vue de la publication)⁸⁸. Par conséquent, il peut être question de production d'exemplaires papier de l'œuvre ;

⁸⁴ JÉHANNO, p. 17 ; VANDERDORPE, p. 189-191, hésite à parler de *livre* dans l'univers numérique. Il indique que deux impératifs sont indissociables de la notion de livre : la portabilité et la pérennité. S'il semble admettre la réalisation de la condition de la portabilité même pour les ordinateurs portables, cet auteur indique que la question de la conservation est moins sûre... même s'il n'apporte pas la conclusion qui paraît alors s'imposer. VANDERDORPE semble peu enclin à parler de *livre* ; d'autres auteurs sont encore plus catégoriques et estiment que la notion de *livre* ne peut être utilisée dans l'environnement numérique, considérant que ce terme ne désigne pas seulement le contenu éditorial, mais également l'objet en papier. V. par exemple PIERRE SCHWEITZER, concepteur de @folio, support numérique de lecture nomade, mentionné par LEBERT, 2003, « Introduction ».

⁸⁵ JÉHANNO, p. 17.

⁸⁶ Comparer avec RIEHM, p. 3 ; GOEBEL/HACKEMANN/SCHELLER, p. 355.

⁸⁷ V. RIEHM, p. 4.

⁸⁸ V. RIEHM, p. 4, et le schéma présenté, p. 5.

- selon la seconde conception, la technique numérique doit être utilisée jusqu'à la distribution de l'œuvre. La publication numérique ne concerne par conséquent que la distribution de supports de données et le transfert *on-line*⁸⁹.

Ci-dessous, nous avons choisi de retenir la définition de la publication numérique orientée vers la production (conception no 1)⁹⁰. Elle est la plus adaptée pour notre analyse. Selon la conception no 2, l'utilisation de presses numériques⁹¹ et l'impression à la demande⁹² (reproduisant des exemplaires sous format papier) ne sont pas considérées comme des formes de publication numérique. Or, il importe d'analyser ces dernières dans la mesure où elles peuvent avoir une incidence sur les devoirs de l'auteur et de l'éditeur⁹³.

2.2. Formes de publication numérique

Dans les formes de publication numérique on comprend :

- l'utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels (presses numériques)⁹⁴ ;
- l'utilisation de nouveaux supports de données (CD-ROMs)⁹⁵ ;
- l'impression à la demande⁹⁶ ;
- le transfert *on-line*⁹⁷.

L'impression à la demande et le transfert *on-line* sont désignés par la notion de *publication à la demande* (publication *on demand* ; *publishing on demand*).

2.2.1. L'activité de l'auteur (mention)

La rédaction du manuscrit sur l'ordinateur personnel de l'auteur ne représente pas à proprement parler une forme de publication numérique. Il est néanmoins intéressant de noter que les auteurs font usage d'ordinateurs depuis plus de 20 ans. L'origine de

⁸⁹ Comparer avec SCHMAUS, p. 19, et la note 63 (ainsi que les auteurs cités) ; v. également KATZENBERGER, *Printmedien*, p. 1 ss.

⁹⁰ Conception également retenue par GALLUS, p. 59 : « *Wesentlich für elektronisches Publizieren ist daher nicht die Übermittlungsform, sondern der Verarbeitungsprozess* ». Plus loin (toujours p. 59) : « *Dabei sollte zunächst unerheblich bleiben, ob als Ergebnis des geänderten Herstellungsverfahrens, eine Datenbank, sei es online oder offline oder ein Buch entsteht* ».

⁹¹ V. ci-dessous, pt. 2.2.2 (p. 18).

⁹² V. ci-dessous, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

⁹³ Comparer avec GALLUS, p. 59, qui met en évidence que le produit final n'a aucune importance dans la mesure où le droit d'édition est étroitement lié aux méthodes de production.

⁹⁴ V. ci-dessous, pt. 2.2.2 (p. 18).

⁹⁵ V. ci-dessous, pt. 2.2.3 (p. 19).

⁹⁶ V. ci-dessous, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

⁹⁷ V. ci-dessous, pt. 2.2.5 (p. 20 s.).

cette utilisation coïncide avec l'apparition des micro-ordinateurs vers 1970⁹⁸. Il faut cependant attendre une dizaine d'années avant que les auteurs adoptent largement cette pratique⁹⁹. Aujourd'hui, une grande majorité des manuscrits sont écrits à l'aide de l'ordinateur¹⁰⁰. Les professionnels de l'édition parlent de « manuscrits » numériques¹⁰¹.

2.2.2. L'utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels (presses numériques)

L'utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels représente une première forme de publication électronique¹⁰². On parle de presses numériques¹⁰³. Celles-ci sont relativement récentes. Les presses numériques – permettant de passer directement des données contenues dans la mémoire de l'ordinateur à l'impression sur une bande papier – datent du début des années nonante¹⁰⁴. A titre d'exemple, la *Docu Tech* de RANK XEROX, mise au point en 1989, est commercialisée en France depuis 1991¹⁰⁵.

Les presses numériques sont les bienvenues en particulier pour les petites maisons d'édition qui peuvent aujourd'hui réaliser des tirages limités¹⁰⁶, voire à l'unité, en gérant mieux les catalogues et les stocks et en évitant la surproduction.

En ce qui concerne la qualité de l'impression, les professionnels du livre estiment que si la préparation de l'impression est effectuée de manière consciencieuse par la maison d'édition, un profane distingue à peine une différence de qualité d'avec une impression *offset*¹⁰⁷.

En 1992, un imprimeur romand, établi à Sierre, est l'un des premiers en Suisse à croire au potentiel des presses numériques et à utiliser celles-ci¹⁰⁸.

⁹⁸ NGUYEN DUC LONG, p. 53.

⁹⁹ SCHUWER, p. 558.

¹⁰⁰ CALCRE, « Les recommandations du CALCRE », pt. 1, indiquait en 2000 que plus de 60 % des auteurs « finalisent leurs « manuscrits » par le biais d'articles logiciels ».

¹⁰¹ 00n00.COM, p. 23 ; CALCRE, « Les recommandations du CALCRE », pt. 1, explique que de plus en plus d'éditeurs exigent des auteurs la saisie numérique et même la PAO (maquette) des ouvrages !

¹⁰² Comparer avec SCHRICKER, § I N 51, p. 136.

¹⁰³ Pour une explication des différents procédés, v. LEGENDRE, p. 162 ss., en particulier p. 163-164.

¹⁰⁴ Pour les détails, v. LEGENDRE, p. 163 s.

¹⁰⁵ LEGENDRE, p. 163.

¹⁰⁶ De manière plus rapide qu'avec une presse *offset*. V. KOUTCHOUMOFF, Le Temps du 15 novembre 1999.

¹⁰⁷ GÖBEL, www.nmz.de ; SCHWIETERT, p. 15. Ces deux auteurs se réfèrent à l'impression *on demand*. L'affirmation vaut également pour l'impression numérique. L'impression *on demand* est indissociable des presses numériques.

¹⁰⁸ KOUTCHOUMOFF, Le Temps du 15 novembre 1999.

2.2.3. L'utilisation de nouveaux supports de données (CD-ROMs)

La publication numérique comprend une deuxième technique : l'utilisation de nouveaux supports de données, comme le CD-ROM¹⁰⁹. L'essor de ce dernier débute à partir de 1985¹¹⁰.

Actuellement, les CD-ROMs produits regroupent des contenus très différents, des encyclopédies aux méthodes de langues¹¹¹. L'émergence du CD-ROM est la cause de l'incursion de nouveaux acteurs (opérateurs technologiques) dans la filière du livre (numérique)¹¹².

2.2.4. L'impression à la demande

La publication numérique englobe également l'impression à la demande (impression *on demand*)¹¹³. Celle-ci peut être indépendante de l'internet (la commande a lieu de manière traditionnelle, et non sur le site *web* de la maison d'édition) ou, au contraire, dépendre de la commande en ligne d'une œuvre. Dans ce dernier cas, la commande s'effectue sur un site de vente en ligne. Suite au paiement du consommateur, la maison d'édition responsable du site imprime le livre puis le fait parvenir au lecteur (dans la suite de ce travail, lorsque nous parlerons d'impression à la demande, nous ferons uniquement référence au cas où l'œuvre est commandée *on-line*, à savoir sur le site de la maison d'édition). Ce procédé de vente se distingue de celui mis en œuvre par le premier libraire en ligne, AMAZON.COM, qui se borne principalement¹¹⁴ à fournir un catalogue sur le réseau sans offrir les services d'impression à la demande et de téléchargement en ligne¹¹⁵.

L'impression à la demande permet de réaliser trois objectifs d'un potentiel économique important¹¹⁶ :

- l'impression en flux tendus : l'éditeur a la possibilité d'effectuer – à bref délai – de très faibles tirages, voire des copies individuelles de livres¹¹⁷ ;

¹⁰⁹ HEKER, p. 98 : pour une présentation des différents supports physiques (CD-ROM, DVD, etc.), v. LEGENDRE, p. 39-40.

¹¹⁰ SCHUWER, p. 558 ; RIEHM, p. 18.

¹¹¹ Pour une présentation : SCHUWER, p. 558-563 ; LEGENDRE, p. 43-45.

¹¹² Le domaine de la technique numérique n'étant pas maîtrisé par les maisons d'édition : pour les détails, v. SCHUWER, p. 563-564 ; JÉHANNO, p. 52 ss.

¹¹³ GOEBEL/HACKEMANN/SCHILLER, p. 355 ; HEKER, p. 97-98 : pour une définition, v. BIESALSKI, *Print on Demand*, p. 7.

¹¹⁴ V. ci-dessous, pt. 2.3 (p. 22), et note 143.

¹¹⁵ V. www.amazon.com ; pour l'exemple de AMAZON.DE, v. SCHULZE, p. 433.

¹¹⁶ V. le Rapport du Parlement européen du 10 janvier 2001, p. 14, qui parle de l'impression *on demand* dans le contexte de l'internet.

¹¹⁷ BIESALSKI, « Was bietet PoD », parle de *flexibilité* : le responsable de la société BOOKS ON DEMAND GMBH déclare : « *Unsere kleinste Auflage ist eins* » (v. PÖHLMANN, p. 23) ; pour des explications complètes sur les avantages de l'impression *on demand*, v. NICOLAY, p. 24 ss.

- l'impression décentralisée : l'éditeur peut transmettre numériquement le livre commandé aussi près que possible du lieu de livraison en vue de l'impression ;
- l'impression personnalisée : les livres peuvent être adaptés aux besoins du lecteur¹¹⁸. En ce qui concerne les aspects formels de la publication, certaines maisons d'édition offrent un choix important au lecteur. Par exemple, le client de la société allemande BOOKS ON DEMAND GMBH (BoD) peut choisir la couleur du papier (blanc ou chamois) sur lequel il désire que l'impression soit effectuée¹¹⁹, le format du livre (différents formats standard ou grand format) et la qualité de la couverture (*Paperback*, *Hardcover*, *Hardcover Premium*)¹²⁰.

L'impression à la demande est considérée comme une forme hybride de publication, qui implique la mise en mémoire des textes sous *format numérique* et l'impression par des imprimantes numériques spéciales¹²¹.

Lorsque la préparation de l'impression est effectuée de manière consciencieuse par la maison d'édition, le profane distingue à peine une différence de qualité entre l'impression *on demand* et l'impression *offset*¹²².

2.2.5. Le transfert *on-line*

Enfin, la publication électronique englobe, de manière générale, tout envoi d'ouvrages sous une forme électronique *on-line*¹²³. Nous distinguons deux formes principales :

- l'envoi de l'œuvre par messagerie : l'éditeur envoie le livre sous format numérique au consommateur, par le biais de la messagerie électronique¹²⁴. Plus précisément (nous prenons ici l'exemple du site de l'éditeur-distributeur numérique 00H00¹²⁵) : suite au paiement de sa commande, le lecteur reçoit un

¹¹⁸ En ce sens, v. BIESALSKI, « Was bietet PoD ; Personalisierter Bedarfsdruck » ; SCHADE, p. 72 ss. estime que les éditeurs doivent encore faire un réel effort afin de mieux comprendre les besoins des lecteurs.

¹¹⁹ GÖBEL, www.nmz.de.

¹²⁰ V. www.bod.de/produkte/index.html ; la société BOOKS ON DEMAND GMBH a débuté ses activités au début de l'année 2001. Le bilan de la société est bénéficiaire depuis la fin de l'année 2002 (v. PÖHLMANN, p. 22).

¹²¹ V. le Rapport du Parlement européen du 10 janvier 2001, p. 14, qui parle de l'impression *on demand* dans le contexte de l'internet.

¹²² GÖBEL, www.nmz.de ; SCHWIETERT, p. 15.

¹²³ Sur les différents formats dans lesquels les ouvrages sont convertis avant la publication *on-line*, v. SCHMAUS, p. 18 ; v. également les formats proposés sur le site www.numilog.com.

¹²⁴ V. SCHMAUS, p. 90, qui parle de la transmission de l'œuvre par *E-mail-Anhang* ou par FTP.

¹²⁵ Maison créée par JEAN-PIERRE ARBON (www.00h00.com), ancien directeur général de la maison d'édition FLAMMARION, ayant cessé toute activité peu avant l'été 2003 (v. Edition Acta N 80, p. 2). Probablement l'éditeur numérique le plus médiatisé en 2001-2002, 00H00 proposait un service d'impression à la demande, de transfert numérique *on demand* (service le plus utilisé par les clients. V. STEVAN, Le Temps du 3 juin 2002), ainsi que l'animation de

premier *e-mail* de 00H00 contenant un mot de passe qui lui permet d'ouvrir le document PDF – contenant le livre commandé – attaché au second *e-mail* (ce dernier est envoyé une dizaine de minutes après le premier)¹²⁶ ;

- la mise à disposition *on-line*¹²⁷ : certains sites offrent la possibilité au lecteur de télécharger un ouvrage directement depuis le site, après s'être acquitté du prix de l'œuvre¹²⁸. L'utilisateur peut télécharger l'œuvre sur différents supports. Par exemple : sur son propre ordinateur, ou alors sur son *e-book*¹²⁹.

2.3. Impression à la demande et transfert *on-line* – origine

La première étape du projet ARPANET, ancêtre de l'internet, aboutit en 1969¹³⁰. En 1983, tout le réseau utilise le protocole TCP/IP¹³¹. En 1990, le WORLD COMES ON-LINE devient le premier fournisseur d'accès destiné à des utilisations commerciales¹³². En 1991, TIM BERNERS-LEE, physicien au CERN, développe le *World Wide Web*¹³³. Trois ans plus tard, des opérateurs privés proposent des services de connexion à l'internet (par exemple AMERICA ONLINE [AOL]). Les autoroutes de l'information vont littéralement exploser¹³⁴.

forums de discussion : à noter que 00H00 a été le premier site européen à proposer des fichiers d'œuvres à télécharger : au sujet de la société 00H00, v. JÉHANNO, p. 40-43. L'ouvrage de JÉHANNO, souvent cité dans notre thèse, était d'ailleurs accessible uniquement sur le site de 00H00.

¹²⁶ Le format universel *Adobe PDF* permet de diffuser au format électronique des documents de toute origine (PC, Mac.) en respectant la mise en page initiale du document. V. JÉHANNO, p. 56-57 ; v. également HILLÉ, p. 29 ss.

¹²⁷ V. les explications données par SCHMAUS, p. 90.

¹²⁸ V. par exemple le site www.numilog.com. Après validation du paiement, NUMILOG envoie au lecteur un *e-mail* contenant des liens permettant de télécharger l'œuvre numérique commandée.

¹²⁹ A ce sujet, v. par exemple le Rapport du Parlement européen du 10 janvier 2001, p. 13 ; pour la présentation (également technique) des différents types de *e-books* disponibles aujourd'hui, v. HILLÉ, p. 7-12.

¹³⁰ CHAYETTE, ad année 1969 ; GRIESE/SIEBER, p. 45 ; FRÖHLICH, p. 1 : sur la perte d'importance de l'ARPANET à la fin des années septante au profit d'autres réseaux, v. KRÖGER/GÖRS/HANKEN, p. 5.

¹³¹ GRIESE/SIEBER, p. 45 ; FRÖHLICH, p. 13 ; pour les détails, v. DUFOUR/GHERNAOUTI-HELIE, p. 31 ss ; pour une explication de l'utilité des protocoles de communication et leur évolution, v. HUITEMA, p. 52.

¹³² ZAKON, ad année 1990.

¹³³ CHAYETTE, ad année 1991 ; ZAKON, ad année 1991, avec des liens hypertextes ; GRIESE/SIEBER, p. 45-46.

¹³⁴ CHAYETTE, ad année 1994 ; pour une présentation « historique » de l'internet, v. LÜHRIG, p. 33 ss, et les nombreuses réf. ; idem (sous l'angle de la publicité) : JÖHRI, p. 47-48 ; FRÖHLICH, p. 1, relève que différentes études estiment qu'en 2000 le nombre d'utilisateurs de la toile a atteint 200 millions de personnes.

La publication à la demande (impression à la demande¹³⁵ et transfert *on-line*) représente donc une application très récente du réseau internet, puisqu'elle se situe plutôt dans la deuxième moitié des années nonante¹³⁶. Il est parfois affirmé que l'origine de l'édition de livres numériques coïncide avec la mise en vente des premières versions numériques commercialisées par la maison d'édition 00H00.COM, en mai 1998¹³⁷. Si cet éditeur a été le premier à vendre des livres en format numérique, la maison d'édition CYLIBRIS fut la première à envoyer des ouvrages imprimés à la demande (consécutivement à une commande de l'utilisateur effectuée sur le site de l'éditeur), en août 1996 déjà¹³⁸. Or, dans le cadre de l'impression à la demande, il est bien question de livre numérique¹³⁹. Malgré ces précurseurs, il faut attendre l'automne 2000 pour que la vente de livres numériques se généralise¹⁴⁰.

Si AMAZON.COM a bien été créée en juillet 1995¹⁴¹, cette société ne représentait à cette époque qu'une simple librairie en ligne¹⁴², mettant à disposition sur son site un catalogue d'ouvrages traditionnels livrés – suite à une commande – par la voie postale¹⁴³.

En 2003, plusieurs entreprises proposaient la vente d'œuvres en version numérique. Nous citerons à titre d'exemples : 00H00¹⁴⁴, AMAZON.COM¹⁴⁵, BARNES & NOBLE¹⁴⁶, EBOOK STORE¹⁴⁷, PALM DIGITAL MEDIA¹⁴⁸, NUMILOG¹⁴⁹, MOBIPOCKET¹⁵⁰, etc.¹⁵¹.

¹³⁵ Suite à la commande *on-line* d'un utilisateur. L'impression à la demande « traditionnelle » n'est en soi pas une technique nouvelle. V. BIESALSKI, *Print on Demand*, p. 7.

¹³⁶ Exception faite du Projet GUTENBERG de MICHAEL HART – alors étudiant à l'Université d'Illinois en 1971 – créé pour répandre des œuvres du domaine public sous la forme de documents électroniques (au format texte) (v. Edition Actu N 75, p. 3-4). Il s'agit là de la première bibliothèque numérique au monde. Bien que les œuvres ainsi numérisées correspondent à la définition du livre numérique retenue ci-dessus (pt. 1.2 [p. 15]), il faut plutôt reconnaître que l'origine – et l'essor – de la notion de livre numérique coïncide avec son exploitation commerciale.

¹³⁷ LEBERT, 2003, « Introduction » ; v. également Edition Actu N 75, p. 4 ; LEGENDRE, p. 38, indique que « 1998 a vu la création des premières maisons d'édition en ligne publiant des œuvres qui paraissent en même temps sous forme de livre » ; l'éditeur-distributeur 00H00 a cessé ses activités peu avant l'été 2003 (v. Edition Actu N 80, p. 2).

¹³⁸ LEBERT, 2003, « 1.2. Chronologie détaillée » ; aujourd'hui, CYLIBRIS permet également aux internautes de télécharger des ouvrages *on-line*.

¹³⁹ V. ci-dessus, pt. 1.2 (p. 14 ss).

¹⁴⁰ LEBERT, 2003, « Introduction » ; Edition Actu N 75, p. 4 ; pour cette date, v. également, en Allemagne, SCUMAUS, p. 17.

¹⁴¹ CHAYETTE, ad année 1995 ; LEBERT, 2003, « 1.2. Chronologie détaillée ».

¹⁴² Comparer avec le Rapport du Parlement européen du 10 janvier 2001, p. 13.

¹⁴³ Aujourd'hui, AMAZON vend des œuvres intégrales en version numérique (v. Edition Actu N 68, p. 5).

¹⁴⁴ www.00h00.com. 00H00 n cependant cessé ses activités peu avant l'été 2003 (v. Edition Actu N 80, p. 2 ; pour les détails, v. LEBERT, 2003, « 3.1. Editeurs commerciaux »).

¹⁴⁵ www.amazon.com.

2.4. Transfert *on-line* – en Suisse

Prévue pour le printemps 2000¹⁵², la vente des premiers *e-books* en Suisse commence au début de l'année 2001¹⁵³. Elle n'a pas pour conséquence de pousser les maisons d'édition suisses à développer la publication *on-line*. Depuis l'année 2000, on assiste uniquement à quelques initiatives ponctuelles de certaines maisons d'édition. En guise d'exemple, les EDITIONS DROZ mettent à disposition sur leur site, gratuitement, le texte d'un ouvrage aujourd'hui épuisé (il s'agit de l'œuvre *Les voix narratives dans la Recherche du Temps perdu*). Le responsable de la maison d'édition explique qu'il s'agit là d'une sorte de « ballon d'essai » destiné, d'une part, à observer le nombre d'internautes téléchargeant l'œuvre proposée¹⁵⁴ et, d'autre part, à effectuer une action publicitaire¹⁵⁵.

Les éditeurs romands n'en sont qu'au stade du « simple » site de présentation. Ainsi, les responsables des maisons d'édition tentent de suivre le mouvement mais sans avoir de grandes espérances quant au rendement de leur site¹⁵⁶. En juin 2002, il n'existait toujours aucun éditeur en ligne en Suisse romande¹⁵⁷, hormis quelques sites – à l'instar de CULTURACTIF.CH¹⁵⁸ – éditant des textes inédits *on-line*, mais pas de livres¹⁵⁹. A notre connaissance, cela n'a pas changé en 2003.

Les éditeurs étrangers sont encore réticents à développer en Suisse une véritable infrastructure sur le réseau pour s'approcher des auteurs et du lectorat suisses. En guise d'exemple révélateur de la situation actuelle, on note que, le 1^{er} avril 2001, la société allemande BOOKS ON DEMAND GMBH crée une succursale à Olten (BOOKS ON DEMAND [SCHWEIZ] GMBH) s'adressant avant tout aux utilisateurs habitant en Suisse et au Liechtenstein¹⁶⁰. Le 31 octobre 2002, « au regard du développement des affaires sur le marché suisse » (!), l'entreprise ferme la succursale et réintègre

¹⁴⁶ www.barnesandnoble.com. BARNES & NOBLE a stoppé la vente de livres numériques en été 2003 (v. Edition Actu N 80, p. 3).

¹⁴⁷ www.ebookstore.com.

¹⁴⁸ www.palmdigitalmedia.com.

¹⁴⁹ www.numilog.com.

¹⁵⁰ www.mobipocket.com

¹⁵¹ Pour d'autres éditeurs en ligne, v. CALCRE, « Quelques (cyber)éditeurs à connaître ».

¹⁵² NZZ du 25 janvier 2000, p. 60.

¹⁵³ WUTHRICH, Le Temps du 15 mai 2001.

¹⁵⁴ HAEBERLL, Le Temps du 22 août 2000.

¹⁵⁵ DELALOYE, 24 Heures du 16 août 2000.

¹⁵⁶ Pour les détails, v. DELALOYE, 24 Heures du 16 août 2000.

¹⁵⁷ STEVAN, Le Temps du 3 juin 2002.

¹⁵⁸ V. www.culturactif.ch.

¹⁵⁹ STEVAN, Le Temps du 3 juin 2002.

¹⁶⁰ V. Pressemitteilungen 1 (www.bod.de).

les activités de celle-ci dans le cadre de l'établissement principal. Elle garde uniquement une présence virtuelle en Suisse¹⁶¹.

2.5. Jonction de l'imprimé et du numérique

En guise d'anecdote, il est intéressant de constater que le premier ouvrage imprimé à l'aide de la presse de GUTENBERG, la Bible, est, depuis le 23 novembre 2000, en libre accès – en version numérique – sur le site de la BRITISH LIBRARY¹⁶². De manière imagée, on peut noter que l'imprimé et le numérique se sont maintenant rejoins. Pour que cette jonction soit totale, que le consommateur prenne le pli, un jour, de choisir indistinctement un ouvrage imprimé ou numérique, ou plus encore, que la vente d'œuvres numériques prenne le pas sur celle des imprimés, l'évolution doit encore se poursuivre et les habitudes des consommateurs changer¹⁶³.

2.6. Evolution

2.6.1. Présentation générale

A ce jour la filière numérique n'en est encore qu'à ses débuts¹⁶⁴. Contrairement à la vision d'un célèbre philosophe, les œuvres ne sont pas encore noyées « dans le flot ou la déferlante numérique »¹⁶⁵. S'agissant plus particulièrement de la pratique en matière contractuelle, la doctrine allemande indique que le transfert *on-line*¹⁶⁶ d'une œuvre représente aujourd'hui rarement l'unique objet d'un contrat d'édition. Ce dernier intègre – en plus – l'accord sur l'impression de l'œuvre¹⁶⁷.

La vision future du développement de la publication numérique est fortement influencée par l'évolution globale des technologies de l'information. Cette dernière a souvent été appréhendée de manière euphorique dans le courant de l'année 2000. Cependant, déjà au début de l'année 2001, le potentiel économique de la nouvelle économie a été revu à la baisse¹⁶⁸.

Le directeur éditorial de MANUSCRIT.COM, à l'instar d'autres éditeurs numériques, fait le constat que les formats numériques pénètrent le marché plus lentement que

¹⁶¹ V. Pressemitteilungen 2 (www.bod.de).

¹⁶² LEBERT, 2003, « Introduction » ; v. également Edition Acta N 75, p. 4.

¹⁶³ Comparer avec Edition Acta N 42, p. 2.

¹⁶⁴ V. DIURETZ, *Editeurs* ; JÉHANNO, p. 111 : « Le marché du livre numérique n'est en qu'à l'heure zéro de son déploiement : (...) » ; SCHULZE, p. 433 : « Mitunter ist von Seiten der Verlage zu hören, in das Internet-Geschäft werde zwar einiges investiert, wirtschaftlich gesehen sei es aber bei weitem noch kein Geschäft ».

¹⁶⁵ FINKIELKRAUT, p. 45.

¹⁶⁶ Sur cette notion, v. ci-dessus, pt. 2.2.5 (p. 20 s.).

¹⁶⁷ Comparer avec SCHMAUS, p. 13-14.

¹⁶⁸ Entre – beaucoup d' – autres : HOEREN, p. 37 ; comparer avec les explications données in : Edition Acta N 70, p. 3, qui font expressément référence au livre numérique.

prévu, en raison de nombreux freins économiques, culturels et techniques. Il précise cependant que la situation progresse plus rapidement dans le domaine de la littérature scientifique¹⁶⁹. En 2003 (deuxième semestre), les spécialistes de l'édition estiment – en particulier en observant les signes offerts par le marché américain – que la vente de livres électroniques devrait augmenter et que les perspectives deviendront alors intéressantes pour les éditeurs¹⁷⁰. Les analyses optimistes du marché soutiennent qu'une évolution exponentielle devrait avoir lieu avant 2005¹⁷¹. D'autres études expliquent que les livres électroniques ne commenceront à occuper une part importante du marché du livre qu'à partir de 2006¹⁷².

2.6.2. Etude réalisée en Allemagne : quelques chiffres

En janvier 2003, l'AKEP¹⁷³ a publié une étude sur la manière dont les maisons d'édition allemandes appréhendent à l'heure actuelle la publication électronique, ainsi que leur vision future de celle-ci¹⁷⁴. Très brièvement, on retiendra les données suivantes :

- en 2002, la part du chiffre d'affaires relative à la publication numérique du 60 % des maisons d'édition interrogées varie encore entre 0 et 5 %¹⁷⁵. En 2007, la majorité des éditeurs estiment que cette part atteindra 5 à 20 %¹⁷⁶ et jusqu'à 50 % en 2012¹⁷⁷ ;
- en 2002, la vente de CD-ROMs représentait encore l'activité qui répondait le plus aux attentes des maisons d'édition (parmi toutes les activités basées sur la technique numérique). Dans le futur, les éditeurs estiment que le transfert *on-line* devancera très largement la vente de CD-ROMs¹⁷⁸.

¹⁶⁹ Edition Actiu N 40, p. 6-7 ; Edition Actiu N 50, p. 7 : « *Ce qui n'est plus tendance en 2001 c'est le numérique. Que ce soit l'édition ou la librairie, chacun se remet à se vanter de faire du papier et de ne pas être tout numérique. Un signe.* » ; v. également Edition Actiu N 80, p. 2-3.

¹⁷⁰ ROESLER-GRAICHEN, p. 17.

¹⁷¹ DURETZ : en 2005, 31 millions de textes numériques destinés aux livres électroniques devraient être vendus dans le monde. Les livres imprimés à la demande devraient avoisiner les 178 millions d'unités : les spéculations sont nombreuses ; v. par exemple SCHULZE, p. 433 : « *Es wird damit spekuliert, im Jahre 2020 würden bereits 90 % aller Bücher E-Books sein* » ; v. également HAEBERLI, *Le Temps* du 22 août 2000.

¹⁷² LAUBIS, *Financial Times Deutschland* du 14 mai 2001.

¹⁷³ *Arbeitskreis Elektronisches Publizieren*. Section de la *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.*

¹⁷⁴ V. la réf. dans la bibliographie générale.

¹⁷⁵ AKEP, p. 3-4. La publication numérique ne génère un bénéfice que pour 22 % des éditeurs.

¹⁷⁶ AKEP, p. 4. Pour cette même date, 60 % des éditeurs s'attendent à une situation clairement bénéficiaire.

¹⁷⁷ AKEP, p. 4. 80 % des éditeurs s'attendent à une situation clairement bénéficiaire.

¹⁷⁸ AKEP, p. 10-11.

Chapitre 3. Relations entre l'auteur et l'éditeur depuis l'émergence de l'internet

1. Réaction des éditeurs

Cela n'est pas faire preuve d'audace que d'affirmer que l'émergence de la publication numérique – et en particulier de l'internet – secouera le monde de l'édition¹⁷⁹. Cela ne sera pas la première fois dans l'histoire. Comme le relèvent les professionnels de l'édition, « la naissance de tout nouveau média, à toute époque, a suscité des résistances et des prophéties sur la mort de l'écrit ou du livre, à commencer par l'invention de l'imprimerie ! Dès le XIX^e siècle, le catalogage de ces funestes prévisions eut englobé la presse, le cinéma, la radio et plus tard la télévision. L'écran des micro-ordinateurs est devenu la dernière autienne, le multimédia et Internet représentant l'ultime forme de cette concurrence »¹⁸⁰.

Les maisons d'édition ont souvent fait savoir que l'édition numérique ne remplacerait pas l'impression sur papier, cette dernière seule étant susceptible d'éviter les altérations de l'œuvre et donc de pouvoir faire l'objet de citation dans le futur¹⁸¹. Ces arguments avaient déjà été invoqués consécutivement à l'invention de l'imprimerie. Ils se sont révélés infondés¹⁸². Il en va de même aujourd'hui. Dans le contexte numérique, différentes mesures techniques permettent de résoudre le problème de l'altération des créations de l'esprit¹⁸³. Concernant la problématique des citations, la numérisation ne rend pas celles-ci plus laborieuses, mais permet, au contraire, de conserver certains ouvrages menacés de disparition¹⁸⁴.

Aujourd'hui, les éditeurs ont pris conscience des mutations qu'allait subir l'activité éditoriale et leur attitude à l'égard de l'édition numérique varie entre l'*attentisme choisi* (les maisons d'édition, conscientes des bouleversements en cours, mais encore interrogatives sur les opportunités réelles offertes, observent l'évolution) et l'*engagement graduel* (soit la progression méthodique vers l'édition numérique)¹⁸⁵.

¹⁷⁹ L'emploi du futur est nécessaire dans la mesure où, aujourd'hui, l'activité des éditeurs traditionnels n'est pas fondamentalement modifiée. La position de ceux-ci à l'égard des nouvelles technologies va de l'*attentisme choisi* (attendre pour voir l'évolution) à l'*engagement graduel* (progression méthodique vers l'édition électronique) (v. JÉHANNO, p. 82 ss.).

¹⁸⁰ SCHUWER, p. 568.

¹⁸¹ WALTHER, p. 9.

¹⁸² WALTHER, p. 9.

¹⁸³ Pour les réf., v. ci-dessus, note 75.

¹⁸⁴ WALTHER, p. 9, notes 75 et 77 : il faut néanmoins mettre en évidence que le problème des citations se pose d'une manière différente : s'agissant de l'internet, la citation d'une œuvre publiée sur un site déterminé est problématique étant donné que l'espérance de vie d'une page sur le web se compte souvent en semaines. Il sera donc souvent difficile de retrouver la référence de la citation. Pour la présentation de cette problématique, v. HERBERGIER, N 15 ss.

¹⁸⁵ Pour une analyse détaillée, v. JÉHANNO, p. 82-94. Cette étude reflète la situation en France. A notre connaissance, il n'existe encore aucune étude comparable en Suisse. Selon les quelques

2. Nécessité/utilité d'un éditeur dans le contexte de l'édition numérique

2.1. Changement de paradigme/simple évolution

A partir du XV^e siècle, l'éditeur (imprimeur) devient rapidement un partenaire incontournable pour l'auteur désireux de communiquer son œuvre à un cercle étendu de lecteurs. Disposant d'une presse, lui seul peut reproduire et répandre largement la création de l'esprit.

L'émergence de la technique numérique, et, plus singulièrement, du réseau des réseaux, paraît, en tout cas à première vue, modifier fondamentalement ce « rapport de force » existant entre l'éditeur et l'auteur. La technique numérique permet dorénavant de reproduire des copies parfaites de l'œuvre avec des moyens extrêmement simples. Grâce à l'internet, un ouvrage peut être reproduit facilement, à moindre coût, et distribué à travers le monde entier¹⁸⁶.

Ainsi, chaque auteur pourrait devenir son propre éditeur¹⁸⁷ et ainsi remettre en cause la nécessité, reconnue très tôt dans l'histoire, d'avoir recours à un éditeur afin de diffuser largement ses créations¹⁸⁸.

L'adaptation des règles légales aux nouvelles technologies de l'information ne procède néanmoins pas, selon les auteurs de doctrine juridique et les acteurs de la filière du livre, d'un changement de paradigme, mais bien d'une – nouvelle – évolution du droit d'auteur et du droit d'édition en particulier¹⁸⁹.

observations effectuées ci-dessus (Chapitre 2, pt. 2.4 [p. 23 s.]), la position des éditeurs suisses est sans doute beaucoup plus proche de l'observation attentive que de l'engagement graduel.

¹⁸⁶ V. NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, « (Why) is there a problem ?, Origins of the Issues ».

¹⁸⁷ NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, « (Why) is there a problem ?, Origins of the Issues » ; FRÖHLICH, p. 9 ; SCHWERT, p. 567 : « Internet ouvre ainsi une brèche dans l'ancêtre rapport auteur-éditeur-lecteur en court-circuitant son médiateur, l'éditeur¹⁸⁷ », et la note 3 : sur les avantages de l'autopublication, en particulier dans les domaines scientifiques, v. BARBARISI, p. 417-418.

¹⁸⁸ Les éditeurs de l'Antiquité faisaient travailler d'habiles serfs et des copistes rémunérés qui reproduisaient à la main des œuvres sous la dictée d'un lecteur (HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 4 ; v. également VANDERDORPE, p. 28). Cette activité de reproduction et de diffusion est à l'origine des premiers conflits conclus entre les éditeurs et les auteurs ; pour plus de détails juridiques sur le développement des relations contractuelles entre l'auteur et l'éditeur depuis l'Antiquité, v. CHRIST, p. 1-3.

¹⁸⁹ En ce sens : MICHEL, p. 431 ; Edition Acta N 42, p. 2 ; RENOLD, p. 83, 102 ; posant la question : KREUTZIER, p. 193 ; en ce sens, dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins en France : DE BROGLIE, p. 5 : « Il semble en réalité que les solides principes du droit d'auteur et des droits voisins appellent, dans l'environnement numérique, une simple adaptation plus qu'un bouleversement (...) » ; contra : STUDER, p. 2, qui parle d'un changement de paradigme.

2.2. Utilité de l'activité éditoriale

2.2.1. Dans le contexte numérique

L'évolution – due au développement de la technologie – observée ci-dessus, ne semble pas déboucher sur le constat d'inutilité de la présence de l'éditeur dans le cadre de la filière du livre numérique¹⁹⁰. A l'heure actuelle, il semble plus juste d'affirmer que la publication numérique – comparée à la publication traditionnelle – débouchera sur une nouvelle répartition des tâches entre les auteurs et les éditeurs¹⁹¹.

Cette affirmation suppose les précisions suivantes :

- premièrement, l'éditeur offrira à l'auteur une *plate-forme avantageuse*, destinée à contenir les publications importantes et sur laquelle les œuvres pourront être recherchées par les lecteurs¹⁹². Cette plate-forme sera non seulement utile, mais bel et bien nécessaire pour la plupart des auteurs. Seuls les plus renommés parmi ces derniers pourront se passer de l'assistance d'une maison d'édition et créer un site (re)connu et visité par les lecteurs¹⁹³.

Encore que... L'exemple de STEPHEN KING¹⁹⁴ a été suffisamment retentissant pour que l'on puisse se permettre d'en parler : le 23 juillet 2000, le « roi de l'horreur » a offert le premier chapitre de son roman *The Plant* sur son propre site en écrivant à ses fans : « *Mes amis, nous allons devenir le pire cauchemar du big business de l'édition* ». Quatre autres chapitres suivirent, à intervalles plus ou moins réguliers. STEPHEN KING a simplement averti ses lecteurs qu'il cesserait ses publications si la proportion des internautes s'acquittant du prix du chapitre (un dollar pour les trois premiers, deux dollars pour les suivants) chutait sous les 75 %. Ce qui arriva consécutivement à la livraison du 5^e chapitre...¹⁹⁵.

¹⁹⁰ TISSOT, p. 211 estime que le rôle d'intermédiaire des maisons d'édition semble aujourd'hui dépassé à deux titres au moins : premièrement, parce que les auteurs ont maintenant la possibilité de publier seuls leurs œuvres sur le réseau, à faible coût ; deuxièmement, en raison du fait que les utilisateurs du réseau, en utilisant la technique du partage des fichiers ont de moins en moins besoin du service des maisons d'édition.

¹⁹¹ En ce sens : HEKER, *Rechtsfragen*, p. 115 ; parlant des nouveaux modèles économiques (*business models*) que les maisons d'édition seront contraintes de développer pour survivre : DE WERRA, p. 10 ; DE WERRA, *Protection*, p. 52 ss.

¹⁹² SCHULZE, p. 448 : également afin que les textes puissent être fournis dans des formats standardisés et cohérents. V. à ce sujet VANDERDORPE, p. 161 ; JËLIANNO, p. 73, parle de « *passage par un portail de vente numérique* ».

¹⁹³ SOLAZZO, Le Temps du 26 août 2000 (reprenant des extraits du *Sonntagszeitung* du 13 août 2000 et du *Los Angeles Times* du 1^{er} août 2000) ; VON BECKER, p. 178.

¹⁹⁴ Unique exemple à ce jour. V. VON BECKER, p. 178, note 59.

¹⁹⁵ Pour les détails, v. LAUNET ; SERGENT ; LEBERT, 2003. « 2.3. Best-sellers en numérique » ; TISSOT, p. 217.

En 2001 et 2002, STEPHEN KING plaça à nouveau deux œuvres sur le web¹⁹⁶, cette fois avec l'aide de son éditeur¹⁹⁷.

D'autres auteurs célèbres ont intégré leur(s) ouvrage(s) dans la « bibliothèque virtuelle » de l'internet, sans prendre le risque de se passer d'un éditeur : entre autres, l'auteur argentin ERNESTO SABATO et, en Europe les écrivains espagnol ARTURO PÉREZ-REVERTE¹⁹⁸ et anglais FREDERICK FORSYTH¹⁹⁹. De même, PAULO COELHO a mis en ligne gratuitement sur son site l'édition intégrale de plusieurs de ses romans, avec l'accord de leurs éditeurs respectifs²⁰⁰. Le célèbre écrivain brésilien estime que cette mise à disposition *on-line* ne sera pas préjudiciable aux ventes futures de ses œuvres. Il explique que « *seule une minorité de gens a accès à l'internet* » et que « *le livre au format ebook ne remplacera jamais le livre papier* »²⁰¹ ;

- deuxièmement, la finalité de l'activité éditoriale sera de *garantir l'accessibilité d'œuvres de qualité*. Le flux d'informations visibles sur la toile est aujourd'hui ahurissant. Les documents virtuels proposés peuvent être de grande qualité, mais sont évidemment susceptibles de contenir des avis peu fiables, peu sérieux ou de piètre qualité²⁰². Le lecteur avide d'informations fiables recherchera, dans le dédale des sites proposés sur la toile, celui qui présentera le plus grand crédit dans la pertinence et le choix des documents y figurant²⁰³. Encore davantage que dans le cadre de la publication traditionnelle, l'éditeur aura une fonction de tri et de sélection et garantira une certaine qualité des ouvrages qu'il présente sur sa plate-forme²⁰⁴. En ce sens, JÉHANNO mentionne très clairement que la fonction principale de l'éditeur « *se trouve limitée à l'apport d'une image de marque éditoriale* »²⁰⁵ ;

¹⁹⁶ *Dreamcatcher* et *Everything's Eventual*.

¹⁹⁷ Pour les détails, v. Edition Actu N 68, p. 5.

¹⁹⁸ DESCAMPS, *Espagnol*.

¹⁹⁹ Edition Actu N 48, p. 3-4 ; LEBERT, 2003, « 2.3. Best-sellers en numérique ».

²⁰⁰ V. www.paulocoelho.com.

²⁰¹ Edition Actu N 74, p. 3.

²⁰² WANDTKE, p. 390, présente la situation actuelle de l'internet avec la phrase suivante : « *Wahrheit und Lüge werden schneller transportiert* ».

²⁰³ V. DE BROGLIE, p. 24.

²⁰⁴ Rapport CORDIER, « Livre et édition, Réaffirmer le caractère essentiel du travail éditorial » ; VANDERDORPE, p. 161 ; le Rapport CORDIER, « Livre et édition, Réaffirmer le caractère essentiel du travail éditorial » relève que cette vision de l'activité éditoriale est contestée par ceux qui conçoivent un « village mondial » empreint d'une totale liberté. Selon les tenants de cette liberté, il n'incombe pas à l'éditeur d'effectuer des choix à la place du citoyen, mais seul ce dernier doit avoir la responsabilité de trier dans l'information brute les textes qu'il désire.

²⁰⁵ JÉHANNO, p. 74, 78-79. JÉHANNO, p. 74, estime que le pouvoir d'attraction des maisons d'édition est remis en cause vis-à-vis d'auteurs dont la notoriété dépasse la propre marque éditoriale des éditeurs. Pour revenir à STEPHEN KING, il subsiste trop d'incertitudes pour en

- enfin, les *difficultés techniques inhérentes à l'édition numérique ne doivent pas être sous-estimées*, en particulier s'agissant d'œuvres intégrant des présentations graphiques complexes. Pour de tels ouvrages, il sera difficile de se passer de l'aide d'un éditeur²⁰⁶.

Si l'utilité de l'activité éditoriale n'est pas remise en cause, il en va différemment de celle des acteurs intervenant après l'éditeur dans la chaîne du livre²⁰⁷. En effet, les fonctions d'imprimeur, de grossiste et de libraire disparaissent en cas d'impression *on demand* et de transfert *on-line*²⁰⁸.

2.2.2. Dans la « galaxie GUTENBERG »

L'activité éditoriale traditionnelle, soit celle liée à l'édition traditionnelle, est toujours nécessaire. Il n'est pas encore question de la fin de la « galaxie GUTENBERG »²⁰⁹. Les éditions traditionnelle et numérique devraient cohabiter durant de longues années. L'édition *on-line* se révélera de plus en plus un complément utile à l'édition traditionnelle²¹⁰. L'impression à la demande représente une technique bienvenue pour les maisons d'édition désireuses de publier des œuvres non susceptibles de faire l'objet de grands tirages. Par exemple, l'éditeur peut utiliser l'impression à la demande comme « édition-test » – c'est-à-dire pour sonder, dans un premier temps, l'importance de la demande des lecteurs – avant de débiter l'impression d'un nombre déterminé d'exemplaires dans le cadre d'une édition traditionnelle, ou alors la maison d'édition peut entreprendre une impression à la demande lorsque le stock de l'édition traditionnelle est épuisé, évitant ainsi la production d'un nouveau stock qui risque de ne pas pouvoir être vendu entièrement²¹¹.

2.2.3. Les programmes d'échanges de données

Dans le futur, l'importance de l'activité éditoriale sera également fortement influencée par le développement des techniques permettant la distribution

conclure que la cessation de la publication de son roman *The Plant* sur la toile repose sur le seul motif d'un défaut de qualité lié à l'absence de travail éditorial. V. JEHANNO, p. 74, note 1.

²⁰⁶ V. GÖBEL, www.nmz.de.

²⁰⁷ Pour une présentation complète de la chaîne du livre imprimé et de celle du livre numérique, v. JEHANNO, p. 19 s.

²⁰⁸ V. les schémas présentés par HOFFMANN, p. 59, 61.

²⁰⁹ HÖRISCH, *Rheinpfalz* N 91/1197 ; v. également FANTAPÉ ALTOBELLI, p. 17 ; WITTMANN, p. 447.

²¹⁰ STEVAN, *Le Temps* du 3 juin 2002 ; JAUSLIN, *Le Temps* du 23 juin 2000 ; comparer avec la conclusion de FANTAPÉ ALTOBELLI, p. 18 : « *Damit lautet die Devise in Zukunft nicht : Print contra Online, sondern : Print und Online* ».

²¹¹ A ce sujet, v. les présentations schématiques réalisées par BIESALSKI, « Was macht PoD für Verlage interessant ? ».

numérique de données²¹², à l'instar de NAPSTER pour l'industrie du disque dans le courant de l'année 2000. Les éditeurs de livre – contrairement à l'industrie du disque qui s'est laissée dépasser par la technologie dite « coopérative »²¹³ – tentent d'intégrer la technique numérique dans leurs processus de production et de distribution²¹⁴.

A notre connaissance, il n'existe encore aucun site proposant de véritables échanges de livres numériques. Cela ne saurait tarder. A mi-chemin entre l'échange réel et le transfert numérique, on peut aujourd'hui citer, à titre d'exemple, le site www.bookcrossing.com. Le principe est simple : les utilisateurs enregistrent le titre d'un livre (papier) dans la base de données de BOOKCROSSING et abandonnent l'ouvrage dans un lieu public. La personne qui le trouve peut l'emporter, le lire, faire des commentaires sur le site, puis abandonner le livre ailleurs. Le but est évidemment de faire circuler les livres le plus possible. Il s'agit là d'une nouvelle forme de circulation des livres qui peut s'apparenter à une bibliothèque mondiale et ... gratuite²¹⁵ !

Certains sites mettent à disposition la technologie « coopérative » pour la rédaction d'articles. Chaque internaute a la possibilité de compléter, d'enrichir et de corriger la page web qu'il consulte, les versions antérieures du texte restant archivées²¹⁶. Le projet WIKIPEDIA est aujourd'hui le plus connu. Il poursuit le but de constituer au niveau international une encyclopédie libre, coopérative et gratuite *on-line*²¹⁷.

A n'en point douter, l'étape suivante sera de proposer une structure permettant l'échange de véritables livres numériques. Ce genre de site sera toujours plus répandu dans le futur. L'évolution de l'utilisation du réseau des réseaux va en ce sens²¹⁸.

²¹² Comparer avec TISSOT, p. 211.

²¹³ Pour une présentation, v. KREUTZER, p. 194 ss ; GLARNER, p. 29-31 ; TISSOT, p. 213 ; pour d'autres techniques de décentralisation des données (FREENET et GNUTELLA), v. AHRENS, p. 1029 ss ; GLARNER, p. 31-32 ; TISSOT, p. 214 ; au sujet de FREENET, v. BORCHERS, p. 2-3 ; sur les différences existant entre NAPSTER et GNUTELLA, v. KREUTZER, p. 194-196 ; REBER/SCHORR, p. 672-673 ; sur les sites KAZAA, MUSICCITY et GROKSTER (réseau FASTTRACK), v. NUNÈS, *Napster* ; v. également www.morpheus.com.

²¹⁴ HAEBERLI, Le Temps du 22 août 2000.

²¹⁵ Aux Etats-Unis, on dénombrait 90'000 adeptes de cette activité en septembre 2003. A la même date, plus de 450 suisses appartenaient à la communauté du site www.bookcrossing.com. V. à ce sujet HABAY, L'Hebdo du 4 septembre 2003.

²¹⁶ Pour les détails, v. Edition Actu N 95, p. 4 s.

²¹⁷ V. www.wikipedia.org/wiki/Accueil.

²¹⁸ BEURET/CADERT/JULLIARD/RENAUD/WILLEMIN, p. 23 : « Les utilisateurs ne vont en effet plus vers des sites qui emmagasinent du contenu et le proposent aux internautes ; ils deviennent membres d'une communauté où chacun met à disposition le contenu de son ordinateur. Il s'agit là d'une véritable révolution dans la diffusion du contenu : (...) » ; v. également KREUTZER, p. 196.

2.3. Incertitudes

Ainsi, l'activité éditoriale semble se révéler toujours utile, et même nécessaire, dans l'univers numérique. Si cette conclusion correspond aujourd'hui à une vision cohérente à court terme, une incertitude subsiste. Elle trouve son origine dans le comportement des auteurs, difficilement prévisible. Pour l'instant, ceux-ci jugent opportuns d'être publiés par un éditeur, d'obtenir une « marque éditoriale », afin d'être (re)connus. Néanmoins, l'autopublication²¹⁹ sur le propre site de l'auteur est sans doute destinée à évoluer. Selon l'ampleur de cette évolution, l'opportunité de la publication par un éditeur pourra avoir tendance à être moins conséquente, et donc l'activité éditoriale être *menacée*. Si l'opportunité et la menace désignent aujourd'hui les deux faces d'une même réalité²²⁰, une projection dans le futur est aussi délicate qu'impossible à effectuer²²¹.

Pour l'instant, nous gardons à l'esprit que les relations entre les auteurs et les éditeurs sont toujours nécessaires, même pour les œuvres numériques (et en particulier la publication de ces œuvres sur le réseau des réseaux). L'utilisation du Titre douzième du Code des obligations n'est donc pas écartée *de facto* pour les œuvres numériques. L'étude de la réglementation légale du contrat d'édition garde ainsi tout son sens dans l'environnement numérique.

²¹⁹ On parle également de *mise en ligne directe* (v. JÉHANNO, p. 72).

²²⁰ JÉHANNO, p. 79.

²²¹ Comparer avec FRIEDRICHSSEN, p. 38 ; v. également VON BECKER, p. 178.

TITRE III. L'INTERPRETATION DES REGLES DE DROIT POSITIF REGISSANT LE CONTRAT D'EDITION

Chapitre I. Introduction

I. Interprétation et méthodologie juridique

La réglementation du Titre douzième du Code des obligations a été influencée par les usages en vigueur dans les milieux éditoriaux et chez les libraires à la fin du XIX^e siècle. Par conséquent, les articles 380 à 392 CO se réfèrent à l'édition traditionnelle dont l'origine remonte au XV^e siècle, période au cours de laquelle l'imprimerie a été inventée²²².

La publication numérique se présente dans un contexte fondamentalement différent : de la confection d'un manuscrit constitué de papier et d'encre, l'auteur est passé à la réalisation d'un ouvrage sur support numérique. Cette œuvre peut être transmise à l'éditeur sans qu'aucune impression n'intervienne. De même, l'éditeur a la possibilité de publier l'œuvre ainsi obtenue sans que celle-ci soit matérialisée sous une forme quelconque, si ce n'est sous la forme numérique²²³.

Au regard de ces deux contextes différents, on comprend aisément qu'il n'est pas possible de conclure sans autre réflexion que la publication numérique est réglementée par les dispositions relatives au contrat d'édition (art. 380 à 392 CO). Il convient d'interpréter ces dernières règles afin de déterminer si la publication numérique est appréhendée par le Titre douzième du Code des obligations ou si, au contraire, s'écarter trop du modèle proposé par notre législateur, elle doit être ancrée dans une réglementation différente ou, plus précisément, faire l'objet d'un contrat innommé. De manière plus générale, il s'agit de se demander si les articles 380 à 392 CO sont encore applicables s'agissant d'une édition effectuée dans le contexte numérique²²⁴.

²²² V. ci-dessus. Titre II. Chapitre 1, pt. 1 (p. 9).

²²³ V. ci-dessus. Titre II, Chapitre 2, pt. 2 (p. 16 ss) : ces développements techniques ont évidemment une influence sur le droit positif. Observant de manière générale ces changements, RÜTHERS, N 983, utilise une formule très parlante : « *Technische, wirtschaftliche, gesellschaftliche, kulturelle und politische Verhältnisse sind einem ständigen Wandel unterworfen, der auch das geltende Recht nicht unberührt lässt* ».

²²⁴ Une telle interrogation n'est pas uniquement inhérente au contrat d'édition, mais se pose pour de nombreuses réglementations. V. à ce sujet BECKER, *Einführung*, p. 803 ; FRÖHLICH, p. 4, avec les réf., relève que, dans le domaine du droit d'auteur, certains auteurs américains estimaient que l'institution du *copyright* était totalement dépassée suite à l'émergence des nouvelles technologies de l'information, dans la mesure où cette institution était intimement liée à la presse de GÜTENBERG : « *Copyright law is totally out of date. It is a Gutenberg artifact. (...)* ».

Un examen de cette question suppose une présentation des principes régissant l'interprétation de la loi. Une incursion dans le domaine – souvent considéré comme peu accueillant par les juristes – de la méthodologie juridique²²⁵ sera effectuée dans le cadre du présent Titre.

Les différentes facettes de l'interprétation mises en évidence dans ce travail ne serviront pas toutes à fournir un argument spécifique en vue de l'examen des articles 380 à 392 CO. Une présentation un peu plus étendue nous semble en effet nécessaire afin d'avoir en tête les différents éléments composant la méthodologie juridique. La vision globale d'un système méthodologique permettra d'examiner la réglementation du Titre douzième du Code des obligations en ayant à l'esprit un système clair, ou, exprimé de manière plus imagée, la présentation complète d'un système méthodologique permettra au lecteur de « se promener » dans le système choisi – parmi les nombreux existant – avec plus d'aisance.

2. Terminologie

Nous serons fréquemment amenés à définir si une situation donnée est appréhendée par une disposition légale déterminée. Afin d'éviter toute confusion, nous userons de la terminologie suivante :

- la *notion légale* représentera un terme ou une notion (expression) présente au cœur d'une disposition légale²²⁶. Par exemple : *céder* ou *reproduire* à l'article 380 CO ; *nombre des exemplaires* à l'article 383 alinéa 1 CO ; *forme convenable* à l'article 384 alinéa 1 CO ;
- la *notion concrète* représentera le terme ou la notion (expression) faisant l'objet de notre examen²²⁷. Par exemple : *transfert numérique* ou *reproduction numérique* ou *diffusion numérique*.

Nous parlerons également à maintes reprises du contrat d'édition au sens du Titre douzième du Code des obligations et du contrat (d'édition ?²²⁸) numérique, objet de l'interprétation. La terminologie suivante sera employée :

- lorsque nous utiliserons la notion de *contrat d'édition*, nous nous référerons à la réglementation du Titre douzième du Code des obligations (art. 380 à 392 CO) ;

²²⁵ Sur cette notion, v. KRAMER, p. 25 ss, et les réf. ; LARENZ/CANARIS, p. 63 ss ; sur les fonctions et les limites de la méthodologie juridique, v. RÜTHERS, N 991-995 ; v. également BERGEL, p. 17-23 ; pour une présentation historique succincte de la méthodologie juridique, v. STROLZ, p. 16-20, avec des réf. ; v. également PAWLOWSKI, N 1 ss.

²²⁶ Pour reprendre la terminologie allemande, il est question de *Tatbestand*.

²²⁷ Pour reprendre la terminologie allemande, il est question de *Sachverhalt*. Pour une définition de cette notion, v. TSCHENTSCHER, p. 73 ; pour les explications relatives au *Tatbestand* et au *Sachverhalt*, v. en particulier LARENZ, p. 278 ss.

²²⁸ Un point d'interrogation s'impose étant donné que nous ne savons pas encore si le contrat portant sur une forme de publication numérique devra être qualifié de contrat d'édition ou au contraire considéré comme un contrat innommé.

- l'objet de notre interprétation sera désigné par la notion de *contrat numérique*.

Chapitre 2. Présentation

1. Un choix parfois nécessairement arbitraire

L'interprétation – au sens large²²⁹ – de la loi a été divisée en différentes catégories par la doctrine. Ces divisions sont multiples, se recoupent en partie, divergent parfois quant à la terminologie employée²³⁰. Avant d'effectuer l'interprétation d'une réglementation déterminée, il est indispensable de choisir une *classification* – au détriment d'autres – afin d'avoir une structure méthodologique solide sur laquelle il est possible de fonder une argumentation.

La présente thèse a pour but d'analyser une réglementation légale spécifique et non pas de présenter un modèle méthodologique bien défini, en justifiant tous les choix effectués en vue de l'élaboration de ce modèle. Ainsi, différents aspects du procédé méthodologique retenu procéderont nécessairement de certains choix pouvant apparaître comme arbitraires. Nous tenterons néanmoins d'atténuer cette approche « arbitraire » en mettant en évidence de manière succincte l'adéquation du système choisi avec notre analyse²³¹.

2. Choix d'une classification

2.1. Les trois composantes de l'interprétation au sens large²³²

L'interprétation – au sens large du terme – couvre plusieurs aspects de l'activité du juge :

- l'interprétation proprement dite ou au sens étroit (*Auslegung*)²³³ ;
- le droit judiciaire lié (*gebundenes Richterrecht*)²³⁴ ;
- le droit judiciaire « libre » ou droit prétorien (*gesetzesübersteigendes Richterrecht*)²³⁵.

²²⁹ V. ci-dessous, pt. 2.1 (p. 35 ss.).

²³⁰ Comparer avec BIAGINI, p. 78.

²³¹ V. ci-dessous, pt. 2.2 (p. 36 ss), et en particulier, Chapitre 4, pt. 6 (p. 78 ss), en ce qui concerne la décision de distinguer l'interprétation au sens étroit du droit judiciaire à l'aide du critère du sens littéral possible.

²³² S'agissant de la terminologie (interprétations au sens large et au sens étroit), comparer avec LARENZ, p. 366 ; LARENZ/CANARIS, p. 187.

²³³ V. ci-dessous, Chapitre 3 – Chapitre 9 (p. 38 ss).

²³⁴ V. ci-dessous, Chapitre 10 (p. 106 ss).

²³⁵ V. ci-dessous, Chapitre 11 (p. 116 ss).

La distinction entre l'interprétation proprement dite et le droit judiciaire – lié et « libre »²³⁶ – (rattaché à la notion de lacune²³⁷) est effectuée à l'aide du critère du *sens littéral possible*²³⁸. Bien que celui-ci ne permette pas de tracer une frontière stricte et absolue entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire²³⁹, il se révèle néanmoins nécessaire²⁴⁰.

2.2. Argumentation générale

La classification qui précède est inspirée de la conception de KRAMER²⁴¹, clairement fondée sur la méthodologie allemande²⁴². Les raisons principales de ce choix sont – brièvement esquissées – les suivantes :

- la classification proposée par KRAMER est convaincante, *avant tout en raison de sa clarté*²⁴³. Il est indispensable de retenir une structure claire dans le cadre de notre travail afin de permettre au lecteur de l'assimiler rapidement pour son application lors de l'analyse du Titre douzième du Code des obligations²⁴⁴. Cette assimilation est nécessaire afin que le lecteur critique soit apte à comprendre l'examen effectué des règles du contrat d'édition et ait à son actif un fondement méthodologique suffisamment précis pour entreprendre sa propre analyse de la réglementation du Titre douzième du Code des obligations dans le contexte des nouvelles technologies de l'information ;

²³⁶ Cette distinction est retenue par la doctrine méthodologique moderne. V. WALTER, *Richtsfortbildung*, p. 6, qui parle de *gesetzesimmanentes* et *gesetzesübersteigendes Richterrecht* ; la doctrine ne nomme parfois pas les deux activités du juge, mais distingue celles-ci dans ses explications. V. par exemple REIBINER, *Einführung*, p. 82-83.

²³⁷ V. ci-dessous, Chapitre 4, pt. 5.4 (p. 77).

²³⁸ V. ci-dessous, Chapitre 4 (p. 40 ss) ; sur le critère permettant de distinguer le droit judiciaire lié du droit judiciaire « libre » (ou droit prétorien). v. ci-dessous, Chapitre 11, pt. 1 (p. 116).

²³⁹ KRAMER, p. 39 ; en ce sens : FORSTMOSER, § 15 N 25 ; BIAGGINI, p. 75 s., avec des réf. ; MAHON/MAVROIDIS, p. 404 et les réf. ; HUWILER, p. 3, explique la raison pour laquelle l'utilisation du critère du sens littéral possible permet parfois difficilement de distinguer entre une interprétation extensive et le droit judiciaire (*Richterrecht*) : en droit allemand : LARENZ/CANARIS, p. 188 ; LARENZ, p. 322.

²⁴⁰ V. ci-dessous, Chapitre 4, pt. 6 (p. 78 ss).

²⁴¹ KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, mentionné dans la bibliographie au début de cet ouvrage ; conception approuvée globalement par SCHNYDER, *NZZ*, p. 49, dans le cadre du compte-rendu de l'ouvrage de KRAMER.

²⁴² JAUN, p. 28 ss. intègre d'ailleurs la présentation de la conception de KRAMER sous le sous-titre « Deutsches Methodenkonzept » !

²⁴³ En tout cas dans sa présentation théorique, tant il est vrai qu'en pratique il existe souvent des zones obscures que même un système clairement exposé a de la peine à appréhender.

²⁴⁴ A cet égard le modèle sémantique des trois candidats (v. ci-dessous, Chapitre 4, pt. 5 [p. 74 ss]), fondé sur le critère du sens littéral possible, repris par KRAMER, permet d'avoir une vision aussi rapide que précise du système méthodologique que cet auteur préconise. Étonnamment, cette présentation schématique n'a pas (encore ?) été reprise largement par la doctrine en Suisse, voire pas du tout en Suisse romande.

- la délimitation entre l'interprétation proprement dite et le comblement de lacunes (droit judiciaire) – exigée par la systématique de l'article 1 (alinéas 1 et 2) CCS²⁴⁵ – est indispensable²⁴⁶. Le comblement de lacunes est soumis à des règles méthodologiques spécifiques²⁴⁷ ;
- la distinction effectuée entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire doit être retenue dans l'intérêt de la *Methodenehrlichkeit*²⁴⁸. Selon ce postulat, le juge doit indiquer dans quelle mesure la règle qu'il applique dans une situation concrète découle de la loi, et dans quelle mesure elle a été créée par lui-même²⁴⁹. Si le juge n'a pas l'obligation de vérifier s'il entreprend une réflexion dans le cadre de l'interprétation au sens étroit ou dans celui du droit judiciaire, il peut admettre trop facilement une lacune et combler celle-ci selon sa propre conception alors même qu'en réalité une réglementation légale existe²⁵⁰. En outre, distinguer l'interprétation au sens étroit du droit judiciaire est essentiel dans certains domaines du droit (par exemple, le droit pénal) où l'interprète ne peut procéder au comblement d'une lacune²⁵¹ (en défaveur de l'accusé)²⁵² ;
- le critère du sens littéral possible²⁵³ – fondant le système proposé par KRAMER – considéré comme le critère permettant de distinguer l'interprétation au sens étroit du droit judiciaire est le plus adéquat pour analyser la réglementation du contrat d'édition. Nous offrirons une argumentation plus détaillée sur l'adéquation de ce critère plus en avant dans ce travail, dans le contexte des explications relatives au sens littéral possible²⁵⁴ ;
- le modèle méthodologique incorporant la distinction entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire se révèle non seulement praticable, mais conduit

²⁴⁵ RIEMER, § 4 N 180.

²⁴⁶ Comparer avec les explications de FORSTMOSER, § 15 N 28.

²⁴⁷ V. KRAMER, p. 40-41, et les réf. ; en ce sens : CANARIS, p. 21 ; sur ces règles méthodologiques particulières, v. ci-dessous, Chapitre 10 (p. 106 ss) et Chapitre 11 (p. 116 ss) ; comparer également avec les explications données par PAWLOWSKI, N 120 ; *contra* : DÖRR, art. 1 N 270 ; CARONI, p. 112.

²⁴⁸ A notre connaissance, il n'existe aucune traduction française de cette notion. On peut parler de *transparence méthodologique*. ALBRECHT, p. 349, indique que cela signifie que les motifs du jugement doivent être complets et transparents.

²⁴⁹ V. les explications données par les auteurs cités par DÖRR, art. 1 N 94.

²⁵⁰ RIEMER, § 4 N 180.

²⁵¹ Comparer avec RIEMER, § 4 N 180 ; v. également les explications données par HONSELL, art. 1 N 13.

²⁵² Pour plus de détails, v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 5.3 (p. 111 ss).

²⁵³ Pour la présentation de cette notion, v. ci-dessous, Chapitre 4 (p. 40 ss).

²⁵⁴ V. ci-dessous, Chapitre 4, pt. 6 (p. 78 ss).

à des décisions judiciaires équitables et raisonnables. Il permet au surplus une certaine prévisibilité²⁵⁵ ;

- en rapport avec notre analyse, distinguer l'interprétation au sens étroit du comblement de lacunes représente la pierre angulaire sur laquelle repose notre conception visant à délimiter – selon une perspective méthodologique – les contrats nommés des contrats innommés²⁵⁶. En l'absence d'une telle distinction, la délimitation de ces deux groupes de contrats se révèle souvent bien aléatoire ;
- enfin, dans la mesure où notre étude du Titre douzième du Code des obligations est effectuée dans une approche de droit comparé, en particulier en référence au droit allemand, la conception de KRAMER, fondée essentiellement sur la méthodologie élaborée par la doctrine allemande, se révèle particulièrement adaptée²⁵⁷.

Chapitre 3. L'interprétation au sens étroit : introduction

1. Notion et méthodes

L'interprétation au sens étroit représente le premier aspect de l'activité interprétative du juge²⁵⁸.

Dans le contexte de l'interprétation au sens étroit, le rôle du juge n'est pas de former une norme, mais d'en reconnaître et d'en exprimer la signification²⁵⁹.

De nombreuses méthodes d'interprétation²⁶⁰ permettent de reconnaître et d'exprimer le sens d'une norme. La doctrine majoritaire en énumère en général

²⁵⁵ RIEMER, § 4 N 183 ; KREY, p. 129, souligne que le sens littéral possible (v. ci-dessous, Chapitre 4 [p. 40 ss]) contribue à la sécurité du droit.

²⁵⁶ V. ci-dessous, Chapitre 13 (p. 120 ss).

²⁵⁷ Sur l'opportunité de se fonder sur la méthodologie allemande en droit suisse, v. BIAGGINI, p. 25, note 4, et p. 45-46.

²⁵⁸ V. ci-dessus, Chapitre 2, pt. 2.1 (p. 35) ; KREY, p. 24, parle d'*application directe* (ou *immédiate*) de la loi, par opposition à l'*application analogique* (droit judiciaire lié ; v. ci-dessous, Chapitre 10 [p. 106 ss]).

²⁵⁹ V. LARENZ/CANARIS, p. 188 : « *Die Absicht, nur das anzusprechen, was der « richtig verstandene » Text von sich aus besagt, macht die typische Haltung des Interpreten aus.* », et p. 143 : « *Eine Deutung, die nicht mehr im Bereich des möglichen Wortsinns liegt, ist nicht mehr Ausdeutung, sondern wäre Umdeutung.* » ; pour les différents synonymes de l'interprétation au sens étroit (*Auslegung*), v. ZELLER, § 6 N 74 ; pour une définition : VALLENDER, p. 74 ; PETEV, p. 404, et les réf., parle de l'interprétation comme l'*art de la compréhension*, ou comme l'*art de « découvrir » le sens du texte*.

²⁶⁰ La doctrine n'use pas d'une terminologie unique en référence aux *méthodes d'interprétation* (*Auslegungsmethoden*). Elle parle également des *éléments d'interprétation* (*Auslegungselemente*), des *règles d'interprétation* (*Auslegungsregeln*), des *moyens d'interprétation* (*Auslegungsmittel*). A ce sujet, v. par exemple BIAGGINI, *Methodik*, p. 32.

quatre : les méthodes littérale, systématique, historique et téléologique (canon classique)²⁶¹.

2. La doctrine minoritaire

Certains auteurs énumèrent quatre critères d'interprétation supplémentaires²⁶², soit :

- l'analyse liée aux spécificités d'une branche particulière ;
- l'examen préjudiciel ;
- l'analyse constitutionnelle ;
- l'examen tenant compte de tous les autres éléments relevant pour l'interprétation.

Pour notre part, nous nous limiterons à la mention des quatre méthodes classiques (littérale, systématique, historique et téléologique). Nous fondons ce choix sur la présentation adoptée aujourd'hui par une doctrine largement majoritaire. Celle-ci n'a jamais fondé sa démarche interprétative sur huit critères. Cela ne signifie pas que les quatre méthodes supplémentaires introduites par certains auteurs soient écartées par la doctrine majoritaire. Celle-ci les classe en général sous l'une des méthodes classiques²⁶³.

3. Critères médiats et immédiats

D'aucuns distinguent les critères d'interprétation médiats et immédiats et indiquent que ces derniers doivent être pris en compte – chronologiquement – avant les premiers²⁶⁴. Ainsi, y a-t-il lieu d'analyser le but de la norme, la position systématique de celle-ci, ainsi que son histoire (critères immédiats) avant d'examiner le but de la loi, la systématique de celle-ci, ainsi que la situation politico-juridique générale au moment de la rédaction de la loi (critères médiats)²⁶⁵. A notre sens, les critères médiats ne peuvent être « relégués » globalement à la suite des critères immédiats. Afin de garder une structure d'analyse fondée sur les quatre méthodes classiques d'interprétation, il nous semble plus judicieux de faire

²⁶¹ Entre autres : KRAMER, p. 42 ; v. également HÖHN, p. 111 ; TSCHENTSCHER, p. 108 ; HONSELL, art. 1 N 9 et 10.

Les quatre méthodes doivent être appliquées. Clairement en ce sens : BRAUN, p. 316.

²⁶² HÖHN, p. 167, 175 ss et 258 ; sur les arguments poussant cet auteur à se distancer du canon classique de l'interprétation, v. HÖHN, p. 149 ss ; procédant à l'analyse d'une notion encore indéfinie, WIND, p. 31 ss, reprend un à un les huit critères (canon classique et quatre critères supplémentaires).

²⁶³ V. par exemple, KRAMER, p. 75 ss (pour l'interprétation conforme à la constitution), et p. 63 s. (en ce qui concerne la prise en compte des spécificités d'une branche particulière) ; en ce sens : DESCHENAUX, p. 81, note 56 ; v. également les explications données par BIAGGINI, p. 73.

²⁶⁴ HÖHN, p. 166 ss ; HÖHN, *Rechtsnormen*, p. 109 ss.

²⁶⁵ HÖHN, *Rechtsnormen*, p. 110-112.

intervenir cette distinction (critères médiate et immédiate) au fur et à mesure de l'emploi de l'une ou l'autre de ces méthodes²⁶⁶. Par exemple, il sera parfois nécessaire d'analyser le but de la norme (critère immédiat) et la finalité de la loi (critère médiate) de manière simultanée, les deux buts pouvant être intimement liés²⁶⁷.

4. Structure de notre analyse

L'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) fera l'objet des six prochains chapitres (Chapitre 4 - Chapitre 9). Nous avons articulé notre structure autour des méthodes classiques d'interprétation. Le Chapitre 4 présentera le critère du sens littéral possible – critère permettant de définir la limite de l'interprétation au sens étroit – et la méthode d'interprétation littérale. La bonne compréhension de celle-ci suppose la connaissance de nombreux éléments inhérents à la méthode historique, raison pour laquelle nous avons examiné cette dernière méthode également au cœur du Chapitre 4²⁶⁸.

Nous rappellerons au Chapitre 5 que le sens littéral possible ne représente qu'un critère permettant de circonscrire l'interprétation au sens étroit et que l'interprétation d'une notion légale suppose impérativement l'application de toutes les méthodes d'interprétation. Nous étudierons ensuite la méthode d'interprétation systématique (Chapitre 6), quelques éléments ponctuels de la méthode d'interprétation historique (Chapitre 7) et la méthode téléologique (Chapitre 8).

Dans le Chapitre 9, nous tenterons de définir en quelques mots l'éventuel ordre de priorité existant entre chacune des méthodes d'interprétation²⁶⁹.

Chapitre 4. Le critère du sens littéral possible et la méthode d'interprétation littérale

1. Critère du sens littéral possible

1.1. Notion

L'interprétation au sens étroit est effectuée dans les limites du *sens littéral possible* de la notion légale analysée²⁷⁰. FIKENTSCHER use d'une formule très par-

²⁶⁶ Sur cette manière de faire, v. par exemple ci-dessous, Titre IV, Chapitre 5, pt. 2.3.2.c) (p. 170 ss), où nous avons étudié chacun de ces critères lors de l'analyse téléologique.

²⁶⁷ Notre approche, peut-être plus pragmatique que celle de la doctrine minoritaire, est reprise – en tout cas en partie – par WIND (qui se fonde pourtant sur HOUN), p. 36 ss, dans la mesure où il examine la systématique de la norme et de la loi (critères immédiat et médiate) lors de l'interprétation systématique, avant de passer à la méthode historique.

²⁶⁸ V. Chapitre 4, pt. 3.2.4 (p. 53 ss).

²⁶⁹ Le droit judiciaire lié sera examiné au Chapitre 10 (p. 106 ss), et le droit judiciaire « libre » au Chapitre 11 (p. 116 ss).

lante : « *Bis zur äussersten sprachlichen Sinnigrenze kann ausgelegt werden* »²⁷¹. On parle d'interprétation *intra verba legis*²⁷².

On note une bonne définition du sens littéral possible au cœur de l'ouvrage rédigé par CANARIS, sur la base de l'œuvre de LARENZ²⁷³ :

« Vom « möglichen Wortsinn » wird alles erfasst, was nach dem allgemeinen oder dem jeweils als massgeblich zu erachtenden Sprachgebrauch dieses Gesetzesgebers – wenn auch vielleicht nur unter besonderen Umständen – noch als mit diesem Ausdruck gemeint verstanden werden kann^(...) »²⁷⁴

On peut également mentionner la définition donnée par FIKENTSCHER²⁷⁵ :

« Unter Wortsinnigrenze sei daher im folgenden begrifflich, (...) der Sprachsinne eines Rechtstextes – sei es eines gesetzlichen oder sonstigen rechtlichen – verstanden, durch den (...) in wenigstens unvollkommener Weise ein Verständnis rechtserheblicher Aussagen vermittelt werden kann. »²⁷⁶

Dès que le résultat de l'interprétation sort du cadre délimité par le sens littéral possible, on est en présence de droit judiciaire²⁷⁷.

²⁷⁰ LARENZ/CANARIS, p. 187, l'expriment très clairement : « *Als die Grenze der Auslegung im engeren Sinn haben wir die des möglichen Wortsinns erkannt* » ; DESCHENAUX, p. 76 : « *Le sens littéral possible c'est-à-dire l'éventail des sens encore couverts par la lecture de la loi, représente la limite de l'interprétation : au-delà, on entre dans le domaine du comblement des lacunes (...)* » ; PROBST, *Grenze*, p. 249 s. ; ZIPPELIUS, p. 55 ; KREY, p. 48, 127 ; pour d'autres réf., v. ci-dessous, pt. 1.2 (p. 42), 1.3 (p. 44).

²⁷¹ FIKENTSCHER, p. 300. Traduction libre : « *Il est possible d'interpréter jusqu'à la frontière la plus extérieure tracée par le sens littéral* ».

²⁷² KRAMER, p. 39 ; autres formulations : SPIRO, p. 3 : « *Solcher erklärenden und entwickelnden Auslegung (...)* » ; LOOSCHELDERS/ROTH, p. 130 ss, parlent de *textinterne Auslegung*.

²⁷³ LARENZ/CANARIS, p. 143 ; pour une reprise de cette définition en droit suisse, v. PROBST, *Grenze*, p. 263.

²⁷⁴ Traduction libre : « *Le « sens littéral possible d'un terme » englobe tout ce qui peut encore être compris par ce terme – peut-être même dans des conditions particulières – selon son sens général ou celui considéré comme déterminant par le législateur* ».

²⁷⁵ FIKENTSCHER, p. 293 ; v. également ZIPPELIUS, p. 44, qui donne une image parlante du contour du sens littéral possible : « *Ausdrücklich-vergrößernd könnte man sagen, der Bedeutungsumfang eines Wortes umfasse die Fülle der Wortbedeutungen, die in einem idealen Lexikon dieser Sprachgemeinschaft zu diesem Stichwort anzuführen wären* ».

²⁷⁶ Traduction libre : « *Par la limite du sens littéral, il faut entendre le sens littéral d'un texte juridique – loi ou autre texte juridique – sur la base duquel il est possible de comprendre – au moins de manière imparfaite – des énoncés juridiques* ».

²⁷⁷ Comparer avec LARENZ/CANARIS, p. 143 ; BYDLINSKI, p. 467-468 : « *Nach der – auch hier vertretenen – herrschenden Auffassung endet die Möglichkeit der Interpretation beim weitesten nach dem Sprachgebrauch noch « möglichen Wortsinn » der gesetzlichen Normen, wäh-*

1.2. Reconnaissance du critère

En Suisse, le critère du sens littéral possible – délimitant l'interprétation au sens étroit – est reconnu par DESCHENAUX²⁷⁸, KRAMER²⁷⁹, PROBST²⁸⁰, SCHNYDER²⁸¹, HUWILER²⁸², ZELLER²⁸³, OTT²⁸⁴, HONSELL²⁸⁵ et TSCHENTSCHER²⁸⁶.

Ces auteurs ne représentent peut-être pas la doctrine majoritaire dans notre pays²⁸⁷. Ils adoptent cependant une position commune propre à délimiter l'interprétation au sens étroit, ce qui est loin d'être le cas des auteurs rejetant le critère du sens littéral possible²⁸⁸.

rend darüber hinaus unter Umständen die Analogie eingreift²⁸⁹. » ; v. ci-dessous, Chapitre 10 (p. 106 ss) et Chapitre 11 (p. 116 ss).

²⁷⁸ DESCHENAUX, p. 76 : « En réalité, vu les possibilités de sens différents, le sens littéral retenu sera le sens obvie, celui qui se présente le plus naturellement à l'esprit. La recherche du « senso » conduira peut-être à s'écarter de cette signification immédiate, mais le résultat devra tout de même trouver un point d'appui dans la lettre de la loi (...). Le sens littéral possible c'est-à-dire l'éventail des sens encore convertis par la teneur de la loi, représente la limite de l'interprétation ; au-delà, on entre dans le domaine du comblement des lacunes (...) ». DESCHENAUX fait référence à la doctrine allemande (entre autres : LARENZ et ENGISCH).

²⁷⁹ KRAMER, p. 39.

²⁸⁰ PROBST, *Grenz.* p. 249 ss. Cet auteur démontre que la détermination de la limite du sens littéral ne représente pas une réflexion théorique, mais qu'elle revêt une grande importance pratique, tout particulièrement dans le domaine du droit public.

²⁸¹ SCHNYDER, *NZZ*, p. 49, soutient globalement la conception de KRAMER ; les explications apportées par SCHNYDER, p. 45 ss, ne permettent pas d'affirmer que sa conception diffère de celle de KRAMER.

²⁸² HUWILER, p. 1 ss. Cet auteur considère la conception de KRAMER comme excellente (HUWILER, p. 1). Il indique que le critère du sens littéral possible garde aujourd'hui incontestablement toute sa valeur, malgré le fait que la distinction entre l'interprétation extensive et le comblement de lacunes ne puisse souvent pas être effectuée de manière claire. Il pense en particulier à l'interprétation de clauses générales (v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 4). Il estime que la difficulté à opérer la distinction s'explique par l'évolution des méthodes d'interprétation depuis SAVIGNY (pour les explications, v. HUWILER, p. 2-3).

²⁸³ ZELLER, § 8 N 193 ss.

²⁸⁴ Tout en reconnaissant le critère du sens littéral possible (OTT, p. 194, et, très clairement, p. 198 ; OTT, *Leitsätze*, p. 68, N 29, et p. 87, N 78), OTT donne un poids particulier au *Wortlaut* lorsque celui-ci est clair (v. OTT, p. 198, qui met bien en évidence la relation qu'il établit entre le *Wortlaut* et le *mögliche Wortsinn*).

²⁸⁵ HONSELL, art. 1 N 3 et 13.

²⁸⁶ TSCHENTSCHER, p. 126 s., qui ne parle cependant pas de *Wortsinn*, mais de *Wortlaut*. Au regard des explications données par TSCHENTSCHER, p. 108 ss, en lien avec le *Wortlaut* et l'interprétation grammaticale, on peut retenir que cet auteur assimile le *Wortlaut* au *Wortsinn* ; dans son analyse de l'ATF 120 II 331 (JdT 1995 I 359), CHAPPUIS, p. 100, fait également allusion au sens littéral possible, en se référant principalement à LARENZ.

²⁸⁷ En ce sens : JAUN, p. 31, et la note 36 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 81.

²⁸⁸ S'agissant des auteurs rejetant le critère du sens littéral possible (comme critère permettant de délimiter l'interprétation au sens étroit du droit judiciaire), il est difficile de trouver des

En outre, le critère du sens littéral possible est à notre avis un critère convaincant (en raison de son objectivité)²⁸⁹ et parlant (parfaitement adapté pour l'analyse que nous projetons d'effectuer)²⁹⁰. Dans une perspective plus pédagogique, il représente un critère adéquat en vue de saisir les différentes conceptions méthodologiques proposées par la doctrine et la jurisprudence²⁹¹.

Beaucoup d'auteurs ne reconnaissent pas la distinction existant entre l'interprétation au sens étroit et le comblement de lacunes (droit judiciaire). Par exemple, DÜRR estime que celle-ci est aujourd'hui dépassée²⁹². Deux arguments principaux fondent sa conclusion :

- l'argument méthodologique : selon DÜRR, le juge effectue la même opération lors de l'interprétation (*Auslegung*) ou lors du comblement de lacunes (*Lückenfüllung*)²⁹³. Il admet que, dans le premier cas, la loi offre une réponse au juge (et non lorsque ce dernier doit combler une lacune), mais précise que le texte légal ne représente qu'un élément – parmi d'autres – utile à la recherche du droit (*Rechtsfindungselement*)²⁹⁴. La différence entre l'interprétation et le comblement de lacunes est de nature graduelle²⁹⁵, c'est-à-dire qu'elle exprime uniquement que l'élément *texte de loi* est plus ou moins proche de l'état de fait (*Sachverhalt*)²⁹⁶ considérée²⁹⁷ ;
- l'argument fondé sur le rapport du juge à la loi (intimement lié à l'argument précédent) : étant donné que la prise en compte – ou l'absence de prise en compte – du *texte de loi* dépend de l'état de fait (proche ou éloigné de la loi), l'absence d'une norme légale, dans un cas concret, ne soulève aucune difficulté particulière²⁹⁸, c'est-à-dire, que cette absence n'induit pas le juge à remplir une

conceptions similaires. Chacun construit son propre système méthodologique. Pour quelques exemples, v. ci-dessous, dans le texte, les conceptions de DÜRR, GYGI et MEIER-HAYOZ.

²⁸⁹ V. ci-dessous, pt. 6.1 (p. 79 s.).

²⁹⁰ V. ci-dessous, pt. 6.2 (p. 80 s.).

²⁹¹ V. ci-dessous, pt. 6.3 (p. 82).

²⁹² Pour la conclusion, v. DÜRR, art. 1 N 405.

²⁹³ DÜRR, art. 1 N 406 ; pour plus de détails, le même auteur, art. 1 N 94-100 ; à quelques détails près, DÜRR utilise les mêmes *Rechtsfindungselemente* et les mêmes *Operationsfiguren* (syllogisme, application par analogie, etc.) dans le contexte de l'interprétation et dans celui du comblement de lacunes : art. 1 N 147 ss et N 224 ss, pour l'interprétation ; art. 1 N 508 ss et N 522 ss, pour le comblement de lacunes.

²⁹⁴ DÜRR, art. 1 N 406 et N 270.

²⁹⁵ Pour les différents degrés de l'activité interprétative du juge (*richterliche Rechtsfindung*), v. DÜRR, art. 1 N 275.

²⁹⁶ Sur cette notion, v. ci-dessus, note 227.

²⁹⁷ DÜRR, art. 1 N 71.

²⁹⁸ DÜRR, art. 1 N 407.

fonction particulière²⁹⁹ (juge interprétant ou comblant les lacunes). Cette fonction reste la même³⁰⁰.

D'autres auteurs estiment que la distinction entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire ne peut être effectuée à l'aide du critère du sens littéral possible. Par exemple, GYGI met en évidence que la *ratio legis* – et non pas le sens littéral possible – constitue la limite de l'interprétation au sens étroit³⁰¹.

D'aucuns enfin définissent la frontière entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire de manière plus ambiguë. Ainsi, MEIER-HAYOZ estime que la distinction entre l'interprétation et le comblement de lacunes (droit judiciaire) ne peut se faire sur la seule base de l'étude du texte de la loi, mais que le juge procède à un comblement de lacunes (et non plus à une interprétation) lorsqu'il fait intervenir dans sa recherche, à côté d'éléments intellectuels (acte – intellectuel – de clarification et de compréhension³⁰²), des éléments volontaires³⁰³ (c'est-à-dire que le juge apporte une réflexion – volontaire – sortant du seul acte de clarification et de compréhension. On observe une activité judiciaire créatrice³⁰⁴)³⁰⁵.

1.3. En Allemagne

De manière générale, on constate que le critère du sens littéral possible est reconnu par une doctrine allemande aujourd'hui très largement majoritaire³⁰⁶. Quelques auteurs le rejettent néanmoins³⁰⁷.

²⁹⁹ DÖRR, art. 1 N 406.

³⁰⁰ Remarque générale : le refus de DÖRR de distinguer les deux activités du juge (interprétation et comblement de lacunes) repose sur un développement complexe – fondé en particulier sur des connaissances herméneutiques générales – dont il est impossible de présenter toutes les finesses en quelques lignes. Pour connaître l'ensemble de la conception de DÖRR, il convient de lire la totalité des commentaires relatifs à l'article 1 CCS (DÖRR, art. 1 N 1 ss).

³⁰¹ GYGI, p. 78-79.

³⁰² V. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 137, *in initio*.

³⁰³ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 137 ss, qui, dans une publication postérieure, a différencié sa position (v. MEIER-HAYOZ, *Richter*, p. 200 ss) : différenciation relevée par DÖRR, art. 1 N 266.

³⁰⁴ V. VALLENDER, p. 72.

³⁰⁵ Pour une présentation des auteurs refusant de fixer le cadre de l'interprétation – au sens étroit – dans les limites du sens littéral possible, v. JAUN, note 36. JAUN mentionne « Biaggini, 299, *insbes. Fn 47* » dans son énumération. À notre sens, BIAGGINI ne prend pas position par rapport au *möglicher Wortsinn*, mais réfute seulement le critère du *Wortlaut*. À ce sujet, BIAGGINI se réfère d'ailleurs à MÜLLER, p. 216 ss, qui considère – au contraire de la grande majorité de la doctrine allemande – que le *Wortlaut* est « eine absolute Grenz Wirkung » (v. KRAMER, note 52 ; BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 52).

³⁰⁶ JAUN, *Reduktion*, p. 25, et les réf. à la note 4 ; LARENZ, p. 323, et les réf. ; LARENZ/CANARIS, p. 144, et les réf. ; pour le droit autrichien, v. en particulier BYDLINSKI, p. 441.

³⁰⁷ V. par exemple KRIELE, p. 223 : « Das Abgrenzungskriterium « möglicher Wortsinn » ist also nicht nur « zwar vage, aber immerhin noch brauchbar »¹⁻¹. Es ist vielmehr so vage und durch die Möglichkeit technischer Festlegung des Wortsinns so manipulierbar, dass es praktisch

1.4. Wortlaut – Wortsinn – möglicher Wortsinn

La doctrine alémanique use d'une terminologie précise permettant de situer de façon schématique à quelle étape du processus d'interprétation se situe le sens littéral possible³⁰⁸. Elle parle de *Wortlaut*, *Wortsinn*, *möglicher Wortsinn*³⁰⁹.

Le *Wortlaut*³¹⁰ représente la teneur (ou les termes) d'une règle de droit écrite³¹¹, soit celle que l'interprète a devant les yeux³¹². Il s'agit de l'objet de l'interprétation³¹³.

Le terme *Wortsinn*³¹⁴ représente le sens littéral de la règle examinée³¹⁵. Le sens littéral résulte de l'application de la méthode d'interprétation littérale (ou grammaticale)³¹⁶.

Le *mögliche Wortsinn* est le sens littéral possible. Il ne participe pas d'une démarche interprétative supplémentaire³¹⁷. Il fait référence à tous les sens que la lettre de la loi, interprétée littéralement, peut « potentiellement » couvrir.

1.5. Importance de la méthode d'interprétation littérale

A ce stade, on constate l'importance de la méthode d'interprétation littérale. Le résultat de celle-ci va définir le cadre de l'interprétation au sens étroit. *Il est donc nécessaire de déterminer avec précision en quoi consiste l'interprétation littérale*

gar nichts mehr bedeutet. » ; v. les autres réf. citées par KRAMER, note 49 ; v. également les réf. citées par LOOSCHELDERS/ROTH, p. 145, note 72.

³⁰⁸ Cette terminologie n'est malheureusement pas toujours utilisée de manière judicieuse. En particulier, les notions de *Wortlaut* et *Wortsinn* font très souvent l'objet de confusion. Les deux notions doivent être soigneusement distinguées. Très clair en ce sens : HÄFELIN, p. 117.

³⁰⁹ Sur ces notions, v. GYGI, p. 74-76. Pour être complet, il conviendrait de mentionner encore le *Normsinn*. Nous reviendrons sur cette notion plus loin dans le cadre de ce travail (ci-dessous, Chapitre 5, pt. 2 [p. 85]).

³¹⁰ GERMANN, p. 58, parle de *Sprache*, objet de l'interprétation.

³¹¹ Règle publiée dans le recueil officiel des lois. V. à ce sujet GYGI, p. 75 ; SCHMID, N 133 ; en ce sens : PROBST, *Grenze*, p. 251.

³¹² En ce sens : HÄFELIN, p. 117.

³¹³ BIAGGINI, p. 72, et les réf. à la note 32 ; ZIPPELIUS, p. 39 ; « *Ein Gesetz anzulegen heisst, die Bedeutung der Gesetzesworte zu ermitteln (...)* » ; KREY, p. 129 ; « *Gegenstand der Norminterpretation sei der Gesetzestext (...)* ».

³¹⁴ La notion *Sprachsinn* est parfois utilisée. Sur ce constat, v. PROBST, *Grenze*, p. 252, et la réf.

³¹⁵ PROBST, *Grenze*, p. 252 ; « *Unter dem Wortsinn⁽⁻⁾ ist der semantische Wortgehalt, d.h. die sprachliche Bedeutung des Wortlautes einer Rechtsnorm zu verstehen* ».

³¹⁶ Très clair : HÄFELIN, p. 117 ; ZELLER, § 21 N 3 ; « *Am Anfang steht das Wort, und gleich danach folgt bei der Gesetzesinterpretation die volle Ausschöpfung des grammatischen Auslegungselementes, (...)* ».

³¹⁷ Comparer avec ZIPPELIUS, p. 39 ; en fait, seule la notion de *sens littéral possible* a un sens. Le *sens littéral* (« réel ») (v. KOCH/RÜSSMANN, p. 196), défini de façon absolue, stricte, n'existe pas.

(ou grammaticale), point de départ de toute interprétation selon une affirmation maintes fois répétée par les auteurs de doctrine³¹⁸.

A la lumière de l'interprétation littérale, il s'agit de comprendre le sens d'un terme utilisé dans la loi et d'en définir les contours. Autrement dit, il convient de saisir la signification de l'expression utilisée dans la loi et de déterminer le groupe d'objets auxquels cette signification se rapporte³¹⁹. Cette approche est nécessaire étant donné que les termes légaux utilisés dans la loi présentent différents degrés de précision et de clarté. Un terme a parfois été appréhendé avec rigueur par le législateur, mais reste en fait imprécis³²⁰. Sa signification et les objets qu'elle comprend devront être précisés³²¹. Certaines démarches relèvent de l'évidence³²². D'autres suggèrent un certain nombre de questions liées au sens des mots³²³.

2. La méthode d'interprétation littérale (ou grammaticale) : les évidences

2.1. Lecture de la loi

La compréhension du sens d'un terme légal suppose qu'avant toute chose la loi soit lue avec la plus grande attention³²⁴. S'agit-il là d'une remarque triviale ? Peut-être – et même sûrement – pas tant que cela, dans la mesure où la tentation est parfois grande dans la pratique d'éviter la réflexion basée sur un simple texte de loi et de rechercher immédiatement la solution d'un problème dans la jurisprudence et les ouvrages de doctrine...³²⁵.

³¹⁸ En ce sens (par exemple) : KRAMER, p. 43 ; MAHON/MAVROIDIS, p. 400 : « L'interprétation littérale ou grammaticale, qui se fonde sur l'analyse lexicale du texte de la norme, basée sur le sens ordinaire des mots qui le composent^[...], constitue le point de départ de toute interprétation : (...) » ; LARENZ/CANARIS, p. 141 : « Jede Auslegung eines Textes wird mit dem Wortsinn beginnen ».

³¹⁹ Sur cette présentation sémiotique, v. HÖHN, p. 186-188 ; JAUN, *Reduktion*, p. 16-17 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 68.

³²⁰ A juste titre, VAN HOECKE, p. 120, souligne que « nonobstant la rigueur qu'on cherche généralement à atteindre dans l'énoncé des lois, on reste toujours loin de la rigueur et de l'univocité de la mathématique ou d'un autre langage formel » ; sur les différentes « imprécisions » que peut revêtir une norme légale, v. LOOSCHELDERS/ROTH, p. 131 ss.

³²¹ Comparer avec HÖHN, p. 188-189.

³²² Ci-dessous, pt. 2 (p. 46 ss).

³²³ Ci-dessous, pt. 3 (p. 49 ss).

³²⁴ KRAMER, p. 59 ; HÖHN, p. 208 ; comparer avec ZIELER, § 8 N 3, qui insiste sur le fait que l'interprète entreprend une véritable discussion avec le texte légal ! ; v. également, en droit français, BERGEL, p. 237 : « La première tâche de l'interprète consiste en une lecture scrupuleuse des textes à interpréter ».

³²⁵ V. BERGEL, p. 238, qui indique que certaines évidences pourtant comprises dans le texte légal ne sont pas toujours perçues par l'interprète ; comparer avec FORSTMOSER, § 19 N 70.

Le lecteur attentif gardera en mémoire – entre autres – les deux observations suivantes :

- premièrement, tous les mots composant une norme doivent être pris en considération, sans exception. En guise d'exemples : pouvant évidemment modifier fondamentalement le sens d'une règle, les éléments cumulatifs (« et »³²⁶) ou alternatif (« ou ») doivent être identifiés³²⁷. L'interprète gardera à l'esprit que le législateur lui-même a pu se tromper de terminologie³²⁸ ;
- deuxièmement, le législateur a pensé et rédigé une réglementation qui respecte en général une certaine cohérence. Ainsi, si l'article 82 CO parle de « contrat bilatéral », il ne s'agit pas de tous les types de contrats, mais uniquement des conventions synallagmatiques, le législateur n'ayant pas pu introduire un tel pléonisme³²⁹. Il convient donc de lire la loi avec une certaine logique³³⁰.

2.2. Lecture de la loi dans son ensemble

Lorsqu'on parle de lecture de la loi, il est question non seulement du texte légal au sens strict, mais également des titres, des sous-titres, des notes marginales³³¹ et des mises en évidence du texte (par exemple, caractère gras)³³².

Il s'agit bien de la *lecture* de la loi dans son ensemble et non pas de son analyse systématique. S'agissant plus particulièrement d'une note marginale, celle-ci doit être lue au même titre que la norme à laquelle elle se réfère. Dans le contexte de l'interprétation littérale, la note marginale ne peut être utilisée pour établir un lien avec d'autres normes ou d'autres réglementations légales. Une telle comparaison procède d'une interprétation systématique³³³. C'est le cas par exemple lorsqu'on indique que la note marginale de l'article 27 CCS se réfère au droit des contrats

³²⁶ V. BERGEL, p. 238 : par exemple, les devoirs de l'éditeur sont cumulatifs (art. 380 i.f. CO : « (...) et à la répandre dans le public »).

³²⁷ SCHMID, N 134.

³²⁸ En ce sens : KRAMER, note 126 ; DESCHENAUX, p. 73 : v. l'exemple de la prescription/péremption donné par HAUSHEER/JAUN, N 2.97.

³²⁹ Exemple tiré de KRAMER, p. 60.

³³⁰ S'agissant de l'analyse logique des textes normatifs, v. HÖHN, p. 191 ss ; v. également l'exemple donné par SCHMID, N 134 : rentre également dans la lecture logique de la loi, la situation présagée par OIT, *Leitsätze*, p. 39, et les réf. : lorsqu'une clause générale ou une autre norme légale contient une liste exemplative et qu'un cas d'application important n'y est pas mentionné, il faut présumer qu'il n'est pas appréhendé par la règle. La présomption est réfragable ; KRAMER, note 132, ne parle pas d'analyse logique, mais d'application des règles grammaticales et sémantiques.

³³¹ Entre autres : SCHMID, N 134 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 184, qui indique néanmoins (N 187) que les titres et les notes marginales peuvent revêtir un sens trop étroit ou trop large : comparer avec LOOSCHELDERS/ROTH, p. 144-145, qui parlent d'analyse structurelle (*Strukturuntersuchung*).

³³² Entre autres : HAUSHEER/JAUN, N 2.91 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 184.

³³³ V. ci-dessous, Chapitre 6 (p. 90 ss).

(art. 1 ss CO) et que celle de l'article 28 CCS renvoie à la responsabilité extra-contractuelle (art. 41 ss CO)³³⁴.

2.3. Lecture des trois textes officiels

L'affirmation selon laquelle l'interprète est tenu de lire la loi dans son ensemble n'est pas encore assez précise. Les trois textes officiels (français, allemand et italien), spécialité du droit suisse selon KRAMER³³⁵, doivent être pris en considération³³⁶ simultanément³³⁷. Pour reprendre la terminologie alémanique présentée ci-dessus, on constate donc que le droit suisse ne connaît pas un seul *Wortlaut*, mais trois³³⁸.

Les textes français, allemand et italien ont la même valeur³³⁹. Ainsi, contrairement à ce que les juristes romands ont parfois tendance à croire, la traduction allemande ne revêt pas une valeur interprétative plus importante que les versions française et italienne : le texte correspondant au mieux au sens de la norme devra être appliqué³⁴⁰.

Cette pluralité linguistique représente à la fois une difficulté supplémentaire et une aide bienvenue s'agissant de l'interprétation. Difficulté car l'interprète doit exercer son activité sur la base de trois textes qui peuvent être la source de nouvelles ambiguïtés³⁴¹ ou incertitudes³⁴², aide bienvenue car la pluralité linguistique permet au législateur d'« exprimer plus complètement sa pensée »³⁴³. Les inexactitudes ou les incertitudes peuvent parfois être dissipées par la lecture d'une autre version ou alors celle-ci aiguille l'interprète sur la voie de la solution³⁴⁴.

³³⁴ Pour les exemples, v. RIEMER, § 4 N 12.

³³⁵ KRAMER, p. 58.

³³⁶ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, p. 40 : « *Zum vornherein haben alle drei Texte gleichen Anspruch auf Beachtung. Keiner von ihnen darf gerade aus dem Grund, weil er in der betreffenden Sprache abgefasst ist, hintangesetzt werden* ».

³³⁷ Comparer avec DUMON, p. 288, et les réf.

³³⁸ SCHNYDER, p. 53.

³³⁹ KRAMER, p. 58, avec des réf. ; DESCHENAUX, p. 72, 83, qui semble pourtant conférer une légère priorité au texte allemand ; GYGL, p. 75 ; DÜRR, art. 1 N 66 ; HAUSHEER/JAUN, N 2.25.

³⁴⁰ Comparer avec HÖHN, p. 191 ; DESCHENAUX, p. 72 : « En cas de divergence, le juge doit rechercher quel est le texte « juste » (...) » ; en ce sens, v. également RIEMER, § 4 N 15 ; SCHMID, N 136 ; recherchant la volonté du législateur : HAUSHEER/JAUN, N 2.27 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 102, note qu'il arrive même que la traduction se révèle meilleure que la version originale.

³⁴¹ DESCHENAUX, p. 76, 83.

³⁴² KRAMER, p. 58.

³⁴³ DESCHENAUX, p. 83 ; WALTER, *Rechtsfortbildung*, p. 8, précise que la lecture des trois langues officielles permet à la jurisprudence de découvrir le vrai *Normsinn* à l'aide du *Wortsinn* du terme analysé (sous-entendu dans chacune des trois langues).

³⁴⁴ V. DESCHENAUX, p. 83 ; KRAMER, p. 58, considère, selon une perspective globale, que les avantages et les inconvénients de la pluralité linguistique se compensent.

3. La méthode d'interprétation littérale (ou grammaticale) : le sens des mots

3.1. Références historiques, linguistiques et contexte

La lecture des trois textes légaux dans leur ensemble, bien que nécessaire à la compréhension d'une notion légale, n'est souvent pas suffisante pour saisir la signification de cette notion ainsi que le groupe d'objets appréhendé par celle-ci. Le sens des mots varie en fonction de références déterminées. Celles-ci peuvent être *historiques*³⁴⁵ et *linguistiques*³⁴⁶. En outre, le sens d'un terme sera différent selon le *contexte* dans lequel il se situe.

Il existe deux grandes références historiques. Le sens littéral d'une notion est dépendant de l'usage de la langue à un moment donné. Ainsi est-il indispensable de déterminer s'il convient de faire référence à l'usage actuel ou, au contraire, à celui prévalant lors de la rédaction de la loi qui fait l'objet de l'interprétation³⁴⁷.

Quant aux références linguistiques, celles-ci sont de deux ordres : un mot peut être utilisé d'après le langage courant (usuel) ou selon un sens technique (juridique)³⁴⁸. La notion d'*immeuble*, par exemple, revêt une signification fort différente selon qu'on l'analyse selon son sens courant ou sa signification juridique (art. 655 al. 2 CCS)³⁴⁹.

Enfin, le contexte dans lequel est situé une règle influe souvent sur le sens de celle-ci. En particulier, le sens d'une notion normative³⁵⁰, englobée dans un article déterminé, découle souvent d'autres alinéas du même article ou d'autres dispositions³⁵¹.

³⁴⁵ PROBST, *Grenze*, p. 264, parle de *sprachhistorische Analyse*.

³⁴⁶ PROBST, *Grenze*, p. 264, parle de *sprachlichgrammatische Analyse* : le sens des mots varie en fonction des références historiques et linguistiques. On ne peut ajouter que le sens littéral varie en fonction d'une référence téléologique (*ratio linguae*). Les mots utilisés dans la loi par le législateur ont pour seule finalité d'exprimer le sens juridique d'une norme aussi précisément que possible au cœur d'une disposition. Il n'est donc pas possible de déduire de la *ratio linguae* un quelconque indice concret en vue de définir le sens littéral d'une notion légale. V. à ce sujet PROBST, *Grenze*, p. 263 s.

³⁴⁷ Posant la question : KOCH/RÜSSMANN, p. 189.

³⁴⁸ SILANCE, p. 147, parle du « langage judiciaire » comme d'un « langage « bâlard » », dans la mesure où il « se situe au confluent d'une langue technique, celle du droit, professionnelle, celle de la pratique judiciaire, et commune ».

³⁴⁹ V. RIEMER, § 4 N 31.

³⁵⁰ Contrairement aux notions descriptives renvoyant à un état de faits réel, concret (par exemple : arbre, voiture, etc.) (v. KRAMER, p. 44), les notions normatives ne renvoient pas à une réalité physique, mais à des abstractions, à des valeurs. Dans le domaine du droit, elles représentent des termes techniques juridiques (par exemple : propriété, bonne foi, cession, etc.) (KRAMER, p. 48).

³⁵¹ LOOSCHELDERS/ROTH, p. 141 : « Im übrigen sind die einzelnen Ausdrücke nur Bestandteile des Satzes und als solches notwendig in ihrem Bezug zu und in ihrer Verknüpfung mit den

3.2. Contour du sens littéral possible en droit suisse

3.2.1. Remarques

Plusieurs auteurs suisses se sont exprimés sur les références historiques et linguistiques, ainsi que sur le contexte d'une norme dans le cadre de l'interprétation littérale, souvent de manière très succincte, parfois de manière assez complète. Il est impératif d'analyser les explications données par ces auteurs³⁵² et de tenter d'en déduire une conception commune afin de définir le contour du critère du sens littéral possible³⁵³. Nous ne prendrons pas uniquement en compte les explications fournies par les auteurs retenant le critère du sens littéral possible. Les explications relatives à la méthode d'interprétation littérale et, plus spécifiquement, aux références historiques et linguistiques, ainsi qu'au contexte de la norme sont effectuées indépendamment de la conception retenue (reconnaissance du critère du sens littéral possible ou absence de reconnaissance)³⁵⁴.

Nous ferons référence aux études de la doctrine allemande afin d'étayer nos propos et de motiver les choix effectués.

Pratiquement, nous fondons notre analyse sur les principes suivants :

- premièrement, nous tenterons de nous appuyer le plus possible sur les conceptions présentées par la doctrine en Suisse ;
- deuxièmement, nous favoriserons une approche pragmatique : donc, nous tâcherons d'éviter les longs développements théoriques ou trop techniques pour adopter une position applicable en pratique ;
- enfin, nous éviterons d'aboutir à des conclusions trop absolues. Nous donnerons plutôt un certain nombre d'indices – utiles afin de définir le contour du sens littéral possible – que nous aurons l'occasion de « tester » lors de l'analyse du Titre douzième du Code des obligations.

anderen verwendeten Ausdrücken zu verstehen. Insoweit also diese Ausdrücke vom Gesetzgeber in einen textlichen Zusammenhang gestellt sind, dürfen sie auch bei der Auslegung nicht isoliert gelesen werden, sondern sind aus ihrem Kontext heraus zu interpretieren³⁵¹ (kontextuale Interpretation) ».

³⁵² Ces explications reflètent parfois le résultat d'analyses complètes dont il n'est pas possible de reprendre ici tout le développement.

³⁵³ Exprimée de manière rigoureuse, la question n'est pas de savoir « comment on définit la limite du sens littéral possible ? » (cette limite ne peut être déterminée *in abstracto*, mais seulement en référence à un cas concret ; v. à ce sujet, pt. 4 [p. 73 s.], et les notes 509 et 512), mais « comment on constate qu'un cas concret est appréhendé ou non par le sens littéral possible ? ». V. PROBST, *Grenze*, p. 262.

³⁵⁴ Nous observons cependant que les auteurs reconnaissant ce critère ont souvent – et logiquement – apporté plus de précisions s'agissant des références historiques et linguistiques, ainsi que du contexte de la norme.

3.2.2. Démarche

Nous procéderons à l'analyse de la référence historique avant de passer à celle de la référence linguistique.

S'agissant de l'analyse de la *référence* historique, nous débiterons celle-ci en mettant en évidence le rapport étroit qui la lie à la *méthode* d'interprétation historique (pt. 3.2.3). Au regard de ce rapport, nous analyserons cette dernière méthode (pt. 3.2.4), avant de reprendre l'examen de la référence historique et de délimiter strictement celle-ci dans le contexte de l'interprétation littérale (pt. 3.2.5).

Nous étudierons la référence linguistique au pt. 3.2.6 et la question du contexte de la norme au pt. 3.2.7.

3.2.3. Référence historique – mention de la méthode d'interprétation historique

a) Deux courants doctrinaux

Parmi les auteurs ayant traité de la référence historique, on observe deux courants doctrinaux :

- le premier courant³⁵⁵ distingue des références différentes selon que l'on est en présence d'un terme technique ou d'un terme non spécifiquement technique : dans le premier cas, il s'agit, en principe, de se référer au sens donné lors de la rédaction de la loi³⁵⁶ ; dans le second cas, l'interprète doit se fonder sur le sens actuel ;
- le second courant n'effectue pas de distinction entre les termes techniques et les termes non spécifiquement techniques. Il part du principe que tous les termes doivent être interprétés selon le sens donné lors de la rédaction de la loi³⁵⁷, sauf s'il existe des motifs objectifs de se distancer de cette signification³⁵⁸.

³⁵⁵ KRAMER, p. 64 ; HUWILER, p. 5, et note 54, qui se réfère à KRAMER ; et sans doute SCHNYDER reprenant globalement la conception de KRAMER (v. note 281).

³⁵⁶ KRAMER, p. 64, note 144, renvoie à LARENZ/CANARIS, p. 144, qui indiquent que si l'interprète se réfère immédiatement à la signification actuelle, il passerait à côté de l'intention du législateur. En guise d'exemple, LARENZ/CANARIS, p. 144-145, citent un arrêt du *Bundesgerichtshof in Zivilsachen* (BGHZ 52, p. 263-264) particulièrement clair à ce sujet : la Cour fédérale allemande s'est posée la question de savoir si le terme *Bergwerkbesitzer* (possesseur de mines), au sens du § 148 de la loi générale prussienne sur les mines de 1865, se référerait uniquement au *Bergwerkseigentümer* (propriétaire de mines) ou alors englobait également les *Pächter* (fermiers) et les *Niessbraucher* (usufruitiers). Le *Bundesgerichtshof* a penché pour cette deuxième solution en argumentant, entre autres, que les travaux préparatoires relatifs aux §§ 148 et 149 de la loi de 1865 entendaient donner une définition large au terme de *Bergwerkbesitzer*.

³⁵⁷ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 185 ; DESCHENAUX, p. 83, note 60, se réfère à MEIER-HAYOZ, art. 1 N 185, qui estime qu'il convient de retenir la méthode d'interprétation historique objective (pour les détails, v. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 151 ss). DESCHENAUX, p. 79, parle de « méthode de recherche de la volonté reconnaissable », mais assimile celle-ci à la méthode historique

b) *Termes techniques*

On constate que la doctrine est unanime pour considérer, en tout cas sur le principe, que les termes techniques doivent être interprétés selon leur signification historique.

L'unanimité s'arrête là : le premier courant doctrinal concède une exception si l'interprétation effectuée sur la base du sens actuel aboutit à un résultat tout à fait sensé au regard du contexte présent³⁵⁹. Il précise que cette situation est en général observée en présence de termes techniques dont le sens va découler de jugement de valeurs (par exemple : droit de la personnalité, liberté de la presse, etc.), par opposition à des termes « purement » techniques³⁶⁰. Le second courant estime de façon plus générale que la mise à l'écart du sens historique n'est envisageable que si l'interprète peut se baser sur des motifs objectifs³⁶¹.

Cette différence de conception trouve sa cause dans la méthode retenue par les deux courants de doctrine dans le contexte de l'interprétation historique³⁶². Le premier courant se fonde en principe sur la méthode actuelle objective³⁶³, alors que le second base en principe sa réflexion sur la méthode historique objective³⁶⁴.

c) *Termes non spécifiquement techniques*

En ce qui concerne les termes non spécifiquement techniques³⁶⁵, les deux courants doctrinaux divergent :

- le premier courant indique que ces termes doivent être interprétés selon l'usage actuel³⁶⁶ dans la mesure où il s'agit là du sens pris en compte par les destinataires de la norme³⁶⁷ ;

objective élaborée avant tout en Suisse par MEIER-HAYOZ (v. DESCHENAUX, p. 79, note 48) ; HAUSHEER/JAUN, N 2.93, et N 2.94, pour des exemples. V. néanmoins les précisions apportées par ces auteurs dans leur récente publication (HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 126).

³⁵⁸ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 154 ss et N 218 ss, qui indique que l'interprète doit motiver la raison pour laquelle il prend de la distance par rapport à l'histoire de la loi. Il doit apporter la preuve du changement de situation ; comparer avec DESCHENAUX, p. 80 (comparer avec LOOSCHELDERS/ROTH, p. 139) ; HAUSHEER/JAUN, N 2.126 et N 2.60 ss. Ces auteurs reprennent intégralement les explications fournies par MEIER-HAYOZ.

³⁵⁹ V. KRAMER, p. 64.

³⁶⁰ KRAMER, note 145 ; v. la précision apportée par HUWILER, p. 5 ; quelques exemples – choisis arbitrairement – de termes « purement » techniques : le *porte-fort* (art. 111 CO) ; l'*endossement* (art. 1001 ss CO) ; la *cédule hypothécaire* (art. 842 ss CCS) ; pour d'autres exemples, v. SILANCE, p. 150.

³⁶¹ Par exemple : MEIER-HAYOZ art. 1 N 154 ss et N 218 ss.

³⁶² Comparer avec KRAMER, note 146.

³⁶³ V. KRAMER, p. 101 ss.

³⁶⁴ V. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 151 ss ; sur ces deux méthodes, v. ci-dessous, pt. 3.2.4.a) (p. 53 s).

³⁶⁵ Quelques exemples – choisis arbitrairement – de termes non spécifiquement techniques : les *essains d'abeilles* (art. 719 CCS) ; le *congé* (art. 329 CO).

- le deuxième courant part du principe que tout terme (donc y compris les termes non spécifiquement techniques) doit être analysé selon le sens donné lors de l'élaboration de la loi, à moins qu'il existe des motifs objectifs de se distancer de cette signification³⁶⁸.

A nouveau, le choix entre les deux conceptions est intimement lié à la méthode retenue dans le contexte de l'interprétation historique. Le premier courant doctrinal se fonde en principe sur la méthode actuelle objective, alors que le second base en principe sa réflexion sur la méthode historique objective³⁶⁹.

d) *Observation*

A ce stade, on peut faire les constats suivants :

- le sens littéral (sens des mots) est fonction d'une référence historique (sens donné au terme lors de l'élaboration de la loi ou sens actuel) ;
- le choix de la référence historique est dépendant de la méthode d'interprétation historique retenue.

Il est donc inévitable de présenter la méthode d'interprétation historique. La conception retenue de celle-ci permettra de définir quelle référence historique doit être prise en compte aux fins de déterminer le sens littéral.

3.2.4. La méthode d'interprétation historique

a) *Conceptions envisageables*

Lorsqu'on parle de méthode historique, il est en général question des deux méthodes suivantes :

- la *méthode historique subjective* selon laquelle la volonté du législateur réel doit avant tout être recherchée³⁷⁰. En termes imagés, il s'agit de sonder l'âme de l'auteur de la loi³⁷¹. Cette méthode est aujourd'hui dépassée³⁷² ;

³⁶⁶ V. KRAMER, p. 64.

³⁶⁷ Les destinataires d'une norme comprenant celle-ci sur la base des connaissances linguistiques actuelles. V. KRAMER, p. 64 ; v. également LARENZ/CANARIS, p. 145.

³⁶⁸ V. ci-dessus, pt. a) (p. 51).

³⁶⁹ Sur ces deux méthodes, v. ci-dessous, pt. 3.2.4.a) (p. 53 s.).

³⁷⁰ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 168.

³⁷¹ Expression de WINDScheid reprise par ENGISCH, p. 88, lors de sa présentation des *subjectivistes* (p. 88 s.).

³⁷² KRAMER, p. 90 ; en ce sens : DÜRR, art. 1 N 135, avec de nombreuses réf. ; BIAGGINI, p. 71 ; sur les nombreuses raisons poussant aujourd'hui à écarter la méthode historique subjective : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 168-173 ; estimant qu'il est difficile de parler de « *volonté du législateur* » : HÖHN, p. 213 ; comparer avec MOOR, p. 385, qui parle de l'« *autonomisation des textes* » par rapport à la *subjectivité de leur auteur* ».

- la *méthode historique objective* selon laquelle il convient de s'écarter de la volonté du législateur afin de se fonder sur le sens de la loi, celui-ci devant être déduit de l'histoire de la loi³⁷³. Dans ce but il y a lieu d'examiner – entre autres – les documents à l'origine de la loi ainsi que le contexte historique dans lequel les règles ont été adoptées. Cette méthode est soutenue en particulier par MEIER-HAYOZ³⁷⁴.

A l'opposé des deux méthodes présentées ci-dessus, la *méthode actuelle objective* (*objektiv-zeitgemässe Methode*) doit être mentionnée. Selon celle-ci le sens de la loi ne doit être recherché ni dans la volonté du législateur, ni en fonction de son histoire (même considérée objectivement), mais dans le présent, au moment de son application, et compte tenu des circonstances actuelles³⁷⁵. Cette méthode est soutenue par des auteurs de référence en Allemagne, représentant la doctrine majoritaire³⁷⁶, ainsi que par plusieurs auteurs suisses³⁷⁷. Les auteurs soutenant cette méthode expriment qu'en principe et dans la mesure où l'application de la loi n'est pas un acte dominé par le passé³⁷⁸ mais bien une opération actuelle, voire éventuellement tournée vers le futur³⁷⁹, les termes de la loi doivent être interprétés de manière objective, en fonction d'éléments de valeurs actuels³⁸⁰.

³⁷³ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 151.

³⁷⁴ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 140-178 ; pour d'autres explications, v. KRAMER, p. 90-91 ; JAUN, *Reduktion*, p. 103-105 ; la méthode historique objective a pour avantage de conserver la stabilité et la continuité du droit (SCHMID, N 127), mais pour inconvénient d'empêcher son adaptation aux valeurs et aux réalités sociales ayant changé depuis l'adoption de la loi (REHBINDER, *Einführung*, p. 75).

³⁷⁵ MAHON/MAVROIDIS, p. 401 ; pour plus de précisions, v. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 162-165 ; la méthode actuelle objective a pour avantage de favoriser la flexibilité et la dynamique du droit (SCHMID, N 128), mais pour inconvénient de porter atteinte à la sécurité du droit (REHBINDER, *Einführung*, p. 75, qui ajoute que les modifications importantes du droit doivent faire l'objet d'une réforme de la législation et non être intégrées par le biais de l'interprétation).

³⁷⁶ Présentant la conception de la doctrine majoritaire : RÜTHERS, N 798 ss. qui, N 806 ss. critique la méthode actuelle objective.

³⁷⁷ KRAMER, p. 91-92 et les réf. (v. néanmoins ci-dessous, pl. c)) ; SCHMID, N 156 (v. néanmoins N 129) ; WALTER, *Rechtsfortbildung*, p. 10 ; TSCHENTSCHER, p. 107 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 166-167, estime que la méthode actuelle objective peut conduire à des résultats peu satisfaisants.

³⁷⁸ KRAMER, p. 101 : « (...) dass die Rechtsanwendung kein Akt der « Vergangenheitsbewältigung » ist, (...) ».

³⁷⁹ V. ENGISCH, p. 90.

³⁸⁰ Il peut se passer un temps relativement long entre le moment de la rédaction de loi et le moment de son application. Entre ces deux périodes, des changements peuvent être intervenus dans de nombreux domaines (techniques, sociaux, etc.). V. à ce sujet RÜTHERS, N 778 s. ; BIAGGINI, p. 92, et MAHON/MAVROIDIS, p. 401, et la réf., argumentent que l'emploi de la méthode actuelle objective évite la « pétrification » de l'ordre juridique.

b) Conception du Tribunal fédéral

Définir la conception du Tribunal fédéral relève de l'impossibilité. On note certes quelques arrêts soutenant clairement la méthode actuelle objective³⁸¹. Dans un arrêt récent, les juges fédéraux ont cependant laissé entendre qu'ils se sentent liés par les volontés récentes du législateur (« *An diesen (jungen) gesetzgeberischen Willen ist das Bundesgericht gebunden* »)³⁸². D'aucuns estiment qu'il est peu satisfaisant de reconnaître, comme le Tribunal fédéral, que les travaux préparatoires représentent une volonté du législateur liant le juge. D'une part, dans le but de légitimer leur conception, les juges de notre Haute Cour se fondent sur de précédents arrêts n'ayant nullement fait mention de cette « volonté obligatoire ». D'autre part, l'interprétation historique – de même que les autres méthodes d'interprétation – doivent faire l'objet d'une appréciation critique lors de leur application, même en présence de travaux préparatoires relatifs à une loi récente : premièrement, les travaux préparatoires peuvent contenir des erreurs, imprécisions ou contradictions ; deuxièmement, le contenu de ces travaux peut apparaître comme bien subjectif dans la mesure où seules quelques personnes (experts, parlementaires, etc.) ont eu l'occasion de donner un poids trop important à certaines formulations dans le cadre de la procédure législative³⁸³.

De manière générale, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas de se prononcer en faveur de l'une ou l'autre des méthodes présentées ci-dessus³⁸⁴. MEIER-HAYOZ parle de la « *grundsätzliche Grundsatzlosigkeit* » de la jurisprudence de notre Haute-Cour³⁸⁵. Cette dernière se défend en prétendant soutenir le « pluralisme méthodologique pragmatique »³⁸⁶.

³⁸¹ Par exemple : ATF 105 Ib 49, 60 ; 94 II 65, 71.

³⁸² ATF 127 III 342, 344, JdT 2002 I 226, 228.

³⁸³ V. RIEMER, *Wille*, p. 150.

³⁸⁴ Même conclusion chez BIAGGINI, p. 130. Sur les motifs ayant conduit l'auteur à cette conclusion, v. BIAGGINI, p. 118-130 ; RIEMER, *Wille*, p. 150, en parlant de l'« *ewige Story des historischen Auslegungselementes* », indique que les solutions auxquelles le Tribunal fédéral aboutit – dans le cadre d'applications individuelles et concrètes – représentent souvent l'expression d'un certain subjectivisme judiciaire (*Ausdruck eines gewissen richterlichen Subjektivismus*) !

³⁸⁵ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 221, et les réf. ; WALTER, p. 166, soutient que MEIER-HAYOZ a néanmoins toujours reconnu la grande qualité de la jurisprudence de notre Cour fédérale ; KRAMER, p. 92, relève la critique de MEIER-HAYOZ en précisant que celle-ci n'est pas totalement injustifiée et, p. 93, mentionne la « position éclectique » (*eklektische Haltung*) de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral ; HUWILER, p. 9 : « *Leider liess sich das Bundesgericht bisher nicht zu einer einheitlichen und verlässlichen Praxis in der Methodenwahl anregen. (...)* » ; DESCHENAUX, p. 85 : « *La position du Tribunal fédéral à l'égard des travaux préparatoires manque de fermeté* ».

³⁸⁶ ATF 129 III 55, 57 ; 125 II 238, 244 ; 123 II 464, 468, JdT 1998 I 703, 707 ; 121 III 219, 225, JdT 1996 I 162, 168-169 ; 114 V 219, 220 ; pour une brève présentation de la pratique méthodologique du Tribunal fédéral, v. KRAMER, p. 92-95 ; pour une présentation plus générale, v. BIAGGINI, p. 108-148 ; concernant l'acceptation de la notion de pluralisme

A notre sens, s'il convient d'admettre que le Tribunal fédéral manque parfois de rigueur s'agissant de l'analyse méthodologique qu'il effectue de certaines situations³⁸⁷, il paraît excessivement difficile, en pratique, d'écarter le pluralisme méthodologique pragmatique et de s'en tenir à une hiérarchie bien définie entre les méthodes d'interprétation³⁸⁸ (en l'occurrence historiques). Afin de garder une approche pragmatique, nous n'avons pas pris position, ci-dessous³⁸⁹, en faveur de l'une ou l'autre des méthodes d'interprétation (historique objective ou actuelle objective), ni même d'ailleurs essayé de fixer une règle de choix entre ces deux méthodes.

c) *Réflexions fondées sur les méthodes historique objective et actuelle objective*

Dans la mesure où la méthode historique subjective est aujourd'hui considérée comme dépassée (à juste titre), nous nous bornons à prendre en compte les méthodes historique objective et actuelle objective. On comprend aisément que la référence à l'une ou l'autre de ces méthodes a une incidence considérable sur le résultat de l'interprétation³⁹⁰, à condition de considérer que chacune des méthodes est appliquée strictement, c'est-à-dire sans aucun emprunt à l'autre méthode. Or, force est de constater que la doctrine ne se fonde pas strictement sur une seule

méthodologique pragmatique par notre Haute Cour. v. WALTER, p. 157-158 ; pour une défense du pluralisme méthodologique pragmatique : WALTER, p. 157 ss ; WALTER, *Rechtsfortbildung*, p. 4 ; WIPRÄCHTIGER, p. 143 ss ; v. également BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 67-68, qui estime que la notion de pluralisme méthodologique pragmatique devrait être abandonnée. Selon cet auteur, il conviendrait plutôt de parler de « *pragmatisme guidé dans le cadre de l'interprétation* » (*regelgeleitetes Auslegungspragmatismus*).

³⁸⁷ Dans la présente thèse, v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 5.3 (p. 111 ss) (critique de l'ATF 127 IV 198, SJ 2002 I 107) ; v. également (par exemple) KRAMER, note 576 (critique de l'ATF 121 III 219, JdT 1996 I 162).

³⁸⁸ En ce sens, suivant la conception du Tribunal fédéral : RIEMER, § 4 N 62.

³⁸⁹ Pt. c) (p. 56 ss).

³⁹⁰ Exemple : dans un ATF 83 I 173, les juges fédéraux se sont posés la question de savoir si, au regard de l'art. 23 de la Constitution cantonale vaudoise (« (...) tous les suisses âgés de vingt ans révolus (...) »), le droit de vote des femmes devait être reconnu. Ils ont répondu de manière négative en soutenant que, par l'expression *tous les suisses*, le législateur historique ne pouvait faire référence qu'aux *hommes* suisses. Dans cette affaire, notre Haute Cour a fondé sa décision sur la *méthode historique objective* ; plus de trente années plus tard, dans un ATF 116 Ia 359 (JdT 1992 I 98), les juges fédéraux se sont posés la même question au regard de l'art. 16 al. 1 de la Constitution cantonale appenzelloise (qui parle de *Landleute* et de *Schweizer*). Malgré l'indication contraire (claire) donnée par le législateur historique, ils décidèrent qu'une interprétation objective de cet art. 16 al. 1 indiquait que les notions *Landleute* et *Schweizer* englobaient également les *citoyennes* du canton d'Appenzel. Dans ce cas, notre Haute Cour a fondé sa décision sur la *méthode actuelle objective* : pour d'autres exemples, v. KRAMER, p. 88-90.

méthode³⁹¹. Prenons deux exemples :

- MEIER-HAYOZ opte en principe pour la méthode historique objective. Il admet néanmoins que si l'interprète apporte la preuve d'un changement de circonstances (depuis le moment de la rédaction de la loi), il lui incombe de se distancer de la signification historique de la loi³⁹² ;
- KRAMER soutient en principe la méthode actuelle objective³⁹³. Il insiste cependant sur le fait que la genèse de la loi ne doit pas être considérée comme négligeable, les documents relatifs aux travaux préparatoires donnant souvent des éclaircissements décisifs sur la manière de comprendre la loi³⁹⁴.

Bien que dogmatiquement différentes, ces deux démarches peuvent conduire à des résultats semblables³⁹⁵.

Dans une perspective pratique, il paraîtrait opportun de parler – comme certains l'ont déjà fait³⁹⁶ – de méthode historique/actuelle objective (*objektiv-historisch/zeitgemässe Methode*³⁹⁷) afin de laisser percevoir que le résultat de l'interprétation ne dépend finalement pas de la démarche adoptée, mais bien de l'importance attribuée aux travaux préparatoires, respectivement aux circonstances actuelles³⁹⁸. Le poids à donner à ces deux dernières références dépend du cas d'espèce³⁹⁹. Dans un cas, les travaux préparatoires revêtiront peut-être une force considérable (en raison de leur clarté, ou du fait que la loi qui est appliquée est récente, ou encore en raison du peu de changements techniques, économiques, etc. constatés depuis l'adoption de la loi). Dans une autre situation, les circonstances actuelles auront un poids particulier (par le fait que la notion légale analysée laisse une grande place au jugement de valeurs, ou que les circonstances économiques,

³⁹¹ FORSTMOSER, § 19 N 48, indique que la doctrine majoritaire a adopté – à juste titre – une « position de conciliation » (*vermittelnde Methode*) : v. également : KRAMER, p. 101.

³⁹² MEIER-HAYOZ, art. 1 N 154 ss.

³⁹³ KRAMER, p. 101 ss.

³⁹⁴ KRAMER, p. 103-105, 111 ; v. également BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 55, et la note 17.

³⁹⁵ KRAMER, p. 104, dispose que si le sens historique n'est plus justifié au regard des données récentes et qu'il contredit les valeurs qui peuvent être déduites de la législation actuelle, seule une interprétation fondée sur les circonstances présentes peut être entreprise. KRAMER, note 315, indique que MEIER-HAYOZ, art. 1 N 155, arrive au même résultat ; notons l'avis de HÖHN, p. 122, qui estime que la controverse (histoire de la loi/sens actuel de celle-ci) a peu d'importance pratique.

³⁹⁶ RIEMER, § 4 N 56.

³⁹⁷ Le Tribunal fédéral a adopté cette méthode – qu'il qualifie de *objektiv-zeitgemässe Auslegung* – dans plusieurs jugements. V. à ce sujet FORSTMOSER, § 19 N 56, et les réf.

³⁹⁸ Il est donc indispensable d'examiner les travaux préparatoires et les circonstances actuelles. Comparer avec les explications données par MAYER-MALY, *Einführung*, p. 21.

³⁹⁹ Clairement en ce sens, les nombreux auteurs – représentant la doctrine récente – cités par BIAGGINI, p. 72, à la note 28 ; comparer avec HUWILER, p. 10.

techniques, etc. ayant entourés l'adoption de la loi ont changé de façon importante, ou encore que la loi appliquée date de plusieurs décennies)⁴⁰⁰.

En l'absence de hiérarchie établie entre les deux méthodes (historique objective et actuelle objective), il est essentiel que le juge motive sa démarche interprétative⁴⁰¹ avec des arguments offrant une certaine force de conviction⁴⁰². Le juge ne peut donc pas se limiter à présenter sommairement la conclusion à laquelle il aboutit. La « fuite dans la décision »⁴⁰³ doit impérativement être évitée. Une motivation est indispensable. Elle doit permettre de *comprendre*, *contrôler* et *critiquer* non seulement le résultat de l'interprétation, mais également le processus ayant conduit à celui-ci⁴⁰⁴ :

- l'exigence de la *compréhension* suppose que tous les arguments ayant conduit au dispositif du jugement soient mentionnés et se succèdent de manière cohérente⁴⁰⁵. Plus simplement, les motifs de la décision doivent permettre de comprendre « *pourquoi c'est ainsi et pas autrement* » (« *warum so und nicht anders* »)⁴⁰⁶ ;

⁴⁰⁰ Comparer avec BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 61.

⁴⁰¹ En ce sens : KRAMER, p. 104-105 ; HUWILER, p. 9 s. : le juge ne peut donc pas fonder sa décision sur un raisonnement d'autorité (ou argument d'autorité), soit simplement affirmer une conclusion (v. à ce sujet PUIGELIER, p. 1688, 1691).

⁴⁰² V. WIPRÄCHTIGER, p. 148-149 ; comparer avec les explications de BIAGGINI, p. 157, qui parle de contrôle du résultat (*Ergebnisskontrolle*) ; en ce sens également : BRÜGGEMANN, p. 72 ; comparer avec WALTER, *Rechtsfortbildung*, p. 4 : « *Die Jurisprudenz gehört daher seit der Aufklärung nicht mehr zur scientia mit eigenem Wahrheitsanspruch, sondern zur fall- und zeitbezogenen ars also argumentativer Kunst* ».

⁴⁰³ BRÜGGEMANN, p. 84-85.

⁴⁰⁴ OGOREK, p. 29. Reprenant les explications de OGOREK : WALTER, p. 165-166 ; WALTER, *Inkohärenzen*, p. 32 ; WIPRÄCHTIGER, p. 148 ; ALBRECHT, p. 349 : l'exigence d'une motivation compréhensible, contrôlable et critiquable trouve son origine dans l'analyse herméneutique. Comparer avec les explications de ZELLER, § 8 N 4, et la réf. à la note 12 : GILLIARD, p. 176, estime que le Tribunal fédéral se devrait de « *justifier plus rigoureusement et plus complètement les interprétations adoptées* ».

⁴⁰⁵ Comparer avec ACHTERBERG, p. 49 s., qui indique que l'argumentation est lacunaire (*Argumentationslücke*) s'il manque un « maillon » dans la « chaîne » de l'argumentation ; comparer avec les explications de BRÜGGEMANN, p. 64-72, qui indique que les deux éléments nécessaires à la motivation d'un jugement sont la *construction* et l'*argument* (le *raisonnement*) : le premier représente la forme de la motivation et le deuxième a trait à l'aspect rhétorique de celle-ci ; comparer avec MOOR, p. 385, qui parle d'un « *processus de décision argumentée* » : l'exigence d'une motivation compréhensible est nécessaire non seulement pour la personne touchée par la décision, mais également pour tous les citoyens. Elle permet aux justiciables de prévoir l'issue d'un éventuel litige proche de celui ayant fait l'objet de la décision. GILLIARD, p. 168, estime que cette nécessité est parfois oubliée par le Tribunal fédéral.

⁴⁰⁶ BRÜGGEMANN, p. 60.

- la possibilité qui doit être donnée de *contrôler* et, le cas échéant, de *critiquer* oblige le juge à présenter des arguments susceptibles de vérification⁴⁰⁷.

Ces exigences sont essentielles dans la mesure où la crédibilité d'une décision n'est pas dépendante du respect d'une hiérarchie établie entre les différentes méthodes d'interprétation, mais de la force de conviction se dégageant des arguments à la base de la décision⁴⁰⁸.

En général, la doctrine parle de la motivation exigée du juge uniquement si celui-ci se distance de la signification historique de la norme⁴⁰⁹. A notre sens, la motivation doit être convaincante « dans les deux sens », c'est-à-dire que le juge fonde son argumentation sur les travaux préparatoires ou sur les circonstances actuelles⁴¹⁰.

d) Règles à suivre

Revenons un instant sur la pratique du Tribunal fédéral. Notre Haute Cour n'a pas établi d'ordre de priorité entre la méthode historique objective et la méthode actuelle objective, mais elle prend position de cas en cas⁴¹¹. Nous ne remettons donc pas en question les explications qui précèdent. Dans certaines situations spécifiques, les juges fédéraux appliquent néanmoins des « règles » conduisant à l'application d'une des méthodes :

- les positions prises par le législateur, résultats d'un compromis, doivent être respectées par le juge et ne plus être remises en question⁴¹². On note ici la prépondérance des travaux préparatoires. De manière plus générale, la doctrine

⁴⁰⁷ Comparer avec les explications données par ACHTERBERG, p. 53 (*Argumentationsinvalidität*). Le même auteur, p. 45 (*Argumentationsübermass*), souligne que l'emploi des expressions à l'évidence, sans aucun doute, etc. démontre la faiblesse de l'argumentation ; v. également BRÜGGEMANN, p. 85 ss (en particulier, p. 87), qui indique que l'utilisation de motifs apparents (*Scheingründe*) fait obstacle au contrôle de la motivation.

⁴⁰⁸ Dans le même sens : BRÜGGEMANN, p. 73-74 ; comparer avec MOOR, p. 390 : « Ce n'est donc pas par une méthode d'interprétation que le sens est donné, mais par le choix auquel l'interprète aboutit : il est le fruit d'une décision (argumentée[...]) prise à partir de l'ensemble des sens possibles, tels qu'ils sont indiqués et par l'analyse du texte et dans les différentes individualisations accessibles dans les cas concrets » ; comparer également avec PETEV, p. 408 s., et en particulier, p. 409 : « On doit plutôt accepter, en revanche, à la lumière des acquis herméneutiques, que la décision correcte est celle pour laquelle les meilleurs arguments ont été allégués ». PETEV, p. 409 s., et en particulier, p. 410 : « Le but à viser est de donner aux normes juridiques une interprétation pratiquement utile, conforme au droit en vigueur, conçue textuellement, c'est-à-dire d'arriver à des résultats justifiables et discursivement justifiés ».

⁴⁰⁹ V. par exemple FORSTMÖSER, § 19 N 55.

⁴¹⁰ Comparer avec les explications de REHBINDER, *Einführung*, p. 75, qui indique que les méthodes historique objective et actuelle objective doivent être considérées sur un pied d'égalité. Quelques lignes plus loin, REHBINDER précise néanmoins qu'il convient de partir de l'analyse du but historique de la norme.

⁴¹¹ BIAGGINI, p. 130 ; v. ci-dessus, pt. b) (p. 55 s.).

⁴¹² V. BIAGGINI, p. 131, et les réf. à la note 68.

insiste sur le fait que les travaux préparatoires des lois relativement récentes revêtent un poids particulier⁴¹³. Cette position n'est nullement en contradiction avec les explications qui précèdent. Les circonstances actuelles ne seront en général pas fondamentalement différentes de celles ayant fondé la loi relativement récente et la prise en compte des travaux préparatoires permettra au juge de fonder une argumentation convaincante ;

- lorsque le Tribunal fédéral interprète une disposition légale – sur la base d'une pratique constante – selon son sens historique, le poids de l'argumentation historique est fortement renforcé⁴¹⁴.

e) Observations

Notre présentation apparaît peut-être comme décevante dans la mesure où elle n'indique pas un ordre de priorité bien établi – et facile à appliquer – entre les méthodes historique objective et actuelle objective. Nous tenons cependant à conserver à nos explications leur aspect pragmatique. Autrement dit, les quelques principes que nous donnons doivent être applicables. Un modèle méthodologique établissant des priorités strictes entre les différentes méthodes d'interprétation se révélerait difficilement applicable en pratique. En ce sens, on observe que, même en Allemagne où les auteurs de doctrine ont eu l'occasion de concevoir des développements importants dans le domaine de l'interprétation, les propositions de hiérarchies établies entre les méthodes d'interprétation sont toutes considérées comme non convaincantes⁴¹⁵. En Suisse, au milieu des années nonante, un juge fédéral a même indiqué qu'une telle hiérarchie ne serait peut-être jamais définie⁴¹⁶. Après avoir rappelé l'importance du pouvoir d'appréciation subjectif du juge (en raison de l'absence de hiérarchie), il a ajouté que cette situation était loin d'être tragique si les tribunaux motivaient leurs considérants (et non seulement le résultat) de façon compréhensible, contrôlable et critiquable⁴¹⁷.

Pour conclure sur les méthodes historique objective et actuelle objective, nous retenons que la construction d'une démarche abstraite pour l'application de l'une ou de l'autre de ces méthodes serait bien théorique, tant le poids à donner à l'une ou l'autre est dépendant du cas d'espèce. Il est plus convaincant de guider le choix

⁴¹³ En ce sens : MAION/MAVROIDIS, p. 401, et les réf. ; BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 55, citant l'ATF 112 Ia 97, 104, JdT 1988 I 35, 39 ; MAYER-MALY, art. 1 N 17 ; FELLER, p. 13-14 ; v. également REHBINDER, *Einführung*, p. 78 ; v. à ce sujet l'ATF 127 III 342, 344 (JdT 2002 I 226, 228) qui indique que le juge est lié par les volontés récentes du législateur. Pour une critique de cet arrêt, v. ci-dessus, pt. b) (p. 55).

⁴¹⁴ En particulier pour des raisons d'égalité de traitement et de sécurité du droit. V. BIAGGINI, p. 131, et les réf. à la note 71 ; pour une autre « règle », v. encore BIAGGINI, p. 131, et les réf. aux notes 69 et 70.

⁴¹⁵ V. en particulier KOCH/RÜSSMANN, p. 176-177, et la réf. à la note 34.

⁴¹⁶ WIPRÄCHTIGER, p. 148 ; en Allemagne, comparer avec BRÜGGEMANN, p. 73 s.

⁴¹⁷ WIPRÄCHTIGER, p. 148 ; WALTER, *Rechtsfortbildung*, p. 11, et la réf. ; v. également ci-dessus, pt. c) (p. 58 s.).

de l'interprète en fonction des arguments soutenant l'une ou l'autre de ces méthodes : la méthode réunissant les arguments dotés de la plus grande force de conviction sera appliquée.

Cette conception suppose de bien considérer les arguments en faveur de chacune des méthodes, puis de les comparer, et non de partir du résultat et de motiver celui-ci avec des arguments convaincants⁴¹⁸.

3.2.5. La référence historique (contexte de l'interprétation littérale) – suite

a) *Choix fondé sur l'argumentation*

La méthode d'interprétation historique esquissée, il est possible de reprendre nos considérations sur la référence historique dans le contexte de la détermination du sens littéral possible.

Selon la démarche proposée ci-dessus⁴¹⁹, il convient, dans tous les cas, d'examiner les travaux préparatoires et de prendre en compte les circonstances actuelles afin de déterminer si la notion légale doit revêtir un sens historique ou une signification actuelle. La décision d'opter pour l'un des sens – historique ou actuel – ne doit pas être arbitraire, mais doit au contraire être étayée par des arguments offrant une certaine force de conviction⁴²⁰.

b) *Pistes pratiques*

Un choix basé sur l'argumentation et la force de conviction laissera parfois (souvent ?) planer des doutes certains quant à la signification à retenir. En cas de doute, certaines pistes offertes par la doctrine seront les bienvenues.

On admet que les termes techniques sont souvent définis sur la base d'une lecture historique. Ainsi, à l'instar de KRAMER, il convient de décider qu'en cas de doute – entre la prise en compte de la signification historique et celle du sens actuel – l'interprète doit se fonder sur le sens historique⁴²¹.

S'agissant des termes non spécifiquement techniques (ou termes usuels), l'analyse des travaux préparatoires reste incontournable. La référence à l'usage actuel revêt, à notre sens, un poids particulièrement important. Nous nous rapprochons donc

⁴¹⁸ Comparer avec HÖHN, p. 127 ; v. également KOCH/RÜSSMANN, p. 176, qui estime que, dans la pratique, la préférence est donnée à la méthode d'interprétation qui permet de motiver le résultat auquel l'interprète désire aboutir ; comparer également avec DESSEMONTET, p. 145, qui parle de la qualification des contrats de service.

⁴¹⁹ Pt. 3.2.4.c) (p. 56 ss.).

⁴²⁰ Pour les détails au sujet de la motivation, v. ci-dessus, pt. 3.2.4.c) (p. 58 s.).

⁴²¹ V. KRAMER, p. 64 ; cette conclusion est confirmée par les partisans du second courant doctrinal qui, par principe, font référence à la méthode historique objective : *contra* : en Allemagne, KREY, p. 162 s., estime que tous les termes doivent être définis en fonction de leur référence actuelle. Pour les détails sur la conception de cet auteur, v. ci-dessous, pt. 3.2.6.c) (p. 65 s.).

plutôt de la conception du premier courant doctrinal, pour laisser de côté les exigences plus strictes imposées par le second courant⁴²², ceci en raison des *destinataires des normes*. Ceux-ci ne doivent pas être « trompés » par le sens des mots dont ils prennent connaissance à la lecture de la loi⁴²³, surtout lorsqu'il s'agit de termes non techniques c'est-à-dire de termes dont le sens peut être compris par tous les destinataires. Seule la référence au sens actuel permet de ne pas « tromper » les justiciables. Il ne s'agit évidemment pas de prendre en compte tous les sens compris par chacun des destinataires, mais, selon le principe de la confiance, le sens de la loi que les destinataires peuvent déduire de bonne foi des mots utilisés par le législateur⁴²⁴. Cette conception revêt l'avantage de permettre à chaque citoyen de reconnaître plus aisément le droit applicable. En d'autres termes, les destinataires de la loi reçoivent une information plus compréhensible s'agissant de leurs droits et de leurs obligations⁴²⁵. Cela est essentiel. Seule la bonne compréhension des mots servant à exprimer une norme peut conduire au respect des règles du droit positif⁴²⁶.

c) Limite de la référence historique

La détermination de la référence historique (sens actuel ou historique) à retenir implique de prendre en considération les travaux préparatoires. Il n'est cependant

⁴²² Selon le deuxième courant, il convient d'observer des motifs objectifs pour se distancer de la signification historique. En pratique, on peut se demander si on s'écarte véritablement du deuxième courant doctrinal. Si le juge choisit de se fonder sur le sens actuel de la notion légale examinée (parce que, selon la perspective du premier courant de doctrine, aucun élément présent au cœur des travaux préparatoires ne fait obstacle à ce choix), il sera certainement aisé pour le juge de démontrer qu'ils existent des motifs objectifs (selon la conception du deuxième courant de doctrine) de se distancer du sens historique de la notion légale pour se fonder sur son sens actuel.

⁴²³ Comparer avec HUWILER, p. 10 ; KRAMER, p. 64.

⁴²⁴ SCHMID, N 137 ; v. la notion de *reasonable man* dans l'ouvrage de FORSTMOSER, § 19 N 23 ; SILANCE, p. 162, parle de la compréhension du « plus grand nombre » (de personnes) ; v. également DESCHENAUX, p. 79 s. ; en présence de termes non spécifiquement techniques, la référence aux destinataires des normes permet – en cas de doute quant à la signification à retenir – de pencher pour le sens actuel. Le sens littéral possible est donc limité au sens actuel de la notion légale. Il ne correspond pas à tous les sens actuels possibles et imaginables (même les plus farfelus). Une (très) légère restriction est imposée : il s'agit du sens actuel déduit de bonne foi (par les destinataires des normes) des mots utilisés dans la loi.

⁴²⁵ En ce sens, parlant de la méthode actuelle objective : BIAGGINI, p. 92, qui présente encore d'autres arguments.

⁴²⁶ V. SILANCE, p. 159, 162 ; comparer avec KNAPP, p. 36, parlant de l'obligation de publier le droit écrit : « l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi n'a de sens que si la loi n'est pas secrète » ; nous notons cependant que les Directives européennes, influençant le droit privé suisse (v. ci-dessous, Chapitre 6, pt. 3.1.2 [p. 94], et Chapitre 9, pt. 2.4.2) [p. 105], sont rédigées dans un style législatif parfois difficilement accessible aux destinataires non juristes, ce qui a pour conséquence que le droit privé suisse, de plus en plus, n'a plus la même proximité avec les citoyens (v. PROBST, *Einfluss*, p. 32 s.).

pas encore question de l'application de la méthode d'interprétation historique⁴²⁷. Il s'agit *uniquement* de rechercher si les travaux préparatoires fournissent des indices poussant à donner au terme analysé *une signification historique ou un sens actuel*⁴²⁸. Cette analyse est essentielle car elle permet de définir si l'interprète doit rechercher le sens littéral possible à l'aide d'un dictionnaire de l'époque⁴²⁹ – c'est-à-dire existant au moment de la rédaction de la loi – ou actuel⁴³⁰.

Dans la mesure où il importe, à ce stade de l'interprétation, de définir le sens littéral possible, il n'est pas (encore) nécessaire de dégager et de retenir le sens précis qu'entendait donner le législateur. Cette étude complète des travaux préparatoires sera effectuée lors de l'application de la méthode d'interprétation historique.

3.2.6. La référence linguistique

a) *Termes techniques (juridiques) et termes usuels (courants)*

En présence d'un terme technique, l'interprète est tenu de se fonder sur le sens technique de ce terme. Par contre, un terme usuel, courant, doit être interprété selon l'usage général, usuel⁴³¹.

Bien que cette explication revête l'apparence d'une lapalissade, elle n'est que le début d'une grande interrogation : quand doit-on considérer un terme comme technique ou alors comme usuel ? Aucune règle précise ne permet de répondre de manière satisfaisante à cette interrogation. On peut par contre donner les indices suivants :

aa) *Langage technique (juridique)*

Certains termes sont inhérents au langage juridique⁴³². Il convient donc de leur donner un sens technique⁴³³.

⁴²⁷ La difficulté de distinguer ce qui a trait à la méthode d'interprétation littérale et ce qui est inhérent à l'interprétation historique ressort de manière éclatante de l'ouvrage de LOOSCHELDERS/ROTH. Sous le sous-titre consacré à la méthode d'interprétation littérale, ces auteurs font maintes fois référence au sens donné par le législateur (p. 131, 146), au sens correspondant à la volonté du législateur (p. 134, 149), au sens que le législateur avait l'intention de donner (p. 139), et au fait que le législateur a placé certaines expressions dans des contextes particuliers (p. 141) !

⁴²⁸ En ce sens : KRAMER, p. 64.

⁴²⁹ Comparer avec LOOSCHELDERS/ROTH, p. 140, note 50.

⁴³⁰ Pour plus de détails sur l'usage du dictionnaire, v. ci-dessous, pt. 3.2.6.e) (p. 68 s.).

⁴³¹ V. par exemple KRAMER, p. 63-64.

⁴³² Comparer avec HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 125 ; pour des exemples, v. note 360.

⁴³³ Comparer avec LARENZ/CANARIS, p. 142 ss ; TSCHENTSCHER, p. 109 ; v. néanmoins ci-dessous, pt. d) (p. 66 ss).

Cette affirmation n'est pas absolue :

- il peut arriver qu'un texte de loi entende se distancer de la signification technique utilisée usuellement⁴³⁴ ;
- en outre, une terminologie technique peut être employée de manière peu claire ou équivoque. Dans cette situation, l'interprète doit se garder de donner au terme légal un sens que le législateur n'a pas voulu⁴³⁵.

ab) Langage courant

D'autres termes représentent à l'évidence des termes courants, usuels⁴³⁶. Leur lecture doit être effectuée selon l'usage général, usuel⁴³⁷. A nouveau, l'affirmation n'est pas absolue. Une expression en apparence usuelle peut revêtir un sens technique dans le contexte de la loi⁴³⁸.

b) Cercle des destinataires

La référence au cercle des destinataires de la norme se révèle très utile afin de définir si un terme légal déterminé doit être analysé selon son sens technique ou en fonction de sa signification usuelle. Cette référence est convaincante : elle favorise de manière cohérente la compréhension de la loi par les destinataires dont les droits et les obligations sont réglés par cette loi⁴³⁹.

Ainsi, si la loi s'adresse à un cercle de destinataires très étendu, il s'agit en principe d'interpréter les normes légales selon leur sens usuel⁴⁴⁰. C'est le cas des lois contenant des normes de comportement s'adressant à un grand nombre de personnes comme, par exemple, les règles fondamentales de la LCR⁴⁴¹ et le droit pénal⁴⁴². Parfois, les réglementations suivantes sont mentionnées : droit des

⁴³⁴ En droit allemand, comparer avec LARENZ/CANARIS, p. 142 s. ; LARENZ, p. 321 s.

⁴³⁵ KRAMER, note 141, qui donne comme exemple l'ATF 114 Ia 25, 28 (JdT 1989 IV 56, 58-59).

⁴³⁶ Pour des exemples, v. note 365.

⁴³⁷ KRAMER, note 142, donne quelques réf. d'auteurs ayant présenté les conventions linguistiques indispensables pour donner un sens précis à un terme usuel. V. en particulier HÖHN, p. 197 ss, dont les explications succinctes permettent de comprendre rapidement la signification d'une convention linguistique.

⁴³⁸ KRAMER, p. 49, 63-64 ; RIEMER, § 4 N 31, qui met en évidence que si les notions d'*immeubles* et de *biens-fonds* sont considérées comme synonymes dans le langage courant, cela n'est pas le cas à l'art. 655 al. 2 CCS. Ainsi, lorsqu'il est question d'*immeubles* à l'art. 745 al. 1 CCS, il s'agit des *immeubles* au sens de l'art. 655 al. 2 CCS, et non des *immeubles* selon le langage populaire ; selon BERGEL, p. 238, « *dès qu'un terme entre dans la langue juridique, il acquiert un sens particulier* » ! ; v. également SILANCE, p. 152.

⁴³⁹ V. ci-dessus, pt. 3.2.5.b) (p. 62), dans le contexte de la réf. historique.

⁴⁴⁰ En ce sens : ZELLER, § 11 N 100 ; comparer avec SCHMID, N 137.

⁴⁴¹ V. HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 125.

⁴⁴² V. SILANCE, p. 156. et les exemples cités, qui souligne que le droit pénal ne s'adresse pas essentiellement à des juristes.

personnes, de la famille (mariage, filiation), de la tutelle, des successions, droits réels (au moins dans les grandes lignes : par exemple, droit à la propriété et à la possession), les parties générales du droit civil (également du droit des contrats), les contrats très importants de la vie de tous les jours (vente, bail, travail, etc.) et les contrats d'assurances⁴⁴³.

Si, au contraire, les normes légales s'adressent à un groupe déterminé de personnes, elles doivent être interprétées selon leur sens technique, soit le sens spécifique à ce groupe de personnes⁴⁴⁴. Il est parfois fait référence aux dispositions légales destinées aux pharmaciens, aux professions techniques⁴⁴⁵ (ingénieurs, etc.), aux chasseurs, aux avocats, etc. Dans la même catégorie, on peut placer les règles s'adressant à un cercle déterminé de relations d'affaires comme les dispositions régissant les contrats conclus entre personnes appartenant à la même branche⁴⁴⁶, comme le secteur bancaire⁴⁴⁷.

c) *Présentation et critique de la conception de KREY*

En Allemagne, KREY relie une conception différente. Il affirme que l'interprétation au sens étroit est *toujours* délimitée par le sens littéral *usuel* possible, et que celui-ci est précisé par le sens *technique* uniquement quand une notion concrète n'est pas à l'évidence englobée ou exclue par le sens littéral *usuel* possible⁴⁴⁸.

Selon le modèle sémantique des trois candidats que nous introduirons plus avant dans ce travail⁴⁴⁹, cela revient à dire qu'il s'agit de confronter la notion concrète au sens littéral usuel possible de la notion légale. Si la notion concrète représente un candidat positif ou un candidat négatif, le sens littéral (usuel) possible retenu ne peut être modifié sur la base du sens technique de la notion légale.

KREY explique qu'un tel procédé est indispensable dans la mesure où le législateur n'utilise pas deux langages (l'un technique [juridique] et l'autre usuel [courant]) pour communiquer les normes mais un seul langage adressé à chacun. Préciser certaines normes par leur sens technique est parfois néanmoins indispensable car ce langage unique appréhende des domaines qui ne sont pas forcément accessibles à chacun⁴⁵⁰.

⁴⁴³ ZELLER, § 11 N 101.

⁴⁴⁴ ZELLER, § 11 N 102 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 125 : v. également les explications de HÖHN, p. 197-199, sur la convention de l'usage de la langue, et, plus singulièrement, sur l'importance du contexte donnant des sens différents à un même terme.

⁴⁴⁵ Comparer avec TSCHENTSCHER, p. 110.

⁴⁴⁶ ZELLER, § 11 N 103.

⁴⁴⁷ TSCHENTSCHER, p. 110.

⁴⁴⁸ KREY, p. 154 ss.

⁴⁴⁹ V. ci-dessous, pt. 5 (p. 74 ss).

⁴⁵⁰ KREY, p. 155-156.

Cette vision de la loi communiquée à tous, mais accessible de manière différente selon les destinataires est – à notre sens – artificielle. Certaines normes sont à l'évidence destinées (donc communiquées) à un cercle de destinataires bien déterminé. Les articles 215 et 216 CO, par exemple, s'adressent aux commerçants⁴⁵¹ et non à tous les justiciables. Pour d'autres réglementations, ce constat est encore plus évident. Il est bien théorique d'affirmer, par exemple, que la nouvelle loi sur la fusion⁴⁵² est destinée (communiquée) à tous⁴⁵³ et qu'il convient de rechercher le sens littéral usuel possible des notions légales qui y sont intégrées, le sens de celles-ci pouvant être précisé à l'aide du sens technique⁴⁵⁴.

En outre, certaines notions techniques n'ont aucune acception courante, donc aucun sens usuel. Par exemple : le porte-fort. La qualification d'une notion concrète en fonction du sens littéral usuel possible de la notion légale contenue à l'article 111 CO semble bien théorique.

Enfin, nous verrons ci-dessous⁴⁵⁵ que le contexte dans lequel est situé la notion légale est susceptible de donner des précisions au sens littéral possible. Ce contexte comprend, entre autres, les définitions de certaines notions légales (par exemple : définition de la notion légale d'*immeuble* [utilisée à l'art. 745 al. 1 CCS] à l'art. 655 al. 2 CCS). Il est peu logique de tenter de qualifier une notion concrète sur la base du sens littéral usuel possible d'une notion légale si une définition (analyse du contexte) – située en amont ou en aval dans la réglementation – attribue un sens technique (juridique) à cette même notion⁴⁵⁶.

d) Enseignements tirés de KREY

Les explications de KREY apportent par contre une solution tout à fait intéressante à la question suivante : comment procéder lorsqu'une réglementation légale destinée

⁴⁵¹ V. par exemple TERCIER, N 895 ss et, surtout, N 464.

⁴⁵² RS 221.301. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

⁴⁵³ Comparer avec BYDLINSKI, p. 439, qui indique que si le texte législatif s'adresse en première ligne à des juristes (par exemple, le droit commercial), il s'agit de donner un sens technique aux normes ; comparer avec TSCHENTSCHER, p. 110.

⁴⁵⁴ Lorsque la notion concrète n'est pas à l'évidence englobée ou exclue par le sens littéral usuel possible de la notion légale.

⁴⁵⁵ PL 3.2.7 (p. 69 ss).

⁴⁵⁶ La qualification sur la base du sens littéral usuel possible peut conduire à un résultat erroné. Reprenons l'exemple de l'art. 745 al. 1 CCS : selon son sens littéral courant, le terme *immeuble* est un grand bâtiment, ou une grande maison. La notion concrète *bien-fonds* est à l'évidence exclue de cette signification. Elle représente un candidat négatif (selon le modèle sémantique des trois candidats, v. ci-dessous, pt. 5 [p. 74 ss]) et ne peut donc, selon la conception de KREY, être corrigée par le sens technique de la notion légale. Or, la définition légale de l'*immeuble*, contenue à l'art. 655 al. 2 CCS, comprend le terme *bien-fonds*. Celui-ci aurait donc dû être considéré comme un candidat positif ! : pour être complet, nous soulignons que la conception présentée par KREY permet difficilement de distinguer entre la prise en compte du *sens technique* et celle du *sens juridique (Normsinn)*. V. surtout KREY, p. 158-162. Sur la notion de *sens juridique (Normsinn)*, v. ci-dessous, Chapitre 5, pt. 2 [p. 85].

à tous les justiciables⁴⁵⁷ comprend des termes techniques (juridiques) ? Si l'on prend en compte les *destinataires des règles*, il s'agit de lire les normes selon leur sens usuel. Dans l'hypothèse où l'on met en évidence qu'il s'agit de *termes techniques*, il convient de comprendre ceux-ci selon leur sens technique !

Le droit privé contient de nombreux termes techniques⁴⁵⁸. Certains d'entre eux ne peuvent être réduits au langage usuel, mais sont irremplaçables⁴⁵⁹. S'il n'est pas possible que les destinataires saisissent précisément le sens de toutes les notions contenues dans la réglementation qui leur est adressée⁴⁶⁰, il est essentiel que ces destinataires ne soient pas « trompés » par le sens (usuel) qu'ils comprennent à la lecture de la loi. En présence d'une réglementation adressée à tous les justiciables, il est donc justifié de rechercher le sens littéral *usuel* possible de la notion légale et de conclure que si la notion concrète est à l'évidence englobée ou exclue par ce sens⁴⁶¹, il n'est pas question de « tromper » les destinataires en donnant une autre signification au sens littéral possible⁴⁶² à l'aide du sens technique (juridique) de la notion légale⁴⁶³.

Dans ce contexte, le sens usuel des termes techniques n'a peut-être pas la précision que le juriste aspire à leur donner⁴⁶⁴, il reste cependant accessible à chacun et pas seulement aux initiés⁴⁶⁵.

Il est néanmoins possible que le sens technique ressorte du contexte dans lequel est situé la notion légale analysée ou, plus précisément, d'une définition légale ancrée dans la loi. Dans ce cas, le justiciable doit tenir compte des particularités du sens technique.

⁴⁵⁷ V. ci-dessus, pt. b) (p. 64 s.) : contrat de bail, de travail, etc.

⁴⁵⁸ Il ne s'agit pas uniquement des termes juridiques spécifiques (comme *propriété*, *possession*, etc.), mais également des notions normatives ou descriptives (sur ces notions, v. HONSEL, art. 1 N 1 ; v. également ci-dessus, note 350) auxquelles la pratique judiciaire a octroyé une signification technique (comparer avec HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 125).

⁴⁵⁹ V. en ce sens SILANCE, p. 147 ; comparer également avec DUMON, p. 296 ; KREY, p. 156.

⁴⁶⁰ Comparer avec les explications données par PAPAUX, p. 348. Cet auteur met en évidence la difficulté pour les « non initiés » d'avoir accès aux textes juridiques empreints de « concepts fondamentaux et dérivés » et de « règles de transformation et d'interprétation ».

⁴⁶¹ Selon le modèle sémantique des trois candidats (ci-dessous, pt. 5 [p. 74 ss]) : candidats positifs ou négatifs.

⁴⁶² Et donc un autre cadre à l'interprétation au sens étroit.

⁴⁶³ Cela surtout en droit privé : à ce point, notre conception se rapproche de celle de PROBST, *Grenze*, p. 263, et la réf. à la note 45. Cet auteur souligne qu'il convient de présumer que les notions employées par le législateur sont utilisées dans un sens usuel, courant. Il s'agit d'une présomption réfragable. Pour les détails, v. PROBST, *Grenze*, p. 263.

⁴⁶⁴ Comparer avec les explications de LARENZ, p. 320.

⁴⁶⁵ S'agissant des réglementations devant être accessibles à tous les justiciables, il est essentiel que le législateur face l'effort d'utiliser, dans la mesure du possible, des termes ne s'éloignant pas trop du langage courant. Comparer avec les explications de LARENZ, p. 320.

Dans l'hypothèse où il n'est pas possible de conclure sans autre réflexion que la notion concrète est englobée ou exclue par le sens littéral usuel possible de la notion légale⁴⁶⁶, le sens littéral retenu doit être précisé à l'aide du sens technique (juridique) afin de dessiner de manière plus précise les contours de l'interprétation au sens étroit.

e) *Dictionnaires – mention*

Une fois le choix effectué entre le sens technique et le sens usuel, l'interprète doit encore donner un contenu au sens littéral de la notion légale analysée.

En présence de termes usuels, il n'incombe pas au juriste d'effectuer une analyse linguistique afin de construire un sens⁴⁶⁷. Il doit s'appuyer sur les définitions données par les dictionnaires et autres lexiques⁴⁶⁸ reconnus⁴⁶⁹.

En présence de termes techniques, les dictionnaires « ordinaires » ne sont pas adaptés. Il convient de se référer aux dictionnaires scientifiques. En pratique, les recueils de jurisprudence et la littérature scientifique – avant tout les commentaires – remplissent la fonction de dictionnaires scientifiques⁴⁷⁰.

L'importance des dictionnaires ne doit pas être surestimée. Les définitions qui y figurent doivent être analysées en fonction des références historiques et du contexte⁴⁷¹.

La référence au dictionnaire ne doit pas empêcher le juriste d'analyser le texte sur la base des règles grammaticales⁴⁷² et syntaxiques⁴⁷³. Le juriste ne doit pas

⁴⁶⁶ Selon le modèle sémantique des trois candidats (ci-dessous, pt. 5 [p. 74 ss]) : candidat neutre.

⁴⁶⁷ Comparer avec ZELLER, § 8 N 80 ; ZELLER, § 8 N 81 : « (...) : ihre sprachphilosophische Analyse ist für den Praktiker nicht nötig, und ihre linguistische Analyse schlägt sich wieder in Wörterbüchern nieder, deren Beizug in Zweifelsfällen für den Juristen ausreicht⁴⁶⁷. Es wird viel zu häufig mit solchen, zwar sprachanalytisch interessanten, im praktischen Umgang aber völlig problemlosen Beispielen operiert, welche meist aufgrund der – ohnehin vorhandenen – Sprachkenntnis des Einzelnen oder durch Rückfrage an Wörterbücher sehr rasch und treffsicher bewältigt werden. » ; ZELLER, § 8 N 101, et la note 129 ; en ce sens : KOCH/RÜSSMANN, p. 188 s.

⁴⁶⁸ ZELLER, § 8 N 80 ; v. LOOSCHIEDERS/ROTH, p. 140 ; KOCH/RÜSSMANN, p. 190-191 ; en droit français, v. BERGUE, p. 237-238, et les réf., qui indique que l'interprétation grammaticale repose sur une recherche lexicologique et philologique ; v. également RÜTHERS, N 738 ; comparer avec PROBST, *Grenze*, p. 263 ; OST, p. 163-164.

⁴⁶⁹ HÖHN, p. 199. Le même auteur, p. 198-199, indique que les dictionnaires reconnus représentent la constatation empirique d'une convention de langage.

⁴⁷⁰ Le juriste peut également se fier aux connaissances acquises au cours de sa formation (ZELLER, § 8 N 101, note 130, et § 8 N 110, note 152).

⁴⁷¹ Comparer avec CHRISTENSEN, p. 78-79, qui indique, p. 78, que la seule référence au dictionnaire donne un sens trop statique aux notions légales ; v. également OST, p. 164, et note 3.

⁴⁷² Pour une présentation de la notion de *grammaire* : ZELLER, § 8 N 29.

⁴⁷³ Pour une présentation de la notion de *syntaxe* : ZELLER, § 8 N 25.

entreprendre un examen spécifique de ces règles, mais il convient de partir du principe qu'il les maîtrise et les applique lors de l'étude d'un texte de loi⁴⁷⁴.

3.2.7. Analyse contextuelle

Le contexte dans lequel la norme est située est également une aide indispensable pour apporter des informations sur le sens littéral possible⁴⁷⁵. Il convient à ce stade de déterminer de manière précise dans quelle mesure l'analyse contextuelle permet de définir le sens d'un terme légal, dans la recherche du sens littéral possible de celui-ci. Tout ce qui sort de l'interprétation littérale et qui procède d'une interprétation systématique doit être exclu de notre réflexion.

a) *Analyse contextuelle, contexte immédiat et contexte linguistique*

Le contour du sens littéral possible d'une notion légale est souvent défini plus précisément en fonction du contexte dans lequel la norme est située⁴⁷⁶. La prise en compte du contexte dans le cadre de l'interprétation littérale représente un exercice difficile tant cet examen est proche de l'interprétation systématique⁴⁷⁷. Elle ne doit cependant pas être confondue avec cette dernière.

DESCHENAUX indique qu'il s'agit d'analyser le *contexte immédiat* de la norme examinée⁴⁷⁸. D'autres parlent de *contexte linguistique*⁴⁷⁹. A notre sens, ces deux terminologies sous-entendent une vision trop partielle de l'examen à effectuer :

- le *contexte immédiat* semble restreindre l'analyse aux alinéas ou aux règles situés *immédiatement* à proximité de la norme objet de l'interprétation. Or, il est parfois nécessaire d'effectuer une lecture allant bien au-delà de ce contexte immédiat⁴⁸⁰ ;
- le *contexte linguistique* sous-entend que l'examen doit se limiter au sens des mots utilisés dans la loi. Or, l'analyse comprend parfois un aspect purement formel⁴⁸¹.

⁴⁷⁴ ZELLER, § 8 N 36.

⁴⁷⁵ ZELLER, § 8 N 291, met en évidence que la « méthode d'interprétation systématique » doit être prise en considération lors de l'utilisation de chacune des méthodes d'interprétation, donc également dans le contexte de l'interprétation littérale.

⁴⁷⁶ Comparer avec KREY, p. 157.

⁴⁷⁷ La confusion entre les méthodes d'interprétation littérale et systématique vient avant tout du fait que les deux méthodes sont étroitement liées (en ce sens : DÜRR, art. 1 CCS N 150). Les deux se basent principalement sur la compréhension « formelle » d'un texte.

⁴⁷⁸ DESCHENAUX, p. 83.

⁴⁷⁹ ZELLER, § 8 N 291 ; PROBST, *Grenze*, p. 263, utilise la notion de *sprachsystematischer Kontext*.

⁴⁸⁰ V. ci-dessous, pl. c) (p. 71 s.).

⁴⁸¹ V. ci-dessous, pl. b) (p. 70 s.).

Il nous semble plus prudent de parler – de façon plus générale – de *contexte*⁴⁸² (par opposition à la systématique⁴⁸³), et, pour le procédé, d'*analyse contextuelle*⁴⁸⁴.

L'analyse contextuelle permet parfois de donner un sens plus large à la notion légale objet de l'interprétation, et parfois un sens plus précis donc plus étroit⁴⁸⁵. Dans la perspective du modèle sémantique des trois candidats⁴⁸⁶, la prise en compte du *contexte* aboutit donc parfois à une détermination plus précise du critère du *sens littéral possible* et conduit à élargir le cercle des candidats positifs et négatifs⁴⁸⁷.

b) Alinéa(s) et article

En principe, la référence à des termes ou des expressions se situant au cœur du même alinéa que la notion légale objet de l'interprétation procède d'une analyse contextuelle⁴⁸⁸. Il en va de même de la comparaison des alinéas composant le même article. Par ses exemples d'interprétation littérale, DESCHENAUX le laisse en tout cas penser⁴⁸⁹.

L'analyse effectuée dans ce cadre doit se révéler purement linguistique⁴⁹⁰ et non pas procéder de l'appréciation des idées normatives à la base de l'alinéa (ou des alinéas) examiné(s). Une telle appréciation représente une interprétation systématique⁴⁹¹.

Ou alors l'examen effectué doit avoir trait à la construction (aspect formel) de l'alinéa ou de l'article au cœur duquel la norme objet de l'interprétation est située⁴⁹². Ici, il n'est pas (encore) question d'interprétation systématique étant donné qu'il s'agit d'étudier la construction interne de l'alinéa ou de l'article et non

⁴⁸² Notion liée à l'interprétation littérale. Ce *contexte* sera parfois plutôt *immédiat* et parfois plutôt *linguistique*.

⁴⁸³ Notion liée à l'interprétation systématique.

⁴⁸⁴ LOOSCHELDERS/ROTH, p. 141 ss. qui traitent de l'interprétation systématique sous un sous-titre bien distinct (p. 149 ss).

⁴⁸⁵ LOOSCHELDERS/ROTH, p. 142, et l'exemple (*Beispiel (10)*).

⁴⁸⁶ Pour une présentation, v. ci-dessous, pt. 5 (p. 74 ss).

⁴⁸⁷ Comparer avec LOOSCHELDERS/ROTH, p. 141.

⁴⁸⁸ V. l'exemple donné par DESCHENAUX, p. 83, note 62 (ATF 90 III 109, JdT 1965 II 49) traitant de la comparaison entre les catégories *première classe* et *troisième classe* de l'art. 219 al. 4 aLP, que DESCHENAUX situe dans le contexte de l'interprétation littérale ; v. l'exemple très clair donné par LOOSCHELDERS/ROTH, p. 141-142 (*Beispiel (8)*) : analyse du terme *verrückt* situé au cœur du § 919 al. 1 BGB). LOOSCHELDERS et ROTH intègrent cet exemple dans le cadre de l'analyse contextuelle.

⁴⁸⁹ V. l'exemple donné par DESCHENAUX, p. 83, note 62 : ATF 90 II 121, 129, JdT 1964 I 634, 640 s., traitant de la comparaison entre les alinéas 2 et 3 de l'art. 1021 CO.

⁴⁹⁰ En comparant les art. 41 ch. 1 al. 1 et 41 ch. 3 al. 2 CPS, ZELLER, § 8 N 291, indique qu'il effectue cet examen sur une base purement linguistique.

⁴⁹¹ DESCHENAUX, p. 86 ; v. ci-dessous. Chapitre 6 (p. 91).

⁴⁹² Comparer avec LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 320, qui indiquent – dans le cadre de l'interprétation littérale – qu'il convient d'examiner la manière dont les alinéas sont formés.

pas une section ou une sous-section de la loi⁴⁹³ dans laquelle la norme analysée est intégrée. En référence aux terminologies employées par la doctrine⁴⁹⁴, il est plus rigoureux de parler ici de *contexte immédiat* que de *contexte linguistique*.

c) *Articles*

La comparaison de deux articles contenus dans la même loi peut-elle encore être considérée comme procédant d'une analyse contextuelle ?

En principe, la réponse devrait être plutôt négative :

- en comparant différents articles et en examinant dans quelle section ou sous-section, un article (ou des articles) sont situé(s), l'interprète applique clairement la méthode d'interprétation systématique⁴⁹⁵. Tel est par exemple le cas lorsqu'il trace la frontière entre les compétences du conseil d'administration et celles du juge en s'aidant de la séparation formelle existant entre les articles 725 et 725a CO⁴⁹⁶ ;
- il en va de même lorsque ce même interprète dégage les idées normatives à la base de ces articles afin de pouvoir donner un sens plus précis à la norme objet de l'interprétation⁴⁹⁷.

Dans ce contexte, l'interprétation littérale n'est néanmoins pas totalement exclue. La comparaison entre différents articles peut être effectuée sur une base purement linguistique⁴⁹⁸. Il est question ici de « contexte linguistique global » (*systematisch-sprachlicher Zusammenhang*)⁴⁹⁹, c'est-à-dire du sens⁵⁰⁰ découlant de l'ensemble de la loi. Par exemple, le terme *livre* revêt un sens fondamentalement différent selon qu'il est situé dans une loi traitant de l'édition ou intégré dans une réglementation légale relative à des problèmes spécifiques de change entre la Suisse et l'Angleterre⁵⁰¹. Il s'agit ici uniquement de découvrir le sens d'un terme par la simple lecture de la loi. Il n'est pas question d'analyser les principes juridiques fondant le texte légal, ni même d'étudier dans quelle partie, section ou sous-section la norme est située. En outre, la loi contient parfois un article comprenant la définition de la notion légale analysée (intégrée dans un autre article). Il semble

⁴⁹³ Il s'agit là d'interprétation systématique. V. ci-dessous, Chapitre 6 (p. 90).

⁴⁹⁴ V. ci-dessus, pt. a) (p. 69).

⁴⁹⁵ V. ci-dessous, Chapitre 6, pt. 2.1 (p. 90).

⁴⁹⁶ V. RUEDIN/PIAGET, p. 1331 s.

⁴⁹⁷ V. ci-dessous, Chapitre 6, pt. 2.2 (p. 91).

⁴⁹⁸ En référence aux terminologies employées par DESCHENAUX et ZELLER, il semble plus juste de parler ici de *contexte linguistique* que de *contexte immédiat*.

⁴⁹⁹ Pour la terminologie, v. HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. I N 71 ; comparer également avec LARENZ, p. 206.

⁵⁰⁰ Non pas le sens fondé sur des jugements de valeurs (sans quoi, il s'agit d'interprétation systématique), mais le sens découlant simplement des mots utilisés (contexte linguistique).

⁵⁰¹ Nous nous sommes inspirés d'un exemple comparable donné par HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. I N 71.

aller de soi que cette définition doit être prise en compte dans la recherche du sens littéral possible⁵⁰². Le sens donné à la notion légale par la définition n'est pas le résultat de l'examen d'une section ou d'une sous-section de la loi. Il ne découle pas non plus de l'appréciation des idées normatives à la base de la loi. Il est simplement question de la prise en compte d'une définition située plus en aval (ou en amont) dans la réglementation légale.

d) *Autres lois*

En principe, la comparaison de la notion légale analysée avec d'autres lois du même système juridique (et *a fortiori* avec des lois d'un système étranger) n'entre plus dans la notion de contexte⁵⁰³. On doit néanmoins admettre une exception lorsque l'analyse se fonde sur une réflexion purement linguistique. En ce sens, certains auteurs allemands ont défini le sens littéral du terme *aufheben* en analysant les paragraphes de lois différentes (§§ 328, 353 StPO, 564 ZPO et 113 VwGO)⁵⁰⁴. Une telle référence doit rester exceptionnelle. Il est en effet difficile d'admettre que des articles de différentes lois puissent être comparés sans dégager au préalable les idées normatives à la base de chacune des réglementations. Souvent, seule l'analyse systématique permet de définir si les termes utilisés sont susceptibles d'être comparés.

3.2.8. Conclusion

Il est difficile d'apporter une conclusion regroupant les explications présentées ci-dessus. Les critères indispensables afin de découvrir le sens des mots sont aussi importants que nombreux, aussi nécessaires que différents les uns des autres. En outre, il n'est pas possible d'effectuer une conclusion-résumé apportant un certain ordre de priorité entre l'emploi des références historiques, linguistiques (intégrant la prise en compte du cercle des destinataires et des dictionnaires) et du contexte. L'établissement d'une hiérarchie ligerait ces références et rendrait leur application difficile en pratique. Prenons l'exemple suivant : on pourrait définir qu'il convient avant tout de déterminer si on est en présence d'un terme technique ou d'un terme usuel, courant. En présence d'un terme technique – et en cas de doute – il y a de fortes probabilités que ce terme doive être défini en fonction de sa référence historique. Mais cela n'est pas toujours le cas. L'étude des travaux préparatoires peut justement révéler à l'interprète qu'il est en présence d'un terme usuel (ce que – par exemple – le contexte ne laissait pas nécessairement entrevoir).

⁵⁰² ZIPPELIUS, p. 39, 42, avec un exemple très clair : dans ses explications relatives à la méthode d'interprétation littérale, SCHMID, N 137, l'exprime de manière évidente.

⁵⁰³ Comparer avec LOOSCHELDERS/ROTH, p. 149, qui indiquent que la comparaison d'une norme avec des règles appartenant à d'autres parties (donc d'autres lois) de l'ordre juridique participe de l'interprétation systématique. Ainsi, dans l'exemple auquel se réfère DESCHENAUX, p. 83, note 62 (ATF 90 III 109, IdT 1965 II 49), la réf. au paragraphe de la loi allemande sur la faillite ne participe certainement plus de l'interprétation littérale.

⁵⁰⁴ LOOSCHELDERS/ROTH, p. 142 (*Beispiel 9*).

Ainsi, toutes les références doivent être examinées en parallèle. Il appartient à l'interprète, dans un cas d'espèce, de motiver les choix qu'il effectue parmi ces critères, considérés globalement, tout en gardant à l'esprit que certains éléments sont impératifs. Quelques exemples choisis :

- l'interprète définit la référence linguistique (sens technique ou usuel) déterminante en fonction du cercle des destinataires de la norme analysée⁵⁰⁵ ;
- en présence d'un terme technique (juridique), l'interprète doit se référer aux dictionnaires scientifiques⁵⁰⁶ ;
- lors de l'analyse du contexte, l'interprète ne peut prendre en compte les solutions données par une loi étrangère⁵⁰⁷ ;
- etc.

De manière générale, rappelons ici le devoir de motivation du juge. Celle-ci a trait non seulement au résultat de l'interprétation, mais également au processus ayant guidé cette dernière⁵⁰⁸.

4. Absence de définition

Nous avons donné ci-dessus de nombreux indices propres à définir le sens littéral possible d'une notion légale. Quelle est le résultat de cette démarche ?

Le sens littéral possible représente le cadre de l'interprétation. Il englobe tous les sens qu'une notion légale déterminée – interprétée littéralement – peut « potentiellement » couvrir. On comprend donc que le sens littéral possible peut difficilement être présenté à l'aide d'une définition stricte, parfaitement délimitée (comme, par exemple, une définition de dictionnaire)⁵⁰⁹. Une telle définition se révélerait trop rigide et ne saurait appréhender de manière précise tous les sens encore couverts par le sens littéral possible⁵¹⁰. Ainsi, ce dernier est plutôt décrit par une série d'éléments et d'exemples intégrant les différents sens auxquels aboutit la méthode d'interprétation littérale⁵¹¹. Il n'est souvent pas indispensable de présenter

⁵⁰⁵ Pour les explications, v. ci-dessus, pt. 3.2.6.b) (p. 64 s.).

⁵⁰⁶ Pour les explications, v. ci-dessus, pt. 3.2.6.e) (p. 68).

⁵⁰⁷ Pour les explications, v. ci-dessus, pt. 3.2.7.d) (p. 72).

⁵⁰⁸ V. ci-dessus, pt. 3.2.4.c) (p. 58 s.).

⁵⁰⁹ V. l'exemple donné par MOOR, p. 388 s. (tentative de définir le terme de *forêt* de façon complète et précise) ; PROBST, *Grenze*, p. 262, souligne que la limite du sens littéral possible ne peut être définie *in abstracto*.

⁵¹⁰ Comparer avec MOOR, p. 384 (qui cherche une définition à la notion légale de *forêt*) : « (...) la notion légale de *forêt* se définit par un ensemble de paramètres, qui forment ensemble son sens mais sans que l'abstraction puisse définir de manière invariable quelles sont les relations que ces paramètres entretiennent entre eux ».

⁵¹¹ Comparer avec les explications données par LARENZ, p. 322, note 19a, et la réf. à CHRISTENSEN, p. 79 ; v. également JAUN, *Reduktion*, p. 20-21 ; comparer avec MOOR, p. 387 : « L'ensemble de ces normes individuelles est quasi impossible à formuler en norme générale ».

toutes ces significations. Lors d'une application concrète, la confrontation de la notion concrète avec la notion légale correspondante peut mettre clairement en évidence que seul un aspect du sens littéral possible doit être étudié, les autres aspects ne présentant aucun intérêt⁵¹². Par exemple, nous verrons ci-dessous que lors de l'interprétation du terme légal *céder* de l'article 380 CO (devoir de l'auteur), nous nous sommes bornés à définir si le sens littéral possible de ce terme englobe ou non l'exigence de la remise d'une œuvre physique à l'éditeur⁵¹³. Il n'est nullement indispensable d'analyser les autres aspects du sens littéral possible de la notion légale. Par exemple, nous n'avons pas défini si le sens littéral possible englobe uniquement les œuvres protégées par la LDA, ou toutes les œuvres indépendamment d'une éventuelle protection. La question du droit d'auteur, intéressante en soi, n'a aucune importance lors de l'examen de la réglementation du contrat d'édition dans le contexte de la publication numérique.

5. Le modèle sémantique des trois candidats⁵¹⁴

5.1. Utilité

Comprendre de manière théorique l'interprétation au sens étroit et la détermination des contours de celle-ci – à l'aide du critère du sens littéral possible – au cœur de l'interprétation au sens large représente une réflexion encore relativement aisée. Lorsqu'il s'agit d'appliquer ce modèle méthodologique à diverses notions concrètes, il devient plus difficile de se situer dans l'interprétation au sens large.

Dans ce contexte, l'utilisation du *modèle sémantique des trois candidats* se révèle d'une grande utilité : ce modèle permet de saisir, selon un schéma facile à retenir, toute démarche interprétative.

5.2. Présentation

Une des activités fondamentales du juriste consiste à se demander de quelle manière une situation concrète est appréhendée par la loi⁵¹⁵, ou plus précisément

*autrement que par l'énoncé d'une casuistique, (...) » ; le fait que la limite du sens littéral possible ne peut être déterminée par une définition stricte ne permet pas de conclure que cette limite n'est pas apte à appréhender la réalité. La difficulté d'établir la limite ne remet pas en question l'existence de cette dernière. Très clair en ce sens : PROBST, *Grenze*, p. 260 s.*

⁵¹² Comparer avec PROBST, *Grenze*, p. 260, qui affirme que la recherche du sens littéral possible ne peut être entreprise que lors de l'analyse d'un cas concret.

⁵¹³ V. ci-dessous, Titre IV, Chapitre 5, pt. 1.2 (p. 159 ss).

⁵¹⁴ KRAMER, p. 44-47 ; PROBST, *Grenze*, p. 261 s. ; JAUN, *Reduktion*, p. 17-18 ; HÖHN, p. 189-190 ; ZELLER, § 8 N 194-197.

⁵¹⁵ Il est question de subsumption (*Subsumtion*) au sens étroit ou de qualification (terme que nous utiliserons dans la suite de ce travail). Une explication s'impose.

Le « syllogisme des conséquences juridiques d'une disposition légale » (*Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung*) comprend une prémisse majeure (par exemple : tout meurtrier doit être condamné), une prémisse mineure (par exemple : M est un meurtrier) et une conclusion

encore, à déterminer si une notion concrète (par exemple : « sapin », « voiture ») correspond à une autre notion ancrée dans la loi (par exemple : « arbre », « véhicule à moteur »)⁵¹⁶. Ces deux exemples paraissent évidents : un sapin est bien un arbre et une voiture un véhicule à moteur. Entrant sans aucun doute dans le cadre d'une notion légale, il s'agit de *candidats positifs*⁵¹⁷.

La situation n'est évidemment pas toujours aussi claire. Pensons aux deux termes suivants : « arbuste » et « avion ». Est-on toujours en présence d'un arbre et, respectivement, d'un véhicule à moteur ? Il n'est pas possible de trancher sans autre réflexion cette question. Un doute subsiste. On parle alors de *candidats neutres*⁵¹⁸.

D'autres notions ne correspondent à l'évidence pas à un arbre ou à un véhicule à moteur. Par exemple « barrière » et « maison ». Il s'agit alors de *candidats négatifs*⁵¹⁹.

(M doit être condamné) (pour l'exemple, v. PAWLOWSKI, N 106). Le fait de placer la prémisse mineure sous la prémisse majeure représente une subsumption au sens large du terme. On parle également de subordination (PAWLOWSKI, N 106 ; PAWLOWSKI, *Methodenlehre* 2. N 381).

La *prémisse mineure* présuppose déjà un jugement. Le fait de déterminer que M doit être considéré comme un meurtrier représente également une subsumption (au sens étroit, au niveau de la prémisse mineure) (très clair : LARENZ, p. 273 ; v. également PAWLOWSKI, N 106). Au niveau de la *prémisse mineure*, le syllogisme (no 2) se présente de la façon suivante : prémisse majeure (no 2) : un meurtrier est défini par les éléments constitutifs M1, M2 et M3 ; prémisse mineure (no 2) : M réalise l'ensemble des éléments constitutifs M1, M2 et M3 ; conclusion (no 2) : M est un meurtrier.

L'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) a pour tâche de découvrir le sens des notions contenues dans la prémisse majeure (no 2) (v. KRAMER, note 4, qui, parlant de *Subsumtion*, fait référence à la subsumption au sens étroit ; v. également : LARENZ, p. 273).

⁵¹⁶ Comparer avec les explications données par MOOR, p. 384.

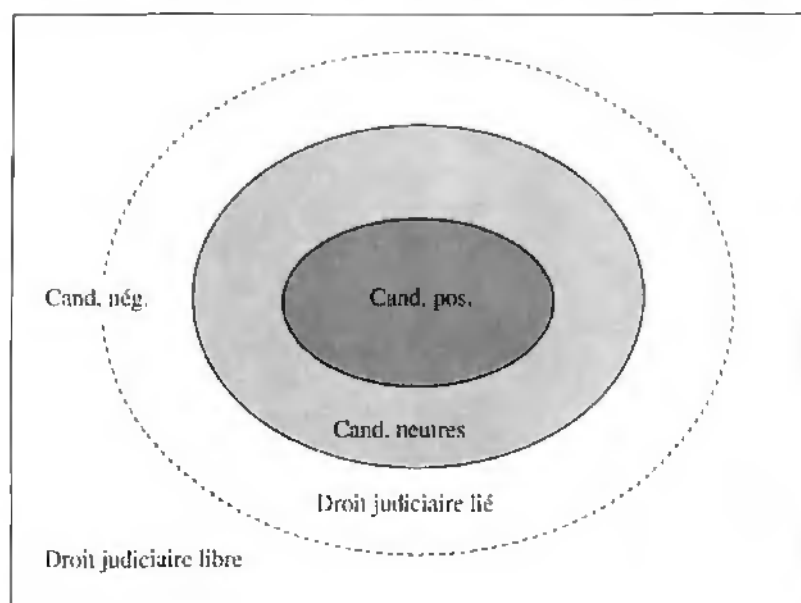
⁵¹⁷ Comparer avec KOCH/RÜSSMANN, p. 197.

⁵¹⁸ Comparer avec KOCH/RÜSSMANN, p. 197.

⁵¹⁹ Comparer avec KOCH/RÜSSMANN, p. 197.

5.3. Schéma

Le schéma suivant représente le modèle sémantique des trois candidats⁵²⁰ :



5.4. Qualification

En relation avec le critère du sens littéral possible, on note ce qui suit :

- les candidats positifs (cercle central) sont à l'évidence englobés par le sens littéral possible de la notion légale ;
- la zone de doute est représentée par le cercle des candidats neutres. S'agissant de ceux-ci, il n'est pas possible de définir sans autre réflexion s'ils sont englobés ou non par le sens littéral possible de la notion légale analysée. Lorsqu'un candidat neutre est appréhendé par la notion légale, on parle d'*interprétation extensive*. Cette dernière est *restrictive* si on considère que la notion légale n'appréhende que les candidats positifs (et donc exclut le candidat neutre)⁵²¹.

⁵²⁰ Pour la présentation d'un tel schéma, v. PROBST, *Grenze*, p. 261 ; pour un schéma similaire intégrant les notions de *Bedeutungskern* et *Bedeutungshof*, v. TSCHENTSCHNER, p. 110.

⁵²¹ A ce sujet, v. KRAMER, p. 46 ; PROBST, *Grenze*, p. 262 ; comparer avec MAYER-MALY, art. 1 N 19, et HONNELL, art. 1 N 12, qui ne font cependant pas référence au modèle sémantique des trois candidats ; sur l'étendue de l'interprétation (extensive ou restrictive) en cas de candidat neutre, v. ci-dessous, Chapitre 5, pt. 3.2 (p. 87 s.) ; présentant les interprétations restrictive et extensive dans un autre contexte : DÜRR, art. 1 N 239 ; pour une bonne réflexion sur les

Une fois sorti des deux cercles contraux, il est question de candidats négatifs. On est en présence d'une lacune de la loi⁵²². Il faut alors distinguer deux situations :

- le juge est légitimé à effectuer une application par analogie, à condition que celle-ci corresponde toujours à la *ratio legis*. On ne parle plus d'interprétation au sens étroit, mais de *droit judiciaire lié*⁵²³. Pour reprendre l'exemple mentionné ci-dessus : la règle relative à l'arbre devra être appliquée par analogie à la barrière (à condition que le résultat de l'analogie corresponde toujours à la *ratio legis*)⁵²⁴ ;
- si le juge – au regard de la situation de fait – ne peut rester dans le cadre tracé par le hui de la loi, il lui est encore possible de faire acte de législateur, à condition que sa création prétorienne puisse être intégrée dans les principes généraux de notre système juridique. On ne parle plus d'interprétation au sens étroit ou de *droit judiciaire lié*, mais on est en présence de *droit judiciaire « libre »* ou *droit prétorien*⁵²⁵.

Dans l'hypothèse où la création du juge ne peut être intégrée dans le cadre des principes généraux de notre système juridique, il ne s'agit plus de *droit judiciaire*.

interprétations extensive/restrictive dans un cas d'application, v. WIND, p. 73-74, qui ne fait cependant pas référence au modèle sémantique des trois candidats.

⁵²² Sauf s'il convient de conclure à un *silence qualifié*. Ce dernier exclut l'existence d'une lacune. V. entre autres DESCHENAUX, p. 90-91 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 255 ss.

⁵²³ V. ci-dessous, Chapitre 10 (p. 106 ss).

⁵²⁴ La prise en compte de candidats négatifs n'est pas admise en droit pénal, dans la mesure où, dans ce domaine, l'application par analogie est exclue (en tout cas en défaveur de l'accusé). V. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 5.3 (p. 111 ss).

⁵²⁵ V. ci-dessous, Chapitre 11 (p. 116 ss) ; la distinction entre le *droit judiciaire lié* et le *droit judiciaire « libre »* ou *droit prétorien* est mise en évidence notamment par KRAMER, LARENZ et CANARIS (s'agissant de ces deux auteurs, avec une terminologie différente) (v. note 776) ; cette distinction n'est pas foncièrement nouvelle. Par exemple, bien que ne distinguant pas de manière expresse les deux catégories de droit judiciaire, DESCHENAUX présente le *procédé de l'analogie* (p. 105 ss) et le *recours à des principes généraux* (p. 107 s.) sous deux points distincts. Les explications de DESCHENAUX sont semblables à celles données ci-dessus : cet auteur indique que le juge qui retient une lacune de la loi doit déjà se demander s'il peut procéder à une application par analogie (p. 105). Cela sera possible si le juge peut « se rattacher à des règles précises de la législation en vigueur » (p. 107, *a contrario* ; note en relation avec notre présentation : procéder par analogie sur la base d'un tel rattachement devrait permettre de rester dans le cadre défini par la *ratio legis* [droit judiciaire lié]). Lorsque le juge ne peut plus se rattacher à des règles précises de la législation en vigueur, il « créera du droit d'une façon autonome » (p. 107). L'autonomie dont parle DESCHENAUX n'est pas totale : le juge est tenu de s'inspirer de l'esprit du droit positif. En d'autres termes, il doit dégager les principes généraux inhérents à notre système juridique et s'en inspirer, sauf dérogations ou atténuations (p. 107 ; note : dans notre présentation, le cadre est également déterminé par les principes généraux de notre système juridique [droit judiciaire « libre »]).

Le juge n'est plus légitimé à intervenir, mais il est tenu d'attendre une action du législateur⁵²⁶.

5.5. Reconnaissance

La présentation tripartite du modèle sémantique des trois candidats est aujourd'hui largement reconnue par la doctrine⁵²⁷. Celle-ci emploie parfois une terminologie différente pour désigner les candidats positif, neutre et négatif⁵²⁸.

5.5.1. Begriffshof, Begriffskern

Certains auteurs ont repris les notions de *Begriffskern* et *Begriffshof*⁵²⁹, distinction introduite par HECK⁵³⁰, parfois en modifiant légèrement leur terminologie⁵³¹.

Schématiquement, le *Begriffskern* correspond au cercle des candidats positifs et le *Begriffshof* à celui des candidats neutres⁵³².

5.5.2. Sichere, unsichere Zuordnung et sichere nicht-Zuordnung

Enfin, d'aucuns distinguent entre les notions de *sichere Zuordnung* (correspondant aux candidats positifs), *unsichere Zuordnung* (candidats neutres) et *sichere Nicht-Zuordnung* (candidats négatifs)⁵³³.

6. Le critère du sens littéral possible – argumentation spécifique⁵³⁴

Nous avons retenu le critère du sens littéral possible pour trois raisons principales : premièrement, ce critère est le mieux à même de distinguer entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire⁵³⁵. Deuxièmement, la référence au sens littéral possible permet d'apporter une réflexion tout à fait intéressante lors de l'analyse d'une

⁵²⁶ Comparer avec DESCHENAUX, p. 94 : « Si la loi apparaît vraiment réellement dépassée, il appartient au législateur de reprendre son œuvre ».

⁵²⁷ En ce sens : JAUN, *Reduktion*, p. 21.

⁵²⁸ Pour une présentation d'ensemble de la terminologie employée, v. ZELLER, § 8 N 95.

⁵²⁹ En guise d'exemple : REHBINDER, *Einführung*, p. 76.

⁵³⁰ HECK, p. 52, 60.

⁵³¹ En guise d'exemples, v. ZELLER, § 8 N 95, et TSCHENTSCHER, p. 110, qui parlent de *Bedeutungskern* et *Bedeutungsumfeld* ; en droit allemand, LOOSCHELDERS/ROTH, p. 23 parlent de *Normkern* et *Normhof*.

⁵³² Pour plus d'explications, v. KRAMER, p. 45 ; HÖHN, p. 189-190 ; JAUN, *Reduktion*, p. 19 ; pour des exemples, v. ENGISCH, p. 108-109 ; niant l'utilité de la distinction effectuée entre le *Begriffskern* et le *Begriffshof* : LEENEN, p. 36 ss (v. surtout p. 37).

⁵³³ JAUN, *Reduktion*, p. 19-21.

⁵³⁴ Pour l'argumentation générale relative à notre procédé méthodologique, v. ci-dessus. Chapitre 2, pt. 2.2 (p. 36 ss).

⁵³⁵ V. ci-dessous, pt. 6.1 (p. 79 s.).

réglementation légale⁵³⁶. Enfin, le critère du sens littéral possible (en lien avec le modèle sémantique des trois candidats) représente un modèle à valeur pédagogique très élevée⁵³⁷.

6.1. Le sens littéral possible : un critère objectif convaincant

La limite du sens littéral possible de la règle répond à un besoin très clair : *adopter un critère revêtant une certaine objectivité*⁵³⁸. Délimiter l'interprétation au sens étroit du comblement de lacunes d'après la *ratio legis* d'une norme n'est pas envisageable. Définir les contours de ce dernier critère relèverait de l'impossibilité ou d'une détermination aléatoire et arbitraire⁵³⁹ ; faudrait-il se baser sur le point de vue (actuel ou au temps de la rédaction de la loi ?) du législateur ou sur celui du destinataire de la loi ? La question se pose même parfois de savoir si ce point de vue est déterminable. Si tel est le cas, en vertu de quoi cet avis aurait-il la priorité⁵⁴⁰ ? Il est clair que les mêmes questions se posent s'agissant du critère du sens littéral possible. On note néanmoins une *différence essentielle* : pour le critère du sens littéral possible – et contrairement à celui de la *ratio legis* – il existe un rattachement objectif⁵⁴¹ : le texte de la loi⁵⁴².

L'application d'un critère faisant référence au texte de loi répond à une logique double :

- d'une part, les lois sont avant tout des textes⁵⁴³ faisant autorité dans un système juridique donné. Le juge ne peut se prévaloir de cette autorité que si l'interprétation qu'il fait de la loi correspond encore au texte – plus précisément : au sens littéral possible – de celle-ci⁵⁴⁴ ;

⁵³⁶ V. ci-dessous, pt. 6.2 (p. 80 s.).

⁵³⁷ V. ci-dessous, pt. 6.3 (p. 82).

⁵³⁸ Comparer avec KRAMER, p. 219.

⁵³⁹ En ce sens : PROBST, *Grenze*, p. 267, et les réf. à la note 57 ; comparer avec les explications de OTT, « *Teleologische Reduktion* », p. 565 s.

⁵⁴⁰ Comparer avec ZELLER, § 8 N 199.

⁵⁴¹ KREY, p. 129, affirme qu'une telle objectivité contribue à la sécurité du droit et que celle-ci est absolument essentielle pour que les destinataires des normes puissent s'orienter avec un minimum de certitude.

⁵⁴² Comparer avec CANARIS, p. 19 ss.

⁵⁴³ KREY, p. 147 ; comparer avec CANARIS, p. 19, et MOOR, p. 377, 380.

⁵⁴⁴ CANARIS, p. 20-21. Parlant de l'application par analogie (comblement de lacune), le même auteur, p. 21, indique que l'autorité d'un jugement n'étant plus englobé dans le sens littéral possible de la norme appliquée ne découle plus directement de l'autorité de la réglementation légale, mais du principe de l'égalité de traitement, selon lequel deux situations similaires doivent être traitées de manière semblable (application par analogie) ; comparer avec OTT, *Kritik*, p. 25 ss.

- d'autre part, le législateur communique par les textes légaux. Les destinataires (justiciables et organes d'application⁵⁴⁵) ne possèdent que les informations données par ces textes, et plus précisément, par les mots utilisés dans la loi⁵⁴⁶.

De manière générale, un critère de distinction – entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire – autre que le sens littéral possible peut difficilement être envisagé⁵⁴⁷.

On remarque d'ailleurs que la difficulté à distinguer l'interprétation au sens étroit du droit judiciaire sur la base du critère du sens littéral possible semble se résoudre sans problème en pratique. Le plus souvent, l'interprétation (au sens large) entreprise peut être clairement attribuée à l'une des deux activités interprétatives du juge⁵⁴⁸.

6.2. Le sens littéral possible : un critère adéquat

Rappelons le but de notre examen : il s'agit de définir si le contrat numérique peut encore être assimilé au contrat d'édition réglementé aux articles 380 ss CO ou si, s'écartant trop du modèle légal, il doit être considéré comme un contrat innommé. Il conviendra d'analyser de manière attentive la règle définitoire contenue au cœur du Titre douzième du Code des obligations. Dans ce contexte, l'utilisation du critère du sens littéral possible permettra de constater la « force » des termes employés en son temps par le législateur. Le critère du sens littéral possible trace les contours de la notion légale confrontée à une notion concrète. Il est ainsi possible de faire une sorte de *photographie de la notion légale à un moment donné* et de mieux saisir la portée de celle-ci dans le contexte de l'évolution du droit⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ Comparer avec les explications données par MOOR, p. 390 s.

⁵⁴⁶ V. KREY, p. 147.

⁵⁴⁷ En ce sens : ZELLER, § 8 N 200 ; LARENZ, p. 323 ; LARENZ/CANARIS, p. 144 ; affirmant que d'autres critères ne sauraient être plus adaptés que celui du sens littéral possible : BYDLINSKI, p. 467 ss ; v. également CANARIS, p. 19-20 ; KREY, p. 129, et la réf. à la note 12, estime qu'il s'agit du seul critère permettant de vérifier avec un minimum de certitude où commence la responsabilité du juge pour les règles qu'il crée lui-même ; PROBST, *Grenze*, p. 267, note 57, souligne que les critères de la *volonté du législateur* et de la *ratio legis* ne sont pas adaptés pour limiter l'interprétation au sens étroit ; à noter en outre, sous une perspective très « régionaliste » que le fait de choisir le critère du sens littéral possible comme limite de l'interprétation au sens étroit est très respectueux de la conception adoptée depuis de longues années en Suisse romande. L'ouvrage qui reste sans conteste aujourd'hui encore LA référence pour la majorité des praticiens romands en matière de méthodologie est la contribution de DESCHENAUX dans le TDPS. Or, nous avons vu ci-dessus, Chapitre 4, pt. 1.2 (p. 42), que DESCHENAUX est un partisan du critère du sens littéral possible.

⁵⁴⁸ Faisant ce constat : KRAMER, p. 40 ; en Allemagne : LARENZ, p. 322 s. ; LARENZ/CANARIS, p. 143 s.

⁵⁴⁹ Il ne faut pas oublier que le sens littéral possible d'une notion légale n'est pas « rigide » ou défini à une date déterminée. Les contours de la notion légale évoluent au cours du temps (v. à ce sujet KREY, p. 163).

Dans le domaine des articles 380 à 392 CO, il s'agit là d'un avantage non négligeable, étant donné que ces notions sont parfois définies de manière très imprécises par la doctrine, malgré l'abondance des articles publiés dans ce domaine⁵⁵⁰.

Prenons l'exemple de l'évolution technique : le sens littéral possible d'une notion légale – datant de 1936⁵⁵¹ – à un moment déterminé permet de mesurer l'applicabilité de cette notion dans le contexte de techniques nouvelles. En présence de ces dernières, la détermination du sens littéral possible est susceptible d'aboutir à l'une des conclusions suivantes :

- soit la notion concrète, fondée sur les techniques nouvelles, entre sans autre dans le cadre du sens littéral possible : dans ce cas, on est en présence d'un candidat positif. La notion légale employée par le législateur d'antan est suffisamment large pour englober les techniques nouvelles, encore inconnues au moment de la rédaction de la loi. Si tel est le cas, on constate que la loi – datant de presque septante ans – est suffisamment souple pour englober la notion concrète et le sera, vraisemblablement, encore assez en cas de nouvelle évolution (par exemple, dix ans plus tard) ;
- soit la notion concrète, fondée sur les techniques nouvelles, est à l'évidence exclue par le sens littéral possible : dans cette situation, on se trouve en face d'un candidat négatif. La notion légale employée par le législateur d'antan était intimement liée aux techniques traditionnelles et donc trop étroite pour englober les techniques nouvelles, encore inconnues au moment de la rédaction de la loi. La loi est trop liée à une technique vieille de presque septante ans ;
- soit il reste difficile de définir si la notion concrète entre ou non dans le cadre du sens littéral possible de la notion légale : il s'agit d'un candidat neutre. L'application des méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique tend à définir si la notion concrète – inhérente aux nouvelles techniques – est encore englobée par la notion légale (interprétation extensive) ou si elle doit en être exclue (interprétation restrictive)⁵⁵². Dans ce cas, la conclusion est particulièrement intéressante. Même en cas d'interprétation extensive, on peut certes conclure que la loi, datant de presque septante ans, est encore suffisamment souple pour englober la notion concrète, mais que – étant donné qu'un doute subsiste déjà maintenant quant à la qualification du candidat – il est possible que la notion légale n'appréhende plus une notion concrète liée à une nouvelle évolution technique dix ans plus tard.

⁵⁵⁰ V., par exemple le terme « céder » de l'article 380 CO. ci-dessous. Titre IV. Chapitre 5, pt. 1.2 (p. 159 s.).

⁵⁵¹ Nous prenons ici comme référence la date de la dernière révision du Titre douzième du Code des obligations. V. ci-dessus. Titre II. Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 12).

⁵⁵² A ce sujet. v. ci-dessous. Chapitre 5, pt. 3.2 (p. 88).

6.3. Le sens littéral possible : un critère parlant

De manière plus générale, l'utilisation du critère du sens littéral possible – en lien avec le modèle sémantique des trois candidats – comporte un avantage didactique non négligeable.

Le modèle méthodologique présenté permet en effet de situer de manière précise la démarche interprétative effectuée pour chaque notion concrète. En ce sens, certains auteurs ont rappelé la *fonction classificatrice* très utile du modèle sémantique des trois candidats⁵⁵³. Nous remarquerons cette utilité ci-dessous, lorsque nous distinguerons l'interprétation extensive de l'application par analogie, ou, en soulignant la différence existant entre l'interprétation restrictive et la réduction téléologique (par exemple)⁵⁵⁴.

Chapitre 5. Le critère du sens littéral possible et les autres méthodes d'interprétation

1. Interprétation sur la base de l'ensemble des méthodes

1.1. En droit suisse

A ce stade, il faut bien saisir que l'application de la méthode d'interprétation littérale – et la prise en compte des références historiques, linguistiques, ainsi que du contexte – ne représente pas le terme de l'interprétation⁵⁵⁵. Elle doit être comprise comme la démarche propre à fixer le cadre de l'interprétation (*Auslegung*)⁵⁵⁶. L'interprétation elle-même doit impérativement englober l'ensemble des méthodes (littérale, systématique, historique et téléologique). La doctrine suisse le laisse entendre clairement : HÖHN insiste sur le fait que le sens d'une norme doit être recherché sur la base de l'ensemble des méthodes d'interprétation, que l'utilisation de la méthode littérale ait abouti sur une ou plusieurs hypothèses (sens)⁵⁵⁷ ; MEIER-HAYOZ explique que les méthodes d'interprétation doivent concourir⁵⁵⁸. Chacune d'elles représente des parties de

⁵⁵³ KRAMER, p. 46 ; HUWILER, p. 4.

⁵⁵⁴ V. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 5.3 (p. 111), et Chapitre 10, pt. 6.2 (p. 116).

⁵⁵⁵ Comparer avec RIEMER, § 4 N 29 : « *Gelegentlich wird das grammatische Element noch gar nicht zur eigentlichen Auslegung gerechnet* » ; MAYER-MALY, *Einführung*, p. 22 : « *Auf keinen Fall darf sich Auslegung in grammatischer Interpretation erschöpfen* ».

⁵⁵⁶ Nous avons donc, d'une part, un critère (le sens littéral possible) fixant le cadre de l'interprétation, et, d'autre part, l'interprétation elle-même ; comparer avec ZIPPELIUS, p. 43 : « *Die Grenze des möglichen Wortsinnes ist auch die Grenze der Auslegung* » ; v. également FIKENTSCHER, p. 294.

⁵⁵⁷ HÖHN, p. 200, et les exemples, p. 200-204.

⁵⁵⁸ Également en ce sens : MAYER-MALY, art. 1 N 17 ; SCHMID, N 157 ; FORSTMOSER, § 19 N 126.

l'interprétation et non pas un type d'interprétation⁵⁵⁹ ; GYGI met en évidence que le sens littéral (*Wortsinn*) d'une norme ne représente pas à lui seul le sens juridique (*Rechtsinn*) de celle-ci et qu'il convient donc de rechercher toujours le sens juridique de la norme sur la base des principes d'interprétation reconnus⁵⁶⁰ ; KRAMER mentionne expressément qu'il est exclu de fonder l'interprétation sur la base d'une seule méthode⁵⁶¹ ; il ressort des explications de MAHON et MAVROIDIS que toutes les méthodes d'interprétation doivent être appliquées, ce même si l'interprétation littérale permet de dégager un sens clair de la norme⁵⁶². On peut conclure cette présentation par la position de DESCHENAUX : « [Les] points d'appui de l'interprétation sont les suivants : le texte de la loi, sa genèse, son système, sa finalité...⁵⁶³. Le juge doit tenir compte de tous ces facteurs : la considération de l'un n'exclut pas celle de l'autre. Il ne s'agit pas là de méthodes d'interprétation qui s'excluraient »⁵⁶⁴.

1.2. En droit allemand

La conclusion qui précède – rattachée à la conception qui prévaut, très largement, en Suisse – ne peut être reprise sans autre dans le système juridique allemand⁵⁶⁴.

1.2.1. Premier courant doctrinal

Dans sa présentation des différentes méthodes d'interprétation, la doctrine allemande majoritaire est un peu plus « rigide » que les auteurs suisses : bien que rappelant qu'il n'existe aucune hiérarchie déterminant définitivement le « poids »

⁵⁵⁹ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 180 : « Die nachfolgend aufgezählten Elemente haben bei der Auslegung zusammenzuwirken (...); es sind Teilakte, nicht etwa Arten der Auslegung (weshalb Ausdrücke wie « systematische Auslegung », « teleologische Auslegung » usw. nicht ganz korrekt sind). » : du même avis (bien que ne l'exprimant pas expressément) : DÜRR, art. 1 CCS N 147-166, qui indique que les méthodes grammaticale, systématique, etc. représentent des éléments de l'interprétation (*Elemente der Auslegung*) ; idem : RIEMER, § 4 N 27.

⁵⁶⁰ GYGI, p. 76 : pour la notion de *Rechtsinn* (ou *Normsinn*), v. ci-dessous, pt. 2 (p. 85) ; de l'avis de HAUSHEER/JAUN, N 244, le seul texte de la loi ne s'explique pas par lui-même. Le sens littéral ne représente qu'un élément d'interprétation parmi d'autres ; en ce sens, v. également RIEMER, § 4 N 29 ss.

⁵⁶¹ KRAMER, p. 129, et la note 413.

⁵⁶² MAHON/MAVROIDIS, p. 400.

⁵⁶³ DESCHENAUX, p. 81.

⁵⁶⁴ Nous donnons ci-dessous quelques exemples de courants doctrinaux qui n'ont évidemment rien d'exhaustifs.

Dans le domaine de la méthodologie, la doctrine allemande revêt une importance considérable, et ce dans la mesure où la législation allemande ne contient aucune règle relative à l'interprétation de la loi. V. à ce sujet MAYER-MALY, art. 1 N 13 ; en droit allemand, RÜTHERS, N 704 et N 879 ss, prend l'art. 1 CCS comme exemple ! ; la doctrine allemande présente généralement les méthodes d'interprétation de la loi dans le contexte du § 133 BGB (relatif à l'interprétation des contrats) (v. DESCHENAUX, p. 69). V. à ce sujet, par exemple, HEFERMEHL, Anh. zu § 133 N 1 ss ; KRÖGER-NIELAND/ZÖLLER, § 133 N 50-53.

de chacune des méthodes, la plupart des auteurs allemands précise néanmoins que ces dernières doivent être appliquées de manière chronologique.

Selon la doctrine majoritaire, l'utilisation impérative de l'ensemble des méthodes d'interprétation n'est pas nécessaire. L'interprète d'une notion de droit allemand est tenu de rechercher le sens de celle-ci en appliquant, successivement, les différentes méthodes d'interprétation (méthode littérale, puis systématique, puis historique, puis téléologique). Lorsqu'une méthode d'interprétation conduit à lever toute ambiguïté à la notion examinée, l'interprète peut mettre un terme à la démarche interprétative. Ainsi, il peut – par exemple – se limiter à appliquer les méthodes littérale et systématique si ces dernières révèlent déjà le sens de la notion analysée. Si tel n'est pas le cas, il est tenu de prendre en compte la méthode historique (-téléologique). Si l'emploi de cette méthode laisse subsister plusieurs sens possibles, l'interprète se basera sur des critères téléologiques objectifs⁵⁶⁵.

1.2.2. Deuxième courant doctrinal

D'autres sont d'avis qu'il n'existe aucun ordre de priorité entre les différentes méthodes d'interprétation⁵⁶⁶. Ainsi, certains auteurs précisent qu'un ordre de priorité ne peut être établi que lors d'une application concrète. Ils indiquent toutefois que lorsque le *Wortlaut* laisse clairement entrevoir le sens de la loi, une interprétation plus spécifique ne doit pas être entreprise. Si, au contraire, le *Wortlaut* n'est pas aussi clair, « l'interprétation est plus libre » (« so ist die Auslegung freier »)⁵⁶⁷. Les auteurs qui définissent que l'interprétation peut prendre fin avec l'analyse littérale se rapprochent – du moins partiellement – de la conception du premier courant de doctrine.

1.2.3. Troisième courant doctrinal

Un troisième courant doctrinal propose une conception très différente fondée sur le but de la norme. Toute l'interprétation est destinée à rechercher ce but. Les méthodes littérale, systématique et historique sont utilisées pour définir celui-ci⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ V. LARENZ, p. 343 ss ; LARENZ/CANARIS, p. 163 ss ; ENGISCH, p. 250 ; KOCH/RÜSSMANN, p. 188 ss (v. cependant la précision apportée par LARENZ, p. 345, note 69) ; LOOSCHELDERS/ROTH, p. 192 ss, adoptent également cet examen « par étape ». Ils classent cependant les interprétations littérale et systématique au même niveau. Etant donné le lien très fort existant entre ces deux méthodes d'interprétation, la particularité du système chronologique de ces auteurs ne reflète pas une distinction essentielle en comparaison d'avec le système de LARENZ/CANARIS.

⁵⁶⁶ KRÜGER-NIELAND/ZÖLLER, § 133 N 50.

⁵⁶⁷ HEFERMEHL, Anh. zu § 133 N 5.

⁵⁶⁸ Pour les détails, v. RÜTHERS, N 725 ss.

2. Wortlaut – Wortsinn – möglicher Wortsinn – Normsinn

Ces précisions apportées sur le critère de l'interprétation et l'interprétation elle-même, il est opportun de reprendre la terminologie alémanique présentée ci-dessus⁵⁶⁹. Nous avons défini les notions suivantes : le *Wortlaut*, représentant la teneur (ou les termes) d'une règle de droit écrite ; le *Wortsinn*, étant le sens littéral de la règle examinée et le *mögliche Wortsinn*, correspondant au sens littéral possible. Il s'agit maintenant d'introduire la notion de *Normsinn* (ou *Rechtsinn*) que nous avons laissé volontairement de côté⁵⁷⁰.

Le *Normsinn* représente le sens juridique du terme légal analysé, c'est-à-dire le sens qu'il convient de donner à ce terme une fois arrivé à la fin de la démarche interprétative (application de l'ensemble des méthodes d'interprétation)⁵⁷¹. On observe donc ce qui suit :

- si, au terme de la démarche interprétative, le *Normsinn* est englobé dans le sens littéral possible du terme légal, il est question d'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) ;
- si, au terme de la démarche interprétative, le *Normsinn* n'est plus englobé dans le sens littéral possible du terme légal, on sort de l'interprétation au sens étroit⁵⁷².

3. Application du modèle sémantique des trois candidats

3.1. Candidat positif

3.1.1. Application des autres méthodes d'interprétation

Dans l'hypothèse où la notion concrète entre sans autre dans le cadre du sens littéral possible, on est en présence d'un candidat positif⁵⁷³. L'application des

⁵⁶⁹ Chapitre 4, pt. 1.4 (p. 45).

⁵⁷⁰ V. ci-dessus, note 309.

⁵⁷¹ PROBST, *Grenze*, p. 252 : « Unter dem Rechtsinn ist der rechtlich relevante Sinngehalt einer Rechtsnorm zu verstehen, d.h. jener Sinn, der unter Ausschöpfung aller zur Verfügung stehender Interpretationsmittel der Rechtsnorm rechtlich am besten entspricht » ; la jurisprudence fédérale parle de *wahrer Sinn*, *wirklicher Sinn*, *sens véritable* (pour les réf., v. PROBST, *Grenze*, p. 252) ; indiquant qu'il convient alors d'examiner si le *Wortsinn* correspond – ou non – au *Normsinn* : FORSTMOSER, § 19 N 62.

⁵⁷² V. néanmoins ci-dessous, pt. 3.3, le cas particulier des candidats négatifs ; en 1995, le Tribunal fédéral a introduit la notion de *grammatikalischer Rechtsinn*. Le sens de cette dernière est difficile à saisir. En particulier, le rapport entre le *grammatikalischer Rechtsinn* et les notions de *Wortsinn* et *Rechtsinn* n'est pas clair. Pour les détails sur cette question, v. PROBST, *Grenze*, p. 254, qui estime que la notion de *grammatikalischer Rechtsinn* ne devrait plus être utilisée.

⁵⁷³ On a donc confronté la notion concrète au critère délimitant l'interprétation au sens étroit.

méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique aboutit à une des solutions suivantes :

- soit le sens juridique ainsi obtenu reste dans le cadre du sens littéral possible de la notion légale. Les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique ont contribué à préciser le sens de la notion légale, sans écarter celui-ci du sens littéral possible. Il est donc toujours question d'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) ;
- soit le sens juridique ainsi obtenu sort du cadre du sens littéral possible de la notion légale. On est en présence d'une lacune. Il est question de *réduction téléologique* (v. ci-dessous).

3.1.2. Réduction téléologique

Dans l'hypothèse où le sens juridique auquel on aboutit sort du cadre du sens littéral possible de la notion légale, il est question de réduction téléologique. Cette dernière institution exclut une notion concrète – représentant pourtant un candidat positif – du cercle délimitant ce dernier⁵⁷⁴. La doctrine considère qu'il s'agit là d'une lacune d'exception⁵⁷⁵ qu'il convient de combler.

La notion de réduction téléologique peut induire en erreur. La terminologie employée laisse penser que la réduction est effectuée en raison du seul *but* de la norme (*contra verba*, mais *secundum rationem legis*⁵⁷⁶). Or, il ressort du système présenté que c'est non seulement l'application de la méthode d'interprétation téléologique qui peut permettre de « réduire » la lettre de la loi, mais également celle des méthodes systématique⁵⁷⁷ et historique⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Le système de la réduction téléologique a été pensé en Allemagne (pour les détails, v. l'ouvrage de BRANDENBURG) et introduit en Suisse par KRAMER au début des années nonante (KRAMER, *Reduktion*, p. 65 ss ; JAUN, p. 23 ; JAUN, *Reduktion*, p. 3 s.). Si l'article de KRAMER coïncide bien avec l'introduction effective de l'institution de la réduction téléologique en droit suisse, le Tribunal fédéral connaissait déjà cette pratique (bien que ne la nommant pas). S'agissant de la doctrine, DESCHENAUX, p. 93-94 (se référant également à LARENZ, à la note 19), bien que n'utilisant pas cette terminologie, en avait déjà fait mention ; critiquant l'introduction du système de la réduction téléologique dans notre pays : JAUN, p. 21 ss ; la figure de la réduction téléologique est controversée dans la doctrine, V. à ce sujet SCHMID, N 187, qui présente les auteurs – à l'instar de KRAMER – soutenant cette institution ; récemment : OTT, « *Teleologische Reduktion* », p. 563 ss.

⁵⁷⁵ A ce sujet, v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 6 (p. 115 s.).

⁵⁷⁶ KRAMER, p. 144.

⁵⁷⁷ LARENZ, p. 391, indique expressément que le but et la systématique de la loi permettent de conduire à une réduction téléologique.

⁵⁷⁸ HAUSHEER/JAUN, *Reduktion*, p. 503 ; v. également BIAGGINI, p. 114 ; REHBINDER, *Einführung*, p. 79, explique que la réduction téléologique est effectuée non seulement en raison du but de la norme, mais également en fonction de son sens.

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de se distancer du sens littéral possible⁵⁷⁹ en raison de la systématique⁵⁸⁰ ou de l'histoire de la loi⁵⁸¹. Ces cas sont cependant relativement rares⁵⁸². Le plus souvent, la distance prise par rapport au sens littéral est effectuée en fonction du but de la disposition légale objet de l'interprétation⁵⁸³. Nous verrons cependant ci-dessous⁵⁸⁴ que ce but n'est pas déterminé en lui-même, mais est « construit » à l'aide des autres méthodes d'interprétation⁵⁸⁵.

Indépendamment de la (ou des) méthode(s) d'interprétation conduisant à une réduction téléologique, il est nécessaire que, d'une part, la (ou les) méthode(s) invoquée(s) se révèle(nt) d'un poids suffisamment important pour justifier une dérogation à la lettre de la loi, et que, d'autre part, l'interprète fournisse une motivation approfondie (*sorgfältig*)⁵⁸⁶.

3.2. Candidat neutre

Dans l'hypothèse où il reste difficile de définir si la notion concrète entre ou non dans le cadre du sens littéral possible de la notion légale, on est en présence d'un candidat neutre. Il convient alors d'appliquer les méthodes systématique, historique et téléologique⁵⁸⁷ afin de définir si le candidat neutre – dont on détermine

⁵⁷⁹ Dans la jurisprudence, on en trouve de nombreux exemples datant d'avant l'introduction de la réduction téléologique en Suisse. A ce sujet, v. KRAMER, *Reduktion*, p. 70-71 ; v. également HAUSHEER/JAUN, *Reduktion*, p. 502 : « Die für die teleologische Reduktion charakteristische Forderung nach einer Auslegung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes (*contra verba legis*) ist allerdings nicht neu. Sie findet in der Rechtsprechung des Bundesgerichts seit jeher ihre Berücksichtigung ».

⁵⁸⁰ V. HÄFELIN, p. 120-121, et les exemples donnés à la note 51 ; en Allemagne, PAWLOWSKI, N 200, estime que la réduction téléologique est effectuée souvent en raison de la systématique d'un domaine juridique déterminé.

⁵⁸¹ Pour des exemples de décisions où le Tribunal fédéral s'est distancé de la lettre de la loi parce que celle-ci ne correspondait pas au résultat voulu par le législateur, v. HÄFELIN, p. 122, et les notes 59 et 60.

⁵⁸² HÄFELIN, p. 120 (pour l'interprétation systématique), et p. 123 (pour l'interprétation historique).

⁵⁸³ V. HÄFELIN, p. 124-125 ; OGOREK, p. 27 : « Das sog. teleologische Element gehört zu den am meisten verwendeten Argumenten, mit denen – fest (und manchmal sogar explizit⁵⁸³) am gewünschten Ergebnis orientiert⁵⁸⁴ – eine Abweichung vom Gesetzestext gerechtfertigt wird ».

⁵⁸⁴ Chapitre 8, pt. 3.1 (p. 98).

⁵⁸⁵ Parlant spécifiquement de la réduction téléologique : HAUSHEER/JAUN, *Reduktion*, p. 502, et les réf.

⁵⁸⁶ HAUSHEER/JAUN, *Reduktion*, p. 503, et la réf. à la note 12 ; HAUSHEER/JAUN, *Reduktion*, p. 510, mettent en parallèle la motivation à donner pour justifier une réduction téléologique et celle à donner pour fonder la prise en compte de la méthode actuelle objective au « détriment » de la méthode historique objective.

⁵⁸⁷ V. REHBINDER, *Einführung*, p. 76, qui souligne que lorsqu'un terme se situe dans le *Begriffshof*, il convient de déterminer les limites de celui-ci à l'aide des méthodes autres que l'interprétation littérale.

maintenant le sens juridique – peut être assimilé aux candidats positifs, ou s'il doit être considéré comme un candidat négatif⁵⁸⁸. Autrement dit : il s'agit de déterminer – à l'aide des trois autres méthodes d'interprétation⁵⁸⁹ – si la notion légale analysée doit être interprétée restrictivement – c'est-à-dire qu'elle ne peut englober que les candidats positifs – ou extensivement (elle peut englober les candidats positifs *et* neutres)⁵⁹⁰.

En cas d'interprétation extensive, le sens littéral possible de la notion légale englobe la notion concrète. Les trois méthodes d'interprétation ont contribué à préciser le sens juridique de la notion légale et démontré que la notion concrète est englobée dans le sens littéral possible. Il s'agit toujours d'interprétation au sens *étroit*.

En cas d'interprétation restrictive, le sens littéral possible de la notion légale n'englobe pas la notion concrète. Les trois méthodes d'interprétation ont contribué à préciser le sens juridique de la notion légale et démontré que la notion concrète *n'est pas* englobée dans le sens littéral possible. La loi contient une lacune.

3.3. Candidat négatif

L'application des trois autres méthodes d'interprétation – aboutissant au sens juridique de la notion concrète – conduit aux résultats suivants :

- le sens juridique de la notion légale correspond au sens littéral possible de celle-ci. La qualité du candidat, soit le fait qu'il s'agit d'un candidat négatif, est donc confirmée. Dans cette situation, on sort de l'interprétation au sens étroit. La loi se révèle lacunaire. Il s'agit de procéder à une application par analogie⁵⁹¹ ou à une extension téléologique⁵⁹² ;

⁵⁸⁸ V. KOCH/RÜSSMANN, p. 200, et la réf. à la note 40.

⁵⁸⁹ Nous verrons ci-dessous, Chapitre 6, pt. 2.2 (p. 91), que l'analyse systématique téléologique revêt une importance toute particulière.

⁵⁹⁰ Dans un ATF 80 II 311, 316 (JdT 1955 I 280, 282), les juges fédéraux ont clairement mis en évidence que l'interprétation restrictive ou extensive est justifiée en fonction des méthodes historique, systématique et téléologique (genèse, motifs et but de la loi, relation entre celle-ci et d'autres dispositions légales).

⁵⁹¹ A condition que le résultat de l'analogie corresponde toujours à la *ratio legis*. Pour les détails, v. ci-dessus, Chapitre 10, pt. 1 (p. 107).

⁵⁹² Une application par analogie est entreprise en raison de la ressemblance ou de la proximité de la norme légale avec le cas concret analysé. Une extension téléologique est effectuée afin de permettre à la norme d'atteindre son but (v. SCHMID, N 189) ; pour les détails, v. CANARIS, p. 89-91 ; v. également RIEMER, § 4 N 74, et les réf. ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 211 : s'agissant de leur effet, les deux institutions sont cependant très proches l'une de l'autre. Tant pour l'application par analogie que pour l'extension téléologique, la réglementation est étendue à une situation non appréhendée par le sens littéral possible. Les deux cas supposent la pleine réalisation du but de la réglementation légale. Ils doivent tous deux éviter les contradictions – non justifiées – au cœur de la réglementation. A ce sujet, v. LARENZ, p. 398-399, qui conclut que lorsque l'application par analogie est interdite, cela vaut également pour l'extension téléologique.

- le sens juridique de la notion légale auquel on aboutit sort du sens littéral possible, les trois autres méthodes ont précisé le sens de la notion légale en s'écartant du sens littéral possible. Ici, il est difficile de présenter une alternative aussi simple que celle donnée ci-dessus en lien avec les candidats positifs (confirmation du candidat ou réduction téléologique).

Dans l'hypothèse où la notion concrète est englobée par le sens juridique et que celui-ci ne correspond pas au sens littéral possible, il convient d'examiner si le sens juridique ne donne pas un éclairage différent au sens littéral possible. En particulier, si les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique aboutissent toutes trois au même résultat, il est nécessaire de vérifier si le législateur ne s'est pas trompé de terminologie⁵⁹³. Le cas échéant, le sens littéral possible peut adopter de nouveaux contours et englober la notion concrète⁵⁹⁴. On constate une sorte de « rattrapage ». Si celui-ci n'est pas justifié, la qualification du candidat est confirmée. Une application par analogie s'impose⁵⁹⁵.

Si la notion concrète n'est pas englobée par le sens juridique et que lui-même ne correspond pas au sens littéral possible, la qualité du candidat est confirmée. Il y a lieu d'effectuer une application par analogie⁵⁹⁶.

Chapitre 6. La méthode d'interprétation systématique

1. Unité de l'ordre juridique

Il est souvent plus aisé de saisir le sens d'une règle lorsque l'on considère l'« environnement » dans lequel celle-ci se situe⁵⁹⁷. L'ordre juridique représente – en général⁵⁹⁸ – un ensemble cohérent, une unité⁵⁹⁹.

⁵⁹³ A ce sujet, v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 2.1 (p. 47).

⁵⁹⁴ Dans cette situation, rien ne s'oppose à ce que l'interprète s'écarte du sens littéral possible des notions employées dans la loi pour définir un sens nouveau. Comparer avec KREY, p. 169-170, faisant réf., à la note 9, à la conception de nombreux auteurs allemands ; *contra* : KREY, p. 171-172, qui estime qu'on sort du cadre de l'interprétation au sens étroit.

⁵⁹⁵ V. ci-dessus, note 591 : le procédé du « rattrapage » – qui peut paraître étonnant – met bien en évidence les limites de notre procédé méthodologique fondé sur le modèle sémantique des trois candidats et distinguant l'interprétation (*Anslegung*) du critère fixant cette dernière (sens littéral possible). Sans ce « rattrapage », on pourrait conclure que chaque fois qu'une notion concrète est qualifiée de candidat négatif, il y a lieu d'effectuer une application par analogie si celle-ci est envisageable. Mais, le candidat a été qualifié de négatif à l'aide du critère du sens littéral possible. Seule la méthode d'interprétation littérale a été appliquée. Or, nous avons vu ci-dessus (pt. 1.1 ([p. 82 s.]) que l'interprétation doit être entreprise à l'aide de toutes les méthodes et non sur la base de la seule méthode littérale. Le procédé du « rattrapage » oblige à appliquer les quatre méthodes classiques d'interprétation et permet donc de conserver la distinction que nous avons effectuée entre le critère délimitant l'interprétation au sens étroit (le sens littéral possible) et l'interprétation elle-même.

⁵⁹⁶ V. ci-dessus, note 591.

Ce rappel est essentiel lorsqu'il s'agit d'effectuer l'examen d'une loi suite à l'émergence de nouvelles technologies. Conclure que ces dernières sont appréhendées par quelques règles éparses d'un ordre juridique est insuffisant. Il est indispensable de procéder à une étude plus globale, afin d'observer si l'ensemble de la réglementation en cause garde sa cohérence lorsqu'elle est appliquée dans le contexte de ces nouvelles technologies. Dans le même esprit, il convient d'effectuer une interprétation qui ne rendent pas certaines normes obsolètes⁶⁰⁰.

2. Examen de la règle dans le contexte de l'ensemble des normes

2.1. Analyse systématique logique⁶⁰¹

La construction de la loi doit être analysée de manière *formelle*. La démarche consiste à examiner dans quelle partie, section et sous-section, la norme est située⁶⁰², à prendre en compte les règles auxquelles renvoie la disposition analysée (par exemple, art. 440 al. 2 CO)⁶⁰³, à analyser les dispositions générales (par exemple, art. 52 ss CCS pour le droit de la société anonyme)⁶⁰⁴.

Les informations fournies par la systématique logique de la loi, bien que présentant une valeur certaine⁶⁰⁵, doivent être utilisées avec prudence dans la mesure où la loi n'est pas toujours construite de manière rigoureuse⁶⁰⁶.

⁵⁹⁷ Prise en compte de la loi, d'un chapitre de celle-ci, de l'ensemble d'une discipline (droit privé, etc.), etc. ; pour des exemples frappants, v. BYDLINSKI, p. 444 s. ; pour des définitions de la méthode systématique : BIAGGINI, p. 72 ; MAHON/MAVROIDIS, p. 401.

⁵⁹⁸ Il peut arriver que la loi soit incomplète et/ou contradictoire, donc systématiquement imparfaite. Si cela est le cas et que la loi examinée présente une lacune, il ne s'agit plus d'interprétation (au sens étroit) de la loi, mais de droit judiciaire (lié ou « libre »). V. à ce sujet MEIER-HAYOZ, art. 1 N 189.

⁵⁹⁹ KRAMER, p. 65 ; DESCHENAUX, p. 85 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 188 ; FÜRST MOSER, § 19 N 71 ; HAUSHEER/JAUN, N 2.98 ; WIND, p. 36 ; LOOSCHELDERS/ROTH, p. 149 ; RÜTHERS, N 744.

⁶⁰⁰ KRAMER, p. 79.

⁶⁰¹ Pour la terminologie, v. HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 130, et les réf. ; s'agissant de cette analyse : KRAMER, p. 67 ss. et RÜTHERS, N 750, parlent de *Äusseres System* du droit.

⁶⁰² HÖHN, p. 209, avec un exemple.

⁶⁰³ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 135 ; pour d'autres exemples, v. KRAMER, p. 70 s.

⁶⁰⁴ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 133.

⁶⁰⁵ V. CANARIS, *Systemdenken*, p. 91.

⁶⁰⁶ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 136.

2.2. Analyse systématique téléologique⁶⁰⁷

Le contenu *matériel* de la loi – fondé sur des principes juridiques généraux – doit également faire l'objet d'une analyse systématique. On parle également de l'examen des idées normatives à la base de la loi⁶⁰⁸. La loi est construite sur la base de jugements de valeurs. Les contradictions doivent être évitées. Ainsi, lorsque deux normes règlent un état de fait comparable et que les valeurs véhiculées par une des règles sont clairement définies, le sens – découlant de l'interprétation – de la deuxième règle en accord avec ces valeurs a la priorité⁶⁰⁹.

L'analyse systématique téléologique, intimement liée à l'interprétation téléologique⁶¹⁰, permet souvent de déterminer si l'interprétation doit être effectuée de manière extensive ou de manière restrictive, c'est-à-dire excluant la prise en compte des candidats neutres (dans le contexte de l'interprétation au sens étroit)⁶¹¹ ou toute application par analogie (dans le contexte du droit judiciaire lié)⁶¹².

Certains auteurs indiquent que l'observation de normes appartenant à d'autres lois ne procède plus de l'interprétation systématique, cette dernière se référant uniquement à la réglementation dans laquelle la norme analysée est située⁶¹³. La doctrine majoritaire estime au contraire qu'il s'agit là toujours de l'application de la méthode systématique⁶¹⁴. Cette distinction n'a finalement pas beaucoup d'importance dans la mesure où l'ignorance de la dénomination de la méthode d'interprétation employée n'influe évidemment aucunement sur le résultat de cette interprétation.

Lorsque la règle d'une autre loi appréhende une situation plus ou moins semblable à celle prise en compte par la norme analysée, il est opportun d'examiner la

⁶⁰⁷ Pour la terminologie, v. HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 138 ; KRAMER, p. 67, 71 ss. ainsi que RÜTHERS, N 751, parlent de *inneres System* du droit.

⁶⁰⁸ DESCHENAUX, p. 86 ; pour la prise en compte des notes marginales, v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 2.2 (p. 47 s.).

⁶⁰⁹ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 140.

⁶¹⁰ CANARIS, *Systemdenken*, p. 91, et la note 22 ; LARENZ/CANARIS, p. 148, soulignent que la connaissance préalable du but de la loi est souvent nécessaire pour effectuer une analyse systématique (téléologique) ; pour la méthode d'interprétation téléologique, v. ci-dessus, Chapitre 8 (p. 95 ss).

⁶¹¹ Ci-dessus, Chapitre 3 ss (p. 38 ss).

⁶¹² KRAMER, p. 75 ; ci-dessus, Chapitre 10 (p. 106 ss).

⁶¹³ HÖHN, p. 210.

⁶¹⁴ DÜRR, art. 1 N 151 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 188, et les réf., estime que l'ensemble de l'ordre juridique doit être pris en compte (« (...) die ganze Rechtsordnung (...) ») ; DESCHENAUX, p. 85, parle également d'« ordre juridique » ; EGGER, art. 1 N 10 : « Die Auslegung geht also auf die Gewinnung des Sinnes einer Gesetzbestimmung, welche dem betreffenden Konflikt am besten gerecht wird und sich zugleich möglichst harmonisch in das Ganze der Rechtsordnung einfügt » ; v. également GRISEL, p. 132-135 ; en droit allemand : LOOSCHELDERS/ROTH, p. 149.

possibilité de s'inspirer de ce système analogique⁶¹⁵. Cette dernière terminologie ne doit pas induire en erreur : il ne s'agit évidemment pas d'une application par analogie (notion rattachée au droit judiciaire lié)⁶¹⁶, mais de la prise en compte d'un système appréhendant une situation comparable⁶¹⁷.

Brièvement, il est intéressant de rappeler que l'interprétation systématique a une incidence également au regard de la Constitution⁶¹⁸. Le Tribunal fédéral a eu maintes fois l'occasion de souligner que si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution⁶¹⁹. On comprendra que la Constitution n'aura que très peu d'influence – pour ne pas dire aucune – sur le résultat de l'interprétation dans un domaine aussi spécifique que celui du droit d'édition.

3. Observation d'autres lois d'un système juridique étranger

Le droit comparé revêt aujourd'hui – et de manière encore plus marquée dans le contexte des nouvelles technologies de l'information – une importance considérable⁶²⁰. Depuis fort longtemps, il n'est plus interdit aux juges de citer, comme motif de leur jugement, une loi ou une autorité étrangère, afin d'expliquer un article de leur loi interne⁶²¹. Dans le domaine de l'internet, il est en effet rare que le sujet soit traité sans aucune référence à un droit étranger, ce dernier étant plus avancé que le droit suisse s'agissant de la question examinée, ou alors donnant un éclairage bienvenu sur un sujet non traité par notre ordre juridique.

L'apport du droit comparé – aussi tentant soit-il – doit néanmoins être considéré avec précaution dans la mesure où, si l'ordre juridique étranger traite d'une matière semblable, il peut reposer sur des principes différents de ceux de notre

⁶¹⁵ V. l'exemple donné par KRAMER, p. 78-79.

⁶¹⁶ V. ci-dessous, Chapitre 10 (p. 106 ss) ; où alors faut-il préciser qu'il s'agit d'analogie *intra verba legis*, soit une analogie effectuée dans le cadre du sens littéral possible (sur cette notion, v. PROBST, *Grenze*, p. 268). Pour l'analogie *praeter verba legis*, effectuée dans le cadre du droit judiciaire, v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 5.3 (p. 110 ss).

⁶¹⁷ CANARIS, p. 24, parle d'*Analogie als blosse Auslegungshilfe*.

⁶¹⁸ L'analyse de la conformité à la Constitution, cas particulier de la méthode d'interprétation systématique, est parfois considérée comme une méthode d'interprétation indépendante : HAUSHEER/JAUN, N 2.87 ; v. ci-dessus, Chapitre 3, pt. 2 (p. 39).

⁶¹⁹ FORSTMOSER, § 19 N 78, et les réf. ; KRAMER, p. 75 ss, et les réf.

⁶²⁰ V. WALTER, *Rechtsvergleichung*, p. 92 : en ce sens, v. en 1969 déjà (évidemment sans réf. aux nouvelles technologies de l'information), DESCHENAUX, p. 110 s. : « La consultation des droits étrangers sera de plus de profit dans les domaines de large application où se marque une tendance à l'universalisme : (...) » ; comparer avec HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 277 ; v. également ANCEL, p. 105 s. ; FRÖHLICH, p. 9-10 : « Die Rechtsvergleichung führt darüber hinaus zu einem vertieften Verständnis von Sinn und Zweck des Rechts und eröffnet den Blick für die gesellschaftliche Funktion des Rechts sowie seine Einbettung in die jeweilige sozio-kulturelle Umwelt » ; pour une définition, v. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 356 ; expliquant la tendance à l'unification du droit sur le plan international en raison, entre autres, des techniques de communication : REHBINDER, *Rechtssoziologie*, N 82.

⁶²¹ Pour un exemple : UYTERHOEVEN, p. 60.

réglementation et donc conduire à des résultats peu acceptables⁶²². En particulier, la solution importée du droit étranger⁶²³ doit être compatible avec le sens global de la réglementation de notre système juridique⁶²⁴.

3.1. Prise en compte

3.1.1. En général

Le droit comparé ne représente pas uniquement un apport en matière de droit prétorien (dans le cadre duquel le juge jouit d'une grande liberté d'appréciation)⁶²⁵, mais l'examen des systèmes juridiques étrangers comparables au nôtre revêt également une utilité pour l'interprétation au sens étroit⁶²⁶.

Selon DESCHENAUX, l'interprète « se souciera surtout de trouver confirmation du sens qu'il se propose de donner au droit interne (...) »⁶²⁷. Il nous semble que l'aide apportée par le droit comparé dépasse la simple confirmation. Lors de l'interprétation, l'examen des législations et de la jurisprudence étrangères va parfois permettre de mieux saisir le sens d'une règle de notre ordre juridique⁶²⁸. Le droit comparé se révèle donc avant tout utile pour découvrir le sens d'une norme (ou pour donner un sens permettant d'appréhender de manière plus adéquate un état de fait nouveau) et non pas seulement pour confirmer le sens découvert.

Les enseignements donnés par le droit comparé ne doivent cependant pas suppléer à l'application des méthodes classiques d'interprétation. Le droit étranger ne représente qu'une aide à l'interprétation (*Hilfsmittel* ; *Auslegungshilfe*) et ne revêt pas le même poids que les méthodes classiques d'interprétation (*Auslegungsmittel*), en particulier l'interprétation systématique du droit interne⁶²⁹.

⁶²² En ce sens : HÖHN, p. 254 ; comparer avec HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 278 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 384, fait référence aux simples fondements linguistiques qui peuvent octroyer, pour la même terminologie utilisée dans plusieurs pays, des significations différentes ; v. également en ce sens ANCEL, p. 91-92.

⁶²³ Non seulement de la loi, mais également de la jurisprudence et de la doctrine. Sur la possibilité de prendre en considération la jurisprudence et la doctrine étrangères lors de l'analyse de notions juridiques suisses, v. entre autres MEIER-HAYOZ, art. 1 N 389.

⁶²⁴ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 385 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 278.

⁶²⁵ V. ci-dessous, Chapitre II (p. 116 ss).

⁶²⁶ En ce sens : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 356 ; v. également SCHMID, N 154, qui fait mention du droit comparé dans le cadre des autres éléments (*e. Weitere Elemente*) d'interprétation.

⁶²⁷ DESCHENAUX, p. 111.

⁶²⁸ En ce sens : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 356 ; comparer avec TSCHENTSCHER, p. 116, qui parle du droit comparé comme d'une source d'inspiration.

⁶²⁹ En ce sens : RIEMER, § 4 N 42 ; comparer avec les explications de HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 120, note 120 ; ainsi, les juges fédéraux (dans un ATF 124 III 266, 268, JdT 1999 I 414, 415) vont manifestement trop loin lorsqu'ils indiquent que le droit comparé est compris dans les *Auslegungselementen* et qu'il doit être situé au même niveau que les méthodes d'interprétation systématique, téléologique et historique. V. en ce sens

3.1.2. L'ordre juridique communautaire

A la lecture de quelques décisions récentes du Tribunal fédéral, on peut aujourd'hui certainement affirmer que les explications données dans le paragraphe qui précède sont dépassées s'agissant de la législation suisse reprenant le droit européen de manière autonome⁶³⁰. En se référant à cette dernière situation, les juges fédéraux précisent certes que l'ordre juridique européen doit être considéré comme une aide à l'interprétation (*Auslegungshilfe*), mais ils ajoutent qu'en cas de doute, le droit suisse doit être interprété conformément au droit européen⁶³¹. Cette formulation (« en cas de doute ») rappelle celle qui est utilisée par notre Haute Cour en relation avec l'interprétation conforme à la Constitution fédérale. Or, dans ce dernier cas, il est bien question de l'application de la méthode d'interprétation systématique – en tant qu'*Auslegungsmittel* – et non seulement de la prise en compte d'une aide à l'interprétation⁶³².

3.2. Référence au droit allemand

Comme nous l'avons mentionné dans notre introduction⁶³³, l'analyse du contrat d'édition sera effectuée dans une perspective de droit comparé. L'accent sera mis en particulier sur l'étude du droit allemand.

L'analyse du droit allemand, plutôt que d'un autre droit étranger, n'est évidemment pas le fruit du hasard. La loi allemande relative au droit d'édition peut aisément être comparée à la réglementation suisse du contrat d'édition, les deux systèmes étant extrêmement semblables⁶³⁴. Les auteurs suisses de doctrine ont d'ailleurs commencé très tôt la comparaison⁶³⁵.

RIEMER, § 4 N 173. La position de DÖRR, art. 1 N 247 ss. similaire à celle soutenue dans l'ATF 124 III 266, 268 (JdT 1999 I 414, 415), s'explique par la conception de cet auteur qui tend à abolir la frontière existant entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire. Pour les détails, v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 1.2 (p. 43 s.).

⁶³⁰ S'agissant du concept de *reprise autonome*, v. les réf. citées par AMSTUTZ, p. 84, note 82.

⁶³¹ ATF 129 III 335, 350 ; v. également ATF 130 III 182, 190.

⁶³² V. ci-dessus, pt. 2.2 (p. 92) ; sur le poids de la méthode d'interprétation systématique en référence à l'ordre juridique européen, v. ci-dessous, Chapitre 9, pt. 2.4.2 (p. 105) ; v. également nos commentaires à la note 702.

⁶³³ V. ci-dessus, Titre I, pt. 5 (p. 6 s.).

⁶³⁴ V. ci-dessous, Titre IV, Chapitre 3 (p. 149 ss.).

⁶³⁵ V. entre autres CHRIST, MÜLLER, *Verlagsvertrag*, et STÄMPFLI dont les ouvrages sont mentionnés dans la bibliographie de ce travail : à noter que le droit allemand est régulièrement considéré comme une source d'inspiration en Suisse. Dans le domaine du droit d'auteur, le législateur, lors de la procédure de révision de la loi sur le droit d'auteur de 1992, a indiqué lui-même qu'il convenait de s'inspirer en Suisse de la solution allemande. V. à ce sujet PBDRAZZINI, p. 72 ; citant la source d'inspiration allemande : SIGL, p. 114.

Chapitre 7. La méthode d'interprétation historique

1. Renvoi et précision

La méthode d'interprétation historique a déjà été évoquée dans le chapitre consacré à l'interprétation littérale⁶³⁶. Nous ne revenons pas ici sur les explications déjà fournies. Nous précisons néanmoins que la méthode d'interprétation historique doit nécessairement être examinée (comme les méthodes systématique et téléologique), étant donné qu'elle n'a été utilisée que de manière limitée – c'est-à-dire afin de rechercher le sens littéral possible – lors de l'application de la méthode d'interprétation littérale.

2. Documents de référence

Lorsque nous avons parlé de l'interprétation littérale, nous nous sommes limités à présenter la méthode qu'il convient d'appliquer (historique subjective, historique objective et actuelle objective), sans apporter d'information sur les documents susceptibles de fonder l'interprétation.

Ces documents sont en général désignés par le terme de *travaux préparatoires*, c'est-à-dire « l'ensemble des écrits dans lesquels les personnes, commissions et autorités chargées de l'élaboration de la loi ont consigné leurs opinions et leurs déterminations : (...) »⁶³⁷. Ils comprennent – à titre d'exemples – le rapport de la commission d'experts, le message du Conseil fédéral et les procès-verbaux des débats ayant eu lieu dans chacune des Chambres fédérales⁶³⁸.

Seuls les documents desquels le sens que le législateur a voulu donner à la règle ressort incontestablement – et non ceux qui comprennent des prises de position isolées ou non significatives – sont susceptibles d'être pris en considération⁶³⁹.

Chapitre 8. La méthode d'interprétation téléologique

1. Généralités

L'interprétation téléologique⁶⁴⁰ permet – comme la terminologie le laisse entendre⁶⁴¹ – de définir le sens d'une notion légale en fonction du but de celle-ci,

⁶³⁶ Ci-dessus, Chapitre 4, pl. 3.2.4 (p. 53 ss).

⁶³⁷ DESCHENAUX, p. 84.

⁶³⁸ KRAMER, p. 106 ; v. également MEIER-HAYOZ, art. 1 N 215 ; HÖHN, p. 212 ; HAUSHEER/JAUN, N 2.120 ; SCHMID, N 148.

⁶³⁹ KRAMER, p. 104 ; SCHMID, N 150, et les réf., qui indique en plus que les travaux préparatoires doivent avoir trouvé leur expression dans le texte même de la loi ; pour d'autres détails, v. également HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 146 ss.

⁶⁴⁰ Sur cette notion et son sens souvent trop étroit : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 195 ; v. également JAUN, p. 35-45.

⁶⁴¹ *Telos* signifie *but* ; JAUN, p. 67.

de sa finalité, de sa *ratio legis*⁶⁴². Cette méthode repose sur le constat que le droit poursuit toujours un but. Le législateur rédige des normes afin d'atteindre celui-ci⁶⁴³.

La doctrine considère parfois que l'interprétation téléologique est située à l'opposé de la méthode systématique dans la mesure où cette dernière appréhende en général la forme (au sens large) de la règle, alors que la première a pour but d'en examiner le contenu⁶⁴⁴. Si cette distinction revêt une utilité pédagogique, elle n'est pas rigoureusement exacte puisque l'une des méthodes est parfois utilisée afin de donner un éclairage à l'autre, et inversement.

Certains soulignent l'importance de la méthode d'interprétation téléologique en indiquant que les interprétations systématique et historique ne permettent souvent pas de préciser le sens littéral⁶⁴⁵. Le résultat de l'application de la méthode téléologique est cependant fortement dépendant du jugement de valeurs personnel de l'interprète, donc en grande partie subjectif. Afin d'éviter des interprétations trop extensives, la méthode téléologique doit être utilisée avec une certaine retenue⁶⁴⁶.

2. Deux variantes de l'interprétation téléologique

L'interprétation fondée sur la *ratio legis* peut être appréhendée de deux façons différentes⁶⁴⁷ :

- d'une part, il est possible de rechercher le but que le législateur historique entendait poursuivre. On parle alors de méthode téléologique subjective (liée à la méthode historique objective⁶⁴⁸) ;
- d'autre part, on peut examiner le but de la règle de manière objective, selon les valeurs actuelles, dans le contexte de la législation récente⁶⁴⁹. Il est alors

⁶⁴² En ce sens : KRAMER, p. 110 ; sur les différents sens que peut revêtir cette notion : LARENZ/CANARIS, p. 157 ; v. également LUZZATI, p. 632 ss ; sur le poids de cette notion dans l'argumentation du Tribunal fédéral : DUBS, p. 21 ss ; BIAGGINI, « *Ratio legis* », p. 53 ss.

⁶⁴³ En ce sens : HÖHN, p. 217 ; DESCHENAUX, p. 87 ; JAUN, p. 67 ; LOOSCHELDERS/ROTH, p. 165.

⁶⁴⁴ DÖRR, art. 1 N 161.

⁶⁴⁵ REHBINDER, *Einführung*, p. 78.

⁶⁴⁶ HÖHN, p. 221 ; en ce sens : HAUSHEER/JAUN, N 2.70 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 164 ss, apportant de nombreuses précisions ; DESCHENAUX, p. 88 : « *Les indications fournies par les buts reconnaissables de la loi doivent être utilisées avec prudence* ».

⁶⁴⁷ Sur cette distinction, v. KRAMER, p. 111 ; HUWILER, p. 10.

⁶⁴⁸ Ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.2.4.a) (p. 54).

⁶⁴⁹ MAYER-MALY, *Einführung*, p. 22, indique que l'interprétation téléologique (objective) participe de la recherche des buts poursuivis par un législateur hypothétique au moment de l'application de la loi.

question de la méthode téléologique objective (liée à la méthode actuelle objective⁶⁵⁰).

Ci-dessus, nous avons déjà expliqué de façon générale les raisons qui nous poussent à ne pas effectuer un choix théorique entre la méthode historique objective et la méthode actuelle objective. Nous reprenons les mêmes explications s'agissant du procédé à adopter pour définir la *ratio legis*⁶⁵¹ : cette dernière peut donc être déterminée en fonction des travaux préparatoires ou sur la base de valeurs actuelles. Le choix entre ces deux références dépend des arguments qu'il est possible de retenir pour chacune d'elle. La référence regroupant les arguments dotés de la plus grande force de conviction est retenue.

3. But de la norme/de la loi

Indépendamment de la question de la référence (historique objective ou actuelle objective), il est nécessaire d'expliquer en quelques lignes de quel(s) but(s) il s'agit quand on parle d'interprétation téléologique.

Les généralités qui précèdent esquissent grossièrement la fonction de l'interprétation téléologique. Elles restent cependant très imprécises quant au(x) but(s) visés par cette méthode. Le sens d'une notion légale peut en effet être défini en fonction de la finalité de la norme elle-même (premier critère), mais également en rapport avec le but de la loi (deuxième critère). Le but de la norme ne correspond pas toujours au but de la loi, et inversement⁶⁵².

3.1. Premier critère : le but de la norme, d'une partie de la norme

Il convient avant tout de rechercher le but spécifique de la norme à interpréter, c'est-à-dire le comportement que l'Etat cherche à atteindre avec la disposition en question⁶⁵³. Le but de la loi ne doit être analysé que dans un deuxième temps⁶⁵⁴. Cet ordre de priorité répond à une logique certaine. Le but de la loi n'est parfois d'aucune utilité. On peut mentionner, à titre d'exemples, les règles d'exonération de l'impôt et les dispositions d'exception de la loi sur l'aménagement du territoire (art. 24 LAT)⁶⁵⁵.

Le but d'une norme ne doit pas être « construit » abstraitement, au bon vouloir de l'interprète. Sa recherche est liée aux autres méthodes d'interprétation (littérale,

⁶⁵⁰ Ci-dessus. Chapitre 4, pt. 3.2.4.a) (p. 54).

⁶⁵¹ V. ci-dessus. Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 56 ss).

⁶⁵² HÖHN, p. 217 : en ce sens : FELLER, p. 14.

⁶⁵³ HÖHN, p. 217.

⁶⁵⁴ HÖHN, p. 217 : « Es wäre daher falsch, sofort und ausschliesslich den allgemeinen Gesetzeszweck heranzuziehen^(...), ohne den spezifischen Zweck der Norm vorgängig beachtet zu haben ».

⁶⁵⁵ HÖHN, p. 217.

systématique et historique⁶⁵⁶). C'est en utilisant celles-ci que ce but pourra être identifié⁶⁵⁷. La doctrine peut parfois apporter quelques indices à ce sujet⁶⁵⁸. Si l'interprète ne parvient pas à établir précisément le but de la norme, il ne peut y suppléer sur la base d'une appréciation purement subjective, mais il doit poursuivre son analyse en fonction des indices constatés⁶⁵⁹.

Bien que la doctrine n'en fasse pas mention, il paraît indispensable d'indiquer qu'à côté du but de la norme, il faut parfois prendre en compte le but d'une partie de la norme. D'une part, les deux buts ne coïncident pas forcément, et, d'autre part, le but d'une partie de la règle est souvent plus explicite que celui de la règle entière.

La différence entre ces deux buts peut être mise en évidence grâce à l'article 380 CO. Le but de la norme est de qualifier le contrat d'édition et de délimiter celui-ci par rapport aux autres contrats à l'aide d'une règle définitoire. La finalité de la « cession » de l'œuvre de l'auteur à l'éditeur (une partie de la norme) consiste à permettre à l'éditeur de publier l'œuvre, comme le laissent percevoir de manière expresse les versions allemande et italienne de l'article 380 CO⁶⁶⁰.

3.2. Deuxième critère : le but de la loi⁶⁶¹

Le but de la loi représente un critère d'interprétation médial. Il sert à comprendre l'esprit de la loi. En raison de son caractère souvent trop général, l'importance du but de la loi dans le cadre de l'interprétation se révèle moins grande que celle du but de la norme (critère immédiat d'interprétation)⁶⁶².

Les buts visés par une loi « peuvent ressortir de son titre (...), quelques fois d'un article-programme (...), de sa base constitutionnelle^(...), du contenu même et du jeu de ses dispositions (système de valeurs), de sa genèse, des conditions qui l'ont

⁶⁵⁶ Selon HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 163, l'interprétation historique est fréquemment propre à donner une information quant au but de la norme.

⁶⁵⁷ V. la décision du 21 mai 2001 de la 1^{re} Cour civile de la Cour d'appel du canton de Berne, p. 9, et les réf. (disponible sur le site www.wcbaw.ch/justetter/JusLettier.jsp) : en ce sens : HÖHN, p. 218 ; FORSTMOSER, § 19 N 88 ; RIEMER, § 4 N 45 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 163 ; comparer avec l'ATF 120 II 112, 114, JdT 1995 I 202, 204.

⁶⁵⁸ HÖHN, p. 218 ; pour des exemples de but relatif à une norme : HÖHN, p. 219-220 ; à noter que le but d'une norme ne correspond pas toujours au sens juridique de celle-ci (*Normsinn*). V. HÖHN, p. 217-218 ; pour la difficulté de distinguer la finalité de la norme de sa concrétisation (dans le texte de la loi), v. RUEDIN/PIAGET, p. 1332.

⁶⁵⁹ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 163 ; pour un exemple, v. RUEDIN/PIAGET, p. 1332 s.

⁶⁶⁰ V. ci-dessous. Titre IV, Chapitre 5, pt. 2.3.2.ca) (Présentation) (p. 170 ss).

⁶⁶¹ A côté du but de la loi, on pourrait également mentionner le but d'une institution juridique (par exemple, en matière de société anonyme, l'institution du contrôle spécial, art. 697a - 697g CO) (pour les explications et l'exemple, v. HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 160).

⁶⁶² En ce sens : HÖHN, p. 217-218.

suscitées^(...) »⁶⁶³. La doctrine permet parfois d'y voir plus clair⁶⁶⁴. Si plusieurs buts sont mis en évidence, il s'agit de rechercher celui qui est en relation étroite avec la norme analysée⁶⁶⁵.

4. Jurisprudence du Tribunal fédéral

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas des plus limpides s'agissant de l'application de la méthode téléologique :

- d'une part, le Tribunal fédéral se réfère parfois à la finalité de la loi, et fonde parfois sa décision sur d'autres éléments, mais il ne laisse pas toujours entrevoir en fonction de quels arguments son choix a été effectué ;
- d'autre part, notre Haute Cour ne distingue pas de manière suffisamment claire le but de la norme de celui de la loi⁶⁶⁶.

5. Interprétation téléologique et droit judiciaire lié

La référence à la *ratio legis* ne revêt pas uniquement une importance pour l'interprétation au sens étroit mais sert également de mesure s'agissant du droit judiciaire lié. En effet, la prise en considération de la *ratio legis* permet de déterminer si une règle est susceptible d'être appliquée par analogie à un cas qui n'a pas encore été réglé⁶⁶⁷.

6. Précisions

La méthode téléologique recouvre différents arguments utilisés en pratique lors de l'interprétation d'une norme. Nous nous bornons à en citer deux :

6.1. Argumentum ad absurdum

Le raisonnement *ad absurdum* représente un argument téléologique qui peut se révéler très utile. Une application de cet argument s'impose quand le résultat de l'interprétation s'écarte de toute logique, en d'autres termes conduit à une issue absurde qu'il convient de laisser – au moins partiellement – de côté⁶⁶⁸.

⁶⁶³ DESCHENAUX, p. 88, avec des exemples : v. également FORSTMOSER, § 19 N 80, 87 ; HAUSHEER/JAUN, N 2.132 ; sur les moyens pour définir le but d'une loi, v. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 203-208.

⁶⁶⁴ HÖHN, p. 218.

⁶⁶⁵ En ce sens : HÖHN, p. 218.

⁶⁶⁶ Sur ce constat : HÖHN, p. 220.

⁶⁶⁷ KRAMER, p. 115 ; v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 5.1 (p. 110 s.).

⁶⁶⁸ KRAMER, p. 123-124, avec des exemples : BYDLINSKI, p. 457-459.

6.2. L'interprétation réaliste (ou sociologique)

L'interprétation réaliste conduit à prendre en considération le contexte factuel de la législation qui contient les normes analysées : les réalités économiques, les connaissances scientifiques, la nature et la technique⁶⁶⁹.

Cette méthode ne représente qu'une facette de l'interprétation téléologique⁶⁷⁰.

Chapitre 9. Utilisation des méthodes classiques d'interprétation

1. Force dogmatique – applicabilité

Afin d'acquérir une certaine force dogmatique, la méthodologie juridique se devrait d'établir une hiérarchie entre les différentes méthodes classiques d'interprétation⁶⁷¹. Cela n'est le cas ni en Suisse ni en Allemagne⁶⁷². La majorité des auteurs de doctrine est sceptique quant à une telle classification, ou alors la refuse catégoriquement⁶⁷³. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus en lien avec l'interprétation historique, le « pluralisme méthodologique pragmatique » suivi par le Tribunal fédéral ne va pas dans le sens d'une hiérarchie bien définie entre les différentes méthodes d'interprétation⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ KRAMER, p. 125, avec des exemples : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 211, avec des réf. : BIAGGINI, p. 73 ; GRISEL, p. 136-138 ; FORSTMOSER, § 19 N 104 s. ; HAUSHEER/JAUN, N 2.116 ; SCHMID, N 152 ; KRAMER, *Konvergenz*, p. 79, et les réf., constate que lorsque les juges fédéraux s'appuient sur des arguments non spécifiquement juridiques, ils tentent de « cacher » leur réflexion en invoquant d'imaginaires « valeurs de la loi » (« *Grundwertungen* »).

⁶⁷⁰ KRAMER, p. 126 ; comparer également avec RICHLI, p. 39 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 152, placent l'interprétation réaliste sous la méthode d'interprétation historique.

⁶⁷¹ Une telle hiérarchie renforcerait également la sécurité du droit. V. à ce sujet SCHUBARTH, p. 151 ; l'importance de cette hiérarchie se révèle dans les situations où les différentes méthodes d'interprétation ne mènent pas au même résultat (v. BRÜGGEMANN, p. 74). Dans le cas contraire, un ordre de priorité n'a évidemment aucune utilité pratique. V. WALTER, p. 163 ; OTT, *Rangordnung*, p. 247, 254 ; PICHONNAZ/VOGENAUER, p. 419.

⁶⁷² MAYER-MALY, *Einführung*, p. 25-26, met en évidence que les législations autrichienne, française (réf. à l'avant-projet de Code civil) et italienne prescrivent un certain ordre de priorité entre les méthodes d'interprétation.

⁶⁷³ DÖRR, art. 1 N 121 ss, N146 ; HOWILER, p. 10 ; KRAMER, note 411 ; v. également BIAGGINI, p. 74, et les réf. ; HÖHN, *Rechtsnormen*, p. 109, estime que l'absence de hiérarchie évite de préjuger du résultat. Il précise que le poids à donner aux différentes méthodes d'interprétation dépend du cas concret ; résumant la conception de HÖHN ; WIND, p. 131-132 ; BIAGGINI, *Methodik*, p. 48, affirme que, du point de vue constitutionnel, on ne saurait fixer des règles de priorité entre les méthodes d'interprétation ; estimant que le respect d'une hiérarchie prédéterminée entre les divers critères d'interprétation est indispensable ; PICHONNAZ/VOGENAUER, p. 425-426, qui ne font cependant aucune proposition à ce sujet.

⁶⁷⁴ V. MAHON/MAVROIDIS, p. 402, et les réf. ; se référant aux décisions du Tribunal fédéral, la doctrine estime parfois qu'une méthode est prépondérante, puis parfois une autre... Pour des exemples, v. ci-dessous les notes 676 et 679 ; PICHONNAZ/VOGENAUER, p. 417 ss, soutiennent

La difficulté d'établir une telle hiérarchie repose sur le fait que chacune de ces méthodes peut revêtir des intensités très diverses selon la règle à interpréter et le contexte dans lequel cette norme se situe⁶⁷⁵.

2. Absence de hiérarchie

2.1. Doctrine majoritaire

La doctrine majoritaire considère que la méthode téléologique est celle qui revêt le plus de poids parmi les méthodes classiques d'interprétation⁶⁷⁶. Cette affirmation est peut-être vraie. Ainsi formulée, elle n'apporte cependant aucune information concrète à l'interprète. En effet, il convient encore de définir de quelle manière le but de la norme (ou de la loi) doit être défini : selon son histoire ou sur la base de valeurs actuelles ? Dans la première hypothèse, il est souvent difficile d'envisager si le résultat de l'interprétation est fondé sur le but de la loi ou alors sur une simple prise en compte des explications fournies par le législateur. Il est clair que lors de l'interprétation, le regard de l'interprète sera tourné vers le but de la loi⁶⁷⁷. Mais ce sont les autres méthodes d'interprétation qui vont dessiner les contours de ce but⁶⁷⁸. En ce sens, la méthode littérale – donnant les « premières couleurs » au résultat de l'interprétation (et donc au but de la loi) – revêt également une importance essentielle dans le cadre d'une éventuelle hiérarchie entre les différentes méthodes⁶⁷⁹.

2.2. Approche du Tribunal fédéral

Afin de garder une approche pragmatique et ne pas se fonder sur une hiérarchie – entre les méthodes d'interprétation – susceptible de conduire à des résultats fort

que le pluralisme méthodologique suivi par le Tribunal fédéral soulève des problèmes importants « liés aux limites du pouvoir d'interprétation du juge, à la prévisibilité du résultat et à la rationalité du procédé » (p. 417).

⁶⁷⁵ Très clair à ce sujet : BYDLINSKI, p. 555-556 ; MÜLLER/CHRISTENSEN, N 433, estiment qu'il n'est pas possible d'établir une hiérarchie de façon abstraite : « Die Rangfolge lasse sich « abstrakt und generell » nicht bestimmen, vielmehr in Hinblick darauf, dass die Konkretisierungselemente für Interessen stünden, nur durch eine Gewichtung im Einzelfall. » ; v. également en ce sens PAPAUX, p. 332.

⁶⁷⁶ HUWILER, p. 11 ; HAUSHEER/JAUN, N 2.138, qui N 2.139 ss, modèrent cette affirmation ; MAYER-MALY, art. 1 N 17 ; selon SCHMID, N 146, il s'agit là également de l'avis du Tribunal fédéral. V. cependant note 679.

⁶⁷⁷ Comparer avec HAUSHEER/JAUN, N 2.138.

⁶⁷⁸ V. ci-dessus. Chapitre 8, pt. 3.1 (p. 97 s.).

⁶⁷⁹ En ce sens : HÖHN, *Rechtsnormen*, p. 109-110 ; plusieurs arrêts du Tribunal fédéral semblent indiquer une certaine priorité de l'analyse littérale. Pour les réf., v. MAHON/MAVROIDIS, note 38. V. également les réf. données par CILLIARD, p. 168-169 ; donnant une importance particulière aux interprétations littérale et téléologique ; FORSTMOSER, § 19 N 136 ss ; selon SCHMID, N 159, la jurisprudence du Tribunal fédéral suit également cette conception.

théoriques, le Tribunal fédéral s'est gardé de donner trop de poids à l'interprétation téléologique. En présentant le pluralisme méthodologique pragmatique suivi par le Tribunal fédéral⁶⁸⁰, le juge WALTER a choisi – de manière judicieuse – deux arrêts qui mettent, à notre sens, bien en évidence la difficulté à donner la priorité à une méthode d'interprétation en particulier⁶⁸¹ :

- dans le premier arrêt cité⁶⁸², on apprend que le but de la loi revêt une grande importance dans la mesure où l'interprétation est orientée en direction de la *ratio legis*. Notre Haute Cour précise néanmoins que celle-ci ne doit pas être fondée sur l'appréciation subjective du juge, mais en fonction de l'objectif du législateur, de l'intention de celui-ci, des valeurs reconnaissables sur lesquelles il s'est fondé ;
- dans le second arrêt⁶⁸³, WALTER met en évidence l'importance de la méthode d'interprétation littérale, en soulignant que le juge est lié par une disposition claire et non équivoque. Il précise néanmoins qu'il est possible de s'en distancer quand la loi n'exprime pas le véritable sens de la disposition. Ces raisons peuvent découler de l'histoire de la loi (interprétation historique), de son but (interprétation téléologique) ou de la relation de la loi avec d'autres dispositions (interprétation systématique)⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Pour des réf. récentes, v. HAUSMEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 120, note 115.

⁶⁸¹ WALTER, p. 158.

⁶⁸² ATF 123 III 24, 26, IdT 1997 I 340, 342-343.

⁶⁸³ ATF 124 III 266, 268, IdT 1999 I 414, 415.

⁶⁸⁴ V. récemment : ATF 129 III 55, 56 s. ; v. également l'ATF 125 II 238, 244, et les arrêts cités.

2.3. Notre « conception »

2.3.1. Interprétation littérale

La méthode d'interprétation littérale – par le biais du critère du sens littéral possible – revêt certainement un poids particulier étant donné que – dans le cadre de l'interprétation au sens étroit – elle va limiter les autres méthodes d'interprétation. Néanmoins, le sens littéral possible ne représente qu'un critère. Les autres méthodes sont pleinement utilisées et peuvent conduire à dépasser la limite de l'interprétation au sens étroit. Il est donc difficile de conclure que la méthode d'interprétation littérale a une position dominante dans la hiérarchie entre les méthodes classiques.

2.3.2. Interprétations historique et téléologique – rappel

Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que la priorité entre la méthode historique objective et la méthode actuelle objective dépend du cas d'espèce. Les travaux préparatoires doivent être confrontés aux circonstances actuelles et les arguments offrant la plus grande force de conviction désigneront la méthode à appliquer⁶⁸⁵.

Il en va de même lors de l'utilisation de la méthode d'interprétation téléologique. La *ratio legis* peut être déterminée en fonction des travaux préparatoires ou sur la base des circonstances actuelles⁶⁸⁶.

2.3.3. Interprétations systématique et téléologique

Quant à l'éventuel ordre de priorité existant entre la méthode téléologique et la méthode systématique, on peut, en principe, affirmer – en suivant ainsi l'avis de la doctrine majoritaire – la prépondérance de la première sur la seconde. Il arrive cependant que l'interprétation téléologique cède le pas à la méthode systématique⁶⁸⁷.

2.3.4. « Poids » de l'argumentation

Il ne faut pas déduire de ces quelques lignes l'absence d'utilité du cadre offert par la méthodologie juridique. Le juge est tenu d'appliquer toutes les méthodes d'interprétation et de prendre connaissance du résultat auquel elles aboutissent. Si toutes les méthodes conduisent à la même solution, il ne peut raisonnablement

⁶⁸⁵ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 58 s.) ; en ce sens : BIAGGINI, p. 74, et les réf. à la note 44.

⁶⁸⁶ V. ci-dessus, Chapitre 8, pt. 2 (p. 96 s.).

⁶⁸⁷ V. HUWILER, p. 11-13 ; en ce qui concerne le poids de la méthode d'interprétation systématique en référence à l'ordre juridique européen, v. ci-dessous, pt. 2.4.2 (p. 105) ; v. également nos commentaires à la note 702.

s'écarter de celles-ci⁶⁸⁸. En cas de divergence entre les résultats, le juge doit fonder sa décision sur le (ou les) argument(s) revêtant le plus de *poids*⁶⁸⁹ et conduisant à la solution la plus juste⁶⁹⁰. La décision doit s'appuyer sur une argumentation offrant une certaine force de conviction⁶⁹¹. Plus le juge s'écarte du résultat donné par certaines méthodes d'interprétation⁶⁹², plus son argumentation doit être approfondie⁶⁹³. L'exigence dans l'argumentation est élevée. Plusieurs auteurs – dont font partie deux juges fédéraux – l'ont souligné en soutenant que le juge doit offrir une motivation permettant non seulement de comprendre la démarche interprétative, mais également de la contrôler et de la critiquer⁶⁹⁴ ! Enfin, le juge a le devoir de tenir compte de la jurisprudence et de la doctrine éprouvée⁶⁹⁵.

Si aucun des éléments ne permet d'emporter la conviction du juge, celui-ci se trouve en présence d'une lacune *intra legem*⁶⁹⁶. En dehors du cadre de l'interprétation (*Auslegung*), il lui faut combler une lacune.

Une conception fondée sur le « poids » de l'argumentation – et non sur un ordre de priorité bien établi entre les méthodes d'interprétation – laisse une grande place à l'appréciation du juge⁶⁹⁷. La manière dont le juge utilise son pouvoir d'appréciation est fortement dépendante de ses connaissances, de ses opinions personnelles (politiques, religieuses, etc.), des expériences faites, etc.⁶⁹⁸. Il n'appartient pas à la méthodologie juridique d'écarter cette part de subjectivisme. Il s'agit là d'une tâche qui est du ressort de l'organisation judiciaire et du procédé d'élection des juges⁶⁹⁹.

⁶⁸⁸ V. FORSTMOSER, § 19 N 149.

⁶⁸⁹ FORSTMOSER, § 19 N 136 ; ZIMMERMANN, p. 1451.

⁶⁹⁰ RIEMER, § 4 N 59.

⁶⁹¹ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 117 qui parlent de l'« *Überzeugungskraft der Gesamtheit der Argumente* » ; v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 58 s.), dans le contexte de l'interprétation historique ; v. également RIEMER, § 4 N 59.

⁶⁹² Par exemple : le juge fait abstraction du résultat auquel aboutissent les méthodes historique et systématique, pour fonder sa décision sur la méthode d'interprétation téléologique.

⁶⁹³ Comparer avec MOOR, p. 386, qui indique que la subjectivité du juge « *est transcendée par le travail sur le texte* ».

⁶⁹⁴ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 58 s.).

⁶⁹⁵ FORSTMOSER, § 19 N 150, et les renvois.

⁶⁹⁶ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 119, et note 114 ; sur la notion de lacune *intra legem*, v. ci-dessous, Chapitre 10, pt. 4 (p. 109).

⁶⁹⁷ En ce sens : RIEMER, § 4 N 183 ; FORSTMOSER, § 19 N 143 ; en Allemagne : BRÜGGEMANN, p. 74.

⁶⁹⁸ RIEMER, § 4 N 184 ; sur la notion de *Verständnis*, v. WIPRÄCHTIGER, p. 143 ss ; MASTRONARDI, N 573 ss ; pour une définition : ALEXY, p. 114.

⁶⁹⁹ RIEMER, § 4 N 185.

2.4. Observations

2.4.1. De la théorie à la pratique

Ces explications sont très certainement succinctes et loin d'être exhaustives. Nous estimons néanmoins préférable de ne pas aller plus avant s'agissant des considérations théoriques. L'analyse du contrat numérique à la lumière du Titre douzième du Code des obligations permettra d'apporter des éléments plus compréhensibles parce que rattachés à un examen concret.

2.4.2. L'influence de l'ordre juridique communautaire

En ce qui concerne la législation suisse reprenant le droit européen de manière autonome, l'ordre juridique communautaire remet en question nos explications relatives à l'absence de hiérarchie entre les méthodes d'interprétation. En matière de droit privé, la jurisprudence fédérale accorde un poids prédominant à l'interprétation systématique puisque le droit suisse consistant en une reprise autonome du droit européen doit aujourd'hui être interprété en conformité à l'ordre juridique communautaire⁷⁰⁰. Il s'agit donc de prendre en considération la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes⁷⁰¹.

Dans le futur, la prédominance de la méthode d'interprétation systématique n'aura pas uniquement trait au droit suisse reprenant le droit européen de manière autonome, mais elle s'étendra à l'ensemble du droit suisse. Deux arguments importants plaident en ce sens : d'une part, il s'agit de la seule manière d'éviter les incohérences et les contradictions dans l'ensemble du droit privé suisse ; d'autre part, l'activité interprétative de la Cour de Justice tend à unifier les institutions et les notions juridiques pour l'ensemble des pays de l'Union européenne. On peut dès lors de moins en moins envisager que la Suisse cherche à échapper à l'influence de l'interprétation de la Cour de Justice⁷⁰².

⁷⁰⁰ ATF 130 III 182, 190 ; 129 III 335, 350.

⁷⁰¹ V. PROBST, *Einfluss*, p. 27 s. ; AMSTUTZ, p. 85.

⁷⁰² PROBST, *Einfluss*, p. 28 s. : dans la mesure où le contrat d'édition, réglementé aux art. 380 ss CO, ne fait pas l'objet d'une Directive européenne, nous n'avons pas développé de manière plus précise la question de l'influence du droit communautaire sur les méthodes classiques d'interprétation. L'analyse de cette problématique nécessiterait une réflexion approfondie qu'il n'est pas possible d'entreprendre ici. Nos explications – se limitant à souligner l'importance de la méthode d'interprétation systématique – restent très succinctes et, donc, évidemment imprécises. En particulier, il faudrait préciser que, s'agissant de la législation suisse reprenant le droit européen de manière autonome, le devoir imposé au juge d'interpréter la réglementation suisse conformément au droit européen est suggéré également par les méthodes historique et téléologique (v. KRAMER, *Konvergenz*, p. 87 ; PROBST, *Analyse critique*, p. 113, parle de la méthode téléologique). L'imprécision de nos explications mise en évidence, nous remarquons tout de même que la méthode d'interprétation systématique est étonnamment laissée de côté par la doctrine. Pourtant, plusieurs arguments soulignent le

Chapitre 10. Le droit judiciaire lié (*gebundenes Richterrecht*)⁷⁰³

1. Généralités

Le droit judiciaire lié représente le second aspect de l'activité interprétative du juge⁷⁰⁴.

A ce stade de l'interprétation (au sens large), les limites du sens littéral possible sont dépassées. Il ne s'agit plus de reconnaître et d'exprimer la signification d'une norme existante, mais de combler une lacune. A cette fin, l'interprète introduit une règle nouvelle dans la loi⁷⁰⁵. Selon le modèle sémantique des trois candidats, on est

ponds important de cette méthode dans le cadre de la problématique de l'influence du droit européen sur le droit suisse :

- premièrement, la référence à l'ordre juridique communautaire procède d'une analyse comparatiste. Or, celle-ci est bien englobée par la méthode systématique (v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 3 [p. 92 s.]) ;
- deuxièmement, comme nous l'avons déjà souligné ci-dessus (Chapitre 6, pt. 3.1.2 [p. 94]), la formulation utilisée par le Tribunal fédéral en référence au droit européen rappelle celle qui est employée en rapport avec l'analyse de la Constitution fédérale. Lors de l'examen de cette dernière, il est bien question d'analyse systématique (v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 2.2 [p. 92]) ;
- troisièmement, la doctrine laisse entendre que le droit communautaire aura également une influence sur les normes de droit privé qui ne reprennent pas le droit européen de manière autonome, en particulier pour éviter les contradictions et les incohérences (v. ci-dessus, dans le texte). Dans cette situation, on ne peut évidemment pas affirmer que le devoir imposé au juge d'interpréter la réglementation suisse conformément au droit européen est suggéré par la méthode historique (le législateur n'ayant pas eu la volonté de reprendre les normes européennes de manière autonome). La question est problématique en rapport avec la méthode téléologique. A l'évidence, la méthode téléologique subjective n'est pas envisageable (il n'est pas possible d'affirmer que le législateur poursuivait le but de rendre les normes suisses eurocompatibles). Peut-être peut-on imaginer l'application de la méthode téléologique objective (peut-on dire qu'aujourd'hui, au moment de l'application de la loi, selon les valeurs actuelles et dans le contexte de la législation récente, le but des normes du droit privé suisse consiste à rechercher l'interprétation conforme au droit européen ?). Le rattachement à la méthode téléologique objective est néanmoins loin d'être évident. Il est beaucoup plus facile à reconnaître en ce qui concerne la méthode systématique. Cette dernière suggère la prise en compte du droit européen, même si celui-ci n'a pas été repris de manière autonome par la législation suisse.

A l'instar de AMSTUTZ, p. 67, on peut dire qu'avec l'ATF 129 III 335 le Tribunal fédéral a commencé une histoire qui doit encore être écrite. On peut déjà se demander si, lorsqu'il s'agira de lire l'épilogue de cette histoire méthodologique, on apprendra qu'après des années de pluralisme méthodologique pragmatique (v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.2.4.b) [p. 55]) une hiérarchie bien définie entre les méthodes d'interprétation a effectivement été retenue (en faveur de la (ou des) méthode(s) permettant de traduire dans le droit suisse la prédominance du droit européen).

⁷⁰³ KRAMER, p. 131.

⁷⁰⁴ V. ci-dessus, Chapitre 2, pt. 2.1 (p. 35).

⁷⁰⁵ Citant LARENZ : KREY, p. 78.

en présence de candidats négatifs, au sens large du terme dans la mesure où ces candidats englobent :

- les candidats négatifs (au sens strict) ;
- les candidats positifs ayant été exclus de leur cercle. Il est question d'interprétation *contra verba*, mais *secundum rationem legis* ;
- les candidats neutres, en cas d'interprétation restrictive.

La notion de *droit judiciaire lié* (*gebundenes Richterrecht*⁷⁰⁶, ou interprétation *praeter verba legis*⁷⁰⁷, ou encore *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*⁷⁰⁸) laisse entendre que, bien que la limite du sens littéral possible soit dépassée, l'interprète est encore « rattaché » à la loi⁷⁰⁹. Il donne un sens à la norme en interprétant (au sens large) celle-ci en fonction de sa *ratio legis*⁷¹⁰.

2. Emergence de la lacune

La loi peut se révéler lacunaire dès son adoption, le législateur ne pouvant penser à tous les détails⁷¹¹. Ou alors, elle peut devenir lacunaire suite à l'évolution de la société, de la technique, etc⁷¹². Nous verrons ci-dessous que le Titre douzième du Code des obligations compte un certain nombre de lacunes de ce type.

3. Types de lacunes⁷¹³

Les candidats mentionnés ci-dessus correspondent à un type de lacunes déterminé. Une brève présentation des types de lacunes se révèle nécessaire.

Une première grande division peut être effectuée entre les lacunes *de lege lata* et *de lege ferenda*. Les premières – considérées comme des vides contraires à l'économie de la loi⁷¹⁴ – peuvent être comblées dans le cadre de l'interprétation – au sens large

⁷⁰⁶ Cette terminologie ne doit pas être confondue avec celle utilisée par certains auteurs employant la notion *gebundene Rechtsfindung*, assimilée à la notion d'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) (v. par exemple DÜRR, art. 1 N 277 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 376).

⁷⁰⁷ KRAMER, p. 39.

⁷⁰⁸ LARENZ, p. 366 ; LARENZ/CANARIS, p. 187.

⁷⁰⁹ En ce sens : HUWILER, p. 13 s.

⁷¹⁰ V. en particulier, ci-dessous, pt. 5.1 (p. 110 s.).

⁷¹¹ V. par exemple LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 331 ; WALTHER, *Rechtsfortbildung*, p. 3.

⁷¹² V. en particulier DÜRR, art. 1 N 345 s. ; RIEMER, § 4 N 77 ; en droit allemand : PAWLOWSKI, N 213.

⁷¹³ Une présentation complète des différents types de lacunes ne revêt aucun intérêt dans le cadre de ce travail. Nous nous limitons par conséquent à donner quelques explications utiles pour une compréhension générale du système.

⁷¹⁴ DESCHENAUX, p. 90.

– d'une règle de droit positif. Les secondes⁷¹⁵ sont synonymes de déficit politico-juridique. Il incombe au législateur de remédier à ce dernier⁷¹⁶. Le cas échéant, il s'agit d'apporter une correction à la loi sur la base de l'article 2 alinéa 2 CCS⁷¹⁷.

Dans les lacunes *de lege lata*, on distingue trois sous-types de lacunes :

- les lacunes *intra legem* : on est présence de règles contenant soit une clause générale que le juge doit appliquer au cas particulier ou un renvoi au pouvoir d'appréciation du juge⁷¹⁸. Les lacunes sont voulues ou conscientes⁷¹⁹. On parle également de *lacunes de délégation*, le législateur « déléguant » au juge la compétence d'appliquer – dans un cas concret – la clause générale ou la notion qui lui est « renvoyée » par la norme⁷²⁰ ;
- les lacunes *ouvertes*⁷²¹ : l'interprétation au sens étroit ne permet pas d'apporter une réponse dans un cas particulier⁷²², mais celle-ci peut-être trouvée grâce à la *ratio legis*. Dans les lacunes ouvertes, on distingue les lacunes *techniques* et de *conflit*⁷²³ ;

⁷¹⁵ Appellées également : *lacunes improprement dites* (DESCHENAUX, p. 94) ; *unerchte Lücken* (par une partie de la doctrine : BIAGINI, p. 77. et les réf. à la note 62 ; v. les réf. citées par KRAMER, notes 459 et 465) ; *Scheinlücken* (HÖHN, p. 322 ss).

⁷¹⁶ KRAMER, p. 139 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 254 ; comparer avec NOBEL, p. 17 ; de même en cas de défaut de la loi. V. à ce sujet DESCHENAUX, p. 91 ; dessinant la limite entre les lacunes de *lege lata* et le défaut d'une loi au sens politico-juridique : LARENZ/CANARIS, p. 195.

⁷¹⁷ DESCHENAUX, p. 94 : « En dehors des conditions d'application de l'art. 2 al. 2, on ne doit pas reconnaître au juge la compétence de corriger la loi. (...) Si la loi apparaît réellement dépassée, il appartient au législateur de reprendre son œuvre : le cas échéant, le juge pourrait attirer son attention sur la nécessité de procéder à une révision » ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 254 s.

⁷¹⁸ RIEMER, § 4 N 94-98. Le même auteur, § 4 N 99 ss, énumère, à côté des règles contenant une clause générale ou un renvoi au pouvoir d'appréciation du juge, les *lacunes d'interprétation* (*Erkenntnislücken*) (celles-ci « se présenteraient lorsque le législateur a voulu régler complètement une question, mais que les moyens de l'interprétation ne conduisent pas à un résultat clair et que le juge est obligé de choisir de plusieurs solutions la meilleure⁷¹⁹ » [DESCHENAUX, p. 92]). Nous estimons qu'il ne s'agit pas véritablement de lacunes. A l'instar de DESCHENAUX, p. 92 (parlant des *lacunes d'interprétation* et des règles à contenu indéterminé), il faut considérer que « cette extension du concept de lacunes aux notions légales qui ont besoin d'explication ne semble pas justifiée : c'est encore le rôle de l'interprétation de développer le contenu virtuel de normes formulées mais imprécises⁷²⁰ ».

⁷¹⁹ DESCHENAUX, p. 91-92.

⁷²⁰ Comparer avec KRAMER, p. 140-141 ; v. ci-dessous, pt. 4 (p. 109).

⁷²¹ V. KRAMER, p. 141 ; ou *echte Lücken* ; entre autres : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 271-274 ; HUWILER, p. 14.

⁷²² DESCHENAUX, p. 93.

⁷²³ Sur ces deux notions, v. KRAMER, p. 141-143 ; sur les lacunes ouvertes, v. ci-dessous pt. 5 (p. 110 ss).

- les lacunes d'exception⁷²⁴ : le cas analysé par le juge est clairement englobé dans le cadre du sens littéral possible de la règle, mais la *ratio legis* de la disposition ordonne de l'écarter des candidats positifs⁷²⁵.

Les deux dernières catégories de lacunes sont considérées comme des lacunes *praeter legem*⁷²⁶.

4. Lacunes de délégation

Les lacunes de délégation ne sont pas à proprement parler des lacunes dans la mesure où une réglementation existe et que le juge va donner une interprétation dans le cadre du sens littéral possible de la règle⁷²⁷. Cependant, si l'on prend en compte l'activité judiciaire, il s'agit bien pour le juge de compléter la loi, donc d'agir dans le cadre du droit judiciaire⁷²⁸.

⁷²⁴ V. KRAMER, p. 143 ss ; approuvant l'introduction en droit suisse de l'institution de la réduction téléologique et confirmant l'opportunité d'utiliser la notion de lacunes d'exception (*Ausnahmefällen*), MEIER-HAYOZ, *Schlusswort*, p. 91, indique qu'il est nécessaire de renoncer à utiliser la notion de *unechte Lücken*. La doctrine use en effet de cette dernière terminologie pour désigner parfois les lacunes de *lege ferenda* (v. ci-dessus, note 715) et parfois les lacunes d'exception (pour le constat, v. KRAMER, note 465) ; DESCHENAUX, p. 93-94, parle de lacunes occultes (*verdeckte Lücken*) ou de lacunes par excès, en ce sens que la « loi [en] dit trop » (p. 94), le législateur ayant omis « d'adjoindre à une règle conçue de façon générale la restriction qu'imposent, dans certains cas déterminés, le sens et le but de la règle considérée ou d'une autre règle légale » (p. 93). Utilisant également la terminologie *verdeckte Lücken* : MEIER-HAYOZ, *Richter als Gesetzgeber*, p. 62 s. ; LARENZ, p. 377 ss ; KRAMER, p. 163 s. et note 467, affirme que les lacunes occultes (*verdeckte Lücken*) ne représentent qu'une espèce particulière de lacunes d'exception, à savoir des lacunes d'exception qui doivent être comblées par le biais de l'application par analogie (modèle généralement utilisé pour combler les lacunes ouvertes). V. l'exemple donné par KRAMER, p. 163, et note 568.

S'agissant de la relation existant entre l'application de la réduction téléologique (lacunes d'exception) et la correction de l'art. 2 al. 2 CCS, v. KRAMER, p. 168 s. ; KRAMER, *Reduktion*, p. 76 ; RIEMER, *Reduktion*, p. 178 ; HUWILER, p. 19-20 ; v. cependant REHBINDER, *Einführung*, p. 79, note 11, qui affirme qu'en Suisse la réduction téléologique est auçrée à l'art. 2 al. 2 CCS !

Pour d'autres présentations de la terminologie relative aux lacunes, v. HUWILER, p. 14-20 ; v. également, entre autres, MEIER-HAYOZ, art. 1 N 271-278 ; DÜRR, art. 1 N 318 ss.

⁷²⁵ V. ci-dessous, p. 6 (p. 115).

⁷²⁶ DESCHENAUX, p. 93. Contrairement aux lacunes *intra legem*, les lacunes *praeter legem* ne sont pas volontaires. V. DESCHENAUX, p. 92.

⁷²⁷ En ce sens : HAUSHEER/JAUN, N 2167 ; comparer avec MEIER-HAYOZ, art. 1 N 263 ; FORSTMOSER, § 15 N 55 : le sens littéral possible est cependant très « ouvert » (comparer avec KREY, p. 82, 88). Se référant aux lacunes *intra legem*, REHBINDER, *Einführung*, p. 81, parle de *Gummiparagraph* !

⁷²⁸ Dans le sens *Richterrecht* : HUWILER, p. 2 ; KRAMER, p. 57, 199 ; KREY, p. 90 ss ; relevant la difficulté de classer les lacunes de délégation sous l'interprétation ou le comblement de lacunes : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 263 ; BIAGGINI, p. 74, et les réf. à la note 54.

5. Lacunes ouvertes

Pour reprendre le modèle sémantique des trois candidats⁷²⁹, on se trouve en présence de candidats négatifs (au sens strict) ou alors de candidats neutres (en cas d'interprétation restrictive)⁷³⁰.

5.1. Notion

Le raisonnement par analogie⁷³¹ représente le moyen le plus important pour combler les lacunes ouvertes⁷³². Ainsi, si on parle d'application par analogie⁷³³, c'est que l'on est en présence d'une lacune⁷³⁴.

Lors de l'examen des candidats négatifs⁷³⁵, la référence au but de la norme revêt une importance toute particulière : la finalité de la règle est utilisée pour déterminer si l'application par analogie d'une disposition légale existante est envisageable⁷³⁶. Concrètement, l'application par analogie intervient de la manière suivante : le cas examiné dépasse le cadre du sens littéral possible et donc les limites de l'interprétation au sens étroit. Il présente néanmoins une ressemblance essentielle (téléologique⁷³⁷) avec une situation réglée dans une disposition légale⁷³⁸. On parle d'application *praeter verba, sed secundum rationem legis*⁷³⁹. La norme légale doit

⁷²⁹ Ci-dessus, Chapitre 4, pt. 5 (p. 74 ss).

⁷³⁰ Comparer avec les explications de FORSTMOSER, § 15 N 53.

⁷³¹ Pour une définition, v. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 346 ; pour une définition plus schématique : LARENZ/CANARIS, p. 202 ; v. également LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 294-298.

⁷³² V. néanmoins l'institution de l'*extension téléologique*, ci-dessus, Chapitre 5, pt. 3.3 (p. 88), et la note 592.

⁷³³ On fait réf. ici à l'analogie *praeter verba legis*. Sur cette notion, v. PROBST, *Grenze*, p. 267 s.

⁷³⁴ Très clair en droit suisse : HUWILER, p. 15, au sujet du raisonnement par analogie : « *Abgesehen von wenigen Ausnahmen¹ erfordert dieser das Bestehen einer Lücke im Gesetz²* », weil der Analogieschluss den möglichen Wortsinn des Gesetzesüberschreitet. » ; pour les détails, v. CANARIS, p. 24-25 ; HONSELL, art. 1 N 35 ; indiquant que les lacunes doivent être comblées d'abord par le biais de l'analogie : MEIER-HAYOZ, art. 1 N 346 ; DESCHENAUX, p. 89 et p. 105, note 17 : « *Le seuil de l'interprétation est franchi* » ; présentant le procédé de l'analogie dans le contexte du comblement des lacunes : RIEMER, § 4 N 133 ss ; BIAGGINI, p. 85 ; l'avis divergent de DÜRR repose sur une conception totalement différente. V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 1.2. Pour l'application par analogie, v. DÜRR, art. 1 N 230 ss et N 525 ss ; très clair en droit allemand : LANGHEIN, p. 117 ; v. également LARENZ/CANARIS, p. 202 ss ; LARENZ, p. 381 ss ; pour d'autres réf., v. KRAMER, note 490.

⁷³⁵ Et neutres (en cas d'interprétation restrictive).

⁷³⁶ KRAMER, p. 115.

⁷³⁷ KRAMER, p. 148.

⁷³⁸ DESCHENAUX, p. 105, et les réf.

⁷³⁹ KRAMER, p. 149.

être appliquée par analogie au cas d'espèce, compris dans les candidats négatifs (ou neutres, en cas d'interprétation restrictive)⁷⁴⁰.

5.2. Application

L'exemple le plus connu d'application par analogie – et le plus souvent cité – est celui de l'article 679 CCS : à la teneur de cet article, il n'est question que de la responsabilité du *propriétaire* (candidat positif). Le Tribunal fédéral a considéré que cette règle devait être appliquée par analogie au *fermier* (candidat négatif)⁷⁴¹. Dans cet exemple, la responsabilité causale prévue à l'article 679 CCS a été appliquée « à la lettre » au fermier. L'application par analogie ne procède cependant pas toujours d'une application identique de la disposition légale à la situation concrète examinée. Dans un autre exemple, les juges fédéraux ont indiqué que l'application analogique de l'article 20 alinéa 2 CO aux cas d'annulabilité pour vices de consentement conduisait à l'annulabilité partielle, et non pas – selon la lettre de l'article 20 alinéa 2 CO – à la nullité partielle⁷⁴².

5.3. Analogie et interprétation extensive

Le modèle sémantique des trois candidats permet d'effectuer une distinction très claire entre l'application par analogie et l'interprétation extensive⁷⁴³. Dans le cadre de celle-ci, la notion concrète n'appartient pas aux candidats négatifs mais aux candidats neutres⁷⁴⁴. L'interprétation extensive englobe ceux-ci dans l'interprétation au sens étroit, alors qu'une interprétation restrictive les en aurait exclus⁷⁴⁵.

Distinguer l'analogie de l'interprétation extensive ne procède pas d'une classification purement théorique. Cette approche est nécessaire non seulement parce que les deux démarches doivent être motivées de façon différente par le juge, mais – de manière plus essentielle encore – en raison du fait que la réglementation de certains domaines du droit ne peut faire l'objet d'une application par analogie (en dévateur de l'accusé), mais uniquement d'une interprétation extensive⁷⁴⁶. C'est le cas du droit pénal⁷⁴⁷. Un arrêt relativement récent de la Cour de cassation pénale du

⁷⁴⁰ Sur les deux catégories traditionnelles du raisonnement par analogie (*Einzelanalogie* et *Gesamtanalogie*), v. KRAMER, p. 149-151 ; HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 209 ; LARENZ/CANARIS, p. 204.

⁷⁴¹ Exemple cité par KRAMER, p. 46, 131.

⁷⁴² V. KRAMER, note 497, parlant de l'ATF 107 II 419, 423 s.

⁷⁴³ Comparer avec HONSEL, art. 1 N 13 : « *Die Grenze zwischen extensiver Auslegung und Analogie bildet der mögliche Wortsinn* ».

⁷⁴⁴ Considérés avant l'interprétation restrictive ou extensive.

⁷⁴⁵ Pour une partie de cette explication, v. également, JAUN, *Reduktion*, p. 37.

⁷⁴⁶ Très clairement : PROBST, *Grenze*, p. 250 s. ; PAWLOWSKI, N 204.

⁷⁴⁷ Comparer avec KRAMER, p. 46 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 51 ; DÜRR, art. 1 N 525 ; pour de nombreuses réf., en droit allemand : KREY, p. 128, note 3 ; l'interdiction de l'application par

Tribunal fédéral semble remettre en question ces explications⁷⁴⁸. En interprétant l'article 189 alinéa 1 CPS, les juges fédéraux ont indiqué qu'une application par analogie est admissible s'il ne s'agit que d'un moyen destiné à dégager le sens (résultant de l'interprétation [*Auslegung*]) d'une loi (*Normsin*)⁷⁴⁹ ! Cet arrêt porte très sérieusement le flanc à la critique⁷⁵⁰.

Admettre l'analogie dans la conformité du sens donné par l'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) est un non-sens méthodologiquement parlant :

- soit il est question d'interprétation au sens étroit, et notre Haute Cour se devait de rester dans le cadre défini par celle-ci. Le sens littéral possible de l'article 189 alinéa 1 CPS ne permet à l'évidence pas d'englober le sens déduit par le Tribunal fédéral⁷⁵¹ ;
- soit il s'agit véritablement d'application par analogie (*praeter verba legis*)⁷⁵². En matière de droit pénal, il n'appartient pas aux juges fédéraux de combler une lacune⁷⁵³, mais ils doivent s'en remettre à l'action du législateur⁷⁵⁴. De façon assez révélatrice, notre Haute Cour a précisé, au terme de son jugement, que,

analogie en droit pénal est intimement liée au principe *nulla poena sine lege*. A ce sujet, v. PAWLOWSKI, *Methodenlehre* 2, N 627, et les renvois ; ZIPPELIUS, *Einführung*, p. 138, explique que l'analogie permettrait des applications de la loi pas suffisamment prévisible (pour les justiciables).

⁷⁴⁸ ATF 127 IV 198, SJ 2002 I 107. La question se pose de savoir si l'art. 189 al. 1 CPS (qui réprime le fait de contraindre une personne à subir un acte d'ordre sexuel) est applicable lorsque l'auteur a contraint la victime à commettre un acte d'ordre sexuel ; le jugement du Tribunal fédéral fait référence à des arrêts plus anciens : ATF 116 IV 134, JdT 1991 IV 168 ; ATF 87 IV 115, JdT 1962 IV 11.

⁷⁴⁹ ATF 127 IV 198, 200, SJ 2002 I 107, 108 ; reprenant la conception du Tribunal fédéral : HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 208 ; pour d'autres réf. en ce sens, v. KRAMER, note 17, et KREY, p. 132, et les réf.

⁷⁵⁰ La critique n'a pas trait au résultat auquel le Tribunal fédéral arrive (condamnation de l'auteur pour contrainte sexuelle), mais au procédé méthodologique par lequel notre Haute Cour parvient à ce résultat.

⁷⁵¹ Nul n'est besoin d'offrir une motivation circonstanciée. Le sens littéral possible du terme légal *subir* (un acte d'ordre sexuel) contenu à l'art. 189 al. 1 CPS n'est à l'évidence pas susceptible d'englober le terme *commettre* (un acte d'ordre sexuel). Le terme concret *commettre* représente un candidat négatif au regard du terme légal *subir*.

⁷⁵² L'analogie *praeter verba legis* est effectuée dans le cadre du droit judiciaire, l'analogie *intra verba legis* dans le cadre accordé par le sens littéral possible (v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 2.2 [p. 92]).

⁷⁵³ Plus précisément, il n'appartient pas au juge de combler une lacune en effectuant une analogie en *défaveur* de l'accusé. Pour les détails, v. PROBST, *Grenze*, p. 258, note 35.

⁷⁵⁴ Défendant avec des arguments convaincants une conception stricte (fondée sur le sens littéral possible) de l'interdiction de l'application par analogie en droit pénal : KREY, *passim*.

même si l'interprétation effectuée est admissible, le législateur devra, à l'occasion, corriger la formulation de l'article 189 alinéa 1 CPS⁷⁵⁵ !

Le principe *nulla poena sine lege* interdit au juge d'adopter une solution lui paraissant juste⁷⁵⁶. Il ne peut fonctionner que sur la base d'un procédé d'interprétation relativement bien défini⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ ATF 127 IV, 198, 202 s., SJ 2002 I 107, 111 ; comparer avec les explications données par PROBST, *Grenze*, p. 255.

PROBST, *Grenze*, p. 254 ss. a entrepris une analyse rigoureuse de l'ATF 127 IV 198. D'une part, PROBST, *Grenze*, p. 256 s., constate que, dans ce dernier arrêt, les juges fédéraux ont admis une « application par analogie dans le cadre du sens juridique de la norme » en défaveur de l'accusé en argumentant qu'une telle interprétation correspond à la volonté du législateur. PROBST met en évidence que cela revient à faire supporter au justiciable l'inconvénient lié à la mauvaise rédaction d'une disposition légale. Ainsi, la peine est fondée non seulement sur ce que la loi dit (*was das Gesetz sagt*), mais également sur ce que le législateur voulait dire (*was der Gesetzgeber sagen wollte*). Le justiciable est donc contraint de connaître la loi et les travaux préparatoires desquels ressort la volonté du législateur ! D'autre part, dans une perspective strictement méthodologique, PROBST, *Grenze*, p. 267 ss., démontre en trois points que le raisonnement du Tribunal fédéral n'est pas soutenable :

- selon le Tribunal fédéral une application par analogie est possible si elle reste dans le cadre du *Rechtsinn* (= *Normsinn*), celui-ci définissant la limite de l'interprétation au sens étroit (*Anslegung*). Or, le *Rechtsinn* ne peut constituer un critère permettant de circonscrire l'interprétation au sens étroit. Le but de l'interprétation est justement de rechercher le *Rechtsinn*. Ce dernier ne peut être en même temps le but de l'interprétation et le critère permettant de limiter cette dernière ;
- l'interprétation de notre Haute Cour conduit à confondre l'application par analogie et l'interprétation extensive. Autrement dit, la limite existant entre les candidats neutres et négatifs disparaît. Cela est problématique car la question de la constatation d'une lacune et du comblement de cette dernière au moyen de l'analogie n'a plus de sens puisque toute interprétation située dans le cadre du *Rechtsinn* paraît admissible ;
- enfin, la conception des juges fédéraux ne permet plus de différencier l'analogie *intra verba legis* et l'analogie *praeter verba legis*. Au regard du principe de la légalité, une telle confusion n'est pas insignifiante puisqu'en matière de droit pénal l'analogie *intra verba legis* peut être entreprise par le juge, alors que cela n'est pas le cas pour l'analogie *praeter verba legis* (si elle est effectuée en défaveur de l'accusé).

⁷⁵⁶ La décision du Tribunal fédéral sous-entend la recherche d'une solution juste. Notre Haute Cour a en effet expliqué que l'application stricte (selon la lettre) de l'art. 189 al. 1 CPS « conduirait à des résultats inadéquats et manifestement choquants » (v. ATF 127 IV 198, 202, SJ 2002 I 107, 111) ; PAWLOWSKI, *Methodenlehre* 2, N 628, présente une situation déjà ancienne mais qui a suggéré une réflexion très intéressante qui aurait dû être reprise par le Tribunal fédéral : il s'agit du vol d'électricité (*Stromdiebstahl*). L'acte ne pouvait être réprimé sur la base du § 242 StGB, car l'électricité n'était pas considérée comme un bien meuble (condition d'application du § 242 StGB). PAWLOWSKI, *Methodenlehre* 2, N 628, explique que même si le vol d'électricité pouvait être comparé pour l'essentiel au vol de charbon, et qu'il aurait été juste de punir également le vol d'électricité, cet acte n'a pu être réprimé en raison du principe *nulla poena sine lege*.

⁷⁵⁷ En ce sens : PAWLOWSKI, *Methodenlehre* 1, N 220.

5.4. Excursus – la conception de EUGEN HUBER

La seule lecture de l'article 1 CCS ne donne aucune indication sur la place du raisonnement par analogie (*praeter verba legis*) dans les sources du droit, étant donné que la notion n'est pas appréhendée par cet article. La règle du Code civil suisse régissant le comblement des lacunes est ainsi elle-même lacunaire⁷⁵⁸ ! La raison en est la suivante : EUGEN HUBER estimait qu'une lacune était présente uniquement quand la loi ne contient aucune règle s'appliquant directement ou par le biais de l'analogie. En d'autres termes, il plaçait le raisonnement par analogie dans l'interprétation au sens étroit, donc sous l'alinéa premier de l'article 1 CCS⁷⁵⁹. Aujourd'hui, la doctrine – très largement majoritaire – a écarté cette conception⁷⁶⁰.

5.5. Précisions

Le raisonnement par analogie a donné lieu à de nombreuses distinctions, précisions et comparaisons en doctrine. Nous nous bornons à mentionner quelques indications à ce sujet, sans entrer dans les détails.

L'argument *a fortiori* représente un cas particulier du raisonnement par analogie. Il se divise lui-même en deux catégories : l'argument *a minori ad maius* et l'argument *a maiori ad minus*⁷⁶¹.

Le pendant du raisonnement par analogie est l'argument *a contrario*⁷⁶². Cette règle d'interprétation, de nature essentiellement formelle, doit être utilisée avec prudence, et non de façon mécanique⁷⁶³. Cette remarque s'applique à toutes les règles d'interprétation formelles⁷⁶⁴.

Un projet de révision de la loi peut constituer une source d'inspiration pour le juge. Le projet a l'avantage d'exprimer une tendance dans le cadre du développement d'un domaine juridique spécifique⁷⁶⁵.

⁷⁵⁸ KRAMER, p. 146, parle de « merkwürdige Lückenhaftigkeit unserer Lückenfüllungsregelung ».

⁷⁵⁹ KRAMER, p. 147.

⁷⁶⁰ KRAMER, p. 147, et les réf. à la note 490 ; en ce sens également : GAUCH, p. 23 ; HONSELL, art. 1 N 12 et 35 ; estimant que le raisonnement par analogie est toujours ancré à l'art. 1 al. 1 CCS : HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 202 s.

⁷⁶¹ STEINAUER, p. 50-52 ; KRAMER, p. 151-152 ; JAUN, *Reduktion*, p. 36-37 ; LARENZ/CANARIS, p. 208-209 ; RÜTHERS, N 898.

⁷⁶² STEINAUER, p. 43-46 ; KRAMER, p. 152-155 ; LARENZ/CANARIS, p. 209-210 ; RÜTHERS, N 899 ss ; BYDLINSKI, p. 476.

⁷⁶³ En ce sens : FORSTMOSER, § 19 N 115 ss.

⁷⁶⁴ HAUSHEER/JAUN, *Handkommentar*, art. 1 N 138.

⁷⁶⁵ MEIER-HAYOZ, art. 1 N 395-396 ; pour d'autres détails, v. KRAMER, p. 159-160, avec des réf.

6. Lacunes d'exception

6.1. Présentation

Le modèle sémantique des trois candidats peut être appliqué « inversement ». Bien que compris dans les candidats positifs, une notion concrète peut en être « exclue »⁷⁶⁶. Il est question des lacunes d'exception⁷⁶⁷. L'interprète constate que le sens littéral possible de la règle va trop loin au regard du but de celle-ci⁷⁶⁸. Le champ d'application de la règle doit être *réduit* afin de correspondre à sa *ratio legis*⁷⁶⁹.

L'exemple de réduction téléologique le plus cité est la décision rendue par le Tribunal fédéral dans le litige *SBS contre BK Vision SA*⁷⁷⁰ : en résumé, les juges du Tribunal fédéral se sont posés la question de savoir si l'assemblée générale d'une société anonyme pouvait déléguer au conseil d'administration la compétence de décider de la limitation ou de l'exclusion du droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital autorisée, alors que la teneur des articles 650 alinéa 2 ch. 8, 651 alinéa 3 et 704 alinéa 1 ch. 6 CO indique clairement le contraire. Notre Haute Cour a considéré que le sens littéral⁷⁷¹ de ces normes ne reflétait pas l'intention du législateur et qu'il convenait de retrouver le sens en se fondant sur le but de ces règles, c'est-à-dire en en restreignant la lettre⁷⁷².

⁷⁶⁶ La réduction téléologique est en quelque sorte le « miroir » de l'application par analogie : « *Bei der Analogie wird die Wortsinnsgrenze überschritten, bei der teleologischen Reduktion unterschritten, inhaltlich besteht jedoch – zumindest vordergründig⁷⁶⁷ – kein Unterschied: (...)* » (JAUN, p. 29).

⁷⁶⁷ Ci-dessus, pt. 3 (p. 109).

⁷⁶⁸ FORSTMOSER, § 15 N 57.

⁷⁶⁹ KRAMER, p. 162 ; HUWILER, p. 19 ; v. également DÖRR, art. 1 N 319 ss ; LARENZ/CANARIS, p. 210 s. ; pour d'autres auteurs suisses approuvant le système de la réduction téléologique, v. JAUN, note 12, et RIEMER, *Reduktion*, note 12 ; la réduction téléologique permet de « recentrer » une norme en fonction de sa *ratio legis*. Elle ne doit par contre pas servir à écarter une réglementation que l'interprète considère comme inopportune. V. en ce sens MAYER-MALY, art. 1 N 19 ; en droit français, v. BERGEL, p. 245 ; OTT, « *Teleologische Reduktion* », p. 567, estime que la réduction téléologique constitue un obstacle à la prévisibilité des décisions judiciaires.

⁷⁷⁰ ATF 121 III 219, JdT 1996 I 162.

⁷⁷¹ Le Tribunal fédéral n'utilise pas d'une terminologie précise quand il parle du sens littéral. Dans l'ATF 121 III 119, 126, il parle parfois de *Wortlaut* et parfois de *Wortsinn*. Selon notre modèle méthodologique, nous considérons que le Tribunal fédéral a considéré que le *sens littéral possible* (*möglicher Wortsinn*) de la norme était contraire au but des règles.

⁷⁷² ATF 121 III 219, 222 ss, JdT 1996 I 162, 165 ss ; pour une décision récente intégrant la figure de la réduction téléologique : ATF 129 III 335, 349 ; pour la présentation d'autres décisions : JAUN, *Reduktion*, p. 9-10 ; v. également SCHMID, N 186, et les réf. aux décisions du Tribunal fédéral qui indiquent que la jurisprudence reconnaît aujourd'hui l'institution de la réduction téléologique.

6.2. Réduction téléologique et interprétation restrictive

Lors d'une interprétation restrictive, la notion concrète n'est pas exclue des candidats positifs, mais, appartenant aux candidats neutres, on considère qu'elle n'est pas appréhendée par la règle en cause, une interprétation restrictive de celle-ci limitant l'application de cette règle aux candidats positifs⁷⁷³.

7. Note : droit comparé⁷⁷⁴

L'analyse d'un système étranger peut se révéler très utile en matière de droit judiciaire. La liberté du juge de s'inspirer des solutions consacrées à l'étranger est plus étendue que lors de l'interprétation au sens étroit dans la mesure où il n'est plus limité par le sens littéral possible de la règle et le résultat des méthodes classiques d'interprétation, mais « uniquement » par la *ratio legis*⁷⁷⁵.

Chapitre 11. Le droit judiciaire « libre » ou droit prétorien (*gesetzesübersteigendes Richterrecht*)⁷⁷⁶

1. Généralités

Le droit judiciaire « libre » ou droit prétorien représente le troisième aspect de l'activité interprétative du juge⁷⁷⁷.

A ce niveau de l'interprétation (au sens large), il n'est plus question de rechercher le sens juridique dans le cadre du sens littéral possible de la règle (interprétation au sens étroit). Il ne s'agit pas non plus de tenter d'interpréter (au sens large) une règle légale en cherchant un rattachement dans la loi (droit judiciaire lié). Nous sommes hors du dernier cercle⁷⁷⁸ du modèle sémantique des trois candidats. Le droit ne fournit aucune réponse – ou aucune réponse concrète – au juge⁷⁷⁹. Dans la mesure où ce dernier reste dans le cadre des principes généraux de notre système juridique (*intra ius*), il lui incombe de faire acte de législateur. On est dans le cadre du droit judiciaire « libre » (ou droit prétorien). Il est évidemment hors de question de combler une lacune *de lege ferenda*⁷⁸⁰.

⁷⁷³ En ce sens : JAUN, *Reduktion*, p. 31.

⁷⁷⁴ Pour les généralités, v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 3 (p. 92 ss).

⁷⁷⁵ Comparer avec les explications de RUEDIN/PIAGET, p. 1333, et note 56, qui parlent de la prise en compte d'un avant-projet de loi.

⁷⁷⁶ KRAMER, p. 173 ; ou *gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung* : LARENZ, p. 366 ; LARENZ/CANARIS, p. 187.

⁷⁷⁷ V. ci-dessus, Chapitre 2, pt. 2.1 (p. 35).

⁷⁷⁸ Dans notre schéma, (ci-dessus, Chapitre 4, pt. 5.3 [p. 76]), cercle en pointillés.

⁷⁷⁹ En ce sens : KRAMER, p. 173 ; HUWILER, p. 20.

⁷⁸⁰ Ci-dessus, Chapitre 10, pt. 3 (p. 107 s.).

Nous parlons de droit judiciaire « libre » par opposition au droit judiciaire *lié*. Nous mettons libre entre guillemets afin de faire sentir que la liberté du juge n'est pas totale⁷⁸¹, mais que celui-ci est tenu de fonder sa décision sur un certain nombre de principes⁷⁸². Nous estimons que la terminologie *droit prétorien* peut également être utilisée étant donné que celle-ci est généralement employée par la doctrine lorsque le juge est tenu de se prononcer en fonction des règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (art. 1 al. 2 CCS)⁷⁸³.

2. Cadre du droit prétorien

Le droit prétorien n'est pas synonyme de « carte blanche » pour le juge. Celui-ci est tenu de respecter un certain nombre de règles lors de son travail de création⁷⁸⁴. Très brièvement :

- le juge doit se prononcer en fonction de la règle qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur⁷⁸⁵, et non pas selon la norme que le législateur historique rédigerait. Ainsi, l'ensemble de l'activité du juge doit se fonder sur les valeurs de son époque et non participer de références historiques ;
- la règle créée par le juge ne doit pas se fonder sur les particularités du cas d'espèce, mais être généralisable⁷⁸⁶ ;
- elle doit pouvoir s'intégrer facilement dans le contexte social, s'adapter aux besoins de la vie quotidienne (point de vue sociologique)⁷⁸⁷. Elle doit tenir compte des considérations éthiques⁷⁸⁸ ;
- le juge est tenu de s'inspirer « des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » (art. 1 al. 3 CCS)⁷⁸⁹ ;

⁷⁸¹ Comparer avec les explications données par PAWLOWSKI, N 109.

⁷⁸² V. ci-dessous, pt. 2 (p. 117 s.).

⁷⁸³ A noter que la terminologie allemande est plus adéquate. Les expressions *gebundenes Richterrecht* et *gesetzesübersteigendes Richterrecht* indiquant clairement l'importance du lien existant entre le droit judiciaire (*lié* et « libre ») et la loi.

⁷⁸⁴ SCHMID, N 206. et les réf., explique que la démarche méthodologique du juge se rapproche de celle qui est adoptée par le législateur. Il « découpe » cette démarche en trois étapes : *Ermitlung der generell abstrakten Interessenlage ; Interessenbewertung ; Überprüfung der gefundenen Regel*.

⁷⁸⁵ Pour les détails. v. entre autres MEIER-HAYOZ, art. 1 N 344 ss ; pour l'explication des différences existant entre le juge agissant comme législateur et le législateur. v. PAWLOWSKI, N 121 s.

⁷⁸⁶ KRAMER, p. 180-181 ; en ce sens ; DESCHENAUX, p. 102 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 319 ss ; HUWILER, p. 21 ; RIEMER, § 4 N 130 ; SCHMID, N 204 ; comparer avec WALTER, *Rechtsfortbildung*, p. 5.

⁷⁸⁷ FORSTMOSER, § 15 N 124 ; MEIER-HAYOZ, art. 1 N 323 ss.

⁷⁸⁸ Pour les explications. v. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 328-331 ; FORSTMOSER, § 15 N 125.

⁷⁸⁹ DESCHENAUX, p. 112-122 ; KRAMER, p. 184-187 ; DÜRR, art. 1 N 533 ss.

- il doit se référer aux principes généraux de notre ordre juridique⁷⁹⁰ ;
- d'autres sources d'inspiration sont parfois utiles au juge ; entre autres, les éléments économiques, techniques, et psychologiques⁷⁹¹ ;
- enfin, la référence au droit comparé est très utile pour le juge, en particulier dans le domaine des nouvelles technologies de l'information⁷⁹².

3. Note : droit comparé⁷⁹³

En matière de droit judiciaire « libre », les solutions consacrées par un système juridique étranger sont d'une grande utilité, surtout dans un domaine à vocation internationale comme celui des nouvelles technologies de l'information. Le juge peut s'inspirer de ces solutions de manière encore plus libre que dans le cadre du droit judiciaire lié⁷⁹⁴.

Chapitre 12. L'interprétation au sens large – résumé

L'interprétation au sens large regroupe trois activités du juge :

- l'interprétation au sens étroit (*Auslegung*) ;
- le droit judiciaire lié (*gebundenes Richterrecht*) ;
- le droit judiciaire « libre » ou droit prétorien (*gesetzesübersteigendes Richterrecht*).

La distinction entre l'interprétation au sens étroit et le droit judiciaire (lié et « libre ») est effectuée sur la base du critère du sens littéral possible⁷⁹⁵ :

- si la notion concrète est englobée sans aucun doute par le sens littéral possible de la notion légale analysée, elle représente un candidat positif. L'application des méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique débouche sur une des deux constatations suivantes :

1) le sens juridique obtenu est toujours englobé dans le sens littéral possible : la qualité de candidat positif est confirmée ;

2) le sens juridique sort du cadre défini par le sens littéral possible⁷⁹⁶ : il y a lacune. Une réduction téléologique s'impose ;

⁷⁹⁰ KRAMER, p. 187-190 ; DESCHENAUX, p. 107-108.

⁷⁹¹ DESCHENAUX, p. 102 ; KRAMER, p. 193-198.

⁷⁹² Ci-dessous, pt. 3 (p. 118).

⁷⁹³ Pour les généralités, v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 3 (p. 92 ss).

⁷⁹⁴ V. ci-dessus, Chapitre 10, pt. 7 (p. 116).

⁷⁹⁵ Le sens littéral possible est défini à l'aide de l'interprétation littérale : lecture des trois textes officiels dans leur ensemble, prise en compte des références historiques, linguistiques et du contexte dans lequel se situe la norme analysée.

- si un doute subsiste quant à la qualification du candidat (au regard du sens littéral possible de la notion légale), la notion concrète est définie comme un candidat neutre. L'application des méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique conduit à une des deux conclusions suivantes :

1) le sens juridique révèle que la notion concrète est bien englobée dans le sens littéral possible de la notion légale : il est question d'interprétation extensive ;

2) le sens juridique met en évidence que la notion concrète n'est pas appréhendée par la notion légale : on parle alors d'interprétation restrictive (c'est-à-dire que le sens littéral possible de la notion légale n'englobe que les candidats positifs, à l'exclusion des candidats neutres)⁷⁹⁷ ;

- si la notion concrète n'est à l'évidence pas englobée par le sens littéral possible de la notion légale, elle est assimilée à un candidat négatif. Suite à l'application des méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique, on observe l'une des deux situations suivantes :

1) le sens juridique (par lequel la notion concrète est englobée) n'est pas compris dans le sens littéral possible. Il fournit un éclairage différent à ce dernier⁷⁹⁸. Cet éclairage oblige à déterminer que, finalement, la notion concrète est englobée par le sens littéral possible de la notion légale ;

2) le sens juridique n'apporte pas d'éclairage différent, mais confirme la qualité du candidat négatif.

En présence de candidats négatifs au sens large⁷⁹⁹, le juge peut effectuer une application par analogie⁸⁰⁰, à condition que celle dernière corresponde toujours au but de la norme. Il est question de droit judiciaire lié.

Si le juge ne peut rester dans le cadre du but de la norme, il est légitimé à exercer une activité prétorienne, à condition que celle-ci puisse être intégrée dans le cadre des principes généraux de notre système juridique. On parle alors de droit judiciaire « libre ».

Au-delà de ce dernier cadre, il n'est plus question d'interprétation au sens large. Le juge est alors tenu d'attendre une action du législateur.

⁷⁹⁶ En particulier en raison de l'interprétation téléologique.

⁷⁹⁷ Dans ce dernier cas, on se retrouve dans la même situation qu'en cas de candidats négatifs (v. ci-dessous, dans le texte : droit judiciaire).

⁷⁹⁸ Il peut en particulier mettre en évidence que le législateur s'est trompé de terminologie. V. ci-dessus. Chapitre 5. pt. 3.3 (p. 89).

⁷⁹⁹ Candidats négatifs au sens étroit, candidat positifs exclus de leur cercle (réduction téléologique) et candidats neutres en cas d'interprétation restrictive.

⁸⁰⁰ Ou une extension téléologique.

Chapitre 13. Application de notre modèle méthodologique au contrat

1. Distinction entre contrats nommé et innommé (*Nominatvertrag*, *Innominatvertrag*)

Pour réglementer leur relation contractuelle, les parties peuvent se fonder sur un contrat⁸⁰¹ défini dans la loi ou créer leur propre convention en faisant abstraction, en tout ou partie, des modèles législatifs⁸⁰². Au regard de cette situation, la doctrine a distingué les contrats nommés de ceux qui sont innommés⁸⁰³.

La doctrine indique le plus souvent que les contrats nommés se distinguent des contrats innommés en ce sens que ces derniers n'ont été réglés spécifiquement ni dans la partie spéciale du Code des obligations, ni dans une loi spéciale⁸⁰⁴.

1.1. Critère de distinction

1.1.1. Les éléments essentiels

La réglementation légale d'un contrat contient en général toute une série de règles exposant les droits et obligations des parties. Le seul fait de savoir qu'une modification de ces droits ou de ces obligations a été prévue dans le contrat à qualifier juridiquement ne permet pas encore à l'interprète de conclure que la convention examinée s'écarte du contrat défini par la loi. Un contrat concret contenant un grand nombre de modifications peut toujours être couvert par le contrat défini dans la loi, à condition que les *essentialia negotii* de celui-ci ne soient pas touchés par les modifications⁸⁰⁵. Le critère de classification doit donc être recherché dans les *essentialia negotii* du contrat réglementé dans la loi⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ Nous ne parlons volontairement pas de *type de contrat*. Cette dernière terminologie fait référence au contrat considéré dans une perspective typologique (v. ci-dessous, pt. 3 [p. 131 ss]). La *Deuxième partie* du Code des obligations est d'ailleurs intitulée « Des diverses espèces de contrat » et non *types* de contrat.

⁸⁰² V. en ce sens ENGEL, p. 175.

⁸⁰³ Pour la présentation d'une typologie relative aux contrats innommés, v. KRAMER, *Kommentar*, Art. 19-20 N 56 ss, avec de nombreuses réf.; au sujet de l'actuelle « inflation » des contrats innommés, v. la réflexion intéressante de DASSER, p. 85 ss, et les réf.

⁸⁰⁴ TERCIER, *Législateurs*, p. 45; TERCIER, N 296; SCHLUEP/AMSTUTZ, *Einl. vor Art. 184 ff.* N 5, et les réf.; GAUCH/SCHÖNLE, *Vorbemerkungen zu Art. 184-551* N 26; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 251 s.; le fait qu'un contrat soit simplement nommé dans la loi n'est pas significatif. V. SCHLUEP/AMSTUTZ, *Einl. vor Art. 184 ff.* N 5, et les réf.; en ce sens, parlant du contrat de licence: HONSEL, *Obligationenrecht*, p. 16; v. néanmoins les explications de TERCIER, N 295, et BELSER, p. 539 et 541.

⁸⁰⁵ Comparer avec MARTINEK, p. 20.

⁸⁰⁶ Pour la doctrine suisse, v. entre autres SCHLUEP/AMSTUTZ, *Einl. vor Art. 184 ff.* N 5, et les réf.; SCHLUEP, p. 770.

Les éléments objectivement essentiels⁸⁰⁷ – les *essentialia negotii*⁸⁰⁸ – sont les éléments conceptuels nécessaires d'un contrat déterminé⁸⁰⁹ servant à l'identification de ce dernier⁸¹⁰. Ils sont en général⁸¹¹ contenus dans la définition légale du contrat⁸¹². On parle de règle définitoire, c'est-à-dire d'une « règle dans laquelle est décrit en termes généraux le contenu essentiel du contrat considéré »⁸¹³. Pour le contrat de vente, l'article 184 alinéa 1 CO correspond à cette définition⁸¹⁴. S'agissant du contrat d'édition, l'article 380 CO contient une règle définitoire⁸¹⁵.

La définition des éléments essentiels donnée ci-dessus correspond à la conception d'une partie importante de la doctrine⁸¹⁶ et à celle du Tribunal fédéral⁸¹⁷, raison pour laquelle nous nous sommes fondés sur cette conception dans notre travail.

1.1.2. Remarque

A ce stade, nous mettons en évidence qu'une autre partie de la doctrine – non négligeable⁸¹⁸ – retient une définition différente des éléments objectivement essentiels qui repose, à notre sens, sur une argumentation digne d'intérêt. Selon cette conception, les éléments objectivement essentiels regroupent le *noyau indispensable de l'acte juridique considéré* (*der unentbehrliche « Geschäftskern »*), c'est-à-dire uniquement ce qui suffit, selon les circonstances, à constituer un tout plein de sens (*ein sinnvolles Ganzes*)⁸¹⁹.

⁸⁰⁷ Sur la distinction entre les éléments objectivement et subjectivement essentiels d'un contrat, v. entre autres SCHMIDLIN/KRAMER, art. 2 CO N 5 ss ; dans la suite de ce travail, lorsque nous parlerons des *éléments essentiels*, il sera sous-entendu *éléments objectivement essentiels*.

⁸⁰⁸ V. SCHMIDLIN/KRAMER, art. 2 N 7.

⁸⁰⁹ Comparer avec ENGEL, p. 219, et la réf., qui parle des « éléments conceptuels nécessaires d'un type déterminé de contrat ». C'est volontairement que nous n'avons pas fait référence au type de contrat. Il conviendrait plutôt de parler de classe (et non de type). Il est question ici de définition du contrat et des éléments conceptuels qui la composent. Comme nous le verrons ci-dessous (pt. 4 [p. 140 s.]), les notions *définition* et *éléments conceptuels* sont rattachés à la pensée conceptuelle, alors que la notion *type* est inhérente à la pensée typologique.

⁸¹⁰ GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46.

⁸¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 339 ; en ce sens ; GAUCH, p. 5.

⁸¹² SCHLUEP/AMSTUTZ, *Einf.*, vor Art. 184 ff. N 5, et les réf. ; en ce sens ; SCHLUEP, p. 770.

⁸¹³ TERCIER, N 150.

⁸¹⁴ V. GAUCH, p. 5, et la note 7.

⁸¹⁵ V. ci-dessous, Titre IV, Chapitre 2, pt. 1 (p. 143).

⁸¹⁶ Pour les réf. v. GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46, et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 339. Ces derniers, N 339, estiment qu'il s'agit de la doctrine majoritaire ; v. également SCHMIDLIN/KRAMER, art. 2 N 7.

⁸¹⁷ Pour les réf., v. entre autres KOLLER, § 13 N 8 ; KRAMER/SCHMIDLIN, art. 2 N 7.

⁸¹⁸ Pour les réf., v. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 332 ; v. également KOLLER, § 13 N 8, qui affirme qu'il s'agit de la doctrine majoritaire ! ; KOLLER, *Obligationenrecht*, N 400.

⁸¹⁹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1 N 84.

Sur cette base, GAUCH a précisé la notion d'éléments objectivement essentiels en affirmant que ceux-ci englobent tous les points du contrat (et seulement ceux-ci) qui nécessitent d'être réglementés par les parties sous peine de donner naissance à une lacune qui ne pourra être comblée ni par la loi, ni par le droit coutumier, ni par le droit judiciaire⁸²⁰. Ces points du contrat doivent donc impérativement faire l'objet d'un accord (manifestations de volonté réciproques et concordantes au sens de l'art. 1 CO). La perfection de cet accord est totalement indépendante des éléments conceptuels nécessaires d'un contrat déterminé. Ce n'est que dans une deuxième phase qu'il s'agit d'examiner si le contenu de l'accord est suffisant pour soumettre la transaction à un contrat réglementé par la loi. Si cela n'est pas possible, la transaction concrète représente un contrat innommé⁸²¹. Cette distinction claire entre, d'une part, l'accord – fondé sur les éléments objectivement essentiels – et, d'autre part, la qualification de l'accord – fondée sur les éléments conceptuels du contrat défini dans la loi – repose sur une argumentation convaincante⁸²².

1.2. Analyse

1.2.1. Un des éléments essentiels

Nous avons vu ci-dessus⁸²³ qu'un contrat concret correspond à un contrat défini dans la loi même s'il n'intègre pas toutes les règles proposées par ce dernier, à condition toutefois de ne pas apporter des modifications concernant les *essentialia negotii*.

Cette affirmation est certes intéressante, mais elle ne résout pas toutes les questions. En particulier, elle n'indique pas à partir de quand on doit considérer que les modifications apportées touchent les *essentialia negotii*, auquel cas il conviendrait donc de conclure qu'on est en présence d'un contrat innommé. Bien que la doctrine ait abondamment traité de la question des contrats nommé et innommé, elle n'apporte guère d'indication quant à cette interrogation⁸²⁴. MEIER-HAYOZ fournit néanmoins une précision bienvenue. Il indique, en parlant des contrats innommés, qu'« *apparaissent au contraire comme contrats non réglés par la loi, ceux dont tout ou partie des éléments constitutifs ne sont pas ordonnés par la loi ou ne le sont pas dans leur synthèse spécifique* »⁸²⁵. On constate que si seule une

⁸²⁰ Pour les détails de l'argumentation, v. GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46 ss.

⁸²¹ Très clair : SCHMID, *Beurkundung*, p. 158.

⁸²² Pour l'argumentation, nous renvoyons à GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46 ss.

⁸²³ Pl. I.1.1 (p. 120).

⁸²⁴ En France, HUET, p. 21, estime que « *la méthode utilisée pour la qualification est largement intuitive* ».

⁸²⁵ MEIER-HAYOZ, *Contrats*, p. 1. La question de la synthèse spécifique concerne les contrats mixtes ; à l'évidence, MEIER-HAYOZ utilise la notion d'*éléments constitutifs* comme synonyme d'*éléments essentiels* ; reprenant la définition de MEIER-HAYOZ : CRCO-I. THEVENOZ, Intro. art. 184-529 N 10.

partie des éléments essentiels de la convention examinée est appréhendée par la loi, il y a lieu de conclure que l'on est en présence d'un contrat innommé. C'est le cas dans l'hypothèse où *un* des éléments essentiels du contrat concret n'est pas appréhendé par le contrat réglementé dans la loi.

1.2.2. Interprétation (Auslegung)

Quand faut-il considérer qu'un des éléments essentiels d'un contrat concret n'est pas englobé par les éléments conceptuels nécessaires du contrat défini par la loi ? Parlant de manière générale des règles définitoires, GAUCH met en évidence que ces dernières, comme toutes les dispositions de la loi, ont besoin d'être interprétées⁸²⁶. Cette affirmation est à l'évidence justifiée. On comprendrait mal que les normes qui ne contiennent pas les *essentialia negotii* d'un contrat déterminé soient soumises à l'interprétation et que celles intégrées dans une règle définitoire ne puissent pas faire l'objet d'une interprétation ou doivent être analysées selon un procédé différent.

La nécessité de l'interprétation peut être soulignée dans une perspective plus dogmatique. L'activité qui consiste à dire qu'une convention concrète représente un contrat nommé ou un contrat innommé est une *qualification* (ou *subsumption*)^{827, 828}. Celle-ci est effectuée en référence aux *éléments conceptuels* du contrat⁸²⁹. Ces

⁸²⁶ GAUCH, p. 5-6.

⁸²⁷ En allemand : *Subsumtion*. Pour la francisation de ce terme, v. JOLIDON, p. 488 ; v. note 515.

⁸²⁸ Comparer avec KRAMER, *Kommentar*, art. 19-20 N 49 s. : « *Darunter versteht man die Kompetenz der Kontrahenten, Verträge zu schliessen, die nicht unter die gesetzlich vorgeformten Ordnungstypen (« Nominativverträge ») subsumiert werden können, die somit neu kreiert worden sind (« Innominativverträge »)* » [mise en évidence par l'auteur] ; v. également GAUCH, p. 5, qui parle de la question de la qualification. Cet auteur utilise néanmoins, dans le même contexte, la terminologie *Zuordnung*, qui fait plutôt référence à la typologie et non pas au concept. A ce sujet, v. ci-dessous, pl. 3.1 (p. 134).

⁸²⁹ *Klassenlogische Elemente*. Pour la traduction du terme *klassenlogisch* (all.) par *conceptuel* (fr.), v. WERRO, p. 73, et JOLIDON, p. 485-488. Ces deux terminologies n'ont pas strictement la même origine :

- *conceptuel* vient de *concept*, substantif exprimant le résultat d'une démarche d'abstraction. Plus précisément : la pensée juridique comprend le réel en procédant par abstraction, c'est-à-dire, selon JOLIDON, p. 486-487, « en isolant une qualité ou une relation d'un objet et en la considérant séparément des autres qualités ou relations de cet objet, et séparément de l'objet lui-même. Par là, elle s'écarte nettement du concret individuel et tend à une généralisation. » Le résultat de cette démarche s'exprime en *concepts* (ou *notions*) ;
- la *classe* (d'où découle, en allemand, l'adjectif *klassenlogisch*) désigne un ensemble d'objets possédant certains caractères déterminés (JOLIDON, p. 487, note 8).

Les deux termes relèvent cependant tous deux de la forme de pensée abstraite (conceptuelle), par opposition à la pensée typologique, qui bien que procédant d'une démarche d'abstraction dans un premier temps, s'en distancie nettement dans un deuxième temps (v. KOLLER, *Grundfragen*, p. 19 ; pour les détails, v. LEENEN, p. 25-28), et sont donc essentiellement semblables. Lorsqu'on parle de *klassenlogische Elemente*, on définit le contrat par rapport aux éléments du contrat formant une classe (à laquelle le contrat appartient). Ces éléments

éléments conceptuels sont sujet à l'interprétation (*Auslegung*)⁸³⁰. Ainsi, lorsqu'on parle de *qualification*, il est bien question d'interprétation au sens étroit⁸³¹.

L'interprétation (dans le sens *Auslegung*) va donc permettre de définir si l'on est en présence d'un contrat nommé ou d'un contrat innommé. Autrement dit, si l'interprétation permet d'englober les éléments essentiels du contrat concret analysé, il est question de contrat nommé. Dans le cas contraire, il s'agit de contrat innommé.

Le modèle méthodologique que nous avons adopté ci-dessus permet, en précisant le cadre de l'interprétation, d'apporter des indications utiles afin de définir si une convention concrète doit être considérée comme un contrat nommé ou comme un contrat innommé⁸³².

2. Application de notre modèle méthodologique

2.1. Remarque : les composantes⁸³³ des éléments essentiels

Un élément essentiel peut comprendre une ou plusieurs composantes. Celles-ci représentent simplement des notions légales. S'agissant du contrat d'édition, le devoir de l'auteur est un élément essentiel⁸³⁴ à une composante (*céder*). Les obligations imposées à l'éditeur représentent un élément essentiel⁸³⁵ à trois composantes (*reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires, et à la répandre dans le public, à son propre compte*).

Les mêmes explications peuvent être faites s'agissant du contrat concret examiné (dont on ne sait pas encore s'il sera qualifié de contrat nommé ou innommé) : cette

sont en principe décrits à l'aide de *concepts (notions) (éléments conceptuels)* dans la règle définitoire du contrat réglementé par la loi. Etant donné cette proximité et dans la mesure où il n'existe aujourd'hui aucune traduction française de l'adjectif *klassenlogisch*, il nous a semblé que la francisation du terme *klassenlogisch* (« classologique ») apporterait bien peu de précision supplémentaire au regard des interrogations qu'elle risquerait de susciter, raison pour laquelle nous avons traduit, à l'instar de WERRO, p. 73, et JOLIDON, p. 485-488, *klassenlogisch* par *conceptuel* dans la suite de ce travail.

Pour le lien existant entre la *qualification (subsumption)* et le *concept*, v. JOLIDON, p. 492 ; LEENEN, p. 40 ; comparer également avec SCHLUEP/AMSTUTZ, *Einf. vor Art. 184 ff. N 5*, qui utilisent dans le même contexte les notions *Begriff* (notion, concept), *Innominatverträge* et *Qualifikation einer konkreter Vereinbarung*.

⁸³⁰ Comparer en particulier avec les explications de SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 15-16 ; v. également LEENEN, p. 38 ; GAUCH, p. 5-6 : les trois notions (terminologies) suivantes relèvent donc de la même pensée : *éléments conceptuels, qualification, interprétation au sens étroit*.

⁸³¹ Comparer avec KRAMER, note 4, et les réf.

⁸³² V. ci-dessous, pt. 2 (p. 124 ss).

⁸³³ On pourrait parler également d'*éléments constitutifs*.

⁸³⁴ V. ci-dessous, Titre IV, Chapitre 2, pt. 3 (p. 144 s.).

⁸³⁵ V. ci-dessous, Titre IV, Chapitre 2, pt. 4 (p. 145 ss).

convention comporte des éléments essentiels formés par des composantes (notions concrètes).

2.2. Application

2.2.1. Notion de lacune

Un élément essentiel d'un contrat numérique est construit à l'aide de notions concrètes. Si, dans un cas d'application, cet élément essentiel n'est pas appréhendé par la règle définitoire du contrat d'édition, c'est que les notions légales d'un des éléments essentiels du contrat d'édition n'englobent pas les notions concrètes (au minimum une notion concrète) des éléments essentiels du contrat numérique. Cela signifie que les notions légales considérées se révèlent *lacunaires* en présence des notions concrètes du contrat numérique. Ainsi, si une lacune est constatée (au minimum dans une notion légale d'une des composantes d'un des éléments essentiels du contrat d'édition) il n'est plus question de contrat nommé, mais de contrat innommé.

2.2.2. Sens littéral possible

Au regard de ce qui précède, on peut énoncer la règle suivante :

- dans la mesure où les composantes (notions concrètes) des éléments essentiels d'un contrat numérique entrent *toutes* dans le cadre du sens littéral possible de chacun des éléments essentiels (notions légales) de l'article 380 CO, cette convention numérique est comprise dans la définition légale du contrat d'édition. On est donc en présence d'un contrat nommé, réglementé aux articles 380 à 392 CO ;
- si une composante (notion concrète) d'un des éléments essentiels d'un contrat numérique n'est plus englobée dans le sens littéral possible d'un des éléments essentiels (notion légale) de l'article 380 CO, on est en présence d'une lacune. La conséquence de la présence d'une lacune au cœur d'un des éléments essentiels de la définition légale du contrat d'édition est simple : le contrat numérique n'est pas appréhendé par un contrat nommé, mais il doit faire l'objet d'un contrat innommé.

La représentation suivante permet de visualiser, sous forme de schéma, les explications qui précèdent :

	Éléments essentiels du contrat numérique	Englobés par le sens littéral possible :	Éléments essentiels du contrat d'édition (art. 380 CO)
contrat nommé	ensemble des notions concrètes	oui	ensemble des notions légales
contrat innommé	ensemble des notions concrètes (excepté une notion concrète*)	oui	ensemble des notions légales (excepté une notion légale)
	une notion concrète	non	une notion légale

* Il s'agit de l' « exemple minimum ».

2.2.3. Référence au concept

L'affirmation selon laquelle la convention examinée ne peut être qualifiée de contrat nommé que dans l'hypothèse où toutes les composantes des éléments essentiels du contrat numérique entrent dans le cadre des éléments essentiels du contrat d'édition (art. 380 CO) correspond à la logique d'un système de qualification basé sur les *éléments conceptuels*⁸³⁶. Pour s'en convaincre, on peut se référer à l'affirmation suivante : « le processus logique de la subsumption à une norme suppose que *tous les éléments de la définition du concept impliqué dans la norme soient réalisés* »⁸³⁷. Il ne faut en effet pas oublier que le *concept* est rattaché à la notion de *classe*⁸³⁸. Selon la pensée conceptuelle, la qualification aboutit à une issue claire : la situation examinée *se trouve* ou *ne se trouve pas* dans la classe dont les contours sont tracés par une définition (à l'aide de concepts)⁸³⁹. Si certains

⁸³⁶ V. ci-dessus, note 829.

⁸³⁷ JOLIDON, p. 492 [mise en évidence par l'auteur].

⁸³⁸ V. par exemple JOLIDON, p. 487.

⁸³⁹ Comparer avec LEENEN, p. 38.

éléments de la définition ne sont pas réalisés, on se trouve *hors* de la classe. Si tous les éléments sont réalisés, on se situe *dans* la classe⁸⁴⁰.

2.2.4. Les candidats

Selon le modèle sémantique des trois candidats, les notions concrètes composant les éléments essentiels du contrat numérique sont englobées par les notions légales composantes des éléments essentiels du contrat d'édition (au sens des art. 380 ss CO) en cas d'absence de lacune, soit si les notions concrètes :

1. représentent des candidats positifs⁸⁴¹ et que l'analyse du sens juridique n'aboutit pas à une réduction téléologique ;
2. sont considérées comme des candidats neutres et que l'étude du sens juridique conduit à une interprétation extensive des notions légales.

En cas de lacune, il est question d'une lacune d'exception dans le premier cas et d'une lacune ouverte dans le deuxième cas. Nous ne faisons volontairement pas référence à la lacune de délégation et ce pour deux raisons :

- d'une part (et principalement), il paraît peu probable qu'une règle définitoire soit construite de telle sorte qu'elle incorpore une clause générale ou un renvoi au pouvoir d'appréciation du juge ;
- d'autre part, la lacune de délégation ne représente pas à proprement parler une lacune⁸⁴². En cas de clause générale ou d'un renvoi au pouvoir d'appréciation du juge, il est toujours question d'interprétation au sens étroit dans la mesure où le juge reste dans le cadre du sens littéral possible.

2.3. L'avis de GAUCH

2.3.1. Présentation

GAUCH semble soutenir une conception différente de la nôtre. Il ne se réfère pas à la notion de lacune, mais indique simplement que toute règle définitoire doit être interprétée. Il précise la notion d'interprétation de la manière suivante⁸⁴³ :

« Wie alle Bestimmungen des Gesetzes bedürfen sie aber der Auslegung^(...), wozu nebst dem Wortlaut auch das zugehörige Regelungsprogramm, der abgrenzende Vergleich mit anderen Vertragstypen und weitere Auslegungsmittel dienen. Damit ist zugleich ge-

⁸⁴⁰ Comparer avec les explications données par KOLLER, *Grundfragen*, p. 41.

⁸⁴¹ Y compris d'« anciens » candidats négatifs ayant été « rattrapés ». A ce sujet, v. ci-dessus, Chapitre 5, pt. 3.3 (p. 89).

⁸⁴² V. ci-dessus, Chapitre 10, pt. 4 (p. 109).

⁸⁴³ GAUCH, p. 5-6.

sagt, dass der Wortlaut der jeweiligen Umschreibung für sich allein nicht entscheidend ist, um deren Inhalt zu ermitteln. »⁸⁴⁴

En affirmant qu'il est nécessaire de prendre en compte toute la réglementation appartenant au contrat (*das zugehörige Regelungsprogramm*) et de faire une comparaison avec les autres contrats (afin de limiter l'étendue du contrat défini dans la loi) (*der abgrenzende Vergleich mit anderen Vertragstypen*), GAUCH souligne l'importance de l'interprétation systématique. Il indique également que les autres méthodes d'interprétation doivent être utilisées (*weitere Auslegungsmittel*).

2.3.2. Comparaison

Notre conception est en fin de compte semblable à celle préconisée par GAUCH⁸⁴⁵. Le fait de considérer le sens littéral possible comme le cadre de l'interprétation ne signifie pas qu'il y a lieu d'examiner le seul *Wortlaut* de la règle définitoire. Comme nous l'avons vu ci-dessus⁸⁴⁶, le sens littéral possible (*möglicher Wortsinn*) va plus loin que la lettre de la loi (*Wortlaut*).

En outre, le fait de retenir le sens littéral possible comme critère délimitant l'interprétation n'équivaut pas à dire que l'interprétation se résume à l'application de la méthode littérale ou grammaticale. Toutes les méthodes d'interprétation doivent être utilisées. Ainsi, une analyse systématique de l'ensemble de la réglementation du contrat défini dans la loi sera bien effectuée à côté des interprétations historique et téléologique. Si ces méthodes d'interprétation démontrent que la règle définitoire du contrat exclut le contrat concret examiné, on est en présence d'une réduction téléologique en cas de candidat positif ou d'une interprétation restrictive en cas de candidat neutre. La lacune constatée empêche de conclure que la règle définitoire comprend le contrat concret analysé. Si, au contraire, ces méthodes démontrent que la règle définitoire du contrat réglementé dans la loi englobe le contrat concret examiné, la qualité du candidat sera confirmée en cas de candidat positif ou on sera en présence d'une interprétation extensive en cas de candidat neutre.

GAUCH ne procède ni par la confirmation de la qualité du candidat (ou par la réduction téléologique) ni par l'interprétation extensive (ou restrictive), mais intègre le résultat des autres méthodes d'interprétation dans une seule et même phase. S'agissant de l'interprétation (application de l'ensemble des méthodes),

⁸⁴⁴ Traduction libre : « Comme toutes les dispositions de la loi, [les éléments essentiels] doivent être interprétés. Pour ce faire, il s'agit d'examiner la lettre de la loi et l'ensemble de la réglementation du contrat. Il convient d'effectuer une comparaison avec les autres contrats et d'appliquer les autres méthodes d'interprétation. Cela veut dire que la lettre de la règle définitoire n'est à elle seule pas déterminante pour découvrir le contenu de celle-ci ».

⁸⁴⁵ V., néanmoins ci-dessous, dans le texte.

⁸⁴⁶ Chapitre 4, pt. I.4 (p. 45).

notre méthode est donc semblable à celle présentée par GAUCH. Elle apporte néanmoins une précision – à notre sens essentielle – puisque, dans notre méthode, l'interprétation est rigoureusement délimitée à l'aide du critère du sens littéral possible.

2.4. Qualification du contrat concret – observation

Une convention concrète ne doit pas être trop rapidement qualifiée de contrat innommé. L'interprète doit sérieusement tenter de placer cette convention dans la classe d'un contrat nommé. KRAMER parle de *judicial restraint*⁸⁴⁷. En France, la doctrine va dans le même sens. Plusieurs auteurs affirment qu'« *il serait de bonne méthode de ne recourir à [un] refus de qualification qu'à titre subsidiaire, lorsqu'il est impossible de faire entrer le contrat dans une catégorie préexistante* » et observent que « *le recours à la notion d'institution sui generis n'est souvent qu'un refus paresseux d'analyse* »⁸⁴⁸ !

Certains auteurs plaident pour une flexibilité plus grande fondée sur la casuistique. Ils estiment que la qualification – qui consiste à soumettre tout le contrat concret à un contrat nommé – n'est pas toujours opportune, mais qu'il est parfois préférable d'examiner directement, sans passer par la qualification, si telle ou telle règle d'un ou plusieurs contrats nommés s'applique⁸⁴⁹.

Une telle conception doit être rejetée avant tout parce qu'elle ne correspond pas au système du droit continental qui est essentiellement un droit écrit devant rester accessible à chacun⁸⁵⁰. D'ailleurs, le procédé de la qualification – et le *judicial restraint* inhérent à cette qualification – permettent de favoriser la sécurité du droit, indispensable aux relations commerciales⁸⁵¹.

Le passage obligé par la qualification du contrat concret – et le *judicial restraint* inhérent à cette qualification – n'empêchent pas d'appliquer le droit de façon flexible lorsque cela est nécessaire dans un cas concret⁸⁵². L'aspect rigide de la qualification est « corrigé » à l'aide des méthodes traditionnelles du complètement

⁸⁴⁷ KRAMER, *Konnnemtar*, art. 19-20 N 83 ; en ce sens : DESSEMONTET, p. 154.

⁸⁴⁸ MALAURIE/AYNES/GAUTIER, p. 34 ; ANTONMATTEI/RAYNARD, p. 6, sont d'avis qu'il s'agit d'une opinion sévère. Ils indiquent néanmoins, p. 6, et la réf. donnée à la note 30, qu'« *il faut se méfier des qualifications sui generis proposées volontiers par les auteurs, le plus souvent pour échapper à certaines règles impératives* » ; parlant de *paresse intellectuelle* et d'*intention stratégique* ; CRCO-I, THIÉVENOZ, Intro, art. 184-529 N 9.

⁸⁴⁹ BUCHER, *Hundert Jahre*, p. 321 ss ; se référant à la conception de BUCHER, DESSEMONTET, p. 146, parle d'une méthode éclectique ou pointilliste.

⁸⁵⁰ DESSEMONTET, p. 146 s.

⁸⁵¹ En ce sens : DESSEMONTET, p. 146 s. ; KRAMER, *Konnnemtar*, art. 19-20 N 83, p. 41.

⁸⁵² Citant la doctrine soutenant une application flexible du droit : DASSER, *Vertragsrecht*, p. 212, et les réf. à la note 19. Cet auteur (même page) explique qu'une application flexible du droit des contrats revient à accroître l'importance donnée aux circonstances concrètes et par là-même à la volonté réelle et hypothétique des parties et signifie faire un pas en direction de la partie générale du Code des obligations.

des contrats, par la réduction téléologique des normes non adaptées au contrat concret et par l'analogie⁸⁵³.

2.5. Distinction générale (méthodologique) entre contrats nommés et innommés – résumé

La manière de distinguer un contrat nommé d'un contrat innommé présentée ci-dessus en lien avec le contrat d'édition doit pouvoir s'appliquer à tous les contrats nommés⁸⁵⁴.

⁸⁵³ KRAMER, *Protokoll*, p. 576 ; KRAMER, *Kommentar*, art. 19-20 N 83, p. 41 ; v. ci-dessous, pt. 3.1 (p. 132 s.).

⁸⁵⁴ Notre modèle s'applique *a priori* même en rapport avec le contrat de mandat qui fait pourtant l'objet d'une définition très large (v. CRCO-I, WERRO, art. 394 N 2). La démonstration de cette affirmation nécessiterait l'analyse complète du contrat de mandat. Un tel examen dépasse l'objet de notre étude. Ci-dessous, nous nous bornons à mettre en évidence quelques réflexions succinctes.

La règle définitoire du contrat de mandat (art. 394 al. 1 CO) est construite à l'aide de notions (légales) très larges (« gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis »). Le sens littéral possible de ces notions englobe probablement l'ensemble des contrats de service (*Dienstleistungsverträge*). On ne peut pour autant en conclure que l'art. 394 CO exclut la reconnaissance des contrats de service innommés (jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral [pour les réf., v. WEBER, art. 394 N 23] et doctrine minoritaire [CRCO-I, WERRO, art. 394 N 32 ; TERCIER, N 4582, et le renvoi N 4553, qui soutient une *conception large du mandat*]). Il reste en effet encore à définir le sens juridique des notions légales. Le sens juridique peut démontrer que le mandat au sens de l'art. 394 al. 1 CO intègre, par exemple, l'exigence (non supposée par le sens littéral possible) d'un *caractère personnel marqué* (conclusion du contrat de mandat *intuitu personae*, rapport de confiance qualifié, v. TERCIER, N 4574, qui indique qu'il s'agit d'une *conception étroite du mandat* ; CRCO-I, WERRO, art. 394 N 12, parle de *confiance privilégiée*). Cette exigence peut ressortir en particulier de l'interprétation systématique de l'art. 394 al. 1 CO (analyse de l'art. 404 al. 1 CO [sur lien existant entre l'art. 404 al. 1 CO et le rapport de confiance, v. LEUBENBERGER, p. 23 s.]). Le sens juridique étant plus étroit que le sens littéral possible, il est question de réduction téléologique (v. ci-dessus, Chapitre 5, pt. 3.1.2 [p. 86 s.]). Ainsi, les contrats de service pour lesquels le caractère personnel n'a joué un rôle que très secondaire dans le cadre de la conclusion du contrat (FELLMANN, art. 394 N 299, se référant à LEUBENBERGER, p. 54 ss), devront être qualifiés de contrats innommés. Cette conception correspond à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (pour les réf., v. WEBER, art. 394 N 23) et à l'avis de la doctrine majoritaire (entre autres : FELLMANN, art. 394 N 299).

Notre modèle s'inscrit parfaitement dans la problématique relative à la définition du contrat de mandat, plus spécifiquement dans celle qui consiste à qualifier – ou à ne pas qualifier – les contrats de service de contrat de mandat (art. 394 CO). Il est même susceptible de fournir un procédé propre à résoudre cette dernière problématique. Le sens juridique des notions légales composant la règle définitoire du contrat de mandat devrait être étudié de manière complète (application de l'ensemble des méthodes classiques d'interprétation). Les résultats auxquels les méthodes aboutiront peuvent coïncider et donner la portée de la règle définitoire du contrat de mandat. Ou alors, des résultats donnant des portées différentes à l'art. 394 al. 1 CO peuvent résulter de l'application des quatre méthodes d'interprétation. Dans ce cas, il conviendra de trancher en fonction du poids des arguments en présence, sans oublier que la

Un contrat est considéré comme nommé ou innommé selon qu'il fait l'objet ou non d'une réglementation légale. En présence d'une convention déterminée, il convient donc d'effectuer la qualification de celle-ci afin de définir si elle est réglementée par la loi. La doctrine se borne en général à expliquer qu'il faut examiner si le contenu du contrat « *revêt les caractéristiques essentielles de la définition légale d'une forme déterminée de contrat* »⁸⁵⁵. La transposition du modèle sémantique des trois candidats aux éléments essentiels du contrat nommé permet de préciser cette qualification. Les notions concrètes, représentant les éléments essentiels du contrat examiné, sont « soumises » au modèle sémantique des trois candidats. Si toutes les notions ainsi examinées peuvent être assimilées à des candidats positifs à condition qu'une réduction téléologique ne s'impose pas ou neutres à condition dans ce dernier cas qu'une interprétation extensive soit envisageable, le contrat analysé doit être considéré comme un contrat nommé (celui qui correspond à la règle définitoire). Si une seule de ces notions concrètes est un candidat négatif ou neutre, en cas d'interprétation restrictive, la convention examinée représente un contrat innommé.

3. Type de contrat⁸⁵⁶ (*Vertragstyp*)

3.1. Présentation

La qualification d'une convention concrète – comme contrat nommé ou contrat innommé – ne donne encore aucune information sur le *type de contrat* que

motivation (menant au résultat à retenir) doit permettre de comprendre, de contrôler et de critiquer la démarche interprétative adoptée (v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) [p. 58 s.]).

⁸⁵⁵ TERCIER, N 242.

⁸⁵⁶ Sous ce point, nous utilisons la notion de *type de contrat*, dans une perspective typologique.

représente cette convention⁸⁵⁷. La question du type de contrat n'a plus trait à la qualification (subsomption), mais à l'application des règles légales⁸⁵⁸ :

- une convention qualifiée de contrat nommé peut être *typique* ou *atypique*⁸⁵⁹.

Le premier cas ne pose pas de problème⁸⁶⁰. Les règles légales supplétives s'appliquent directement à la convention examinée⁸⁶¹.

Dans le deuxième cas, le juge peut s'écarter des règles légales supplétives⁸⁶². Bien que rentrant dans la classe du contrat réglementé par le législateur, l'application de la réglementation légale au contrat concret est exclue⁸⁶³ (en tout cas pour l'application de certaines règles du contrat nommé). Il est question de

⁸⁵⁷ Comparer avec l'affirmation de SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 16 : « Somit ist durchaus möglich, dass ein Sachverhalt unter die Norm subsumiert werden kann, dem Typus aber nicht nach allen Merkmalen entspricht und doch noch typisch ist. Daher muss alleinal zuerst entschieden werden, ob ein Sachverhalt überhaupt atypisch ist oder nicht » ; v. également KRAMER, *Kommentar*, art. 19-20 N 56 : « Die Kategorie der « atypischen Verträge » soll hier nicht, wie dies zuweilen geschieht, mit der der Innominativverträge (...) oder gar des Vertrags sui generis (...) gleichgesetzt, sondern für diejenigen Verträge reserviert werden, die grundsätzlich unter einen gesetzlich geregelten Vertrag subsumiert werden können, indes Besonderheiten enthalten, die dem « normativen Leitbild » nicht entsprechen, insofern also « atypisch » sind. » [mise en évidence par l'auteur] ; parlant des formes de société : KOLLER, *Grundfragen*, p. 55 : « Manche (konkrete) Gesellschaft lässt sich zwar mühelos unter den Begriff einer bestimmten Gesellschaft subsumieren, dem entsprechenden Typus aber nicht mehr zuordnen. Von ihm aus besehen, muss sie, obwohl sie unter den Begriff fällt, als atypisch bezeichnet werden » ; confondant contrats innommés et atypiques : MEIER-HAYOZ, *Contrats*, p. 1 ; FAVRE-BULLE, p. 379.

⁸⁵⁸ V. les explications fournies par GAUCH, p. 780 ss ; v. également PAWLOWSKI, N 225 ; DESSEMONTET, p. 147 (parlant des contrats innommés) : « En effet, ayant décidé qu'un contrat est innommé, on doit encore rechercher quelles dispositions on va lui appliquer ».

⁸⁵⁹ V. CRICO-I, THÉVENOZ, *Intro*, art. 184-529 N 32 : les adjectifs *typique* et *atypique* ne doivent être utilisés qu'en référence à un type de contrat et non à un concept de contrat. En apparence triviale, cette affirmation est loin d'être inutile au regard des imprécisions souvent observées dans la doctrine. V. à ce sujet KOLLER, *Grundfragen*, p. 50, note 1.

⁸⁶⁰ Comparer avec les explications données par KOLLER, *Grundfragen*, p. 146, en droit des sociétés.

⁸⁶¹ V. KRAMER, *Innominativverträge*, p. 40 ; on ne parlera ici que des règles légales supplétives étant donné que le Titre douzième du Code des obligations ne contient aucune règle impérative. V. ci-dessus, Titre II, Chapitre I, pt. 2.2 (p. 13).

⁸⁶² TERCIER, N 308 ; pour les détails, v. SCHLUEP, p. 782 ss ; comparer avec les explications de KOLLER, *Grundfragen*, p. 84, à la note 2 : « Atypische Fälle sind also Sachverhalte, die formal unter eine generell-abstrakte Norm fallen, unter die sie Interessenslage nach nicht passen. Sie bereiten der Rechtsanwendung allgemein erhebliche Schwierigkeiten, weil ihre (normale) Subsumtion zu wenig befriedigenden (= gerechten) Lösungen führt. Der allgemeine Rechtsatz behandelt dann eben (rechtlich) erheblich Ungleiches gleich, statt ungleich ».

⁸⁶³ Comparer avec SCHLUEP, p. 796.

réduction téléologique. La lacune est comblée par le biais de l'application par analogie⁸⁶⁴ ;

- une convention qualifiée de contrat innommé⁸⁶⁵ peut être *typique* ou *atypique*.

Est considérée comme typique la relation contractuelle attribuée⁸⁶⁶ à un type commercial de contrat (*verkehrstypisch*)⁸⁶⁷, comme le contrat de leasing⁸⁶⁸. Dans la mesure où le contrat est innommé, donc qu'il n'entre pas dans la définition d'un contrat réglementé par la loi, une application directe de cette dernière est exclue⁸⁶⁹. Il s'agit d'appliquer par analogie⁸⁷⁰ les règles d'un ou plusieurs contrats nommés typiques, le contrat concret contenant certains traits caractéristiques d'un ou plusieurs de ces contrats⁸⁷¹.

⁸⁶⁴ Comparer avec les explications données par KRAMER, *Innominativverträge*, p. 41 ; KRAMER, *Kommentar*, art. 19-20 N 83.

⁸⁶⁵ Les distinctions effectuées entre contrats mixtes, *sui generis*, connexes (ou interdépendants), combinés (composés ou complexes) (sur ces notions, v. CRCO-I, THÉVENOZ, Intro. art. 184-529 N 12 ss) n'entraînent pour l'essentiel aucune différence dans la recherche du droit applicable. V. CRCO-I, THEVENOZ, Intro. art. 184-529 N 17.

⁸⁶⁶ Pour la terminologie, v. ci-dessous, dans le texte.

⁸⁶⁷ V. les explications données par SCHLUEP, p. 798 s. ; pour la terminologie, v. CRCO-I, THÉVENOZ, Intro. art. 184-529 N 5 ; expliquant l'origine de ce type de contrat : REHBINDER, *Rechtssoziologie*, N 83 ; DASSER, *Vertragsrecht*, p. 211, et la réf. estime qu'il existe aujourd'hui 22 contrats innommés typiques.

⁸⁶⁸ Au sujet du contrat de leasing, v. en particulier LÜEM, p. 49 ss ; bien que la Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003, contienne une disposition spécifique (art. 11) relative au contrat de leasing, il n'est pas encore question de contrat nommé (v. DASSER, *Vertragsrecht*, p. 211, et la réf.).

⁸⁶⁹ Comparer avec CRCO-I, THÉVENOZ, Intro. art. 184-529 N 32 ; LEUENBERGER, p. 61 ; comparer avec les explications de GAUCH, p. 23, et de DESSEMONTET, p. 147 : « En somme, déclarer qu'un contrat est innommé, c'est se donner la liberté de ne pas lui appliquer entièrement les dispositions d'un titre particulier du Code des obligations ».

⁸⁷⁰ Comparer avec KRAMER, *Innominativverträge*, p. 30-31, et TERCIER, N 309 ; v. l'analyse très intéressante effectuée en droit allemand par SCHMAUS, p. 40 ss, L'auteur, p. 40-54, explique qu'en raison de la notion de *reproduction* contenue au § 1 VeriG (et en particulier en raison de l'interprétation systématique de cette notion), un contrat portant sur un *e-book* n'entre pas dans la définition légale contenue au § 1 VeriG. SCHMAUS, p. 54 ss (en particulier, p. 63-86), démontre que le contrat ayant pour objet un *e-book* correspond toujours au contrat d'édition considéré typologiquement. Sur cette base, il conclut (p. 80 ss) que les §§ 1 ss VeriG doivent être appliqués par analogie de la manière la plus large possible au contrat portant sur un *e-book*.

⁸⁷¹ Comparer avec LEUENBERGER, p. 61 ; il convient néanmoins d'user de prudence avant d'effectuer une application par analogie. Il est nécessaire d'effectuer à « chaque fois un jugement de valeur sur l'adéquation de la règle spéciale à cet être différent qu'est le contrat innommé au cas d'espèce. » (CRCO-I, THEVENOZ, Intro. art. 184-529 N 41). Pour les détails, au sujet de l'application du droit, v. CRCO-I, THÉVENOZ, Intro. art. 184-529 N 29-54.

Si un contrat innommé ne correspond pas à un type commercial de contrat⁸⁷², cela signifie que le problème d'application du droit et sa solution n'est pas (encore ?) généralisable. Dans cette situation, il est donc peu satisfaisant de prétendre que la loi est lacunaire et de conclure qu'une application par analogie s'impose⁸⁷³. Il s'agit plutôt de rechercher la volonté hypothétique des parties à la convention innommée atypique⁸⁷⁴.

En référence à un type de contrat, une convention concrète n'est pas qualifiée⁸⁷⁵. Elle est *attribuée* ou *ordonnée* (*zugeordnet*)⁸⁷⁶ au type de contrat. L'attribution à un type de contrat va permettre de définir les règles qui doivent être appliquées.

3.2. Contrat nommé/innommé et type de contrat – schéma

Afin de pouvoir garder en tête les explications qui précèdent, il est important de représenter schématiquement la réflexion qu'il convient d'entreprendre en présence d'un contrat concret. Le schéma présenté à la page suivante poursuit ce but :

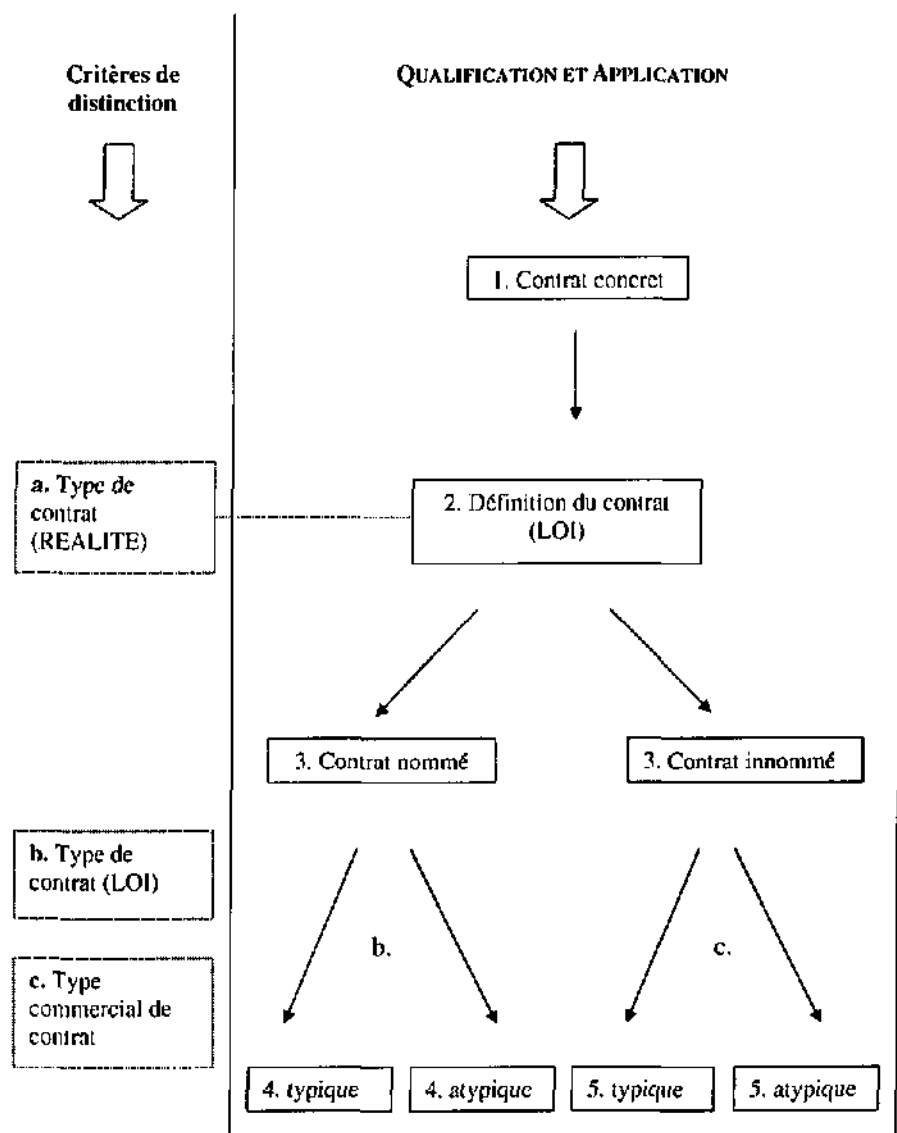
⁸⁷² LEUENBERGER, p. 59, parle de *contrats innommés singuliers* (*singuläre Innominatverträge*).

⁸⁷³ CRCO-I, THEVENOZ, Intro, art. 184-529 N 46.

⁸⁷⁴ CRCO-I, THEVENOZ, Intro, art. 184-529 N 51.

⁸⁷⁵ V. JOLIDON, p. 491-492 : « (...), un fait concret ne peut pas être subsumé à un type » ; v. également LANGENFELD, N 38 ; PAWLOWSKI, N 226.

⁸⁷⁶ V. SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 10, et les réf., p. 13 ; DASSER, p. 51, et les réf. à la note 111 ; pour la terminologie française, v. JOLIDON, p. 492.



Les types (réels) de contrat⁸⁷⁷ trouvent leur origine et se développent dans la réalité de la vie juridique⁸⁷⁸ (Schéma lit. a).

Lorsqu'il l'estime nécessaire⁸⁷⁹, le législateur réglemente un type réel de contrat⁸⁸⁰ :

- pour ce faire, il garde sous les yeux, en guise de modèle, le type réel observé⁸⁸¹. Précisons que le législateur ne doit pas impérativement reprendre – dans la réglementation légale – le type (réel) de contrat de la façon dont celui-ci s'est développé dans la réalité de la vie juridique⁸⁸². Il peut ajouter d'autres caractéristiques à ce type et en supprimer certaines⁸⁸³. De manière imagée, on peut certes dire que le législateur (par sa réglementation) élève le type réel au rang de type légal⁸⁸⁴, mais en précisant que cette « élévation » s'effectue, le cas échéant, avec des adjonctions ou des suppressions⁸⁸⁵ ;
- dans le même temps, le législateur donne – en principe – une définition au contrat qui fait l'objet de la réglementation. Il place ainsi le contrat dans une classe bien définie (Schéma ch. 2).

En présence d'un contrat concret (Schéma ch. 1), il s'agit de déterminer si celui-ci est compris (subsumé) dans la définition donnée par le législateur (Schéma ch. 2).

Si le contrat concret entre dans la classe définie par le législateur, il doit être qualifié de contrat nommé ; s'il est exclu de la classe, il est qualifié de contrat innommé (Schéma ch. 3).

Contrat nommé : le contrat concret (nommé) peut s'écarter du type légal de contrat (Schéma lit. b) (celui-ci doit être dégagé de l'ensemble de la réglementation que le

⁸⁷⁷ *Realtypen*. V. entre autres KOLLER, *Grundfragen*, p. 28, et les réf.

⁸⁷⁸ Entre autres : LARENZ, p. 466 ; KOLLER, *Grundfragen*, p. 63, et la réf. à la note 2 ; VON BÜREN, p. 1.

⁸⁷⁹ Pour les détails, v. CRICO-I, THÉVENOZ, Intro. art. 184-529 N 8, et la réf. à la note 4.

⁸⁸⁰ Comparer avec VON BÜREN, p. 1.

⁸⁸¹ Plus précisément, par l'observation de la réalité et l'abstraction (typologique), le législateur façonne un modèle (*Musterbild*) qu'il utilise, selon les besoins, pour confectionner une réglementation, V. SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 14.

⁸⁸² Pour des réf., v. LEENEN, p. 85 ; pour des exemples d'auteurs expliquant que le type réel est directement transcrit dans la loi, v. LEENEN, p. 84-85.

⁸⁸³ LARENZ, p. 466 ; LEENEN, p. 86, et la réf., rappelle que la loi n'a pas pour mission de décrire la réalité, mais bien plutôt de régler celle-ci de manière équitable, juste.

⁸⁸⁴ Parlant des formes de société réglementées par la loi : RUEDIN, N 636 ; sur la notion de *type légal*, v. TERCIER, N 238 ; en droit des sociétés : KOLLER, *Grundfragen*, p. 56 ; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, p. 295.

⁸⁸⁵ C'est donc selon une analyse rigoureuse que RUEDIN, N 636, précise (dans son premier exemple) que bien que le législateur ait pris pour modèle un type réel (principal), il a également pris en considération les particularités d'autres types réels.

législateur a ancré dans la loi⁸⁸⁶. Il ne sera pas forcément en tout point semblable au type réel, né dans la réalité de la vie juridique). Le contrat concret est alors atypique ; si, dans son ensemble, le contrat concret correspond au type légal de contrat, il représente un contrat typique (Schéma ch. 4).

Contrat innommé : le contrat concret innommé peut être typique ou atypique. La doctrine considère qu'il est typique s'il peut être attribué à un type commercial de contrat (*verkehrstypisch*) (Schéma lit. c)⁸⁸⁷. Dans le cas contraire, il est atypique (Schéma ch. 5).

3.3. Attribution d'un contrat concret à un type légal de contrat

Avant de pouvoir attribuer une convention concrète à un type légal de contrat, celui-ci doit être décrit.

3.3.1. Description⁸⁸⁸

En ce qui concerne la limite entre la typicité et l'atypicité, la doctrine n'a pas adopté, de manière unanime, un critère bien défini⁸⁸⁹. Les conceptions sont nombreuses et révèlent parfois des contenus différents⁸⁹⁰. Il est néanmoins possible – en s'inspirant d'auteurs de référence – de mettre en évidence certaines lignes directrices utiles.

La description d'un type légal de contrat n'est pas effectuée à l'aide de l'interprétation (*Auslegung*)⁸⁹¹. Cette dernière a pour objet une norme singulière, bien déterminée⁸⁹². Or, il n'est pas possible d'interpréter les parties composantes du

⁸⁸⁶ Comparer avec LARENZ, p. 466 : en matière de droit des sociétés. v. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, p. 295 ; pour les détails, v. ci-dessous, pt. 3.3.1 (p. 137 ss) ; LEENEN, p. 179, mentionne néanmoins que le type réel peut représenter une aide (*Hilfsmittel*) afin de déterminer le type légal ; KOLLER, *Grundfragen*, p. 58 s., laisse entendre que le type découle avant tout des règles dispositives ; *contra* : LEENEN, p. 180, qui indique que les règles impératives et les règles dispositives doivent être considérées comme des sources de valeur égale.

⁸⁸⁷ Nous parlons de *type commercial de contrat* (*verkehrstypisch*) afin de reprendre la terminologie employée usuellement par la doctrine (v. par exemple CRCO-I, THÉVENOZ, Intro, art. 184-529 N 5 ; SCHLUEP, p. 798 s.). Ce type de contrat – « dont la spécificité et la typicité résultent d'une pratique longue et convergente des acteurs juridiques » (CRCO-I, THÉVENOZ, Intro, art. 184-529 N 5) – correspond, à notre sens, au *type réel de contrat* (Schéma lit. a), type trouvant son origine et s'étant développé dans la réalité de la vie juridique.

⁸⁸⁸ On ne peut parler de définition du type légal. Le terme *définition* est inhérent à la pensée conceptuelle. Il définit précisément les contours d'une classe. Dans la pensée typologique, il est question de *description* : v. LEENEN, p. 92.

⁸⁸⁹ V. en ce sens SCHLUEP, p. 808.

⁸⁹⁰ V. la présentation effectuée par SCHLUEP, p. 806-808.

⁸⁹¹ KOLLER, *Grundfragen*, p. 58 ; *contra* : OTT, *Typologie*, p. 76 s.

⁸⁹² KOLLER, *Grundfragen*, p. 58.

type car celles-ci, individualisées, n'ont pas de sens propre. Le type de contrat est considéré comme un modèle⁸⁹³, comme un tout ayant une signification propre. Seul l'ensemble revêt une signification⁸⁹⁴. Dans la recherche du type légal d'un contrat, il s'agit donc de déduire le « sens » d'un ensemble de normes. KOLLER parle d'interprétation au sens large⁸⁹⁵. Celle-ci ne correspond pas aux trois aspects de l'activité interprétative du juge dont nous avons largement fait mention plus haut⁸⁹⁶, mais doit être comprise comme une prise en considération de l'ensemble (*Gesamtbetrachtung*) des normes du type légal considéré⁸⁹⁷. La prise en compte de l'ensemble des normes (image globale se dégageant du type légal de contrat ; *Gesamtbild*)⁸⁹⁸ ne doit pas non plus être confondue avec la méthode d'interprétation systématique. Cette dernière tend à définir le sens d'une norme bien individualisée (bien qu'en fonction des autres normes de la réglementation légale), et non pas le « sens » d'un ensemble de normes⁸⁹⁹.

Dans la recherche de l'image globale se dégageant du type légal de contrat, il s'agit en particulier d'analyser les droits et les devoirs des parties, les buts économiques poursuivis et les intérêts de chacune des parties⁹⁰⁰. Le but du contrat (*Vertragszweck*) représente également un critère essentiel déterminant le type d'un contrat⁹⁰¹. Il est donc nécessaire d'« isoler » les caractéristiques du type de contrat. Cette action ne procède pas de la négation du type conçu comme un ensemble. Les caractéristiques sont « isolées » afin de mieux saisir les contours du type de contrat, mais l'attribution d'une convention concrète à ce dernier est effectuée en analysant globalement ces caractéristiques⁹⁰².

Au regard des explications qui précèdent, on comprend aisément que le critère du sens littéral possible ne se révèle d'aucune utilité pour la pensée typologique. Comme le remarque LEENEN, si l'analyse typologique peut être effectuée dans le cadre du sens littéral possible d'une expression inscrite dans la loi, elle peut également s'en écarter. Lors d'une application concrète, un des traits caractéristiques du type (ancré dans la loi) peut ne pas être pris en compte. Il suffit

⁸⁹³ V. par exemple MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, p. 295.

⁸⁹⁴ SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 10, et les réf.

⁸⁹⁵ KOLLER, *Grundfragen*, p. 58.

⁸⁹⁶ V. ci-dessus. Chapitre 2, pt. 2.1 (p. 35).

⁸⁹⁷ V. KOLLER, *Grundfragen*, p. 58, qui précise, p. 59, que les travaux préparatoires ainsi que le développement historique et sociologique de l'institution examinée doivent être pris en compte, comme aide à l'« interprétation ».

⁸⁹⁸ LANGENFELD, N 38 ; LARENZ, p. 467 ; MASTRONARDI, N 813.

⁸⁹⁹ KOLLER, *Grundfragen*, p. 58, note 3 ; de manière générale, LEENEN, p. 174, indique – à notre sens à juste titre – que la méthode permettant de décrire le type ne peut être intégrée dans le canon classique d'interprétation. KOLLER, *Grundfragen*, p. 158, attribue cette méthode à l'élément logique d'interprétation.

⁹⁰⁰ MARTINEK, p. 21 ; comparer avec l'analyse effectuée par LARENZ, p. 467.

⁹⁰¹ LANGENFELD, N 46 s.

⁹⁰² Pour le procédé de l'attribution, v. ci-dessous, pt. 3.3.2 (p. 139).

que l'image globale se dégageant du contrat (*Gesamtbild*) soit conservée. Chaque trait caractéristique du type pouvant potentiellement être mis de côté, le sens littéral possible des notions exprimant ces traits caractéristiques dans la loi ne peut être érigé comme critère permettant de circonscrire l'analyse typologique⁹⁰³.

3.3.2. Attribution

L'*attribution* d'un contrat concret à un type de contrat déterminé a lieu lorsque les éléments caractéristiques de ce dernier sont réalisés, dans l'ensemble⁹⁰⁴, avec une intensité telle que la relation contractuelle concrète correspond globalement⁹⁰⁵ à l'image donnée par le type de contrat⁹⁰⁶. Elle n'est pas effectuée selon l'équation « ou bien-ou bien » (*entweder-oder*)⁹⁰⁷. Un contrat concret peut être attribué à un type légal de contrat lorsque les caractéristiques sont « plus ou moins » (*mehr oder weniger*) réalisées⁹⁰⁸. Ce procédé laisse une large part à l'intuition (*Anschauung*)⁹⁰⁹. Le type est souvent défini comme un système « ouvert »⁹¹⁰, c'est-à-dire un système dont les contours sont « élastiques »⁹¹¹.

⁹⁰³ LEENEN, p. 173.

⁹⁰⁴ LEENEN, p. 46-47, rappelle que le type se caractérise par sa « globalité » (*Ganzheitlichkeit*).

⁹⁰⁵ Comparer avec LANGENFELD, N 38.

⁹⁰⁶ Très clair : LANGENFELD, N 38 ; SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 10-11 ; v. également LARENZ, p. 468 ; un type de contrat n'a donc pas de contours bien définis. Comme l'exprime JOLIDON, p. 490, « il n'est pas anaché à un nombre fixe d'éléments, ni à une intensité déterminée de ceux qui sont réalisés » ; sur la notion de *Sinnhaftigkeit*, caractéristique du type, v. LEENEN, p. 42-46.

⁹⁰⁷ Les caractéristiques sont réalisées ou ne le sont pas. V. ci-dessus, pt. 2.2.3 (p. 126 s.), pour la pensée conceptuelle.

⁹⁰⁸ V. PROBST, p. 394, note 76 ; DASSER, p. 50-51, avec les réf. : un cas concret peut appartenir à un type même si seule une partie des éléments caractéristiques est réalisée. V. SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 11.

⁹⁰⁹ V. par exemple SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 10, 13 ; pour l'équivalence entre le terme *intuition* (fr.) et celui de *Anschauung* (all.), v. JOLIDON, p. 488, note 11.

⁹¹⁰ SCHLUEP, p. 806 ; SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 16 ; en ce sens : MASTRONARDI, N 808 ; WERRO, p. 75, indique que la doctrine suisse définit le type comme « un modèle défini « de façon ouverte » par rapport à une situation concrète » ; v. également LANGENFELD, N 51, p. 26 ; LEENEN, p. 34-36, définit l'« ouverture » (*Offenheit*) du type de trois manières différentes : quant au type considéré comme une combinaison de caractéristiques, quant aux objets attribués au type, quant au procédé d'attribution.

⁹¹¹ En ce sens : MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, p. 298 : « Der Typus führt nicht zu starren Einteilungen, sondern gestattet es, auch fließende Übergänge zu berücksichtigen » ; v. également SCHLUEP, *Typus im Recht*, p. 9-10, et les réf. ; comparer avec MASTRONARDI, N 808 : « Der Typus hat einen klaren Kern, aber einen unbestimmten Hof » ; selon une analyse très rigoureuse, LEENEN, p. 47, estime que le type ne représente pas uniquement une structure élastique, mais avant tout une structure fondée sur des caractéristiques interdépendantes ; un nouveau trait caractéristique n'est pas seulement « additionné » aux autres traits, mais a pour conséquence de donner une nouvelle lumière au type. Celui-ci doit être analysé sous une autre perspective.

3.3.3. Remarque

Dans l'application pratique de ces critères, force est d'admettre que l'interprétation – et donc la qualification – est parfois sous-jacente. En constatant l'influence non négligeable de l'interprétation (et de la qualification), SCHLUEP propose un système – destiné à déterminer la typicité ou l'atypicité d'une convention concrète – intégrant aussi bien la *qualification* que l'*attribution*⁹¹². Il précise néanmoins que cette conception ne permet pas de dire que le type de contrat doit être considéré comme un concept général (*Allgemeinbegriff*) sur la base duquel il convient de *qualifier* la convention concrète. Il est encore question de type de contrat étant donné que celui-ci offre toujours une ouverture suffisante pour permettre à un état de fait d'être considéré comme typique, que la qualification ait été possible ou non⁹¹³. Enfin (et nous ajouterons même *surtout*), SCHLUEP insiste sur le fait que, malgré le rapprochement qu'il effectue entre la qualification et l'attribution, la réflexion typologique est plus claire et didactiquement plus appropriée que la qualification en ce qui concerne la problématique de l'application du droit aux contrats innommés⁹¹⁴.

4. Terminologie

En matière de concept (classe)/typologie de contrat, la terminologie est employée de manière parfois fort différente par la doctrine, et surtout, souvent sans aucune prétention à une signification technique précise⁹¹⁵. En outre, la doctrine de langue française use de moins de rigueur que les auteurs allemands ou suisse-alsaciens⁹¹⁶. Or, les termes utilisés sont d'une importance considérable dans ce domaine. Ils sous-entendent le système⁹¹⁷. Il n'est donc pas inutile de présenter – en guise de conclusion – les termes qu'il convient de rattacher au *concept* et ceux qui sont inhérents au *type* :

- *concept* : pour déterminer si un contrat concret tombe dans la *classe* (*Klasse*) d'un contrat nommé ou celle d'un contrat innommé, il faut *qualifier* (*subsumieren*) cette convention en fonction des *éléments conceptuels* (*klassenlogische Elemente*) du contrat réglementé dans la loi (en principe objet

PROBST, p. 394-395, note 76, met en évidence que la pensée conceptuelle, fondée sur l'équation *entweder-oder*, ne revêt qu'*in abstracto* l'avantage de la clarté et de la sécurité, en comparaison d'avec la pensée typologique qui fait référence à un système « ouvert ».

⁹¹² SCHLUEP, p. 808-810 (et le résumé du système, p. 810).

⁹¹³ SCHLUEP, p. 809-810. V. néanmoins les explications données par le même auteur, p. 810-812 ; v. également ZELLER, § 8 N 242, qui indique que les notions de *Subsumtion* et de *Ziordnung* ne peuvent méthodologiquement pas être différenciées.

⁹¹⁴ SCHLUEP, p. 812.

⁹¹⁵ En ce sens : JOLIDON, p. 446 ; à la fin des années soixante, KOLLER, *Grundfragen*, p. 41 ss, a clairement mis en évidence la nécessité de clarifier la terminologie relative à la classe et celle inhérente au type.

⁹¹⁶ Pour le constat, v. JOLIDON, p. 464.

⁹¹⁷ JOLIDON, p. 503 : « On ne saurait nier la puissance des mots, qui évoquent les représentations de l'esprit ».

d'une *définition*⁹¹⁸ [règle définitoire]. L'*interprétation* (*Auslegung*)⁹¹⁹ permet de donner le sens juridique des *éléments conceptuels* ;

- *type* : pour définir si un contrat concret tombe dans la *catégorie* (*Kategorie*)⁹²⁰ d'un type de contrat déterminé, il convient d'*attribuer* (ou *ordonner* ; *zuordnen*) cette convention en fonction des éléments typologiques (*typologische Elemente*) du contrat réglementé dans la loi. L'*intuition* permet de procéder à l'*attribution*.

Chapitre 14. Application au contrat d'édition (aperçu)

1. Rappel

Nous avons présenté ci-dessus une structure méthodologique, intégrant le modèle sémantique des trois candidats, distinguant l'interprétation au sens étroit du droit judiciaire sur la base du critère du sens littéral possible. Sur cette base, nous avons expliqué de quelle manière il convient de distinguer les contrats nommés des conventions innommées.

A la fin de nos explications, nous avons rappelé que l'application d'une réglementation légale plutôt que d'une autre est déterminée en fonction du type de contrat auquel appartient le contrat concret examiné.

Nous possédons maintenant suffisamment d'informations pour analyser le contrat numérique à la lumière du contrat d'édition au sens des articles 380 et suivants CO.

2. Démarche

Notre démarche se présentera de la manière suivante :

- nous analyserons tout d'abord les *essentialia negotii* du contrat d'édition (art. 380 CO) afin de déterminer si le contrat numérique représente un contrat nommé ou un contrat innommé (ci-dessous, Titre IV) ;
- en examinant les autres normes⁹²¹ réglementant le contrat d'édition, nous déterminerons ensuite dans quelle mesure le contrat numérique correspond au type légal *contrat d'édition* (ci-dessous, Titre V).

⁹¹⁸ JOLIDON, p. 487 : « Les concepts sont susceptibles de définition ».

⁹¹⁹ Pour le lien existant entre la classe et l'interprétation, v. LEENEN, p. 40, et la réf. à la note 44.

⁹²⁰ Sur la notion de *catégorie*, v. PROBST, p. 255.

⁹²¹ Soit celles qui ne font pas partie de la règle définitoire du contrat d'édition.

TITRE IV. LES ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT D'EDITION

Chapitre 1. Introduction

Nous débuterons notre analyse en présentant les éléments essentiels du contrat d'édition au sens de l'article 380 CO (Chapitre 2).

Après avoir observé de manière succincte la similarité existant entre l'article 380 CO et le paragraphe 1 VerIG (Chapitre 3), nous nous pencherons sur l'objet du contrat d'édition (Chapitre 4), puis analyserons le devoir de l'auteur de l'œuvre (Chapitre 5) ainsi que les obligations de l'éditeur (Chapitre 6).

Le Chapitre 7 sera consacré à la définition négative du contrat d'édition. Après avoir procédé aux conclusions de ce Titre IV (Chapitre 8), nous apporterons enfin quelques précisions sur la manière de régir les relations entre l'auteur et l'éditeur dans le cadre d'une convention conclue dans le contexte de la publication numérique (Chapitre 9).

Chapitre 2. Présentation des éléments essentiels

1. La règle définitoire (art. 380 CO)

Aux termes de l'article 380 CO, « *le contrat d'édition est un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants cause s'engagent à la céder à un éditeur, qui s'oblige à la reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public* ».

2. Objet du contrat

2.1. Œuvre littéraire ou artistique

Le contrat d'édition doit porter sur un objet bien défini. Celui-ci représente le premier élément essentiel du contrat d'édition⁹²². Selon l'article 380 CO, l'objet de la convention est *une œuvre littéraire ou artistique*.

Si, dans une convention conclue entre deux parties, cet objet n'est pas indiqué, la « sanction » est sans appel : il ne s'agit pas d'un contrat d'édition ; plus, on ne peut même pas parler de contrat.

⁹²² TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 6-8 ; TROLLER, *Manuel*, p. 702.

2.2. Remarque

Au regard de la définition donnée aux *essentialia negotii* par le courant doctrinal dont fait partie GAUCH⁹²³, il ne s'agit pas ici de qualifier le contrat concret au regard des éléments conceptuels nécessaires du contrat d'édition au sens de l'article 380 CO (deuxième phase⁹²⁴), mais de se demander si la convention représente un tout plein de sens (*ein sinnvolles Ganzes*). L'absence de détermination de l'objet du contrat empêche à l'évidence de conclure positivement. L'objet de la convention doit être défini par les parties sous peine de générer une lacune qui ne peut être comblée ni par la loi, ni par le droit coutumier, ni par le droit judiciaire.

Dans le domaine spécifique de l'édition en Suisse, aucune décision (publiée) ni aucune publication doctrinale ne fournit un exemple quant à cette affirmation. On trouve un cas intéressant au cœur de la jurisprudence américaine dans une décision opposant la veuve de l'écrivain *John Cheever* à la maison d'édition *Academy Chicago*. Le contrat d'édition conclu entre cette dernière et la veuve indiquait uniquement que l'éditeur désirait publier un recueil d'anecdotes de *Cheever*, sans définir le nombre d'anecdotes que l'ouvrage devait contenir, ni la longueur de ces anecdotes, ni la personne devant effectuer le choix entre ces dernières. Sur recours, la Cour suprême de l'Illinois déclara que le contrat (*Publishing Agreement*) n'était pas valable parce qu'il ne contenait pas un des éléments essentiels du contrat et qu'il ne faisait mention d'aucun critère suffisant permettant au tribunal de déterminer cet élément⁹²⁵.

Au regard de cette décision, on peut conclure que l'objet du contrat doit, à défaut d'être déterminé dans le contrat d'édition, au moins être déterminable. Cette précision est en général apportée en référence aux contrats d'édition portant sur des œuvres futures, c'est-à-dire non encore rédigées au moment de la conclusion de la convention⁹²⁶. Elle doit également être retenue lorsque l'œuvre est déjà créée⁹²⁷.

3. Devoir de l'auteur

Le devoir de « cession » de l'auteur représente le deuxième élément essentiel du contrat d'édition⁹²⁸. La « cession » de l'œuvre de l'auteur à l'éditeur est

⁹²³ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 1.1.2 (p. 121 s.).

⁹²⁴ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 1.1.2 (p. 122).

⁹²⁵ *Academy Chicago Publishers v. Mary W. Cheever*, 578 N.E. 2nd (Ill. 1991), p. 983 s. Pour l'extrait qui nous intéresse, v. PLEISTER, p. 129.

⁹²⁶ V. par exemple SCHRICKER, § 1 N 36.

⁹²⁷ En ce sens, en droit allemand : PLEISTER, p. 130.

⁹²⁸ HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 529-532 ; TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 9-12 ; TROLLER, *Manuel*, p. 707 ; en droit allemand : SCHRICKER, § 1 N 7 ; NORDEMAN, *Handbuch*, § 64 N 128 ; REHBINDER, *Urheberrecht*, N 345.

indispensable, pour une raison aussi triviale que pratique : l'éditeur ne peut reproduire et diffuser l'œuvre sans avoir celle-ci en sa possession⁹²⁹.

Cette obligation est caractéristique du contrat d'édition au sens des articles 380 et suivants CO. Son absence entraîne l'inexistence de ce contrat. Il peut éventuellement s'agir, selon les circonstances, d'un contrat à option⁹³⁰. Ce dernier oblige l'auteur à donner la possibilité à l'éditeur, dans le futur – soit lorsque l'œuvre sera achevée – de conclure un contrat d'édition⁹³¹.

Selon le contrat à option au sens étroit, le contrat d'édition est conclu lorsque l'éditeur exerce son droit d'option – la plupart du temps dans un délai déterminé⁹³² – par une déclaration unilatérale⁹³³. Cela suppose que les conditions du futur contrat d'édition soient déjà définies par les parties, à tout le moins sur les points essentiels. Souvent, le contrat ainsi conclu reprend les conditions sur lesquelles les parties se sont déjà mises d'accord lors de la conclusion d'un contrat d'édition précédent⁹³⁴.

S'agissant du contrat à option au sens large, les conditions du contrat ne sont pas encore déterminées. Lorsque l'éditeur exerce son droit d'option, l'auteur est tenu de lui présenter l'œuvre créée. Il reste cependant libre⁹³⁵ d'accepter – ou de refuser – les conditions proposées par l'éditeur⁹³⁶.

4. Devoirs de l'éditeur

4.1. Reproduction et diffusion

Les deux obligations⁹³⁷ imposées à l'éditeur représentent le troisième élément essentiel du contrat d'édition selon l'article 380 CO⁹³⁸. Chacun de ces devoirs

⁹²⁹ Comparer, en droit allemand, avec SCHMAUS, p. 116.

⁹³⁰ En ce sens : SCHMAUS, p. 69 ; il ne peut par contre pas être question d'un contrat de commande d'une œuvre (*Bestellvertrag*). Bien que portant sur une œuvre future, ce contrat oblige l'auteur à remettre – à plus ou moins long terme – sa création à l'éditeur (celui-ci n'assumant pas l'obligation de reproduire et de diffuser l'œuvre : v. CRCO-I, CHERPILLOD, Intro. art. 380-393 N 1 ; HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 7). Pour la qualification du contrat de commande d'une œuvre, v. ci-dessous, note 937.

⁹³¹ V. SCHRICKER, § 1 N 40.

⁹³² HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 543.

⁹³³ SCHRICKER, § 1 N 41.

⁹³⁴ SCHRICKER, § 1 N 41.

⁹³⁵ A moins qu'il ne se soit engagé à conclure le contrat. Pour les détails, v. HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 543-544.

⁹³⁶ SCHRICKER, § 1 N 42 ; à juste titre, HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 543, indique que le contrat à option au sens large ne contient pas une véritable clause à option.

Pour les explications sur la non-exécution, par l'auteur, des obligations contenues dans les contrats à option au sens étroit et au sens large, v. SCHRICKER, § 1 N 44.

⁹³⁷ Il s'agit bien d'obligations et non pas de facultés laissées à l'éditeur. En l'absence d'obligations, il est question d'un contrat de commande d'une œuvre (*Bestellvertrag*) (HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 7 ; TROLLER, *Kommentar*, Vorbem. zu Art. 380-393 N 31). V.

correspond à une activité déterminée de l'éditeur : la reproduction et la diffusion (« ...et à la répandre dans le public ») à son propre compte⁹³⁹.

L'absence de l'une de ces composantes⁹⁴⁰ équivaut à la négation du contrat d'édition en tant que convention réglementée au Titre douzième du Code des obligations :

- si l'article 380 CO n'obligeait pas l'éditeur à *reproduire l'œuvre*, mais uniquement à la diffuser⁹⁴¹, son activité serait effectuée sur la base d'un contrat de mandat (art. 394 ss CO);
- dans l'hypothèse où la règle définitoire du contrat d'édition ne contenait pas l'obligation pour l'éditeur de *diffuser l'œuvre*, il ne serait plus question de contrat d'édition, mais, selon les circonstances, d'un contrat d'entreprise (art. 363 ss CO). Dans le cadre de celui-ci, l'entrepreneur ne s'oblige qu'à la reproduction de l'œuvre⁹⁴². Pour que la relation contractuelle soit qualifiée de contrat d'entreprise, il faut en outre que le maître se soit engagé à payer le prix à l'entrepreneur. On peut imaginer que cela sera généralement le cas lorsque l'auteur (le maître) requiert de l'« éditeur » (l'entrepreneur) uniquement la reproduction (et non pas la diffusion) ;

néanmoins la décision du 16 octobre 1973 de l'*Obergericht* du canton de Zurich (RSJ 9/1974, p. 143 ss). Le défendeur avait mandaté le demandeur afin que celui-ci compose la version instrumentale de différentes chansons (contrat de commande d'une œuvre). Le tribunal zurichois a jugé que, même si la relation contractuelle devait être qualifiée de contrat d'entreprise, l'obligation pour le défendeur de diffuser l'œuvre pouvait découler du principe de la bonne foi.

La qualification précise du contrat de commande est dépendante des circonstances d'espèce : selon les cas, il pourra s'agir d'un contrat de travail (TERCIER, N 4484), d'un contrat d'entreprise (critiquant la possibilité d'une telle qualification : PEDRAZZINI, p. 61, et la réf.), d'un contrat de mandat (HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 7 ; TROLLER, *Kommentar*, Vorbem. zu Art. 380-393 N 31) ou d'un contrat fondé sur l'art. 393 CO (TERCIER, N 4485 : sur la qualification du contrat de commande d'une œuvre, v. également DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 881 ss). Si le contrat englobe, du côté de l'éditeur, une obligation de reproduction et de diffusion, il doit être qualifié de contrat d'édition au sens des articles 380 ss CO, nonobstant l'initiative prise par l'éditeur de commander l'œuvre (HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 7 ; PEDRAZZINI, p. 62).

⁹³⁸ HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 532-535 ; TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 13 ; en droit allemand : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 149.

⁹³⁹ En droit allemand, REHBINDER, *Urheberrecht*, N 345 et N 348, indique expressément que, malgré les nombreuses obligations qui peuvent découler du contrat pour les parties, seuls les devoirs de « cession » (pour l'auteur), de reproduction et de diffusion (pour l'éditeur) sont considérés comme des éléments essentiels du contrat ; v. également SCHMAUS, p. 69, et les réf., et p. 70, et les réf.

⁹⁴⁰ Sur cette notion, v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 2.1 (p. 124 s.).

⁹⁴¹ L'auteur aurait la charge de reproduire sa création.

⁹⁴² TERCIER, N 4479.

- si l'article 380 CO ne contenait pas la règle – implicite⁹⁴³ – exigeant de l'éditeur qu'il effectue la reproduction et la diffusion de l'œuvre à son propre compte, on ne pourrait plus parler de contrat d'édition au sens des articles 380 et suivants CO, mais il serait question d'un contrat d'édition en commission⁹⁴⁴ (ou contrat d'édition à compte d'auteur⁹⁴⁵). Dans ce cas, l'éditeur s'oblige bien à reproduire l'œuvre (obligation de résultat) et à la diffuser (obligation de moyens)⁹⁴⁶. Mais, ce contrat se distingue du contrat d'édition en ce sens que l'auteur prend à sa charge le risque financier de l'entreprise⁹⁴⁷, ou en tout cas la part essentielle⁹⁴⁸. Il peut également être question d'un contrat de société (art. 530 ss CO)⁹⁴⁹, si les parties unissent leurs efforts en vue de la reproduction et de la diffusion de l'œuvre⁹⁵⁰, en particulier si les frais et les bénéfices sont répartis entre l'auteur et l'éditeur sur la base de l'article 533 alinéa 1 CO⁹⁵¹.

4.2. Pratique de l'édition

Les devoirs de l'éditeur au sens de l'article 380 CO se différencient de ceux qui sont admis en général dans la pratique de l'édition. Selon celle-ci, l'activité de l'éditeur ne se résume pas à une activité de reproduction et de diffusion mais englobe également un travail éditorial – fonction de tri et de sélection parmi les œuvres proposées par les auteurs – considéré comme essentiel⁹⁵².

⁹⁴³ V. ci-dessous, Chapitre 3, pt. 2 (p. 150 s.).

⁹⁴⁴ En ce sens, en droit allemand : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 173 ; VOGEL, *Entwicklung*, p. 1237.

⁹⁴⁵ ENGEL, *Contrats*, p. 468.

⁹⁴⁶ TERCIER, N 4478.

⁹⁴⁷ HILTY, *Vorbemerkungen zu Art. 380-393* N 8 ; PEDRAZZINI, p. 61 ; TROLLER, *Kommentar, Vorbem. zu Art. 380-393* N 32 ; TACHE, p. 156.

⁹⁴⁸ HILTY, art. 388 N 1 ; CRCO-I, CHERPILLOD, *Iniro*, art. 380-393 N 2 ; selon les circonstances, cela pourra être le cas dans l'hypothèse où l'auteur fait usage d'un *portail de vente numérique* (l'auteur place son œuvre numérique sur le site d'un éditeur. Depuis ce dernier, les lecteurs peuvent effectuer les téléchargements de l'ouvrage. V. à ce sujet, JÉHANNO, p. 73) mis à disposition par un éditeur ou un libraire en ligne, en prenant à sa charge les coûts de reproduction et de diffusion ; à noter qu'en cas de *mise en ligne directe* (autopublication), il n'est pas question d'un contrat d'édition en commission. La seule relation contractuelle existante est nouée entre l'auteur et l'hébergeur du site (sur lequel l'auteur projette de mettre son œuvre à disposition des lecteurs).

⁹⁴⁹ On parle d'édition en société. V. TERCIER, N 4480.

⁹⁵⁰ TACHE, p. 157.

⁹⁵¹ Pour les détails, v. TERCIER, N 4480.

⁹⁵² V. Rapport CORDIER, « Livre et édition. Réaffirmer le caractère essentiel du travail éditorial » ; JÉHANNO, p. 72 ; v. également ci-dessus, Titre II, Chapitre 3, pt. 2.2.1 (p. 29).

5. Parties au contrat

ALOÏS TROLLER estime que les éléments essentiels comprennent les parties au contrat⁹⁵³, soit l'auteur et l'éditeur. A notre sens, si l'indication des parties – en tant qu'éléments essentiels – est nécessaire dans le cadre de la conclusion du contrat (celui-ci doit être conclu entre deux personnes et donc nommer celles-ci), elle ne revêt pas un sens propre lors de l'examen de la règle définitoire du contrat d'édition. Le fait qu'il y ait un auteur et un éditeur ne peut être considéré, en soi, comme un élément essentiel. Les parties ne représentent pas un élément supplémentaire caractéristique du contrat d'édition. L'auteur n'est « que » la personne ayant créé une œuvre littéraire ou artistique et « cédé » celle-ci. Il est englobé – implicitement – au cœur de ce dernier élément essentiel. L'éditeur, quant à lui, n'est défini « que » par son devoir contractuel de reproduction et de diffusion⁹⁵⁴ et est, par conséquent, déjà intégré – implicitement – dans le cadre de ce dernier élément essentiel.

Ainsi, les notions d'auteur et d'éditeur, en elles-mêmes, ne peuvent être considérées comme des éléments essentiels du contrat d'édition.

6. Honoraires

Il ressort de la règle définitoire que « les honoraires, la promesse d'honoraires et leur montant, ne font pas partie des essentialia negotii »⁹⁵⁵. L'existence d'un contrat d'édition est donc indépendante de la question d'un paiement à l'auteur de l'œuvre reproduite et diffusée par l'éditeur⁹⁵⁶.

A cet égard, il est intéressant d'observer que le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, à l'origine du Titre douzième du Code des obligations⁹⁵⁷, contenait, à son paragraphe 1599 (règle définitoire du contrat), l'obligation pour l'éditeur de verser des honoraires à l'auteur⁹⁵⁸. La doctrine a cependant toujours refusé de considérer le versement d'honoraires comme un élément essentiel du contrat d'édition⁹⁵⁹.

⁹⁵³ Intégrées par TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 2-5, dans les éléments essentiels du contrat d'édition.

⁹⁵⁴ En ce sens : TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 4.

⁹⁵⁵ ENGEL, *Contrats*, p. 473 ; en ce sens : REHBINDER, N 166 ; CRCO-I. CHERPILLOD, art. 380 N 8 ; TROLLER, *Manuel*, p. 713.

⁹⁵⁶ Idem en droit allemand : SCHRICKER, § 14 N 1 ; SCHACK, N 994 ; SCHMAUS, p. 71.

⁹⁵⁷ A ce sujet v. ci-dessus, Titre II, Chapitre I, pt. 2.2 (p. 11 s.).

⁹⁵⁸ Relevant cette particularité : REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 267.

⁹⁵⁹ V. REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 267.

7. Conclusion

Le contrat d'édition est donc composé des trois éléments essentiels suivant :

- l'objet du contrat, soit l'œuvre littéraire ou artistique ;
- le devoir de « cession » de l'auteur ;
- les devoirs de reproduction et de diffusion de l'éditeur, à son propre compte.

Notre modèle méthodologique devra être appliqué à ces trois éléments.

Chapitre 3. Comparaison avec le droit allemand

1. Article 380 CO et paragraphe 1 VeriG

Nous avons indiqué précédemment dans notre travail que l'examen du Titre douzième du Code des obligations serait effectué dans une approche de droit comparé⁹⁶⁰, en mettant un accent particulier sur le droit allemand. La référence aux paragraphes 1 et suivants VeriG est un réflexe bien « naturel » : les règles définitoires de chacune des réglementations (suisse et allemande) frappent en effet par leur proximité⁹⁶¹.

Il suffit de lire l'article 380 CO et le paragraphe 1 VeriG pour se rendre compte de la similarité des réglementations suisse et allemande relatives au droit d'édition et de l'opportunité d'une comparaison entre les deux droits nationaux⁹⁶².

Les trois versions (française, allemande et italienne) de l'article 380 CO se présentent comme suit (avec la note marginale) :

« A. Définition. Le contrat d'édition est un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants cause s'engagent à la céder à un éditeur, qui s'oblige à la reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public. »

« A. Begriff. Durch den Verlagsvertrag verpflichten sich der Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werkes oder seine Rechtsnachfolger (Verlaggeber), das Werk einem Verleger zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen, der Verleger dagegen, das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen. »

⁹⁶⁰ Titre I, pt. 5 (p. 6 s.).

⁹⁶¹ Pour les différences, v. ci-dessous, pt. 2 (p. 150 s.).

⁹⁶² En tout cas en ce qui concerne la comparaison des règles obligationnelles de chacune des réglementations. S'agissant du droit d'auteur, la comparaison n'est pas toujours heureuse puisque les deux droits nationaux sont fondés sur des systèmes différents (théorie moniste pour l'Allemagne, dualiste pour la Suisse). V. HILTY, Vorhem. zu Art. 380-393 N 2. Pour les détails, v. HILTY, *Handbuch*, § 52 N 84 ss. et les réf. Notre analyse ne vise que le caractère obligationnel du Titre douzième du Code des obligations.

« A. Definizione. Il contratto d'edizione è quello per cui l'autore di un'opera letteraria, o artistica, o i suoi aventi causa, si obbligano a concedere quest'opera a un editore perché la pubblichi, e l'editore si obbliga a riprodurla e metterla in vendita. »

Le paragraphe 1 VerlG dispose ce qui suit (avec la note marginale) :

« Inhalt des Verlagsvertrags. Durch den Verlagsvertrag über ein Werk der Literatur oder der Tonkunst wird der Verfasser verpflichtet, dem Verleger das Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen. Der Verleger ist verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten. »

2. Observations

Outre les questions de style, on remarque les différences suivantes⁹⁶³ :

- alors que le droit suisse se réfère aux œuvres littéraire et artistique (objet du contrat), le droit allemand parle des œuvres littéraire et musicale. La présente thèse traitant uniquement des œuvres littéraires⁹⁶⁴, cette différence n'a aucune incidence sur notre étude ;
- l'article 380 CO mentionne les ayants cause. Cela n'est pas le cas du paragraphe 1 VerlG. Il ne faut pas déduire un silence qualifié dans la réglementation allemande. Bien que non expressément intégrés au paragraphe 1 VerlG, les ayants cause peuvent être partie au contrat avec l'éditeur⁹⁶⁵ ;
- le paragraphe 1 VerlG, par deux fois, fait mention de l'obligation imposée à l'éditeur de reproduire et de diffuser l'œuvre : une première fois afin de préciser que le transfert de l'œuvre par l'auteur a lieu pour que l'éditeur la reproduise et la diffuse ; une seconde fois afin d'indiquer les devoirs de l'éditeur. Si cette double mention n'est pas présente dans la traduction française de l'article 380 CO, elle apparaît au cœur des versions allemande et italienne⁹⁶⁶. Ces dernières représentent à notre sens les traductions les plus claires, les plus conformes au sens à donner à l'article 380 CO, donc celles à retenir⁹⁶⁷. Sur ce point, la similarité avec le paragraphe 1 VerlG est donc parfaite ;
- seul le droit allemand précise que l'éditeur reproduit et diffuse l'œuvre à son propre compte (*für eigene Rechnung*). La différence avec le droit suisse n'est en

⁹⁶³ Nous nous bornons pour l'instant à énumérer ces différences. Celles-ci seront reprises de manière ponctuelle dans la suite de ce travail.

⁹⁶⁴ Pour cette limitation, v. ci-dessus, Titre I, pt. 4.1 (p. 5).

⁹⁶⁵ Pour les détails, v. SCHRICKER, § 1 N 25 ; afin de simplifier la lecture du texte, nous ne mentionnerons que l'auteur dans la suite de ce travail.

⁹⁶⁶ Nous verrons ci-dessous, Chapitre 5, pt. 2.3.2.ca) (p. 170 ss), l'importance de cette répétition.

⁹⁶⁷ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 2.3 (p. 48).

fait qu'apparente. La doctrine précise en effet que ce dernier contient implicitement – et logiquement – cette précision⁹⁶⁸ ;

- la version française de l'article 380 CO dispose que l'éditeur doit répandre l'œuvre dans le public. La doctrine romande parle du devoir de *diffusion* de l'éditeur⁹⁶⁹. Les traductions allemande et italienne font référence à la vente. Le paragraphe 1 VerlG utilise la notion de *distribution* (*Verbreitung, verbreiten*). La différence de terminologie n'indique certainement pas une différence dans l'activité de l'éditeur. D'ailleurs, la doctrine suisse use fréquemment de la notion de *distribution* (*Verbreitung*)⁹⁷⁰. Dans la suite de ce travail, nous parlerons, lorsqu'il sera question du droit suisse, du devoir de *diffusion* de l'éditeur – terminologie employée par les auteurs romands – afin de ne pas induire le lecteur en erreur⁹⁷¹. En parlant du droit allemand, nous ferons référence à la *distribution* ;
- l'article 380 CO donne plus de précisions que le paragraphe 1 VerlG s'agissant du nombre d'exemplaires à reproduire (« *en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* »). Comme nous le verrons ci-dessous⁹⁷², il ne s'agit là que d'une différence portant sur un détail.

Il ressort de la présentation de ces différences qu'elles sont fondées – en tout cas en ce qui concerne l'objet de notre analyse – avant tout sur des questions de terminologie et de rédaction (selon les cas, élément manquant mais contenu implicitement dans le cadre de la réglementation).

⁹⁶⁸ V. ci-dessous. Chapitre 6, pt. 2.1 (p. 177).

⁹⁶⁹ V. par exemple CRCO-I, CHERPILLOD, art. 380 N 8.

⁹⁷⁰ V. par exemple HILTY, art. 384 N 11 (*Verbreitung*), art. 383 N 3 (*verbreiten*) ; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 787, assimile expressément le terme *Verbreitung* à la notion *in Vertrieb zu setzen*.

⁹⁷¹ L'utilisation de la notion de *diffusion* offre un avantage et un inconvénient :

- avantage : elle permet de distinguer, d'un côté, le devoir imposé à l'éditeur à l'art. 380 CO et, d'un autre côté, la prérogative de l'auteur dont il est question à l'art. 10 al. 2 *lit. b* LDA (droit de distribution : *Verbreitungsrecht*). En droit allemand, la simple lecture de la VerlG et de la UrhG ne permet pas une telle distinction. Il est question de *distribution* aussi bien au § 1 VerlG qu'au § 15 al. 1 ch. 2 UrhG (*verbreiten, Verbreitung, Verbreitungsrecht*) ;
- inconvénient : elle peut également induire en erreur. La notion de *diffusion* est utilisée en principe en lien avec la radio et la télévision (art. 10 al. 2 *lit. d* LDA : droit de diffusion : *Senderecht*).

⁹⁷² Chapitre 6, pt. 4.2. f. b) (p. 182).

Chapitre 4. L'objet du contrat d'édition : l'œuvre littéraire (ou artistique⁹⁷³)

1. Notion concrète

L'interrogation soulevée ici est celle de savoir si une œuvre littéraire numérique est toujours appréhendée par la notion légale d'*œuvre littéraire* (art. 380 CO).

La notion concrète analysée est donc l'*œuvre littéraire numérique* (ci-dessous : œuvre numérique). Il faut comprendre par là l'œuvre littéraire créée dans le contexte de la publication numérique⁹⁷⁴. C'est-à-dire l'œuvre littéraire :

- imprimée à l'aide d'une presse numérique, et/ou ;
- publiée sous la forme de CD-ROMs, et/ou ;
- faisant l'objet d'une impression *on demand*, et/ou ;
- faisant l'objet d'un transfert *on-line*.

2. Œuvre littéraire – sens littéral possible

2.1. Lecture de l'article 380 CO

La simple lecture de l'article 380 CO, au cœur duquel la notion d'*œuvre littéraire* est intégrée, n'offre aucune information utile aux fins de préciser le sens littéral de cette notion légale.

Les traductions allemande et italienne de l'article 380 CO – contenant les notions légales *literarisches Werk*, respectivement *opera letteraria* – n'apportent pas d'indice susceptible de comprendre de manière plus précise la notion d'*œuvre littéraire*.

2.2. Références historiques et linguistiques

En ce qui concerne la signification historique de la notion d'*œuvre littéraire*, il faut remonter jusqu'au PGB de 1855⁹⁷⁵ pour apprendre que BLUNTSCHELI donnait un sens très large au paragraphe 1599 PGB qui traitait des mêmes objets (*literarisches oder künstlerisches Werk*) que l'actuel article 380 CO. BLUNTSCHELI interprétait le paragraphe 1599 PGB en ce sens que tout ce qui pouvait être l'objet d'une édition – c'est-à-dire, tout ce qui était propre à être publié – pouvait faire l'objet d'un contrat d'édition⁹⁷⁶.

⁹⁷³ V. notre remarque, ci-dessus, Titre I, pt. 4.1 (p. 5).

⁹⁷⁴ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2 (p. 16 ss).

⁹⁷⁵ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre I, pt. 2.2 (p. 11 s.).

⁹⁷⁶ Commentaire rapporté par REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 267 s.

Le sens actuel – également très large – correspond en substance à celui donné par BLUNTSCHLI⁹⁷⁷.

Tant la signification historique que le sens actuel retenus procèdent d'une compréhension technique (juridique) de la notion légale. Le sens usuel – qu'il soit historique ou actuel – est en effet un peu plus restreint puisque l'exigence d'esthétisme semble être indissociable du sens usuel de la notion d'*œuvre littéraire* (*littérature*)⁹⁷⁸. Il n'englobe certainement pas toutes les œuvres destinées à être publiées. Les œuvres scientifiques, par exemple, sont à l'évidence exclues par la signification usuelle de la notion légale⁹⁷⁹. On constate que le sens technique retenu pour la notion d'*œuvre littéraire* (art. 380 CO) est parfaitement intégré au cœur de notre système juridique, en particulier en rapport avec l'article 2 alinéa 1 LDA. Cette dernière disposition accorde également une signification technique à la notion d'*œuvre (littéraire)* puisque le critère de la valeur esthétique n'est pas déterminant pour la qualification de l'œuvre protégée par le droit d'auteur⁹⁸⁰.

Il est inutile d'aller plus loin dans l'analyse afin de définir sur la base de quelles références le sens de la notion légale doit être donné. Il suffit de constater qu'aucune des références ne sous-entend que l'*œuvre littéraire* est indissociable d'un support déterminé (papier ou autre) ou rattachée à une technique d'impression particulière. Cela est logique dans la mesure où l'*œuvre littéraire* est définie en référence à son contenu⁹⁸¹ et non pas, comme cela est le cas pour le livre⁹⁸², en

⁹⁷⁷ V. CRCO-I, CHERPILLON, art. 380 N 3 : « N'importe quelle œuvre peut faire l'objet d'un contrat d'édition. » ; comparer avec les explications données par BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 7.

⁹⁷⁸ Le Grand Robert de la langue française. 2^e éd., tome 4, Paris 2001, p. 868 : « Les œuvres écrites, dans la mesure où elles portent la marque de préoccupations esthétiques reconnues pour telles dans le milieu social où elles circulent ; les connaissances, les activités qui s'y rapportent » ; « L'ensemble des œuvres, des textes littéraires ».

Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, tome 10, Paris 1873, p. 577 : « Connaissance des belles-lettres ; science de l'écrivain (...) » ; « Ensemble des productions des écrivains d'une nation, d'un pays, d'une époque : (...) » (v. les nombreuses explications, p. 577 ss).

⁹⁷⁹ Selon les explications données ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 3.2.6.d), p. 67, la notion d'*œuvre littéraire* est certainement trompeuse pour les justiciables. Comme nous le verrons ci-dessous, Chapitre 5, pt. 2.3.1.a), p. 164, le Titre douzième du Code des obligations est adressé à tous les justiciables, et non seulement à un cercle de destinataires déterminé. Il s'agit donc de rechercher le sens littéral usuel possible de la notion légale d'*œuvre littéraire*. Or, cette signification exclut un certain nombre d'œuvres (par exemple, les œuvres scientifiques) pourtant comprises dans le sens technique de la notion légale. Comparer avec ENGEL, *Contrats*, p. 465 : « En ce qui concerne l'objet du contrat, la définition légale de l'art. 380 est trop étroite ; l'édition peut porter sur autre chose qu'une œuvre littéraire ou artistique. Les produits d'une activité informative journalistique, scientifique peuvent être édités ». Cette affirmation démontre que ENGEL comprend la notion d'*œuvre littéraire* selon son sens usuel et non sur la base de sa signification technique.

⁹⁸⁰ V. par exemple BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 9 s.

⁹⁸¹ Le contenu n'est pour ainsi dire pas limité selon le sens technique de la notion légale. Il est plus restreint selon le sens usuel de cette dernière en raison du critère de l'esthétisme.

fonction de son contenant⁹⁸³. L'œuvre numérique est toujours englobée par l'œuvre littéraire (contenu). La numérisation n'a aucun effet sur le contenu, mais uniquement sur le contenant⁹⁸⁴. La confection d'une œuvre sur l'ordinateur de l'auteur ne touche que le support sur lequel la création est fixée (contenant). L'impression à l'aide d'une presse numérique, la publication sous forme de CD-ROMs, l'impression *on demand* et le transfert *on-line* ne représentent que des façons d'imprimer, respectivement de communiquer l'œuvre (contenant)⁹⁸⁵. Une œuvre littéraire (contenu) n'acquiert ni ne perd ses caractéristiques propres lors d'une représentation en codes binaires⁹⁸⁶.

2.3. Analyse contextuelle

L'analyse du contexte dans lequel est située la notion légale d'œuvre littéraire ne fournit aucun indice supplémentaire permettant de définir plus précisément la notion légale.

⁹⁸² V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 1.2 (p. 14).

⁹⁸³ Comparer avec les explications de SCHAEFER, p. 3 ss, qui traite de l'information, objet des banques de données numériques : (p. 3-4) « *Die Ursache für die Schwierigkeiten in der rechtlichen Einordnung ist der geistige Charakter der Information, da diese bereits begrifflich abstrakt-unanschaulich ist ; Information ist eben kein abgegrenzter wahrnehmbarer Gegenstand* ».

⁹⁸⁴ Comparer avec LUCAS, p. 51 : « Ce qui intéresse l'auteur, en amont, et le « consommateur », en aval, c'est l'œuvre dans sa réalité analogique (...). L'auteur ne crée pas des « bits ». Et le public n'achète pas des impulsions électriques. Ce qui l'intéresse, c'est l'œuvre telle qu'il va la « consommer » ».

⁹⁸⁵ Comparer avec TISSOT, *Protection*, p. 203 : « La forme sous laquelle une œuvre est reproduite importe donc peu » et il n'est pas déterminant que sa « digitalisation » intervienne pour l'incorporer dans un compact disc, un CD-ROM ou un CD-I ou pour lui permettre de circuler sur les autoroutes de l'information » ; BÜHLER, p. 80, parlant du catalogue des différentes catégories d'œuvres de l'art. 2 al. 2 LDA : « *Festzuhalten ist jedenfalls, dass die digitale Darstellungsform eines Werkes auf seine Einordnung in den Katalog der Werkkategorien keinen Einfluss hat* » ; ein Musikstück bleibt beispielweise ein akustisches Werk, unabhängig vom (technischen) Mitteilungsträger, der durchaus variieren kann. » ; toujours BÜHLER, plus loin (p. 81) : « *Das Werk als geistiges Gut bleibt im Gegenteil von der Digitalisierung unberührt* » ; v. également les explications très claires, en droit français, données par DE BROGLIE, p. 29.

⁹⁸⁶ BÜHLER, p. 54, et p. 80 : « *Seine gattungsspezifischen Merkmale erhält ein Werk nicht durch seine Festlegung im Binärcode* » ; plus généralement, BÜHLER, p. 60 : « *Die geistigen Hervorbringungen, um die es im Internet geht, lassen sich in der Regel dem Bereich der Literatur, Wissenschaft und Kunst zuordnen. Heute ist auch auf internationaler Ebene klargestellt, dass auch Datensammlungen und Computerprogramme dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst zugerechnet werden.* » ; même conception en Allemagne : v. LOEWENHEIM, p. 283 ; LOEWENHEIM, *Probleme*, p. 832 ; comparer avec SCHMAUS, p. 77 : « *Dass der Gegenstand des E-Book-Verlagsvertrages und des Buchverlagsvertrages deckungsgleich sind, bedarf keiner tiefergehenden Erörterung ; Beide Vertragsarten hefassen sich ausschliesslich mit der Publikation von Werken der Literatur* ».

2.4. Conclusion

L'*œuvre numérique* est à l'évidence englobée par le sens littéral possible de la notion légale d'*œuvre littéraire*, peu importe la technique de publication numérique employée. Selon le modèle sémantique des trois candidats, on a affaire à un candidat positif⁹⁸⁷.

3. Œuvre littéraire – sens juridique

Les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique doivent être appliquées afin de découvrir le sens juridique de la notion d'*œuvre littéraire* et de le confronter au sens littéral possible.

3.1. Interprétation systématique

3.1.1. Devoirs de l'auteur et de l'éditeur (art. 380 CO)

S'il faut conclure plus loin dans ce travail que l'article 380 CO impose impérativement la remise (de l'auteur à l'éditeur) d'une œuvre fixée sur un support papier et la publication (reproduction et diffusion) sous la forme d'exemplaires papier, cela n'aura aucune incidence sur la notion d'*œuvre littéraire*. Cette notion est indépendante des techniques utilisées pour la « cession » de l'œuvre et pour sa publication. Pour qu'il soit question d'*œuvre littéraire* au sens de l'article 380 CO (en particulier au regard des obligations imposées aux parties), il suffit que l'œuvre puisse être « cédée » à l'éditeur au minimum sous format papier, afin que l'éditeur puisse reproduire la création de l'esprit au moins de façon traditionnelle⁹⁸⁸.

3.1.2. Articles 381 à 392 CO

Les articles 381 à 392 CO font référence, ponctuellement, à la notion d'*œuvre*. Par exemple :

- article 382 alinéa 1 CO : « *tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur ou ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune de ses parties* » ;
- article 384 alinéa 1 *in initio* CO : « *l'éditeur est tenu de reproduire l'œuvre sous une forme convenable (...)* » ;
- article 389 alinéa 1 CO : « *les honoraires sont exigibles dès que l'œuvre entière ou, si elle paraît par parties détachées (volumes, fascicules, feuilles), dès que chaque partie est imprimée et prête pour la vente* ».

⁹⁸⁷ La présente analyse ne nécessite nullement de définir si l'article 380 CO régleme-
uniquement les œuvres protégées par la LDA ou toutes les œuvres (pour plus de détails, v. ci-
dessous, Chapitre 5, pt. 1.2 [p. 159 s.]).

⁹⁸⁸ En droit allemand, comparer avec SCHRICKER, § 1 N 35.

Ces articles contribuent à définir les idées normatives à la base du Titre douzième du Code des obligations (exigence ou non de l'impression d'exemplaires papier). Nous analyserons cette question en lien avec les obligations des parties⁹⁸⁹. Celles-ci ne donnent pas un sens différent à la notion d'*œuvre littéraire*. Même s'il convient d'admettre que les devoirs des parties imposent une reproduction de l'œuvre sous format papier, la notion d'*œuvre littéraire* a toujours un sens. Comme déjà énoncé ci-dessus⁹⁹⁰, un ouvrage pouvant être reproduit de façon traditionnelle est toujours une *œuvre littéraire*.

3.2. Interprétation historique

L'interprétation historique de l'article 380 CO ne modifie pas le résultat de l'interprétation littérale. Certes, la réglementation du contrat d'édition a été pensée et rédigée au cours d'une période où seule l'impression papier existait. Mais ce contexte historique touche la reproduction (sous format papier)⁹⁹¹ et non la définition de l'*œuvre littéraire*. En ce sens, les travaux préparatoires nous apprennent que cette notion représente tout ce qui est propre à être publié, sans qu'il soit imposé une exigence de forme particulière⁹⁹².

3.3. Interprétation téléologique

3.3.1. Buts de la norme et d'une partie de la norme

S'agissant de l'analyse des buts de la norme et d'une partie de la norme, celle-ci ne permet pas d'apporter un autre indice afin de définir le sens juridique de la notion légale.

Il paraît en effet peu cohérent de rattacher un but à la norme (critère immédiat), c'est-à-dire à l'article 380 CO. Celui-ci, en lui-même, ne tend pas à une finalité déterminée, mais a pour fonction de définir un contrat, qui est par conséquent un contrat nommé. Apporter des précisions à la notion d'*œuvre littéraire* sur la base d'un – soi-disant – but relevé dans la règle définitoire serait une pure absurdité.

De même, il n'est pas possible de définir un but – propre à donner une information à la notion examinée – sur la base d'une partie de la norme. La partie de la norme « l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique » ne poursuit pas un but particulier. Elle se limite à présenter l'objet du contrat⁹⁹³.

⁹⁸⁹ V. ci-dessous, Chapitre 5 (p. 159 ss) et Chapitre 6 (p. 176 ss).

⁹⁹⁰ Pt. 3.1.1 (p. 155).

⁹⁹¹ V. ci-dessous, Chapitre 6, pt. 4 (p. 179 ss).

⁹⁹² V. ci-dessus, pt. 2.2 (p. 152).

⁹⁹³ Nous verrons ci-dessous, Chapitre 5, pt. 2.3.2.ca) (p. 170 ss), en ce qui concerne le devoir de « cession » de l'auteur, qu'une autre partie de la norme (art. 380 CO) laisse entrevoir un but bien défini et utile pour préciser le sens juridique.

3.3.2. But de la loi

Qu'en est-il du but de la loi (critère médiateur), c'est-à-dire du Titre douzième du Code des obligations ?

La finalité – ou les finalités – de la réglementation relative au contrat d'édition ne ressortent pas d'un titre ou d'un préambule. On peut néanmoins noter les deux buts suivants, en se basant sur les explications de la doctrine⁹⁹⁴ et en se fondant sur une réflexion tirée de la logique du Titre douzième du Code des obligations :

a) Offrir une protection à l'auteur

En présence d'une œuvre protégée par la LDA, les articles 380 et suivants CO ont pour but d'*offrir une protection à l'auteur* qui va céder une partie de ses prérogatives sur sa création afin de permettre à l'éditeur de reproduire et de diffuser l'œuvre⁹⁹⁵.

Lorsque l'œuvre n'est pas protégée par la LDA, le but de protection en faveur de l'auteur est toujours existant. L'auteur – et plus vraisemblablement l'ayant cause – ne possède pas de droits absolus sur l'œuvre, mais dispose d'un monopole de fait⁹⁹⁶ que les articles 380 et suivants CO tendent à protéger.

Ce but de protection est sous-entendu par quasiment tous les articles du Titre douzième du Code des obligations. L'exemple le plus frappant est l'article 381 alinéa 1 CO qui ancre dans la réglementation du contrat d'édition la théorie de la finalité. Celle-ci accorde une protection à l'auteur jusque dans les moindres détails puisque si un doute subsiste encore s'agissant des formes d'exploitation à retenir – donc également des droits à céder – il convient de trancher en faveur de l'auteur⁹⁹⁷. Cette protection ressort d'autres normes plus spécifiques : en guise d'exemple, on peut citer l'article 387 CO qui dispose que « *sauf convention contraire, le droit de traduction demeure exclusivement réservé à l'auteur et à ses ayants cause* ». Enfin, on observe que la protection de l'auteur a été expressément relevée par la jurisprudence et la doctrine. La Cour de justice civile de Genève indique à ce sujet : « *le législateur a voulu, (...), protéger les auteurs contre la dilapidation de leur patrimoine* »⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ V. ci-dessus. Titre III. Chapitre 8. pt. 3.2 (p. 99).

⁹⁹⁵ V. en ce sens, en droit allemand. SCHRICKER, Einl N 1.

⁹⁹⁶ V. à ce sujet HILTY, art. 380 N 5 ; comparer avec PEDRAZZINI, p. 67.

⁹⁹⁷ Le principe *in dubio pro auctore* est reconnu de manière quasi unanime par la doctrine. Entre autres : CHERPILLOD, *Tiularité*, p. 99 ; CHERPILLOD, *Nouvelle loi*, p. 560 ; BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 9 ; pour d'autres réf., v. LAUX, notes 412-413 ; *contra* : LAUX, *passim*, est d'avis que la théorie de la finalité n'englobe pas le principe *in dubio pro auctore* ; ce principe est reconnu en Allemagne. Entre autres : SCHRICKER, *Kommunar*, §§ 31/32 N 41 ; HERTIN, §§ 31/32 N 31 ; NORDEMANN, *Handbuch*, § 60 N 14.

⁹⁹⁸ JdT 1979, p. 333, et les réf. doctrinales.

Cette protection reste faible étant donné que le Titre douzième du Code des obligations ne contient aucune norme impérative protégeant l'auteur⁹⁹⁹, mais laisse subsister une liberté contractuelle illimitée¹⁰⁰⁰. Il s'agit néanmoins d'une protection voulue par le législateur dans le cadre d'un droit dispositif.

b) Prise en compte des intérêts de chacune des parties

De manière plus générale, la réglementation du contrat d'édition poursuit le but de *tenir compte des intérêts de chacune des parties* : soit l'intérêt de l'auteur à obtenir une certaine renommée et un revenu, à ne pas voir son œuvre modifiée et celui de l'éditeur à maintenir sa réputation, à retirer des avantages financiers¹⁰⁰¹. Le Titre douzième du Code des obligations tend à offrir une réglementation cohérente sur la base de ces intérêts¹⁰⁰², qui, bien qu'en partie similaires¹⁰⁰³, peuvent se révéler contradictoires au cours de la relation contractuelle¹⁰⁰⁴.

c) Interprétation téléologique subjective/objective

Les buts poursuivis par la loi sont similaires qu'on les considère selon la méthode téléologique subjective ou la méthode téléologique objective¹⁰⁰⁵.

Le but de protection de l'auteur – sous-entendu par la *quasi* totalité du Titre douzième du Code des obligations – n'a pas varié depuis 1881. En ce sens, on observe que le contenu de la réglementation reste inchangé à ce jour¹⁰⁰⁶.

La réglementation poursuit, depuis 1881, le but de tenir compte des intérêts de chacune des parties. Cela est toujours le cas aujourd'hui.

d) Application

Cela serait faire preuve d'une interprétation bien extensive que de préciser la notion d'*œuvre littéraire* à l'aide des buts présentés ci-dessus. Les buts du Titre douzième

⁹⁹⁹ HILTY, *Vorbem. zu Art. 380-393 N 1* ; v. également ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 13).

¹⁰⁰⁰ Comparer avec HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 579.

¹⁰⁰¹ Comparer avec TROLLER, *Kommentar. Vorbem. zu Art. 380-393, N 18 et N 24*.

¹⁰⁰² Comparer avec le but de la VeriG présenté par SCHMAUS, p. 52. SCHMAUS parle de *Normzweck*. A notre sens, il fait avant tout référence au but de la loi et non à celui du § 1 VeriG. Il indique que le *Normzweck* est d'offrir à la relation auteur/éditeur une réglementation-cadre claire, sans porter atteinte à la liberté contractuelle.

¹⁰⁰³ Juridiquement parlant, il ne s'agit que d'une apparence, le contrat d'édition se caractérisant avant tout par les intérêts divergents des parties. V. à ce sujet ci-dessus, Chapitre 2, pt. 4.1 (p. 147), où nous mettons en évidence que la poursuite d'un but commun par l'auteur et l'éditeur, dans l'union de leurs efforts ou de leurs ressources, débouche sur un contrat de société (et non plus un contrat d'édition).

¹⁰⁰⁴ TROLLER, *Kommentar. Vorbem. zu Art. 380-393, N 24* ; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 785.

¹⁰⁰⁵ Sur ces notions, v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 8, pt. 2 (p. 96 s.).

¹⁰⁰⁶ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 12).

du Code des obligations, s'ils ont trouvé écho aux articles 381 alinéa 1 et 387 CO (par exemple), n'ont aucune incidence sur les objets du contrat. Ils ne permettent donc pas d'apporter une quelconque information afin de préciser le sens juridique de la notion légale.

3.4. Conclusion

Selon le résultat donné par les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique, le sens juridique de la notion légale d'*œuvre littéraire* est toujours englobé par le sens littéral possible.

Chapitre 5. Le devoir de l'auteur

1. Introduction

1.1. L'élément essentiel

Du côté de l'auteur, l'obligation qui lui est imposée de *céder* à l'éditeur l'œuvre littéraire qu'il a créée est un élément essentiel du contrat d'édition. Le terme *céder* représente le terme légal qu'il convient d'analyser.

1.2. Questions préalables

Le terme *céder* a déjà fait couler beaucoup d'encre, notamment en ce qui concerne la protection offerte par le droit d'auteur. La problématique principale traitée par la doctrine consiste à déterminer si le terme *céder* englobe, en plus du transfert de l'œuvre (c'est-à-dire la remise de l'œuvre à l'éditeur¹⁰⁰⁷), le transfert des droits d'auteur¹⁰⁰⁸. Autrement dit, il est admis que la « cession » procède de la remise de l'œuvre à l'éditeur. La question se pose par contre de savoir si la « cession » des droits portant sur une œuvre protégée par le droit d'auteur doit être considérée comme un élément essentiel du contrat d'édition au sens de l'article 380 CO. Cette conception a été retenue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 101 II 102¹⁰⁰⁹. De nombreux auteurs soutiennent cette position¹⁰¹⁰. A l'instar de la doctrine la plus

¹⁰⁰⁷ La doctrine allemande dispose que le devoir de transfert de l'auteur comprend – outre l'obligation de remise à l'éditeur – un devoir d'autorisation vis-à-vis de ce dernier. V. à ce sujet SCHRICKER, § 1 N 57 ; SCHMAUS, p. 115-116.

¹⁰⁰⁸ En d'autres termes, il s'agit de définir la relation qui existe entre le terme *céder* de l'art. 380 CO et le *transfert des droits de l'auteur* de l'art. 381 al. 1 CO (comparer avec PEDRAZZINI, p. 59-60).

¹⁰⁰⁹ JdT 1976 I 525 (résumé).

¹⁰¹⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbemerkungen zu Art. 380-393, N 2 ; BECKER, art. 380 N 13 ; TROLLIER, *Manuel*, p. 701 ; VON BÜREN/MARBACH, N 752, 755 ; ENGEL, *Contrats*, p. 470, bien que ne prenant pas expressément position ; TERCIER, N 4467, 4486, très succinct dans le cadre de ses explications, mais citant à deux reprises l'ATF 101 II 102 (JdT 1976 I 525 [résumé]) ; selon cette conception, une œuvre non protégée par le droit d'auteur ne peut faire

récente – aujourd'hui majoritaire – nous sommes d'avis que la protection de l'œuvre par le droit d'auteur *ne doit pas* être considérée comme un élément essentiel du contrat d'édition¹⁰¹¹. En Allemagne, les paragraphes 39 et 40 VeriG prévoient expressément qu'une œuvre non protégée par le droit d'auteur peut faire l'objet d'un tel contrat¹⁰¹².

Cette problématique est intéressante et mérite certainement d'être étudiée. Néanmoins, elle n'a pas besoin d'être résolue dans le contexte de la publication numérique. Elle a trait à l'existence d'une protection – ou à l'absence de protection – par la LDA. Cette question se pose également pour une œuvre traditionnelle. Elle n'est pas spécifiquement inhérente à la publication numérique. Autrement dit, la question du droit d'auteur en tant qu'élément essentiel du contrat d'édition se pose de la même manière que l'on ait affaire à une œuvre traditionnelle ou à une œuvre numérique.

l'objet que d'un contrat d'édition *improprement dit* ; contrairement à l'affirmation de TROLLER, *Manuel*, p. 701, il ne s'agit certainement plus aujourd'hui de la doctrine majoritaire.

¹⁰¹¹ PEDRAZZINI, p. 66, est sans doute le premier auteur à avoir émis ce point de vue ; v. également BUCHER, p. 218, qui ne rejette pas expressément la construction du contrat d'édition improprement dit, mais dont les explications – indiquant la conception contraire du Tribunal fédéral – le laissent clairement percevoir ; très clair ; HULTY, art. 380 N 5, et HULTY, *Verlagsvertrag*, p. 523 ss, est le plus ardent défenseur de cette conception. Sa position a été reprise récemment par REHBINDER, *E-book-Verlagsvertrag*, p. 222, et CRCO-I, CHERPILLOD, art. 380 N 2 ; cette conception est tout à fait conforme aux explications données dans les travaux préparatoires, bien que cela ait rarement été mis en évidence. En effet, les travaux de la commission d'experts de 1908/1909 nous apprennent que les experts, suite à la proposition de BURCKHARDT, en introduisant l'expression « si l'œuvre est protégée » à l'art. 381 al. 2 CO, ont voulu distinguer l'œuvre protégée de celle qui ne l'est pas (REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 270). Par là, les experts ont laissé entendre que les contrats d'édition pouvaient porter indépendamment sur l'une ou l'autre de ces œuvres. Observant cette situation, REHBINDER, *Hundert Jahre*, note 47, apporte une précision indiscutable : si l'œuvre n'est pas protégée, le devoir de l'auteur consiste uniquement à transférer sa création. Si l'œuvre est protégée, l'auteur a en plus le devoir de transférer le droit d'auteur à l'éditeur.

Notons encore qu'un troisième courant doctrinal (minoritaire) estime que le concept sur lequel sont fondées les règles suisses relatives au contrat d'édition, ainsi que les effets de ces règles, sont conditionnés par les œuvres protégées et que ces normes ne peuvent être appliquées pour les œuvres non protégées. Les auteurs appartenant à ce courant rejettent la notion de contrat d'édition improprement dit : TROLLER, *Kommentar*, Vorbem. zu Art. 380-393 N 3 et art. 381 N 10 ; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 787-788 ; LÜDIN, p. 117 ss ; TACHE, p. 149 ss, semble partager cet avis.

¹⁰¹² La doctrine allemande – largement majoritaire – estime qu'il s'agit d'un contrat au sens du § 1 VeriG, que celui-ci doit être appliqué tel quel et qu'il n'y a pas lieu d'effectuer une application par analogie (implicitement, SCHRICKER, §§ 39/40 N 3, qui mentionne l'avis contraire de GOLDBAUM qui affirme que, dans le cas d'une œuvre non protégée par le droit d'auteur, les dispositions de la VeriG peuvent tout au plus être appliquée par analogie). SCHRICKER laisse entendre que la distinction effectuée entre les contrats d'édition *proprement* et *improprement dit* n'est soutenue que par la doctrine ancienne (SCHRICKER, §§ 39/40 N 3, p. 665 ; v. également REHBINDER, *Urheberrecht*, N 346 ; également souligné par la doctrine suisse : TROLLER, *Kommentar*, Vorbem. zu Art. 380-393 N 3).

Une autre interrogation mérite par contre d'être soumise à notre modèle méthodologique, parce qu'inhérente à la publication numérique : le terme *céder* suppose-t-il l'exigence du transfert d'une œuvre physique ?

Dans l'environnement numérique, la réponse à cette question n'aura aucune incidence au regard de deux formes de transfert de l'œuvre à l'éditeur¹⁰¹³, mais elle sera essentielle pour une troisième forme, à savoir l'envoi de l'œuvre par *e-mail* ou FTP¹⁰¹⁴.

2. Notions concrètes

Dans le contexte de la publication numérique, l'auteur peut *céder* son œuvre à l'éditeur de différentes manières :

- envoi du manuscrit ou de l'œuvre imprimée par voie postale (première notion concrète) ;
- envoi d'une disquette ou d'un CD-ROM contenant l'œuvre par voie postale (deuxième notion concrète) ;
- envoi de l'œuvre par messagerie (*e-mail*) ou FTP¹⁰¹⁵ (troisième notion concrète).

2.1. Première notion concrète : l'envoi postal du manuscrit ou de l'œuvre imprimée

L'envoi postal – ou l'acheminement par porteur – doit être mentionné dans le contexte de la publication numérique. Du côté de l'éditeur, le manuscrit qui lui a été transmis par l'auteur peut être préparé afin d'être reproduit à l'aide d'une presse numérique par exemple. Dans cette situation, nous sommes donc bien dans le contexte d'une publication numérique¹⁰¹⁶. On comprend cependant aisément que l'activité de l'éditeur n'influe pas le mode de transfert : un envoi postal reste un envoi postal indépendamment de l'activité de l'éditeur.

Peu importe de savoir si le sens littéral possible du terme *céder* intègre – ou non – l'exigence du transfert d'une œuvre physique. L'envoi postal dans le contexte de la publication numérique (notion concrète) est un transfert d'une œuvre physique. La

¹⁰¹³ V. ci-dessous, pt. 2.1 (p. 161 s.) et pt. 2.2 (p. 162 s.).

¹⁰¹⁴ V. ci-dessous, pt. 2.3 (p. 163 ss.).

¹⁰¹⁵ Pour une définition de ces deux notions, v. GRIESE/SIEBER, p. 55 ; v. également HAGE/HITZFELD, p. 39 et 41 s. ; dans les deux cas (envoi par *e-mail* et FTP), une œuvre dématérialisée (non physique) est envoyée à l'éditeur. C'est la caractéristique qui nous intéresse s'agissant du devoir de l'auteur. Ainsi, pour des raisons de simplification, nous ne parlerons ci-dessous que de l'envoi par *e-mail*, sous-entendant que les mêmes développements et conclusions s'appliquent pour le transfert de l'œuvre par FTP.

¹⁰¹⁶ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.2 (p. 18).

notion concrète correspond toujours au *Begriffskern*¹⁰¹⁷ du terme légal *céder*. Selon le modèle sémantique des trois candidats, elle représente donc un candidat positif.

Nous verrons ci-dessous que le sens juridique du terme *céder* confirme cette conclusion¹⁰¹⁸.

2.2. Deuxième notion concrète : l'envoi postal d'une disquette ou d'un CD-ROM

Après avoir rédigé son œuvre sur son propre ordinateur, l'auteur peut enregistrer ses données sur une disquette ou graver celles-ci sur un CD-ROM. Il peut alors faire parvenir ces supports de données par courrier à l'éditeur. Aujourd'hui, l'envoi postal d'une disquette ou d'un autre support de données, accompagnant le document sur lequel l'œuvre est imprimée, est de plus en plus fréquent¹⁰¹⁹.

S'agissant du support de communication, la situation est finalement similaire à celle de la remise en main propre ou de l'envoi postal de l'œuvre manuscrite ou d'un document imprimé. La création de l'esprit est matérialisée sur un support de données (disquette ou CD-ROM)¹⁰²⁰. Un exemplaire physique est donc bien transmis à l'éditeur.

Encore une fois, peu importe de savoir si le sens littéral possible du terme *céder* intègre ou non l'exigence du transfert d'une œuvre physique. L'envoi postal d'une disquette ou d'un CD-ROM (notion concrète) représente le transfert d'un exemplaire physique¹⁰²¹. La notion concrète correspond toujours au *Begriffskern* du terme légal *céder*. Ainsi, selon le modèle sémantique des trois candidats, elle représente un candidat positif.

HILTY confirme cette conclusion lorsqu'il indique, en parlant du devoir de l'auteur, que celui-ci peut transférer l'exemplaire physique d'une œuvre créée sous une forme digitale (livraison d'un support de données [disquette ou bande magnétique])¹⁰²².

¹⁰¹⁷ V. ci-dessus. Titre III, Chapitre 4, pt. 5.5.1 (p. 78).

¹⁰¹⁸ Ci-dessous, pt. 2.3.2.d) (p. 173 s.).

¹⁰¹⁹ V. l'art. 4.1.3. du *Musier-Verlagsvertrag für belletristische Werke* ; comparer avec le § 4 al. 6 du *Verlagsvertrag über ein wissenschaftliches Werk*, in : *Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke (Fassung 2000)* (v. SCHRICKER, Anh 2, p. 785) ; aux Etats-Unis : PLEISTER, p. 201 ; au sujet de la pratique allemande : PLEISTER, p. 202 ; en France, SCHUWER, p. 332, affirme que le 95 % des textes d'ouvrages documentaires, scientifiques, techniques, est transmis à l'éditeur sur disquette.

¹⁰²⁰ BEUTLER, p. 20, parle expressément de supports de données matériels (« (...) auf materiellen Datenträgern. »).

¹⁰²¹ Comparer avec DE WIERA, *Protection*, p. 62, qui, en parlant de la confection d'exemplaires physiques de l'œuvre, donne comme exemple les supports de données.

¹⁰²² HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 530.

Nous verrons ci-dessous que le sens juridique du terme *céder* confirme cette conclusion¹⁰²³.

2.3. Troisième notion concrète : l'envoi de l'œuvre par messagerie électronique

L'envoi d'un *e-mail* auquel l'œuvre est jointe – procédé de plus en plus utilisé¹⁰²⁴ – est plus problématique. Il ne peut être assimilé sans autre aux cas présentés ci-dessus. La création de l'esprit n'est ni imprimée, ni même matérialisée sur un support de données¹⁰²⁵. On ne peut donc parler de remise d'un exemplaire physique de l'œuvre.

S'agissant des deux notions concrètes présentées ci-dessus, il importait peu de savoir si le sens littéral possible du terme *céder* intègre l'exigence du transfert d'une œuvre physique, puisque dans les deux cas, le transfert d'un objet physique a lieu. Cela n'est plus le cas pour l'envoi de l'œuvre par messagerie électronique. Il est donc essentiel de définir le sens littéral possible du terme légal *céder*.

2.3.1. Recherche du sens littéral possible du terme *céder*

a) *Lecture de la loi et références linguistiques*

Aux termes de l'article 380 CO, il appartient à l'auteur de l'œuvre de s'engager à la *céder* à un éditeur, celui-ci s'obligeant à la reproduire et à la répandre dans le public.

A première vue, l'article 380 CO ne donne pas d'indication particulière sur le sens du terme *céder*. L'article définitoire du contrat d'édition ne contient aucune définition – ni même de précision – au sujet de ce terme.

La difficulté ne consiste pas à définir si le terme *céder* est utilisé selon son sens usuel ou selon sa signification technique (juridique). Le sens usuel doit être retenu. Certes, la version française (*céder*) rappelle les articles 164 et suivants CO. Cette terminologie est utilisée en général en rapport avec la cession du droit d'auteur¹⁰²⁶. Elle suggère un sens technique (juridique). Nous avons cependant vu ci-dessus¹⁰²⁷, que – selon la conception que nous avons retenue – le transfert du droit d'auteur n'est pas un élément essentiel du contrat d'édition au sens de l'article 380 CO. La terminologie française est donc peu rigoureuse. Les versions allemandes (*überlassen*) et italienne (*concedere*) donnent un sens usuel au terme légal (simple remise de l'œuvre à l'éditeur).

¹⁰²³ Ci-dessous, pt. 2.3.2.d) (p. 173 s.).

¹⁰²⁴ En 1997 déjà, SCHÜWER, p. 332, indique que « l'envoi des textes par courrier électronique tend également à s'imposer ».

¹⁰²⁵ WITTGENSTEIN, p. 6 : « Wichtig ist, dass die E-mail nicht physisch verschickt wird, wie dies bei einem normalen Brief der Fall ist ».

¹⁰²⁶ HILTY, *Verlagsvertrag*, note 34.

¹⁰²⁷ Pt. 1.2 (p. 159 s.).

Les termes employés depuis 1881 confirment la signification usuelle du terme *céder*. L'article 372 du Code des obligations de 1881 imposait à l'auteur de remettre son œuvre à un éditeur¹⁰²⁸. Cette terminologie ne revêt à l'évidence aucune connotation technique, mais est au contraire destinée à être comprise par un cercle de destinataires très large. D'ailleurs, l'ensemble de l'article 372 est écrit dans une perspective didactique¹⁰²⁹.

De manière générale, l'emploi des notions usuelles est nécessaire à la bonne compréhension des destinataires des normes du Titre douzième du Code des obligations¹⁰³⁰. La réglementation légale (art. 380 ss CO) s'adresse à un cercle de destinataires très étendu. Elle n'est pas destinée à un groupe déterminé de personnes¹⁰³¹. Chaque justiciable est susceptible d'écrire et de faire appel à un éditeur. Les auteurs et éditeurs exercent des activités fort différentes nécessitant des connaissances et des compétences très diverses. On ne peut raisonnablement parler de personnes appartenant à la même branche. L'auteur n'a souvent aucune connaissance du milieu de l'édition. Le caractère protecteur du Titre douzième du Code des obligations¹⁰³² est révélateur. Si l'auteur a besoin de protection (aussi faible soit-elle¹⁰³³), c'est bien parce que les parties n'appartiennent pas à la même branche et que les « forces » en présence sont différentes¹⁰³⁴.

b) Références historique/actuelle

Le terme usuel *céder* est par contre fortement influencé par la période au cours de laquelle il est utilisé.

ba) Référence historique

Le sens usuel historique du terme *céder* indique le transfert d'une œuvre physique. Les travaux préparatoires ne donnent certes pas d'indication expresse quant à la forme du transfert. Mais si on considère la période durant laquelle la réglementation du contrat d'édition a été pensée, rédigée, puis révisée¹⁰³⁵, on peut fort logiquement préciser que le terme *céder*¹⁰³⁶ suppose implicitement la remise d'une œuvre physique.

¹⁰²⁸ FF 1881 III 146.

¹⁰²⁹ Le terme *publier* est défini au cœur de l'article 372.

¹⁰³⁰ V. cependant ci-dessus, Chapitre 4, pt. 2.2 (p. 153), le sens retenu de la notion d'*œuvre littéraire* (v. notre commentaire à la note 979).

¹⁰³¹ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 3.2.6.b) (p. 65), la mention des groupes suivants : pharmaciens, ingénieurs, chasseurs, avocats.

¹⁰³² V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.3.2.a) (p. 157 s.).

¹⁰³³ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.3.2.a) (p. 158).

¹⁰³⁴ Comparer avec HILTY, *Vorber. zu Art. 380-393 N I*.

¹⁰³⁵ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 11 s.).

¹⁰³⁶ *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, tome 3, Paris 1867, p. 665 : « Abandonner, laisser, livrer ».

bb) Référence actuelle

Cette exigence de forme est liée à une époque désormais révolue. Comme nous avons pu le voir précédemment dans notre travail, les transferts peuvent aujourd'hui porter sur n'importe quelles données (physiques [en particulier, papier] ou numériques). La signification actuelle du terme légal *céder*¹⁰³⁷ n'est donc plus liée au transfert d'un exemplaire physique de l'œuvre.

bc) Argumentation

Le choix de la référence est donc essentiel. A quel contexte – historique ou actuel – donner la préférence ?

Dans la mesure où notre système méthodologique n'offre aucun ordre de priorité bien établi entre les méthodes historique objective et actuelle objective – et donc entre les références historique et actuelle, il est nécessaire d'examiner les arguments permettant d'appuyer chacune des méthodes.

Donner la priorité à la référence historique revêt l'avantage de respecter strictement le texte légal tel qu'il a été conçu par le législateur au cours d'une période déterminée. Cela n'est néanmoins pas satisfaisant. Les arguments suivant plaident pour la prise en compte de la référence actuelle :

Changement de circonstances depuis l'élaboration de la loi

Premièrement, tant la méthode proposée par KRAMER que celle dictée par MEIER-HAYOZ¹⁰³⁸ conduisent à prendre en compte le sens actuel du terme *céder* :

- selon la méthode actuelle objective, le sens de la loi doit être recherché dans le présent, au moment de l'application du texte légal, compte tenu des circonstances actuelles¹⁰³⁹. D'après KRAMER, la référence aux travaux préparatoires n'est pas exclue. Cependant, en l'espèce, les travaux préparatoires ne revêtent pas un poids tel qu'il convient de se distancer du sens actuel. Les changements intervenus depuis le XIX^e siècle (on pourrait même dire le XV^e siècle !¹⁰⁴⁰) sont fondamentaux (passage d'un contexte fondé sur le papier à celui basé sur la technique numérique). La loi interprétée n'est pas des plus récentes. Et c'est un euphémisme... ;
- la méthode proposée par MEIER-HAYOZ indique certes qu'il faut se fonder sur le sens de la loi tel qu'il peut être déduit de l'histoire de celle-ci. MEIER-HAYOZ précise néanmoins que des motifs objectifs peuvent obliger l'interprète à se distancer de la signification historique. En l'espèce, ces motifs relèvent de

¹⁰³⁷ Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 1, Paris 2001, p. 2025 : « Abandonner, laisser (...) à qqn ».

¹⁰³⁸ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 57).

¹⁰³⁹ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 3.2.4.a) (p. 53 s.).

¹⁰⁴⁰ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 1 (p. 9).

l'évidence. Le changement de situation peut aisément être prouvé¹⁰⁴¹. A la fin du XIX^e siècle, de même que lors des révisions de 1912 et 1936, le législateur a conçu, puis révisé, une réglementation légale en se fondant sur une technique datant du XV^e siècle. Au l'aube du troisième millénaire, la technique numérique fait partie des habitudes du monde de l'édition. Elle est ancrée dans notre réalité¹⁰⁴², dans notre vie même¹⁰⁴³, et tend à se développer encore dans les années à venir. Si le législateur d'antan avait dû prendre position à l'heure actuelle¹⁰⁴⁴, il n'aurait certainement pas limité le transfert de l'auteur à l'éditeur en imposant une exigence de forme à l'œuvre objet du contrat.

Destinataires de la loi

Deuxièmement, le terme *céder* représente un terme non spécifiquement technique¹⁰⁴⁵. Il est donc particulièrement important que les *destinataires de la norme* ne soient pas trompés par le sens du mot *céder*¹⁰⁴⁶. Aujourd'hui, il paraît peu probable que les destinataires de la norme déduisent une exigence formelle liée au devoir de l'auteur (art. 380 CO). Ainsi, la bonne compréhension du terme *céder* par ces destinataires suppose de l'interpréter en fonction de sa référence actuelle et non selon le sens donné par le législateur d'antan¹⁰⁴⁷.

bd) Contexte

Le terme *céder* n'est défini nulle part au cœur du Titre douzième du Code des obligations (contexte linguistique)¹⁰⁴⁸. On remarque par contre que le contexte immédiat dans lequel il est situé n'est pas le même selon qu'on se réfère à la version française de l'article 380 CO ou aux traductions allemande et italienne. Seules ces dernières exposent clairement que l'auteur s'oblige à céder l'œuvre à l'éditeur *dans le but que celui-ci la publie*¹⁰⁴⁹. Il s'agit là d'un contexte particulier

¹⁰⁴¹ Sur ce critère, v. ci-dessus, Titre III. Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 57).

¹⁰⁴² Parlant de la publication numérique : FANTAPPIÉ ALTABELLI, p. 17 : « Online-Publikation werden immer mehr zum Alltag gehören ».

¹⁰⁴³ STEVE JOBS, patron et fondateur d'APPLE, parle aujourd'hui de la « vie numérique », Bilan, p. 161 ; comparer avec HOFFMANN, p. 55 : « Das Internet ist heute Alltagsmedium geworden und hat Berufsleben und Ausbildung verändert ».

¹⁰⁴⁴ V. MEIER-HAYOZ, art. 1 N 155.

¹⁰⁴⁵ Tant d'un point de vue historique que d'un point de vue actuel. V. ci-dessus, a) (p. 163 s.).

¹⁰⁴⁶ V. ci-dessus, Titre III. Chapitre 4, pt. 3.2.6.d) (p. 67).

¹⁰⁴⁷ Sur le cercle très étendu que représentent ces destinataires, v. ci-dessus, pt. a) (p. 164).

¹⁰⁴⁸ V. HILTY, art. 380 N 10 : « Der Begriff der Überlassung des Werks wird dabei nirgends genauer umschrieben ».

¹⁰⁴⁹ Texte allemand : « Durch den Verlagsvertrag verpflichten sich der Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werkes oder seine Rechtsnachfolger (Verlaggeber), das Werk einem Verleger zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen. (...) » ; texte italien : « Il contratto d'edizione è quello per cui l'autore di un'opera letteraria, o artistica, o i suoi aventi causa, si obbligano a concedere quest'opera a un editore perché la pubblichi, (...) » ; très clair en ce sens : MATINÉ, p. 142 ; comparer avec VON BÜREN/MARBACH, N 753.

puisque'il contient le but du devoir de l'auteur. L'analyse logique¹⁰⁵⁰ du contexte en tant que tel n'apporte pas d'indice propre à préciser le sens littéral du terme *céder*. Elle permet de comprendre la raison du transfert de l'œuvre, mais pas de saisir si la « cession » doit porter sur une œuvre intégrée dans une forme particulière. Il en ira différemment de l'interprétation téléologique¹⁰⁵¹ – et non plus de l'étude du contexte – dans le cadre de laquelle il s'agira de rechercher le comportement que la norme est censée favoriser¹⁰⁵².

La présentation des devoirs de l'éditeur doit être considérée comme appartenant au contexte immédiat du terme *céder*¹⁰⁵³. La simple lecture et l'analyse logique du contexte et en particulier de la mention des *exemplaires* de l'œuvre ne permettent pas de conclure que les devoirs de l'éditeur incorporent l'exigence d'une œuvre physique. *A priori*, il peut également être question d'*exemplaires* dans le domaine numérique.

Une analyse plus poussée des devoirs de l'éditeur, visant à définir si ceux-ci intègrent l'exigence d'une œuvre physique dépasserait la simple analyse du contexte toujours intégrée au cœur de l'interprétation littérale. Elle sera effectuée dans la recherche du sens juridique¹⁰⁵⁴.

c) *Sens littéral possible – résultat*

Si la seule lecture de l'article 380 CO ne permet pas en tant que telle de déterminer si le terme *céder* intègre l'exigence de la remise d'un exemplaire physique de l'œuvre, la signification actuelle de ce terme – sur laquelle il convient de se fonder – permet de conclure que le sens littéral possible du terme *céder* n'intègre aucune exigence de forme quant à l'œuvre transférée de l'auteur à l'éditeur.

L'envoi de l'œuvre par messagerie électronique (notion concrète) est englobé sans aucun doute par le sens littéral possible du terme *céder*. Selon le modèle sémantique des trois candidats, la notion concrète représente un candidat positif.

2.3.2. Recherche du sens juridique du terme *céder*

Il s'agit maintenant de rechercher le sens juridique du terme *céder*, soit d'appliquer les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique, afin d'observer si le sens juridique du terme *céder* intègre – ou non – une exigence de forme relative à l'œuvre transférée de l'auteur à l'éditeur.

¹⁰⁵⁰ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 2.1 (p. 47).

¹⁰⁵¹ Que nous entreprendrons ci-dessous, pt. 2.3.2.c) (p. 170 ss).

¹⁰⁵² A ce sujet, v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 8, pt. 3.1 (p. 98).

¹⁰⁵³ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 3.2.7.b) (p. 70 s.).

¹⁰⁵⁴ Ci-dessous, pt. 2.3.2 (p. 167 ss.) en particulier recherche des idées normatives (interprétation systématique) et du but de la norme (interprétation téléologique).

a) *Interprétation systématique*

aa) *Articles 380 et 381 CO*

L'article 381 alinéa 1 CO ne donne aucune information supplémentaire sur la forme du transfert de l'œuvre au sens de l'article 380 CO. Cet article, qui ancre dans la réglementation du contrat d'édition la théorie de la finalité, concerne le transfert de droits et n'appréhende pas le transfert de l'œuvre (remise de l'œuvre) en tant que tel.

L'article 381 alinéa 2 CO n'apporte pas plus d'élément. Cet alinéa ne vise pas à reprendre le devoir de l'auteur au sens de l'article 380 CO, contrairement à ce que la version française (« *Celui qui cède l'œuvre à publier...* ») peut laisser entendre. Les textes allemand et italien ne contiennent pas le terme *céder* (« *überlassen* » ; « *concedere* »), mais visent spécifiquement la question de la garantie à laquelle l'auteur est tenu sur l'œuvre.

La version française de l'article 380 alinéa 3 CO ne donne aucun indice quant à la forme de l'œuvre ayant déjà été « *cédée à un autre éditeur* ». Il en va de même des traductions allemande et italienne qui parlent d'une œuvre déjà donnée à un autre éditeur (« *gegeben* » ; « *concessa* »).

ab) *Articles 380 et 390 alinéa 2 CO*

Le devoir de l'auteur au sens de l'article 380 CO doit être analysé en comparaison avec l'obligation qui lui est imposée à l'article 390 alinéa 2 CO. Le contexte du transfert de l'œuvre de l'article 380 CO est pratiquement similaire à celui de l'article 390 alinéa 2 *in initio* CO¹⁰⁵⁵. La cohérence de la réglementation¹⁰⁵⁶ suppose une certaine unité entre ces deux dispositions.

Dans l'hypothèse où l'œuvre périclite par cas fortuit¹⁰⁵⁷ après avoir été remise à l'éditeur¹⁰⁵⁸ (devoir de l'auteur au sens de l'art. 380 CO), l'auteur – qui possède un second exemplaire de l'ouvrage – est tenu de *mettre celui-ci à la disposition de l'éditeur* (version française). Le texte français de l'article 390 alinéa 2 CO ne reprend donc pas la terminologie employée à l'article 380 CO (*céder*). Cette

¹⁰⁵⁵ HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 530.

¹⁰⁵⁶ V. ci-dessus. Titre III, Chapitre 6, pt. 1 (p. 90).

¹⁰⁵⁷ Il s'agit d'une exception à l'art. 119 CO (TERCIER, N 4530).

¹⁰⁵⁸ Par exemple : CRCO-I, CHERPILLOD, art. 390 CO N 2, qui précise (à la note 2) : « *Où si l'éditeur est en demeure de l'accepter* » ; il importe peu de savoir si l'œuvre se trouvait – au moment de la perte – chez l'éditeur ou un tiers (par exemple, un imprimeur) (v. TROLLER, *Kommentar*, art. 390 N 3) ; si l'œuvre est perdue consécutivement à la conclusion du contrat, mais antérieurement à la remise à l'éditeur, la prestation de l'auteur devient impossible. En présence d'un cas fortuit, le contrat prend fin en application de l'art. 119 CO (HILTY, art. 390 N 4 ; ENGEL, *Contrats*, p. 475), à moins que, selon une partie de la doctrine, « *l'auteur ne soit en mesure de refaire l'œuvre sans retard excessif* », auquel cas l'éditeur n'est pas tenu de verser une indemnité (v. CRCO-I, CHERPILLOD, art. 390 N 3, et la réf.).

formulation apporte une précision bienvenue : elle ne met pas en évidence le transfert de l'œuvre, mais insiste sur la finalité de celui-ci : l'éditeur doit avoir l'œuvre à sa disposition, quelle que soit la manière dont la création lui est parvenue¹⁰⁵⁹.

Ainsi, la teneur de l'article 390 alinéa 2 CO est suffisamment large pour englober l'envoi de l'exemplaire de l'œuvre par messagerie électronique.

ac) Devoirs de l'éditeur

On peut se demander si l'interprétation systématique oblige à comparer les devoirs de l'auteur et de l'éditeur. Il ne s'agit plus ici d'une simple analyse logique de ces devoirs, mais bien de l'étude du contenu matériel de la norme¹⁰⁶⁰, soit des idées normatives¹⁰⁶¹ se dégageant de celle-ci. A notre sens, il convient d'être très prudent avant d'effectuer une telle comparaison.

Il est clair que, si l'analyse des devoirs de l'éditeur débouche sur la conclusion que la publication effectuée par l'éditeur exclut la publication numérique (parce que nécessitant une impression papier traditionnelle), il semble *a priori* plus cohérent pour l'unité de la réglementation de considérer que le devoir de l'auteur est également lié au transfert traditionnel de l'œuvre. Au terme de l'analyse systématique, il conviendrait donc de conclure que le terme *céder* intègre l'exigence du transfert d'une œuvre physique.

Il ne faut néanmoins pas oublier que chacun des devoirs comprend ses propres caractéristiques. Le devoir de l'auteur correspond à une « action » déterminée, avec ses propres particularités légales, les devoirs de l'éditeur à deux « actions », indépendantes de celle de l'auteur. L'exigence de l'unité de la réglementation, de l'ensemble cohérent, ne doit pas faire fi des particularités inhérentes à chacune de ces « actions »¹⁰⁶². Comme nous le verrons ci-dessous, le devoir de l'auteur mentionne expressément le but du transfert de l'œuvre (*dans le but que celui-ci la publie*)¹⁰⁶³. Cette formulation peut autoriser le transfert d'une œuvre dématérialisée alors que la manière dont sont présentés les devoirs de l'éditeur au cœur de l'article 380 CO pourrait n'autoriser qu'une publication sur support papier. En ce sens, les explications données par la doctrine allemande sont révélatrices. SCHRICKER indique que l'envoi de l'œuvre à l'éditeur par le biais de la messagerie est admissible¹⁰⁶⁴, alors qu'il précise que le devoir de reproduction de l'éditeur

¹⁰⁵⁹ Comparer avec les explications données ci-dessous, pt. ca) (Présentation) (p. 171), en lien avec l'interprétation téléologique du terme *céder* de l'art. 380 CO.

¹⁰⁶⁰ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 6, pt. 2.2 (p. 91).

¹⁰⁶¹ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 6, pt. 2.2 (p. 91).

¹⁰⁶² Comparer avec les explications de HAUSHEER/JAUN, N 2.100, qui conseillent l'utilisation critique de la méthode systématique.

¹⁰⁶³ V. ci-dessus, pt. ca) (Présentation) (p. 171).

¹⁰⁶⁴ SCHRICKER, § 1 N 35 ; v. ci-dessus, pt. 2.3.3 (p. 174).

présenté au paragraphe 1 VerlG ne permet pas d'appréhender la publication *on-line*¹⁰⁶⁵.

La comparaison, effectuée ci-dessus, entre les articles 380 (devoir de l'auteur) et 390 alinéa 2 CO demeure par contre tout à fait cohérente. Il s'agit là toujours de la même « action », bien qu'appréhendée à des moments différents. Une unité s'impose nécessairement. On comprendrait mal que le transfert de l'article 380 CO puisse s'effectuer par le biais de la messagerie électronique et que cela ne soit pas le cas consécutivement à une perte de l'œuvre (art. 390 al. 2 CO), alors que, dans les deux cas, il s'agit de mettre une œuvre à disposition de l'éditeur afin que celui-ci la publie.

De même, il est nécessaire d'exiger une certaine unité entre les articles réglementant les « actions » de l'éditeur (par exemple, les articles 380 et 384 CO¹⁰⁶⁶, s'agissant du terme *reproduire*). A nouveau, on comprendrait mal que le terme *reproduire* de l'article 380 CO englobe la reproduction numérique (par exemple, publication *on demand*) alors que cela n'est pas le cas à l'article 384 CO.

Nous en restons là pour l'instant et partons du principe que le devoir de l'auteur ne doit pas être comparé aux devoirs de l'éditeur. Nous donnerons des explications plus précises si cela se révèle nécessaire dans la suite de notre travail, plus particulièrement s'il s'avère que la réglementation relative aux devoirs de l'éditeur, rattachée à l'édition imprimée, exclut toute publication numérique.

b) Interprétation historique

Les travaux préparatoires ne donnent aucune indication expresse sur la forme du transfert. Néanmoins, si on considère la période durant laquelle la réglementation du contrat d'édition a été pensée, rédigée, puis révisée¹⁰⁶⁷, on peut logiquement préciser que le terme *céder* suppose implicitement la remise d'une œuvre physique.

c) Interprétation téléologique

ca) But de la norme (critère immédiat)

Présentation

Le but de l'article 380 CO ne donne aucun indice décisif utile à l'interprétation du terme *céder*. Dans son ensemble, cet article qualifie le contrat d'édition en définissant les devoirs des parties, ainsi qu'en indiquant l'objet du contrat (œuvre littéraire ou artistique). Cela serait procéder d'une interprétation bien extensive que de tirer un quelconque indice du but de la norme.

¹⁰⁶⁵ SCHRICKER, § 1 N 51, p. 136-137 ; v. ci-dessous, Chapitre 6, pt. 4.6.3.a) (p. 232).

¹⁰⁶⁶ HILTY, art. 384 N 1, souligne que les devoirs de l'éditeur de l'art. 380 CO (reproduction et diffusion) sont définis plus précisément à l'art. 384 CO.

¹⁰⁶⁷ Titre II, Chapitre I, pt. 2.2 (p. 11 s.).

Il convient de s'interroger sur la finalité d'une partie de la norme, à savoir celle traitant du devoir de l'auteur (qui contient le terme *céder*). S'agissant de ce devoir, la version française de l'article 380 CO est moins parlante que les traductions allemande et italienne. Elle ne définit le but du devoir de l'auteur qu'indirectement, en mentionnant que l'éditeur s'oblige à reproduire l'œuvre cédée en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et à la reproduire dans le public. Les textes allemand et italien, quant à eux, précisent que l'auteur s'oblige à céder l'œuvre à l'éditeur *dans le but que celui-ci la publie*¹⁰⁶⁸. Suivent les devoirs de l'éditeur (devoirs de reproduction et de diffusion).

L'ajout observé dans les traductions allemande et italienne ne donne pas une précision supplémentaire s'agissant des devoirs de l'éditeur. Les devoirs de reproduction et de diffusion ressortent clairement de la suite de l'article 380 CO. La mention du but dans le texte de l'article 380 CO a pour seule fin de *préciser le devoir de l'auteur*. Dans la mesure où le législateur a pris le soin de définir le but du transfert, il convient de donner plus d'importance à ce but qu'à l'aspect formel de l'œuvre objet du transfert. En d'autres termes, indépendamment de la forme de l'œuvre, l'auteur est tenu – au regard du texte de la loi – de livrer¹⁰⁶⁹ à l'éditeur un ouvrage afin que celui-ci le publie¹⁰⁷⁰. Pour que le but puisse être atteint, il est nécessaire – et suffisant – que l'auteur remette à l'éditeur une œuvre sous une *forme appropriée* (on parle également d'exemplaire convenable¹⁰⁷¹) *en vue de la reproduction*¹⁰⁷². Il n'est donc pas question d'une forme définie. En d'autres termes, la partie de l'article 380 CO relative au devoir de l'auteur ne tend pas à obliger l'auteur à fournir son œuvre à l'éditeur sous une forme déterminée.

Le but du devoir de l'auteur est similaire, qu'on le considère selon la méthode téléologique subjective ou la méthode téléologique objective. Il n'était pas différent à l'origine de la réglementation du contrat d'édition. Le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* – duquel découle la réglementation actuelle relative au contrat d'édition – contenait, à son paragraphe 1602, l'obligation expresse de l'auteur de livrer une œuvre dans une forme adaptée à la reproduction. Le projet rédigé par la commission d'experts en 1878 soulignait expressément l'exigence de la remise de l'œuvre sous une forme appropriée en vue de la

¹⁰⁶⁸ V. note 1049.

¹⁰⁶⁹ De manière générale. BOHOUSSEAU, p. 515, parle de *délivrance* de l'œuvre.

¹⁰⁷⁰ TROLLER, *Manuel*, p. 702 : « L'objet du contrat d'édition réside en des activités – d'une part, l'engagement de l'auteur à céder une œuvre à l'éditeur aux fins de sa diffusion, (...) » et, p. 707 : PEDRAZZINI, p. 80 : « L'exemplaire remis à l'éditeur doit se prêter à la reproduction ».

¹⁰⁷¹ TERCIER, N 4496.

¹⁰⁷² BECKER, art. 381 N 2 ; PEDRAZZINI, p. 80 ; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 788 : « Die wichtigste Pflicht des Autors oder seines Rechtsnachfolgers besteht in der Aushändigung eines Werkexemplars, das als Vorbild für die vorgesehene Wiedergabe bestimmt und geeignet ist (Art. 380 OR) » : l'exemplaire convenable ne fait pas référence aux qualités intrinsèques de l'œuvre. L'auteur reste seul maître de la conception esthétique de sa création. A ce sujet, v. TACHE, p. 207-208 ; BECKER, art. 381 N 2 ; LÜDIN, p. 87.

reproduction. Cette mention a été écartée par la commission de rédaction en 1879, et n'a été reprise ni dans le Code des obligations de 1881, ni lors de la révision de 1911¹⁰⁷³. Il ne s'agit là que d'une question de rédaction. La doctrine admet que la précision introduite dans les versions allemande et italienne (« *dans le but que celui-ci la publie* ») contient – implicitement – l'exigence de la remise de l'œuvre sous une forme appropriée en vue de la reproduction¹⁰⁷⁴.

Remise de l'œuvre sous une forme appropriée

Nous avons vu ci-dessus que la règle définitoire du contrat d'édition n'exige pas la livraison d'une œuvre physique à l'éditeur. L'exigence est plus souple et correspond au but du contrat d'édition (la publication de l'œuvre par l'éditeur) : l'auteur a l'obligation de livrer sa création sous une forme appropriée en vue de la reproduction. L'emploi de la technique numérique permet à l'auteur de respecter cette dernière condition encore mieux qu'auparavant, lorsqu'il faisait parvenir un simple manuscrit¹⁰⁷⁵ à l'éditeur. La doctrine précise que la remise d'un exemplaire convenable en vue de la reproduction signifie un « *manuscrit complet, achevé et corrigé, lisible et prêt à être édité* »¹⁰⁷⁶. Ces exigences sont destinées à permettre à l'éditeur « *de reproduire l'œuvre sans prestation créatrice propre* »¹⁰⁷⁷. L'utilisation de la disquette, du CD-ROM ou de la messagerie électronique permet aujourd'hui à l'auteur de fournir à l'éditeur une œuvre souvent déjà parfaitement apte à être publiée sans modification¹⁰⁷⁸. Jamais l'auteur n'a eu la possibilité de « s'immiscer » autant dans un domaine qui était, il y a quelques années encore, réservé aux maisons d'édition¹⁰⁷⁹.

L'emploi de la technique numérique permet également de faciliter la tâche des auteurs dans les pratiques qu'ils ont adoptées. En principe, les auteurs gardent au minimum une copie de leur texte et envoient l'original pour les besoins de la publication¹⁰⁸⁰. La transmission numérique de l'œuvre permet à l'auteur de livrer l'œuvre « originale » et de conserver une copie parfaite.

¹⁰⁷³ REIBINDER, *Hundert Jahre*, p. 276-277.

¹⁰⁷⁴ REIBINDER, *Hundert Jahre*, p. 276-277.

¹⁰⁷⁵ DE BROGLIE, p. 2, met en évidence que la notion de manuscrit de base (*exemplar*) est bien dépassée dans le contexte des techniques numériques, celles-ci permettant, « *par la perfection de la copie, de faire du double un nouvel « exemplar »* ».

¹⁰⁷⁶ MATINÉ, p. 145.

¹⁰⁷⁷ TROLLER, *Manuel*, p. 707.

¹⁰⁷⁸ V. cependant ci-dessous. (Précision sur les nouvelles technologies de l'information (au sujet de l'activité éditoriale) (p. 173)).

¹⁰⁷⁹ V. ci-dessus. Titre II. Chapitre 3, pt. 2.1 (p. 27) ; v. cependant ci-dessous. (Précision sur les nouvelles technologies de l'information (au sujet de l'activité éditoriale) (p. 173)).

¹⁰⁸⁰ V. par exemple : *Verlagsvertrag SBVV-3*, § 6 ch. 2 ; *Verlagsvertrag SBVV-1*, art. 3.

Précisions sur les nouvelles technologies de l'information (au sujet de l'activité éditoriale)

Grâce à la technique numérique, l'auteur a la possibilité de remettre à l'éditeur son manuscrit sous forme de fichier de traitement de texte¹⁰⁸¹. A première vue, on pourrait penser que le travail de l'éditeur se limite à reprendre le fichier qui lui a été transmis et de le « mettre en ligne », pour utiliser une expression aujourd'hui devenue très populaire. Cela n'est pas aussi évident pour l'éditeur. Il convient de distinguer deux situations :

- la numérisation des fichiers envoyés par l'auteur permet à l'éditeur d'effectuer des impressions à la demande¹⁰⁸² ;
- la numérisation des fichiers envoyés ne permet cependant pas encore une utilisation en ligne. Ce n'est pas parce qu'un manuscrit existe sous la forme d'un fichier Word, par exemple, qu'il est directement utilisable pour une diffusion électronique. Un travail d'informatique éditoriale s'impose¹⁰⁸³.

cb) But de la loi (critère médiateur)

Nous avons vu ci-dessus, que les deux buts principaux du Titre douzième du Code des obligations étaient d'une part d'offrir une protection à l'auteur et, d'autre part, de tenir compte des intérêts de chacune des parties¹⁰⁸⁴. En rapport avec l'examen du terme *céder* de l'article 380 CO, les buts de la loi restent trop généraux pour fournir une information pertinente.

d) Résultat

Dans la recherche du sens juridique du terme *céder*, nous remarquons que le résultat des méthodes d'interprétation systématique et téléologique confirme que le terme *céder* n'incorpore nullement l'exigence du transfert d'une œuvre physique. Certes, la méthode d'interprétation historique tend – logiquement – à imposer une forme définie à la création objet du transfert. Cette méthode doit céder le pas aux autres méthodes. Comme nous l'avons déjà mis en évidence ci-dessus en relation avec les références historiques (recherche du sens littéral possible), ce choix s'appuie sur le fait que les circonstances ayant donné naissance à la loi (contexte de l'édition imprimée) sont fondamentalement différentes de celles constatées aujourd'hui (contexte numérique). Les arguments donnés dans le cadre de

¹⁰⁸¹ JEHANNO, p. 25.

¹⁰⁸² JEHANNO, p. 25-26.

¹⁰⁸³ JEHANNO, p. 27-28. L'auteur, p. 26-27, met également en évidence la difficulté pour un éditeur numérique de retrouver le fichier informatique d'un ouvrage ayant déjà été publié sous une forme traditionnelle. Souvent les fichiers n'ont pas été conservés par le photocompositeur ou par l'imprimeur, ou, si le fichier est retrouvé, il n'est plus utilisable, les corrections n'ayant pas été effectuées directement sur le fichier auteur.

¹⁰⁸⁴ Chapitre 4, pt. 3.3.2 (p. 157 ss).

l'application de la méthode téléologique – afin de démontrer l'absence d'exigence de forme s'agissant de l'œuvre transférée de l'auteur à l'éditeur – revêtent un poids particulièrement important, avant tout parce que le législateur a pris le soin d'inscrire le but de la norme au cœur de la règle définitoire (versions allemande et italienne de l'art. 380 CO). L'argument que l'on peut présenter en rapport avec le résultat de l'interprétation historique (respect strict du texte légal tel qu'il a été conçu par le législateur dans une période déterminée) est bien faible en comparaison.

e) Précision quant au transfert de l'œuvre

Les explications qui précèdent relatives au transfert de l'œuvre ne doivent pas donner à penser que le contrat d'édition est conclu au moment où l'auteur transfère sa création à un éditeur¹⁰⁸⁵. Concernant la conclusion du contrat, l'élément déterminant du côté de l'auteur est l'engagement de celui-ci de *céder* son œuvre et non pas le transfert de l'œuvre lui-même¹⁰⁸⁶.

2.3.3. Droit allemand

La doctrine allemande confirme notre point de vue en indiquant que le modèle d'impression (*Druckvorlage*) – c'est-à-dire le modèle confectionné par l'auteur – peut être transmis à l'éditeur non seulement sur du papier, mais également en usant de la technique numérique *off-line* (par exemple un CD-ROM) ou *on-line* (par exemple, envoi par messagerie électronique). L'essentiel est que le modèle permette la reproduction par l'éditeur d'exemplaires de l'ouvrage¹⁰⁸⁷. Remarquons en ce sens que la loi allemande a expressément prévu le devoir de l'auteur de livrer son œuvre dans un état approprié pour la reproduction (§ 9 VerlG).

Certains auteurs soulignent qu'il est encore hasardeux pour l'auteur de livrer son œuvre *on-line* à l'éditeur (et non par l'envoi d'un manuscrit ou d'un support de données), sans que ce procédé soit prévu au préalable dans une clause contractuelle¹⁰⁸⁸. D'autres vont encore plus loin en affirmant que la possibilité d'envoyer par voie postale une version numérique de l'œuvre (disquette, CD-ROM) doit être expressément prévue dans le contrat¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁵ Contrairement au droit allemand (v. § 9 VerlG) ; pour les détails, v. SCHRICKER, § 9 N 1 et 4 ; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 786 s.

¹⁰⁸⁶ Très clair : TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 786 ; HILTY, art. 380 N 2.

¹⁰⁸⁷ SCHRICKER, § 1 N 35, § 9 N 4 (cette dernière réf. ne mentionne pas le transfert par *e-mail*) ; NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 35.

¹⁰⁸⁸ SCHMAUS, p. 117.

¹⁰⁸⁹ SCHRICKER, § 10 N 3 ; se référant à SCHRICKER : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 129.

2.3.4. Conclusion

Le sens juridique du terme *céder* (s'agissant plus particulièrement de la question de l'exigence – ou de l'absence d'exigence – du transfert d'une œuvre physique) correspond au sens littéral possible de ce même terme. Ainsi, la qualité de candidat positif de la notion concrète d'envoi de l'œuvre par messagerie électronique est confirmée¹⁰⁹⁰.

3. Conclusion finale

Le terme *céder*, employé à l'article 380 CO, est suffisamment large pour appréhender, outre la livraison physique d'un manuscrit, l'envoi d'une disquette, d'un CD-ROM et le transfert d'une œuvre par messagerie électronique. Ce dernier mode de livraison peut être assimilé au transfert réglementé à l'article 380 CO dans la mesure où cet article n'exige pas la livraison d'une œuvre physique, mais uniquement le transfert d'une œuvre susceptible d'être publiée, c'est-à-dire présentée sous une forme convenable.

Ainsi, le terme *céder* de l'article 380 CO – interprété au sens étroit – est suffisamment large pour englober les différents modes de transfert envisageables dans le contexte de la publication numérique.

Les informations tirées du droit allemand¹⁰⁹¹ nous suggèrent d'apporter une précision suite à cette conclusion. Il est nécessaire de distinguer les deux situations suivantes :

- d'un côté (et pour reprendre la conclusion donnée ci-dessus), la règle définitoire est conçue de manière suffisamment large – en ce qui concerne le devoir de l'auteur – pour englober la livraison physique d'un manuscrit, l'envoi d'une disquette, d'un CD-ROM et le transfert d'une œuvre par messagerie électronique. Ainsi, peu importe le mode de transfert prévu par les parties dans leur convention. Indépendamment du mode choisi, cette dernière réalise l'élément essentiel rattaché au devoir de l'auteur¹⁰⁹² ;
- d'un autre côté, cela ne signifie pas qu'en l'absence d'une clause contractuelle traitant de la question du transfert, l'auteur est libre de choisir la manière dont il entend transférer sa création à l'éditeur. Il est tenu de respecter l'usage¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ Il en va évidemment de même pour les deux premières notions concrètes (v. ci-dessus, pt. 2.1 [p. 161 s.] et 2.2 [p. 162 s.]).

¹⁰⁹¹ V. ci-dessus, pt. 2.3.3 (p. 174).

¹⁰⁹² Pour que la convention soit considérée comme un contrat d'édition, il reste évidemment à définir si le contrat concret réalise les autres éléments essentiels.

¹⁰⁹³ A ce sujet, v. SCHRICKER, § 10 N 3 ; SCHMAUS, p. 117 ; comparer avec NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 129 ; la doctrine suisse ne fait pas expressément référence à l'usage, mais, en décrivant la manière dont l'œuvre doit être remise à l'éditeur, elle se fonde implicitement sur cette notion. Très clairement : MATINÉ, p. 145 ss (v. en particulier, p. 148. L'auteur se

Aujourd'hui, on peut sans doute retenir que l'usage oblige l'auteur à remettre à l'éditeur un exemplaire papier de son œuvre (manuscrit, exemplaire rédigé à la machine à écrire ou imprimé), et si l'auteur a écrit son ouvrage à l'aide d'un ordinateur, qu'il doit remettre à l'éditeur une disquette¹⁰⁹⁴ contenant le document¹⁰⁹⁵.

L'envoi de l'œuvre (uniquement) par *e-mail* est probablement encore insuffisant au regard de l'usage¹⁰⁹⁶.

Qu'en est-il de la seule livraison d'un support de données (disquette ou CD-ROM) ? En Allemagne, la doctrine est divisée : certains estiment que l'usage n'autorise pas une telle pratique¹⁰⁹⁷ ; d'autres affirment le contraire¹⁰⁹⁸. Plutôt que de prendre position sur cette question – ce qui semble aléatoire à ce stade de la discussion – nous relevons qu'il est important que les parties règlent cette problématique dans une clause contractuelle¹⁰⁹⁹.

Chapitre 6. Les devoirs de l'éditeur

1. Introduction

Du côté de l'éditeur, les devoirs de reproduction et de diffusion à son propre compte représentent un des éléments essentiels du contrat d'édition.

Après avoir examiné brièvement l'exigence imposée à l'éditeur de reproduire et de diffuser l'œuvre à son propre compte¹¹⁰⁰, nous étudierons le devoir de reproduction¹¹⁰¹, puis le devoir de diffusion¹¹⁰².

réfère à la pratique [*« Dans la pratique, et notamment ce qui concerne les œuvres littéraires, (...) »*].

¹⁰⁹⁴ On peut certainement également ajouté le CD-ROM.

¹⁰⁹⁵ V. en particulier l'art. 4.1.3 du *Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke*.

¹⁰⁹⁶ En ce sens : SCHMAUS, p. 117.

¹⁰⁹⁷ SCHRICKE, § 10 N 3.

¹⁰⁹⁸ SCHMAUS, p. 117.

¹⁰⁹⁹ Comparer avec SCHMAUS, p. 118.

¹¹⁰⁰ V. ci-dessous, pt. 2 (p. 177 ss) ; au pt. 3 (p. 179), nous présenterons les notions concrètes et les notions légales objets de l'interprétation.

¹¹⁰¹ V. ci-dessous, pt. 4 (p. 179 ss).

¹¹⁰² V. ci-dessous, pt. 5 (p. 245).

2. « A son propre compte »

2.1. Présentation

Ainsi que nous l'avons mentionné ci-dessus¹¹⁰³, le paragraphe 1 VerIG contient une précision absente à l'article 380 CO, à savoir que l'éditeur s'oblige à reproduire et à diffuser¹¹⁰⁴ l'œuvre à son propre compte (*für eigene Rechnung*). TACHE précise qu'il s'agit plus d'une omission du législateur que d'une lacune¹¹⁰⁵. L'explication n'est pas tout à fait exacte. Lors de la préparation du Code des obligations de 1881, la commission de rédaction de 1879 a volontairement laissé de côté la précision « à son propre compte », estimant que celle-ci allait de soi¹¹⁰⁶. Elle va toujours de soi aujourd'hui : il faut lire l'article 380 CO en ce sens que l'éditeur supporte le risque financier de l'édition¹¹⁰⁷. Cette exigence représente une condition d'existence du contrat d'édition : « l'institution du contrat d'édition est mise en cause dès l'instant où l'éditeur ne supporte pas l'entier du risque financier de l'entreprise »¹¹⁰⁸. Si l'éditeur ne supporte pas le risque financier de l'entreprise, il peut s'agir, selon les circonstances, d'un contrat d'édition en commission¹¹⁰⁹ ou d'une édition par le biais d'une société simple¹¹¹⁰.

2.2. Dans le contexte de la publication numérique

2.2.1. Absence de nécessité d'interprétation

Il est inutile de se demander si la notion légale à son propre compte est rattachée à l'édition traditionnelle ou si elle permet d'englober la publication numérique. La notion légale est totalement indépendante des techniques de publication (traditionnelle ou numérique), ou exprimé de manière différente, peu importe la technique employée, il s'agit simplement de se demander si l'éditeur prend ou non à sa charge le risque de l'édition (imprimée ou numérique). Il est donc superflu d'effectuer une interprétation afin de déterminer si la notion légale est suffisamment large pour englober toutes les formes de publication numérique.

¹¹⁰³ Chapitre 3, pt. 2 (p. 150 s.).

¹¹⁰⁴ L'éditeur doit effectuer la reproduction et la diffusion à son propre compte. V. à ce sujet TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 13.

¹¹⁰⁵ TACHE, p. 173.

¹¹⁰⁶ REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 271.

¹¹⁰⁷ TROLLER, *Manuel*, p. 700 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 380 N 8 ; BUCHER, p. 215.

¹¹⁰⁸ TACHE, p. 173, et les nombreuses réf.

¹¹⁰⁹ En droit allemand : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 11.

¹¹¹⁰ REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 268, et la réf. : v. ci-dessus. Chapitre 2, pt. 4.1 (p. 147).

2.2.2. Importance de la notion légale

Dans l'environnement numérique, la précision selon laquelle le contrat d'édition suppose que l'éditeur entreprenne la publication à son propre compte est d'importance. Les nouvelles technologies permettent de plus en plus à l'auteur de faire appel à des services spécifiques de l'éditeur (conseils, production, marketing, etc.), mais sans exiger de celui-ci qu'il prenne en charge le risque financier de l'édition¹¹¹¹. Ce genre de relation auteur/« éditeur » ne peut être qualifié de contrat d'édition puisque l'éditeur ne publie pas l'œuvre à son propre compte.

Il en va de même lorsque, dans le domaine de l'impression *on demand*, l'auteur prend à sa charge le risque de l'édition¹¹¹² (celui-ci se révélant en principe très faible¹¹¹³). C'est le cas de l'auteur qui remet son ouvrage à la société BOOKS ON DEMAND GMBH¹¹¹⁴. Le créateur de l'œuvre est tenu de s'acquitter d'un montant de base (en vue de la publication)¹¹¹⁵ et de prendre à sa charge les frais liés à la publicité, au marketing, etc.¹¹¹⁶. Il décide seul du prix de vente de l'œuvre¹¹¹⁷.

Lorsque l'éditeur s'engage à reproduire et à diffuser l'œuvre à son propre compte par le biais d'une impression *on demand*, le risque financier pris par la maison d'édition est très faible¹¹¹⁸, en particulier en raison du fait que l'ouvrage est imprimé uniquement suite à une demande¹¹¹⁹. Contrairement à ce que prétendent certains auteurs¹¹²⁰, il n'est néanmoins pas inexistant. Certes, les frais liés à la conservation d'un stock d'exemplaires sont écartés, de même que le risque de ne pas écouler tous les ouvrages imprimés¹¹²¹. Néanmoins, d'autres frais sont pris en charge par la maison d'édition. Par exemple, l'ouvrage mis en vente doit être placé sur un site qui doit permettre au consommateur d'effectuer une commande *on-line*. Le coût de l'administration de l'ouvrage sur le site internet est certes dérisoire en comparaison d'avec la gestion d'un stock d'exemplaires, mais il n'est pas pour autant inexistant¹¹²².

¹¹¹¹ GÖBEL, www.nmz.de.

¹¹¹² V. par exemple SCHWIETERT, p. 14.

¹¹¹³ V. ci-dessous, dans le texte.

¹¹¹⁴ Sur cette société allemande, v. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 20).

¹¹¹⁵ Au minimum 369 Euros. V. PÖHLMANN, p. 23.

¹¹¹⁶ PÖHLMANN, p. 24.

¹¹¹⁷ PÖHLMANN, p. 22.

¹¹¹⁸ Selon BIESALSKI, *Print on Demand*, p. 7, le risque financier est pratiquement nul.

¹¹¹⁹ SCHWIETERT, p. 15 ; v. également PÖHLMANN, p. 23 ; NICOLAY, p. 25 ; le risque financier inhérent aux exemplaires imprimés mais non écoulés est écarté.

¹¹²⁰ Par exemple : HOFFMANN, p. 57.

¹¹²¹ A ce sujet, v. NICOLAY, p. 26.

¹¹²² Comparer avec l'interview de BARDOLA, p. 23, dans le cadre de laquelle il affirme (en se référant au transfert *on-line*) : « Internet-Portale sind teuer ».

3. Notions concrètes et notions légales

3.1. Notions concrètes

Grâce à la technique numérique, l'éditeur a la possibilité de publier l'œuvre qui lui a été remise par l'auteur de différentes manières :

- impression de l'œuvre sur une presse numérique, puis diffusion¹¹²³ ;
- confection de supports de données (CD-ROMs), puis diffusion¹¹²⁴ ;
- impression *on demand*¹¹²⁵ ;
- transfert *on-line* (envoi de l'œuvre par messagerie et mise à disposition *on-line*)¹¹²⁶.

3.2. Notions légales (composantes de l'élément essentiel)

Du côté de l'éditeur l'élément essentiel est divisé en deux composantes :

- le devoir de reproduction, soit « *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* » ;
- le devoir de diffusion : « *et à la répandre dans le public* ».

4. Première notion légale : « *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* »

4.1. Une analyse choisie

Il est inutile de présenter le sens littéral possible de la notion légale sous toutes les perspectives¹¹²⁷. Seuls doivent être étudiés les aspects du sens littéral possible dont la compréhension exacte est nécessaire en vue de la qualification des notions concrètes énumérées ci-dessus¹¹²⁸.

La bonne compréhension des différentes notions concrètes pousse à porter notre attention sur trois aspects spécifiques :

- Le premier aspect est le plus évident. Il convient de se demander si la notion légale (« *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* ») suppose la matérialisation de l'œuvre sous format papier.

¹¹²³ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.2 (p. 18).

¹¹²⁴ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.3 (p. 19).

¹¹²⁵ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

¹¹²⁶ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.5 (p. 20 s.).

¹¹²⁷ Sur l'absence de définition, v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 4 (p. 73 s.).

¹¹²⁸ Pt. 3, t.

Cette analyse est suggérée par les caractéristiques propres à la publication de supports de données et au transfert *on-line*. Ces deux formes de publication numérique ne font en effet plus intervenir l'impression sous format papier ;

- Le deuxième aspect est peut-être moins évident, mais il est tout aussi problématique. Il s'agit d'établir si le devoir de reproduction de l'éditeur – tel qu'il est défini à l'article 380 CO – impose la constitution d'un stock déterminé d'exemplaires.

Cette réflexion est suggérée par la première caractéristique commune de l'impression *on demand* et du transfert *on-line*. Pour ces deux formes de publication numérique, la distribution a lieu « au compte-gouttes », consécutivement à la demande d'un utilisateur. Par définition, ces deux techniques de distribution n'imposent plus de constituer un stock d'exemplaires, stock indispensable pour l'édition traditionnelle¹¹²⁹ ;

- le troisième aspect est lié au précédent, mais pas totalement¹¹³⁰ : il est nécessaire de définir si la notion légale (« reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires ») impose la fixation d'un nombre déterminé d'exemplaires avant toute reproduction.

Cet examen est suggéré par la deuxième caractéristique commune de l'impression à la demande et du transfert *on-line*. Pour ces deux formes de publication numérique, il est peu approprié de définir avant toute reproduction un nombre déterminé d'exemplaires. On peut certes imaginer que l'éditeur fixe, avant toute reproduction, le nombre d'exemplaires qu'il imprimera à la demande, qu'il enverra par *e-mail* sous format PDF ou qu'il permettra aux utilisateurs de télécharger depuis son site. Une telle détermination est cependant bien théorique. Si elle revêt un sens lors d'une édition traditionnelle¹¹³¹, elle se révèle dépassée s'agissant de ces nouvelles techniques¹¹³². Pensons au cas suivant : l'éditeur fixe un nombre d'exemplaires pour une œuvre qu'il estime peu prometteuse. Les utilisateurs sont conquis par l'ouvrage. Les téléchargements *on-line* atteignent en quelques semaines le nombre fixé. Pour éviter de devoir retirer l'œuvre de son catalogue virtuel, l'éditeur doit reprendre contact avec l'auteur afin de conclure un nouveau contrat d'édition prévoyant la reproduction d'un nombre supplémentaire d'exemplaires.

¹¹²⁹ Comparer avec les explications de CALCRE, « Les recommandations du CALCRE », pt. 3 : « L'éditeur pouvant retirer à la demande et au compte-gouttes, les critères d'épuisement du tirage posés par la législation ne sont plus opérationnels ».

¹¹³⁰ V. ci-dessous, dans le texte.

¹¹³¹ L'éditeur, homme de métier, tente d'imprimer un nombre d'exemplaires en adéquation avec les possibilités effectives de vente (v. TACHE, p. 213) afin d'éviter, en cas d'insuffisance d'exemplaires, de devoir entreprendre une nouvelle impression, et en cas de surplus d'exemplaires, de garder des exemplaires invendus dans ses stocks.

¹¹³² V. GAULUS, p. 66.

Partant, le nombre d'exemplaires n'est pas déterminé à l'avance¹¹³³, mais il est dépendant du « temps d'exposition » de l'œuvre sur le site *web* de l'éditeur (critère temporel)¹¹³⁴.

Ces trois aspects doivent être analysés. Bien que souvent très proches, ils ne sont pas similaires :

- la matérialisation sous format papier n'implique pas nécessairement une constitution de stock : on peut certes imaginer en théorie la constitution d'un stock d'œuvres numériques ; inversement, la production d'œuvre sous format papier peut s'effectuer sans constitution de stock (par exemple, par le biais de l'impression *on demand*) ;
- la constitution d'un stock n'implique pas nécessairement la fixation préalable, soit avant toute reproduction, du nombre d'exemplaires de l'œuvre : les parties peuvent prévoir une édition traditionnelle en la délimitant à l'aide d'un critère temporel¹¹³⁵. Le nombre d'exemplaires exact n'est pas fixé préalablement et l'éditeur est tenu d'effectuer des tirages, donc des stocks, jusqu'à l'expiration de la durée du contrat ; inversement (en théorie), les parties peuvent prévoir une impression *on demand* en déterminant à l'avance le nombre d'exemplaires maximum que l'éditeur peut reproduire. Aucun stock n'est constitué.

4.2. Recherche du sens littéral possible de la notion légale

4.2.1. Lecture de la loi

a) *Matérialisation de l'œuvre sous format papier*

La seule lecture de l'article 380 CO ne permet pas de subordonner le devoir de reproduction de l'éditeur à l'exigence d'un support particulier (papier)¹¹³⁶.

¹¹³³ La maison d'édition va évidemment tenter de pronostiquer les ventes futures avant de placer une œuvre sur son site, afin de calculer la rentabilité d'une telle mise à disposition *on-line* (sur l'importance de prévoir le nombre d'exemplaires [hypothétiques] pouvant être reproduits avant d'entreprendre une impression à la demande, v. BIESALSKI, *Print on demand*, p. 8 s.).

¹¹³⁴ Pour les diverses manières de fixer contractuellement le terme de l'édition à l'aide d'un critère temporel, v. ci-dessous, pt. 4.4.1.ba) (Délimitation temporelle de l'édition : les diverses possibilités) (p. 194 s.).

¹¹³⁵ TROLLER, *Manuel*, p. 715, indique que cela doit être exceptionnel « car il est difficile pour les parties de prévoir le temps qu'il faudra pour écouler une édition ».

¹¹³⁶ Cela aurait évidemment été différent si le premier devoir de l'éditeur avait été transcrit de la manière suivante : « qui s'oblige à la reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires papier ».

b) *Fixation du nombre d'exemplaires avant toute reproduction et constitution d'un stock*

Les versions allemande et italienne se bornent à indiquer que l'œuvre doit être reproduite (« *Werk zu vervielfältigen* » ; « *riprodurla* »). Elles ne permettent pas de conclure que les exigences de la fixation d'un nombre d'exemplaires avant toute reproduction et de la constitution d'un stock sont comprises dans le sens littéral possible de la notion légale examinée. L'œuvre peut être reproduite en fixant à l'avance le nombre d'exemplaires, mais également sans déterminer un chiffre au préalable. De même, elle peut être reproduite avec ou sans la constitution de stock.

La version française ne déroge pas aux deux autres traductions, mais apporte une précision supplémentaire. L'article 380 CO nous apprend que l'œuvre « cédée » par l'auteur doit être non seulement reproduite par l'éditeur, mais reproduite « *en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* ». Cette précision laisse une grande liberté à l'éditeur. Elle ne permet pas de restreindre cette liberté en ce sens que le nombre d'exemplaires doit être déterminé précisément avant toute reproduction et que la constitution d'un stock est nécessaire. L'éditeur peut reproduire l'œuvre en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires que ce nombre ait été ou non fixé à l'avance, qu'un stock ait été ou non constitué.

Les trois versions de l'article 380 CO conduisent au même résultat. A ce stade, il est inutile de rechercher lequel des textes correspond au mieux au sens de la norme¹¹³⁷.

4.2.2. Références

a) *Matérialisation de l'œuvre*

aa) *Références linguistiques*

La notion légale, et en particulier le terme *reproduire* (*vervielfältigen*, *riprodurre*) repris au cœur des trois versions officielles de l'article 380 CO, revêt une signification usuelle. Le premier devoir de l'éditeur consiste à « *créer, faire exister des choses semblables ou identiques à un modèle* »¹¹³⁸ et n'incorpore pas une définition plus technique (juridique), plus spécifique à la réglementation légale. La définition du terme *reproduction* donnée par le dictionnaire souligne le sens usuel de la notion légale. L'éditeur est obligé « *de reproduire (une image, un texte, un matériel), de multiplier les exemplaires par un procédé technique* »¹¹³⁹.

¹¹³⁷ A ce sujet, v. ci-dessus. Titre III, Chapitre 4, pt. 2.3 (p. 48).

¹¹³⁸ Le Grand Robert de la langue française. 2^e éd., tome 5, Paris 2001, p. 1983 ; comparer avec la définition du Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, tome 13, Paris 1875, p. 1009 : « *Imprimer, publier de nouveau* ».

¹¹³⁹ Le Grand Robert de la langue française. 2^e éd., tome 5, Paris 2001, p. 1982 ; comparer avec la définition du Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, tome 13, Paris 1875, p. 1007 : « *Action de reproduire, nouvelle production* ».

De façon plus générale, nous avons d'ailleurs vu¹¹⁴⁰ que l'emploi des notions usuelles est nécessaire pour la bonne compréhension des destinataires des normes du Titre douzième du Code des obligations.

ab) Références historiques

Les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication expresse sur la forme que doit adopter la reproduction de l'œuvre. Néanmoins, si on considère la période durant laquelle la réglementation du contrat d'édition a été conçue¹¹⁴¹, on doit conclure que la notion *reproduire* contient l'exigence de la reproduction de l'œuvre sous format papier¹¹⁴². Cette exigence est liée à une époque déterminée¹¹⁴³.

Aujourd'hui, la définition des termes *reproduire* et *reproduction*¹¹⁴⁴ ne permet pas de conclure que le sens actuel du terme *reproduire* écarte la reproduction d'une œuvre dématérialisée. Les nouvelles technologies de l'information ont pris une réelle emprise dans le monde et la technologie numérique est de plus en plus présente dans nos vies, y compris dans nos habitudes les plus banales¹¹⁴⁵. Le terme *reproduire* englobe à l'évidence la reproduction numérique. Depuis quelques années, l'idée même qu'on se faisait de l'édition – ancrée depuis cinq siècles sur le procédé d'impression – a fondamentalement changé. L'édition telle qu'elle est aujourd'hui conçue englobe de nouveaux procédés de reproduction et de distribution. Ainsi, le sens plus large donné de nos jours au terme de *reproduction* n'est pas le résultat de l'évolution de simples habitudes de langage, mais repose sur une nouvelle conception de la pratique de l'édition, conception qui est aujourd'hui ancrée dans les modes de vie¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁰ Chapitre 5, pt. 2.3.1.a) (p. 164).

¹¹⁴¹ V. ci-dessus, Titre II. Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 11 s.).

¹¹⁴² Le Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, tome 13, Paris 1875, p. 1009, définit le terme *reproduire* en faisant référence à l'impression : « *Imprimer, publier de nouveau* ».

¹¹⁴³ En 1992 (sans se référer à la réglementation relative au contrat d'édition), RIEHM, p. 26, indique encore que le terme *reproduit* (*vervielfältigt*) ne peut que difficilement être utilisé dans le contexte de la publication numérique (pour les détails de la conclusion, et en particulier sur le fait que celle-ci est intimement liée à la définition donnée par RIEHM au *document*, v. RIEHM, p. 22-26).

¹¹⁴⁴ Pour la définition actuelle de ces termes, v. ci-dessus, notes 1138 et 1139.

¹¹⁴⁵ V. notes 1042 et 1043.

¹¹⁴⁶ V. les explications de LOOSCHILDERS/ROTH, p. 139, qui indiquent qu'un terme ne peut être interprété (littéralement) de façon à prendre en compte les besoins nouveaux que si le changement de signification de ce terme reflète une évolution dans les relations sociales ; comparer avec l'exemple donné par LARENZ/CANARIS, p. 145, tiré du droit pénal : la notion d'*arme* (dont l'utilisation est considérée comme une circonstance aggravante de l'infraction de lésion corporelle) se limitait – selon le sens usuel historique – aux armes fonctionnant selon un procédé mécanique. Observant l'influence de l'évolution technique sur le langage courant, le *Bundesgerichtshof* en a conclu que les composants chimiques – comme l'acide chlorhydrique – étaient des *armes* au sens de la loi.

La notion d'*exemplaires* contenue dans la version française de l'article 380 CO ne remet pas en question cette conclusion. Le sens actuel du terme *exemplaire* ne suppose nullement l'existence d'une œuvre matérialisée sous format papier. Un *exemplaire* représente « *chacun des objets reproduisant un type commun* »¹¹⁴⁷, une « *copie* » de l'œuvre¹¹⁴⁸. Ces « objets » ou cette « copie » ne sont pas nécessairement des œuvres physiques (papier). Tous les utilisateurs de la messagerie électronique le confirmeront : le document joint à un *e-mail* représente bien un exemplaire (ou une copie) de l'« original » se trouvant sur le disque dur de l'expéditeur du message.

ac) *Argumentation – renvoi*

Le choix de la référence – historique ou actuelle – est donc essentiel. On se trouve ici dans la même situation que celle qui prévalait lors de l'analyse du devoir de l'auteur. Nul n'est donc besoin de reprendre l'argumentation qui a débouché sur la prise en compte de la référence actuelle. Nous rappelons uniquement que ce choix est fondé sur le *changement de circonstances depuis l'élaboration de la loi* et sur les *destinataires de la loi*. Pour les détails, nous renvoyons aux explications données lors de l'examen du terme légal *céder*¹¹⁴⁹.

b) *Fixation du nombre d'exemplaires et constitution d'un stock*

Une argumentation similaire peut être effectuée s'agissant de la fixation préalable du nombre d'exemplaires et de la constitution d'un stock.

Le sens historique de la notion *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* impose implicitement¹¹⁵⁰ les exigences de la fixation préalable du nombre d'exemplaires et de la constitution de stock. Ces exigences ne sont pas supposées par la signification actuelle de cette même notion légale. Au regard du *changement de circonstances depuis l'élaboration de la loi* et des *destinataires de la loi*, il convient de retenir le sens actuel¹¹⁵¹.

4.2.3. Contexte

Le devoir de l'auteur appartient au contexte immédiat de la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires*.

Ce contexte n'est d'aucune utilité pour définir si le devoir de l'éditeur incorpore les exigences de la fixation du nombre d'exemplaires avant toute reproduction et de la

¹¹⁴⁷ Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 3, Paris 2001, p. 414.

¹¹⁴⁸ Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 3, Paris 2001, p. 414, synonyme.

¹¹⁴⁹ V. ci-dessus, Chapitre 5, pt. 2.3.1.bc) (p. 165 s.) ; s'agissant de l'analyse du contexte, v. ci-dessous, pt. 4.2.3.

¹¹⁵⁰ Au regard des techniques d'impression connue à la fin du XIX^e siècle.

¹¹⁵¹ Pour les détails de la réflexion, v. ci-dessus, pt. ac).

constitution d'un stock. La simple lecture du devoir de l'auteur ne donne aucune indication quant à la forme (papier ou autre) de la reproduction.

De même, la prise en compte du second devoir de l'éditeur ne fournit aucun indice supplémentaire, ni dans la traduction française (« *et à la répandre dans le public* »), ni dans la version allemande (« *und in Vertrieb zu setzen* »), ni dans la traduction italienne (« *e metterla in vendita* »).

Le contexte linguistique ne donne pas plus d'information. Le Titre douzième du Code des obligations ne contient aucune définition légale du terme *reproduire*. L'article 384 alinéa 1 CO, qui précise qualitativement¹¹⁵² le devoir de reproduction de l'éditeur¹¹⁵³, ne fournit aucune indication utile. L'article 383 CO précise également, mais cette fois quantitativement¹¹⁵⁴, le devoir de reproduction de l'éditeur. Le rapport entre ce dernier devoir et l'article 383 CO est cependant moins évident¹¹⁵⁵. La simple lecture de l'article 383 CO ne permet à notre sens pas de retenir des indices utiles pour la compréhension du devoir de reproduction de l'éditeur¹¹⁵⁶. L'étude de l'article 383 CO sera effectuée dans le cadre de l'interprétation systématique. Il s'agira là de comprendre l'articulation de cette disposition légale et les idées normatives à la base de cet article.

4.2.4. Résultat

Dans la recherche du sens littéral possible de la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires*, il faut retenir les trois éléments suivants :

- premièrement, le sens littéral possible de la notion légale analysée n'exige nullement qu'un nombre déterminé d'exemplaires soit fixé avant toute reproduction ;
- deuxièmement, le sens littéral possible ne suppose pas la constitution d'un stock d'exemplaires ;
- troisièmement, le sens littéral possible n'est pas subordonné à l'exigence d'une forme particulière de reproduction. En particulier, il ne sous-entend pas la reproduction d'exemplaires papier de l'œuvre.

¹¹⁵² V. ci-dessous, pt. 4.4.1.da) (p. 203).

¹¹⁵³ Comparer avec HILTY, art. 380 N 10.

¹¹⁵⁴ V. ci-dessous, pt. 4.4.1.a) (p. 190).

¹¹⁵⁵ Il est plus évident pour l'art. 384 al. 1 CO qui contient le terme *reproduire*.

¹¹⁵⁶ La compréhension précise de l'art. 383 CO suppose une réflexion sur l'admissibilité d'une stipulation contraire (art. 383 al. 2 *in initio* CO), sur les notions de tirage et d'épuisement de l'édition (v. ci-dessous, pt. 4.4.1.b) (p. 191 ss)). La compréhension de cet article exige bien une réflexion approfondie et ne résulte plus de la simple lecture de la règle.

4.3. Qualification des candidats

4.3.1. Utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels

Les techniques d'impression électronique d'ouvrages traditionnels, bien qu'intégrant la technologie numérique dans la production de livres, donnent naissance à des œuvres traditionnelles. Elles modifient la manière de concevoir l'impression¹¹⁵⁷, mais n'ont aucune incidence sur le résultat de la reproduction. « *Il s'agit de passer directement de la mémoire de l'ordinateur à l'impression de la feuille* »¹¹⁵⁸. Considéré dans une perspective historique, l'imprimerie de GÜTENBERG a « simplement » été remplacée par une presse numérique. Le produit (le livre papier) qui est distribué reste le même. Seul le processus d'impression représente une nouveauté.

La notion concrète (reproduction par le biais des techniques d'impression électronique) est englobée sans aucun doute par le sens littéral possible de la notion *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires*. Selon le modèle sémantique des trois candidats, elle représente un candidat positif.

4.3.2. Confection de supports de données

La reproduction de nouveaux supports de données est-elle toujours appréhendée par la notion légale analysée ?

Le CD-ROM n'est plus reproduit sous format papier. Ce constat n'empêche cependant pas de considérer que la confection de ce nouveau support de données est englobée dans le sens littéral possible de la notion légale. Celui-ci n'intègre en effet pas l'exigence de la reproduction de livres papier. Selon le modèle sémantique des trois candidats, la notion concrète représente un candidat positif.

Cette conclusion correspond d'ailleurs à la manière dont les professionnels de l'édition conçoivent le CD-ROM par rapport au livre traditionnel. Pour ces professionnels, « *le multimédia off line possède beaucoup de caractéristiques communes avec le livre. Ce sont dans les deux cas des objets physiques qui sont vendus et non un service. Le cédérom contient un nombre fini d'informations comme le livre, même si l'utilisation de la puissance de calcul de l'ordinateur peut, dans certains cas, donner l'impression d'une infinité de possibilités* »¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ JÉHANNO, p. 31-32, met en évidence que les techniques d'impression numérique rendent caduques la notion de *seuil de rentabilité* (une édition est rentable à partir d'un seuil de 2000 exemplaires [par exemple]) ; SCHUWER, p. 360, parle de la rapidité d'impression et de la possibilité d'effectuer de très faibles tirages ; v. également DE BROGLIE, p. 23.

¹¹⁵⁸ LEGENDRE, p. 162.

¹¹⁵⁹ LEGENDRE, p. 41 : en ce sens : TISSOT, p. 210 ; v. également RIEHM, p. 18 : « *CD-ROMs können ähnlich wie Bücher produziert und kalkuliert (fester Preis) werden* ».

4.3.3. Livres imprimés à la demande

a) Qualification du candidat

L'exemplaire imprimé à la demande – suite à la commande effectuée sur un site internet par un consommateur – représente un cas particulier, à mi-chemin entre la technique d'impression électronique et le transfert *on-line*¹¹⁶⁰ : l'œuvre est bien matérialisée sur un support papier¹¹⁶¹, mais l'éditeur n'imprime plus un nombre d'exemplaires déterminé et ne constitue plus de stock. Le nombre d'exemplaires va dépendre du nombre de commandes effectuées, au « compte-gouttes », par les consommateurs. Ainsi, ce sont ces derniers qui vont déterminer – en fonction des interventions individuelles – le nombre d'exemplaires édités.

Nous avons vu ci-dessus que le sens littéral possible de la notion légale n'exige ni la fixation préalable d'un nombre d'exemplaires déterminé ni la constitution d'un stock¹¹⁶². Le fait que la publication à la demande ne permette en principe¹¹⁶³ plus cette détermination lors de la conclusion du contrat et que la constitution d'un stock lui est étrangère n'empêche nullement de considérer la notion concrète comme un candidat positif¹¹⁶⁴.

b) Intervention de l'utilisateur dans la reproduction

Une autre question doit être résolue. La caractéristique principale de la publication *on demand* est que la création des exemplaires de l'œuvre ne se produit que par le biais de l'intervention des utilisateurs, soit la commande de l'ouvrage présenté sur le site de l'éditeur. En outre, certaines maisons d'édition permettent aux lecteurs de faire leurs propres choix quant aux aspects formels de la publication. Ainsi, le client de la société BOOKS ON DEMAND GMBH (BoD) peut définir la couleur du papier sur lequel il désire que l'œuvre commandée soit imprimée, le format du livre, ainsi que la qualité de la couverture¹¹⁶⁵. Or, la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* contient implicitement¹¹⁶⁶ – et

¹¹⁶⁰ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

¹¹⁶¹ SCHULZE, p. 433 : « Eine Variante zum herkömmlichen Buch ist das online übermittelte und beim Empfänger ausgedruckte und gebundene Buch, Book oder Print on Demand, welches vom normalen Taschenbuch kaum unterschieden werden kann » ; toujours au sujet de l'impression *on demand* : SCHULZE, p. 442 : « So gesehen ist die Nutzung aus der Sicht des Endverbraucher nicht neuartig. Er erwirbt wie zuvor ein Buch gleicher Art und Qualität und kann es genauso nutzen wie ein herkömmliches Buch » ; dans le même sens : HOFFMANN, p. 57.

¹¹⁶² Pt. 4.2.4 (p. 185).

¹¹⁶³ V. ci-dessus, pt. 4.1 (p. 181).

¹¹⁶⁴ La conclusion est *a fortiori* la même dans le cas – théorique – d'un contrat numérique portant sur une impression *on demand* dans lequel les parties ont déterminé le nombre d'exemplaires à éditer avant toute reproduction.

¹¹⁶⁵ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 20).

¹¹⁶⁶ V. ci-dessus, Chapitre 2, pt. 5 (p. 148).

logiquement – l'exigence que cette reproduction soit effectuée par l'éditeur. La publication à la demande est-elle conforme à cette exigence ?

A notre sens, une réponse positive s'impose. Le simple fait que le consommateur détermine, par son action individuelle, le nombre d'exemplaires qui sera reproduit – ainsi que, dans une certaine mesure, la forme de la publication – ne lui donne que la *faculté* de commander un ouvrage imprimé, mais ne lui confère aucune *maîtrise* sur la reproduction.

La marge de manœuvre des lecteurs est limitée à la visite du site élaboré par l'éditeur – ou un auxiliaire de celui-ci – et à l'acquisition des ouvrages présents sur ce site. L'éditeur est toujours à l'origine de la reproduction. Il en a la maîtrise dans la mesure où il met à disposition un site sur lequel les œuvres peuvent être commandées. C'est donc bien lui qui reproduit l'œuvre en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires¹¹⁶⁷.

Cette explication est d'ailleurs tout à fait compatible avec la manière – souple – dont la doctrine conçoit le devoir de reproduction. L'éditeur n'est pas tenu d'effectuer toutes les étapes de la reproduction strictement dans sa sphère de compétence¹¹⁶⁸. Le cas particulier de la reproduction de logiciels, donné par HILTY¹¹⁶⁹, souligne bien cette souplesse : l'éditeur ne reçoit plus d'exemplaire du logiciel, mais l'auteur reproduit lui-même l'œuvre. HILTY estime qu'un contrat d'édition est toujours envisageable aussi longtemps que l'éditeur prend à sa charge les coûts de la reproduction et de la diffusion¹¹⁷⁰. Par contre, comme nous l'avons

¹¹⁶⁷ Nous rejetons donc la conclusion de REIBINDER. *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 226 (en lien avec le transfert *on-line*). Cet auteur semble dire que les utilisateurs du site internet entreprennent eux-mêmes la reproduction d'un exemplaire de l'œuvre : « *Die Nutzer erwerben keine körperliche Fesilegung, doch steht es ihnen frei, durch Download für ihre Zwecke eine Vervielfältigung selbst herzustellen. Der Verleger stellt also keine « Auflagen » her und verteilt auch keine « Auflagen », sondern bietet seine « Edition » zum Download an* ».

¹¹⁶⁸ CRCO-I. CHERPILLON, *Inpro*, art. 380-393 N 13 : « *L'éditeur, (...), peut déléguer l'exécution de ses obligations à des auxiliaires [...]. Il peut confier le travail de reproduction à une imprimerie indépendante* [...] », CRCO-I. CHERPILLON, *Inpro*, art. 380-393 N 12, note 27, indique néanmoins les doutes de HILTY, art. 380 N 12 (v. les réf. indiquées), s'agissant de cette dernière situation, HILTY exprime des doutes, non pas dans une perspective obligationnelle (application de l'art. 68 CO), mais en rapport avec le droit d'auteur, en application de la théorie de la finalité. Cette dernière légitime certainement les doutes de HILTY en lien avec la délégation du travail de reproduction à une imprimerie indépendante. La situation est différente lorsque l'éditeur se borne à offrir la faculté à l'utilisateur de reproduire l'œuvre par son intervention. Dans cette situation, l'activité en question (le « clic » de l'utilisateur) n'est nullement soustraite à la maîtrise de l'éditeur. La reproduction représente toujours une activité de ce dernier. L'application de la théorie de la finalité ne fait pas obstacle à une telle intervention de l'utilisateur.

¹¹⁶⁹ HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 530.

¹¹⁷⁰ Il précise que l'auteur doit alors être considéré comme un auxiliaire : HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 530 : « *(...); entsprechend sind die wesentlichen Elemente des Verlagsvertrags auch bei dieser Konstellation gegeben* ».

vu ci-dessus¹¹⁷¹, dès l'instant où l'éditeur ne supporte plus le risque financier de la publication, la relation auteur/ « éditeur » ne peut plus être qualifiée de contrat d'édition.

Ainsi, l'impression de livres à la demande est englobée sans aucun doute par le sens littéral possible de la notion légale. Selon le modèle sémantique des trois candidats, la notion concrète représente un candidat positif.

4.3.4. Transfert *on-line*

En matière de transfert *on-line*, l'ouvrage n'est matérialisé à aucun moment sous format papier¹¹⁷² et le nombre d'exemplaires est, en principe¹¹⁷³, déterminé par le nombre de commandes effectuées par les utilisateurs. Aucun stock n'est constitué.

La notion concrète est à l'évidence englobée par le sens littéral possible de la notion légale :

- la matérialisation de l'œuvre sous format papier n'est pas exigée par le sens littéral possible de la notion légale ;
- le sens littéral possible n'oblige pas l'éditeur à fixer le nombre d'exemplaires de l'édition avant toute reproduction ;
- l'exigence de la constitution d'un stock n'est pas sous-entendue par le sens littéral possible de la notion légale ;
- enfin, la question de la détermination du nombre d'exemplaires par les utilisateurs a déjà été résolue ci-dessus. Il est possible d'appliquer la réponse au transfert *on-line*, dans la mesure où les deux techniques sont tout à fait comparables s'agissant de cette problématique. La différence entre ces formes de publication ne se situe pas dans l'acte de reproduction de l'éditeur puisque dans les deux cas l'éditeur reçoit une commande et transmet un exemplaire au consommateur, une fois sous format papier, une fois sous format numérique (la maîtrise de l'éditeur sur la reproduction est donc la même), mais dans la matérialisation de l'œuvre qui est intégrée par l'éditeur sur un support papier dans le cas de l'impression à la demande, mais pas dans le cas du transfert *on-line*.

Selon le modèle sémantique des trois candidats, la notion concrète représente un candidat positif¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ Pt. 2 (p. 177).

¹¹⁷² Si ce n'est bien sûr dans la sphère du lecteur qui va imprimer l'œuvre afin de pouvoir lire celle-ci sur papier plutôt que sur écran.

¹¹⁷³ V. ci-dessus, pt. 4.1 (p. 181).

¹¹⁷⁴ La conclusion est *a fortiori* la même dans le cas – théorique – d'un contrat numérique portant sur un transfert *on-line* dans lequel les parties ont déterminé le nombre d'exemplaires à éditer avant toute reproduction.

4.4. Recherche du sens juridique de la notion légale

Il convient maintenant de rechercher le sens juridique de la notion légale, soit d'appliquer les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique, afin d'observer si le sens juridique de la notion *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* (*Werk zu vervielfältigen* ; *riprodurla*) intègre une exigence de forme (papier), de fixation préalable du nombre d'exemplaires de l'œuvre et/ou de constitution de stock.

4.4.1. Interprétation systématique

a) Présentation

Nous avons vu ci-dessus que l'étude du sens littéral possible de la notion légale met en évidence trois aspects :

- l'absence d'exigence de la fixation d'un nombre déterminé d'exemplaires de l'œuvre avant toute reproduction ;
- l'absence d'exigence de la constitution d'un stock d'exemplaires ;
- l'absence d'exigence de la matérialisation de l'œuvre (format papier) dans le cadre de la reproduction.

Il s'agit maintenant d'examiner si l'interprétation systématique oblige à remettre en question ces trois conclusions.

Plutôt que d'étudier un par un les articles 381 et suivants CO, il est plus intéressant de s'arrêter sur les points spécifiques pouvant se révéler problématiques en lien avec le devoir de reproduction de l'éditeur. Nous procéderons de la manière suivante :

- nous nous pencherons tout d'abord sur l'article 383 CO¹¹⁷⁵. Cet article constitue un véritable prolongement du devoir de reproduction de l'éditeur¹¹⁷⁶. Il fixe quantitativement les contours de ce devoir, en ce sens qu'il a pour finalité de « cadrer » la reproduction en intégrant les notions d'*exemplaires*, de *tirage* et d'*édition*. En partant de l'article 383 CO, nous analyserons les dispositions légales incorporant les termes *édition* et *tirage* ;
- nous étudierons l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO. Cette disposition, à l'instar de l'article 383 CO, prolonge également le devoir de reproduction de l'éditeur¹¹⁷⁷, mais de manière différente : il indique comment la reproduction doit être effectuée, non pas quantitativement, mais qualitativement¹¹⁷⁸ ;

¹¹⁷⁵ Ci-dessous, pt. b) et c) (p. 191 ss).

¹¹⁷⁶ En ce sens : TROLLER, *Kommentar*, art. 380 N 13.

¹¹⁷⁷ Comparer avec l'affirmation de HILTY, art. 380 N 10 ; v. également HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 532.

¹¹⁷⁸ Ci-dessous, pt. d) (p. 203 ss).

- nous donnerons quelques explications quant aux éventuels autres articles ayant un lien avec le devoir de reproduction de l'éditeur¹¹⁷⁹ ;
- nous comparerons les devoirs de l'éditeur (reproduction et diffusion)¹¹⁸⁰ ;
- enfin, nous entreprendrons quelques observations en rapport avec la LDA¹¹⁸¹.

b) *Article 383 CO : exigences de la fixation d'un nombre déterminé d'exemplaires avant toute reproduction et de la constitution d'un stock*

ba) *Article 383 alinéa 2 CO*

L'article 383 alinéa 2 CO fournit une information essentielle quant à la problématique de l'exigence ou de l'absence d'exigence de la fixation d'un nombre déterminé d'exemplaires avant toute reproduction.

Absence d'accord contractuel

En l'absence d'accord entre les parties, l'éditeur se trouve devant l'alternative suivante :

- sans intervention de l'auteur, il est libre de fixer le chiffre des exemplaires¹¹⁸² ;
- si l'auteur l'exige¹¹⁸³, il doit imprimer un nombre suffisant d'exemplaires pour donner à l'ouvrage une publicité convenable¹¹⁸⁴. ALOÏS TROLLER parle d'un droit de regard de l'auteur (*Mitspracherecht*)¹¹⁸⁵. Celui-ci exercera son droit s'il estime que le nombre retenu par l'éditeur n'est pas suffisant.

¹¹⁷⁹ Ci-dessous, pt. e) (p. 210 s.).

¹¹⁸⁰ Ci-dessous, pt. f) (p. 211).

¹¹⁸¹ Ci-dessous, pt. g) (p. 212 ss.).

¹¹⁸² L'éditeur est à notre sens totalement libre si l'auteur ne fait pas valoir son droit de regard (v. TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 6 ; pour la présentation du droit de regard, v. ci-dessous dans le texte, et note 1185). HILTY, art. 383 N 2, et CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 4, et les réf. à la note 5, sont d'avis que la liberté de l'éditeur n'est pas totale. Il doit tirer un nombre d'exemplaires « convenable », c'est-à-dire au moins effectuer un tirage minimum conforme à l'usage. HILTY, et probablement CHERPILLOD, soutiennent cette conception en écartant le droit de regard de l'auteur. Ce faisant, ils se heurtent à la lettre pourtant très claire (dans les versions française, allemande et italienne) de l'art. 383 al. 2 CO et même – à notre sens – à son esprit (pour les explications, v. ci-dessous, note 1185).

¹¹⁸³ Les traductions allemande et italienne (« (...) auf Verlangen des Verlagebers (...) » : « (...) sulla domanda dell'autore (...) ») sont similaires.

¹¹⁸⁴ Par cette réglementation, le législateur fait « confiance à l'expérience de l'homme du métier, tout en préservant la possibilité, pour l'auteur, d'exiger une diffusion convenable de l'ouvrage » (v. TACHE, p. 213).

¹¹⁸⁵ Certains auteurs nient le droit de regard de l'auteur. Ils estiment que seul l'éditeur peut fixer le minimum d'exemplaires qu'il désire reproduire, tout en respectant le nombre d'exemplaires « convenable » (v. ci-dessus, note 1182). V. HILTY, art. 383 CO N 2 : un peu moins clair ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 4. Ces auteurs effectuent une interprétation clairement

Dans les deux cas¹¹⁸⁶, l'éditeur doit fixer le nombre d'exemplaires avant d'entreprendre la reproduction¹¹⁸⁷. Cette exigence est logique¹¹⁸⁸ : si l'auteur décide d'intervenir, il doit l'annoncer à l'éditeur avant le début de la reproduction¹¹⁸⁹. L'éditeur doit alors pouvoir indiquer à l'auteur le nombre d'exemplaires qu'il entend reproduire afin que l'auteur puisse se déterminer quant à la suffisance ou à l'insuffisance du nombre en question. Si l'auteur estime celui-ci insuffisant, il fera alors valoir son droit de regard.

Stipulation contraire

Selon les explications qui précèdent, en l'absence d'accord contractuel, le nombre d'exemplaires doit être fixé avant toute reproduction.

L'article 383 alinéa 2 *in initio* CO dispose expressément qu'une stipulation contraire (« *Sauf stipulation contraire, (...)»*) est possible¹¹⁹⁰. Une clause contractuelle peut donc contenir :

- le nombre d'exemplaires que l'éditeur est tenu de reproduire. Dans ce cas, l'ampleur de l'édition est fixée dans le contrat, donc toujours avant le début de la reproduction ;
- un critère temporel permettant de circonscrire l'ampleur de l'édition (v. ci-dessous).

contraire à la lettre de l'art. 383 al. 2 CO. HILTY, art. 383 N 2, justifie cette position en argumentant que la détermination du nombre d'exemplaires touche avant tout les intérêts économiques de l'éditeur. Ainsi, seul ce dernier est légitimé à définir ce nombre. Nous sommes d'avis que la conception de TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 5, respecte mieux la lettre – cela est évident – et même l'esprit de l'art. 383 al. 2 CO. A notre sens, l'argument de HILTY reposant sur les intérêts économiques de l'éditeur ne suffit pas à écarter la lettre de l'art. 383 al. 2 CO. Les intérêts économiques de l'éditeur peuvent être pris en compte même si on admet l'existence d'un droit de regard. Il ne faut en effet pas comprendre le droit de regard de l'auteur comme le droit d'imposer un nombre d'exemplaires déterminé, mais bien le droit pour l'auteur d'intervenir auprès de la maison d'édition afin qu'un nombre suffisant d'exemplaires soit imprimé « *pour donner à l'ouvrage une publicité convenable* » (selon TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 5-6, il s'agit d'un *Mitspracherecht* et non pas d'un *freies Mitbestimmungsrecht*). Pour définir ce nombre, l'éditeur doit prendre en compte les intérêts de l'auteur, ses propres intérêts économiques, ainsi que les conditions du marché (v. TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 6). En cas de litige sur la fixation du nombre d'exemplaires, le juge devra prendre en considération ces critères.

¹¹⁸⁶ Et même de l'avis des auteurs rejetant le droit de regard de l'auteur. V. par exemple CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 2 et N 5.

¹¹⁸⁷ TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 5.

¹¹⁸⁸ En tout cas si l'on admet le droit de regard de l'auteur.

¹¹⁸⁹ TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 6.

¹¹⁹⁰ V. également CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 3 et N 5, qui rappelle qu'il s'agit de droit dispositif et que les conventions contraires sont par conséquent réservées.

Clause contractuelle contenant un critère temporel

Même si la doctrine lie en général la stipulation contraire à un nombre déterminé d'exemplaires¹¹⁹¹, la fixation d'un critère temporel dans le contrat représente également une stipulation contraire valable au sens de l'article 383 alinéa 2 *in initio* CO. L'indication d'une période déterminée – ou déterminable – de reproduction exclut la possibilité de fixer un nombre d'exemplaires avant toute reproduction¹¹⁹². Soit l'édition – et donc sa durée – est définie par un nombre d'exemplaires déterminé¹¹⁹³, soit la fixation d'une période contractuelle détermine l'édition – et donc le nombre d'exemplaires de cette dernière. Les deux critères – nombre d'exemplaires et durée de l'édition – s'excluent mutuellement¹¹⁹⁴. Ainsi, lorsque les parties fixent une période durant laquelle l'éditeur est autorisé à la publication, leur stipulation contraire participe bien d'une dérogation à l'article 383 alinéa 2 CO.

La doctrine affirme d'ailleurs de manière unanime qu'une convention limitée par une durée – et non un nombre déterminé d'exemplaires – représente toujours un contrat d'édition au sens des articles 380 et suivants CO : HILTY, faisant référence au paragraphe 29 alinéa 3 VeriG¹¹⁹⁵, mentionne que l'expiration d'un délai doit être considérée comme une des causes de la fin du contrat¹¹⁹⁶ ; ALOIS TROLLER expose que les parties peuvent conclure un contrat d'édition pour une période déterminée¹¹⁹⁷ ; CHERPILLOD affirme qu'« il est concevable de prévoir une durée déterminée à l'expiration de laquelle les rapports contractuels prennent fin, sauf

¹¹⁹¹ V. par exemple HILTY, art. 383 N 2 ; BECKER, art. 383 N 1, laisse entendre qu'une « stipulation contraire » doit indiquer le contour de l'édition en chiffres (*ziffermässig*) ; TERCIER, N 4509, fait uniquement mention du nombre d'éditions et d'exemplaires qui peuvent être prévus par une convention ; PEDRAZZINI, p. 87, offre une position plus ouverte, dans la mesure où, parlant des « techniques permettant de reproduire certaines œuvres au fur et à mesure qu'elles s'épuisent », il expose la possibilité pour les parties de déroger à l'art. 383 al. 2 CO en indiquant que celles-ci « peuvent par exemple fixer le nombre des exemplaires dans le contrat » [mise en évidence par l'auteur, ce qui laisse évidemment supposer que d'autres critères de délimitation peuvent être envisagés].

¹¹⁹² Comparer avec les explications de SCHRICKER, § 5 N 6.

¹¹⁹³ Comparer avec TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 795 : « Die Dauer des Verlagsvertrages wird von allem durch die Auflagen begrenzt...¹. Der Verleger soll Zeit und Gelegenheit haben, die Auflagen zu erschöpfen ».

¹¹⁹⁴ Y compris si les deux critères sont utilisés alternativement. Par exemple : clause prévoyant le terme de l'édition après la reproduction de 10'000 exemplaires ou après l'écoulement d'une période de deux ans. Une fois les 10'000 exemplaires reproduits et épuisés, il n'est plus question d'attendre la fin de la période de deux ans, et inversement.

¹¹⁹⁵ § 29 al. 3 VeriG : « Wird der Verlagsvertrag für eine bestimmte Zeit geschlossen, so ist nach dem Ablaufe der Zeit der Verleger nicht mehr zur Verbreitung der noch vorhandenen Abzüge berechtigt ».

¹¹⁹⁶ HILTY, art. 392 N 10 ; v. également HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 561, qui précise, à la note 182, qu'il s'agit de l'expiration du délai prévu dans le contrat et non pas de l'échéance du délai de protection accordé par le droit d'auteur.

¹¹⁹⁷ TROLLER, *Kommentar*, art. 382 N 6 ; v. également TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 795.

reconduction »¹¹⁹⁸. PEDRAZZINI indique que « le droit de reproduction et de diffusion » de l'éditeur s'éteint « une fois écoulé le temps convenu »¹¹⁹⁹ ; TÂCHE affirme que le contrat d'édition peut être limité dans le temps¹²⁰⁰ ; KAMEN TROLLER reconnaît que le contrat peut être conclu pour une durée déterminée, en précisant que cela sera l'exception¹²⁰¹ ; TERCIER met en évidence que le contrat d'édition peut être conclu sous la forme d'un contrat de durée¹²⁰² ; VON BÜREN indique que le transfert des droits d'auteur peut être limité temporellement ou en fonction des éditions¹²⁰³.

Indiquant la possibilité laissée aux parties de délimiter l'édition temporellement, les auteurs renvoient fréquemment au paragraphe 29 VeriG (premier paragraphe de la VeriG traitant de la fin du contrat d'édition). Cela s'explique par le fait que le législateur allemand a expressément autorisé dans ce paragraphe l'emploi d'un critère temporel. En effet, le paragraphe 29 alinéa 3 VeriG fait référence à une convention conclue pour une période déterminée¹²⁰⁴.

La possibilité de limiter l'édition en fonction d'un critère temporel est en outre reconnue par la pratique de l'édition. En effet, les droits d'auteur portant sur l'œuvre objet du contrat d'édition sont souvent transférés pour la durée de protection accordée par ces droits¹²⁰⁵. Dans ce cas, la durée du contrat sera indirectement limitée par un critère temporel.

Délimitation temporelle de l'édition : les diverses possibilités

Les parties peuvent limiter l'édition par la mention d'une période déterminée, ou alors en fixant une échéance¹²⁰⁶. Elles sont libres de prévoir que la période de publication sera prolongée d'une année (par exemple) si aucun des cocontractants n'exige la fin de la diffusion deux mois (par exemple) avant la date d'échéance¹²⁰⁷.

¹¹⁹⁸ CRCO-I, CHERPILOD, art. 392 N 11.

¹¹⁹⁹ PEDRAZZINI, p. 91, qui, note 1, cite le § 29 VeriG.

¹²⁰⁰ TÂCHE, p. 233, qui fait, entre autres à la note 2, référence au § 29 VeriG.

¹²⁰¹ TROLLER, *Manuel*, p. 715.

¹²⁰² TERCIER, N 4529.

¹²⁰³ VON BÜREN/MARBACH, N 758.

¹²⁰⁴ V. note 1195 ; NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 50 ; pour les détails, v. SCHRICKER, § 29 N 10 ss.

¹²⁰⁵ HILTY, art. 381 N 7, et les réf. : en droit allemand, SCHRICKER, § 8 N 5e, p. 292, s'exprime de la manière suivante : « pour la durée totale du droit d'auteur ». Il aurait été plus rigoureux d'indiquer : « jusqu'à l'échéance de la protection conférée par le droit d'auteur » ; v. également KNAACK, p. 271, 282.

¹²⁰⁶ En ce sens, en droit allemand : SCHRICKER, § 29 N 10 ; DELP, p. 31, N 90 ; v. également le § 5 ch. (2) lit. b) du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag*, proposé par SCHMAUS, p. 165.

¹²⁰⁷ V. à ce sujet, en droit allemand, le § 5 (2) lit. b) du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag* proposé par SCHMAUS, p. 165.

Elles ont également la possibilité de fixer, contractuellement, un « événement » synonyme de fin de l'édition. On peut imaginer, par exemple, que les cocontractants, dans le cadre de leur liberté contractuelle, se mettent d'accord pour que l'éditeur cesse la publication dans l'hypothèse où le nombre de reproductions mensuelles (annuelles) ne dépasse pas un chiffre déterminé¹²⁰⁸.

Ce type de clauses représente toujours une stipulation contraire au sens de l'article 383 alinéa 2 CO, dans la mesure où il exclut la détermination du « *chiffre des exemplaires* ».

La liberté contractuelle permet en outre aux parties d'adopter de nombreuses variantes :

- par exemple, les parties peuvent convenir, en cas de pluralité d'éditions, d'une période déterminée pour la première édition, puis se mettre d'accord ultérieurement sur la durée des prochaines éditions ;
- autre exemple : elles peuvent convenir que, pour la même édition, l'ouvrage sera tout d'abord présenté durant une période déterminée sur la page d'accueil du site (portail) de l'éditeur, puis placée au cœur du site pendant une autre période bien définie¹²⁰⁹.

Conclusion

Admettre – sur la base de l'article 383 alinéa 2 CO, à l'instar de la doctrine et de la pratique de l'édition – qu'un critère temporel peut délimiter l'édition revient à confirmer que l'article 380 CO n'exige pas que l'éditeur fixe avant toute reproduction le nombre d'exemplaires de l'œuvre qui sera publiée¹²¹⁰. Le chiffre des exemplaires ne peut – logiquement – être connu qu'à l'expiration du délai (par exemple) fixé contractuellement par les parties.

Notons à ce stade que la problématique de la limitation de l'édition par un critère temporel (et non pas par le biais de l'édition ou des éditions) n'est pas nouvelle dans la mesure elle se pose déjà dans le contexte de l'édition traditionnelle. Cependant, pour cette dernière, il s'agit d'une exception : la constitution d'un stock

¹²⁰⁸ Exemple d'un tel événement : si, deux mois consécutivement, le nombre de téléchargements de l'œuvre reste en deça de 200 ouvrages ; v. la réglementation contractuelle intéressante intégrée dans le *Verlagsvertrag über ein wissenschaftliches Werk*, § 15 (SCHRICKER, Anh 2, p. 790-791) ; v. également le § 22 du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag*, proposé par SCHMAUS, p. 175-176 ; comparer avec SCHUWER, p. 91, dans le contexte de l'édition seconde d'un ouvrage de littérature générale.

¹²⁰⁹ Présentant un exemple de contrat (dans un autre contexte) prévoyant que les droits sont exercés selon un ordre précis : SCHRICKER, *Kommentar*, Vor §§ 28 ff. N 57 ; indiquant que les clauses relatives à l'intégration de l'œuvre sur un site représentent une partie importante du contrat : SCHARDT, p. 855.

¹²¹⁰ V. en ce sens TROLLIER, *Kommentar*, art. 383 N 5 : « *Der Gesetzestext lässt jedoch nicht zu, dass diese Fixierung der Höhe als wesentlicher Bestandteil des Vertrages betrachtet wird. Wäre sie dies, so hätte der Hinweis auf die abweichende Vereinbarung keinen Sinn* ».

d'exemplaires étant nécessaire, les parties doivent tenter de prévoir le temps qu'il faudra pour écouler ce stock¹²¹¹. Cela est difficilement prévisible. Pour l'impression *on demand* et le transfert *on-line*, la délimitation de l'édition par un critère temporel est la règle. La problématique se pose donc avec une force particulière.

La définition de l'édition retenue aujourd'hui par la doctrine majoritaire (et la plus récente) confirme nos considérations. Elle laisse entendre que la notion d'édition ne doit pas être rattachée à l'impression monotype¹²¹², mais qu'elle est fonction d'un accord contractuel¹²¹³. Ainsi, l'édition représente le nombre d'exemplaires que l'éditeur est autorisé à tirer dans le cadre du contrat d'édition¹²¹⁴, ou d'une section de celui-ci¹²¹⁵. Le fait que ce nombre ne puisse être obtenu qu'en plusieurs temps ne joue aucun rôle¹²¹⁶.

Cette définition – qui se distingue de celle du *tirage*¹²¹⁷ – ne présuppose pas que le nombre d'exemplaires soit déterminé dans une clause du contrat. Ce nombre peut être uniquement déterminable (ce qui est le cas avec un critère temporel).

bb) Termes édition(s) et tirage

Au cœur du Titre douzième du Code des obligations, les termes *édition(s)*¹²¹⁸ et *tirage*¹²¹⁹ sont certainement ceux qui sont le plus « imprégnés » des caractéristiques de l'édition traditionnelle.

¹²¹¹ V. les explications de TROLLER, *Manuel*, p. 715.

¹²¹² A l'origine du droit d'édition, la notion d'édition était conditionnée par les possibilités techniques d'impression (impression monotype). Ainsi, l'édition était assimilée au « nombre d'exemplaires imprimés en une seule fois » (v. entre autres : BECKER, art. 383 N 2 ; OSER/SCHÖNENBERGER, art. 383 N 1 ; plus récemment : PEDRAZZINI, p. 86). Dans la mesure où cette définition n'est pas rattachée au contrat, il faut admettre que ce nombre d'exemplaires doit être arrêté à l'avance, avant la reproduction (en ce sens : PEDRAZZINI, p. 87). L'édition telle qu'elle est définie ci-dessus (en fonction de l'impression monotype) est assimilée au tirage (v. ci-dessous. (Tirage) [p. 199 s.]).

¹²¹³ NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 56 : « Insofern ist dann der Begriff « Auflage » normativ an den Verlagsvertrag zu knüpfen ».

¹²¹⁴ HILTY, art. 383 N 1 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 553-554, et la note 145 ; CRCO-I. CHERPILLOD, art. 383 N 1 ; en ce sens : TACHE, p. 213-214 ; en droit allemand : ULMER, p. 458 ; SCHRICKER, § 5 N 2, p. 242-243.

¹²¹⁵ TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 1 ; en droit allemand : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 56, et les réf. ; REHBINDER, *Urheberrecht*, N 358.

¹²¹⁶ En ce sens : HILTY, art. 383 N 1 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 553-554, et note 145.

¹²¹⁷ V. ci-dessous, pt. bb) (Tirage) (p. 199 s.), pour la notion de tirage.

¹²¹⁸ V. les art. 382 al. 1, 383 al. 1, 383 al. 3, 385 al. 2, 388 al. 3, 391 al. 1 CO. Pour l'art. 383 al. 2 CO, v. ci-dessus, pt. ba) (p. 191 ss).

¹²¹⁹ V. les art. 383 al. 2 et 385 al. 2 CO.

Edition(s)

Dans la mesure où il convient de retenir qu'un critère temporel peut délimiter une édition, les articles 383 alinéa 1, 385 alinéa 2 et 388 alinéa 3 (contenant le terme *édition(s)*) ne soulèvent aucune problématique particulière¹²²⁰. Ces dispositions – qui doivent être lues en lien avec l'article 383 alinéa 2 CO – n'imposent pas la fixation du nombre d'exemplaires avant toute reproduction.

Les articles 382 alinéa 1 et 383 alinéa 3 CO – intégrant également le terme *édition(s)* – se révèlent par contre problématiques, non pas en lien avec la fixation préalable du nombre d'exemplaires, mais en rapport avec la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre. Ces dispositions font référence à l'épuisement de l'édition. Or, cette terminologie suppose impérativement la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre¹²²¹. L'édition est épuisée lorsque les exemplaires qui composent le stock sont vendus ou écoulés.

Ci-dessus¹²²², nous avons admis que la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* n'exige pas que le nombre d'exemplaires soit fixé avant le début de la reproduction. Le contrat peut être délimité par une échéance par exemple. Si tel est le cas, l'édition arrive à terme à l'échéance fixée et non pas lorsque l'édition est épuisée. La restriction imposée à l'auteur à l'article 382 alinéa 1 CO disparaît à l'échéance fixée¹²²³, et non lorsque les éditions que l'éditeur a le droit de faire sont épuisées¹²²⁴. Le critère temporel (échéance) remplace celui du nombre des exemplaires (épuisement de l'édition)¹²²⁵. Ainsi, l'édition arrive à terme à l'échéance fixée aussi bien lors d'une impression traditionnelle limitée temporellement (un stock est toujours constitué) que lors d'une impression *on demand* ou d'un transfert *on-line* (absence de constitution de stock).

La même réflexion s'applique en rapport avec l'article 383 alinéa 3 CO.

Certes, les articles 382 alinéa 1 et 383 alinéa 3 CO ne sont plus directement applicables. Mais, cette conclusion s'impose dans la mesure où il convient de retenir que l'édition peut être limitée en fonction d'un critère temporel. La non-application directe de ces deux dispositions est légitimée.

¹²²⁰ Les art. 382 al. 1, 383 al. 3 et 391 al. 1 CO soulèvent une problématique différente. Le terme *édition* employé dans ces dispositions fait référence à la constitution d'un stock. V. ci-dessous, dans le texte.

¹²²¹ Comparer avec CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 2 ; v. également Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 2, Paris 2001, p. 125, pt. 2.

¹²²² Pt. ba) (Conclusion) (p. 195 s.).

¹²²³ Comparer avec CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 2 ; HILTY, art. 382 N 3.

¹²²⁴ V. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 795 (partant de l'art. 382 al. 1 CO): « Die Parteien können das Verlagsrecht unabhängig vom Erschöpfen der Auflage zeitlich begrenzen, wie es § 29 Abs. 3 DverlG vorsieht : (...) ».

¹²²⁵ V. ci-dessus, pt. ba) (Clause contractuelle contenant un critère temporel) (p. 193), où l'on affirme que les deux critères s'excluent.

Si l'on reconnaît qu'une clause contractuelle peut contenir un critère temporel afin de circonscrire l'édition, il est nécessaire d'admettre que certaines règles du Titre douzième du Code des obligations ne sont plus directement applicables. Une telle conclusion correspond au système du droit des contrats. Un contrat nommé correspond à une classe bien définie par le législateur (règle définitoire) et la réglementation de ce contrat nommé fait référence à un type légal de contrat. Au regard d'une convention concrète atypique, certaines dispositions de la réglementation légale ne pourront être appliquées directement, bien que la convention en question entre dans la classe du contrat nommé ou, autrement dit, bien qu'elle soit qualifiée de contrat nommé¹²²⁶. Si l'on retient que toutes les dispositions légales doivent rester applicables directement, on élimine la distinction existant entre contrats nommés et contrats typiques. Ceux-ci doivent pourtant être soigneusement différenciés¹²²⁷.

L'article 391 CO – qui contient le terme *édition* – est également problématique. La version allemande de cette disposition, qui correspond le mieux au sens de la norme, indique que si l'édition, reproduite par l'éditeur, périclète avant d'être diffusée, c'est-à-dire avant que tous les exemplaires soient diffusés (« *bevor sie vertrieben worden ist* »)¹²²⁸, l'éditeur a le droit de faire rétablir à ses frais les exemplaires détruits.

Cet article laisse entendre que les exemplaires de l'édition ont déjà été reproduits avant la perte. Un stock d'exemplaires a été constitué qui a péri partiellement ou totalement¹²²⁹.

En ce qui concerne les articles 382 alinéa 1 et 383 alinéa 3 CO, le fait d'admettre que l'édition peut être délimitée en fonction d'un critère temporel oblige à conclure que le critère de l'épuisement est remplacé par celui du critère temporel (alternative). L'article 391 CO ne permet pas de conclure à l'existence d'une telle alternative. Il laisse simplement entendre qu'un stock d'exemplaires doit avoir été constitué. Le fait d'admettre que l'édition peut être délimitée en fonction d'un critère temporel n'écarte pas l'exigence de la constitution de stock.

Ainsi, le fait d'admettre que le devoir de reproduction de l'éditeur n'intègre pas l'exigence de la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre revient à dire que l'article 391 CO n'est plus applicable directement en lien avec la publication *on*

¹²²⁶ Pour les explications, v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 3.1 (p. 132 s.).

¹²²⁷ Pour les détails, v. Titre III, Chapitre 13, pt. 3 (p. 131 ss.).

¹²²⁸ Les textes français et italien de l'art. 391 CO disposent que l'éditeur a le droit de rétablir à ses frais les exemplaires déjà préparés mais détruits « *antérieurement à la mise en vente* » (« *prima della messa in vendita* »), c'est-à-dire, avant que la diffusion ait commencé. Ces versions n'ont pas été modifiées lors de la révision de 1911 ! V. à ce sujet REHBINDER, *Hundert Jahre*, p. 275 ; HILTY, art. 391 N 1, parle de « *panne législative* ».

¹²²⁹ En cas de perte totale, un exemplaire doit – logiquement – avoir été sauvé par l'éditeur. Sinon, l'éditeur n'est plus en l'état de rétablir les exemplaires détruits, et l'art. 391 CO est inapplicable. V. HILTY, art. 391 N 2.

demand¹²³⁰. La non-application directe n'est pas légitimée. Nous en restons là pour l'instant. Nous attendons d'arriver au terme de l'interprétation pour examiner le nombre de notions dépassées si on considère que le devoir de l'éditeur n'incorpore aucune exigence de constitution de stock¹²³¹. S'il s'avère que ce nombre est important et que les règles touchées sont essentielles, il s'agira de conclure que l'interprétation systématique de l'article 380 CO oblige à considérer que le devoir de reproduction de l'éditeur incorpore l'exigence de la constitution d'un stock.

Tirage

Le tirage représente l'« ensemble des exemplaires d'une œuvre reporté à une date d'édition »¹²³². Cette notion est utilisée à l'article 383 alinéa 2 *in fine* CO (« une fois le premier tirage terminé, l'éditeur ne peut en faire de nouveaux »). Cette dernière règle est applicable, comme l'ensemble de l'article 383 alinéa 2 CO, à défaut d'accord contraire (« sauf stipulation contraire »)¹²³³. Ainsi, à défaut de clause contractuelle contraire, l'éditeur doit fixer l'édition, soit le nombre des exemplaires, avant toute reproduction¹²³⁴. Il n'est autorisé à confectionner ce nombre d'exemplaires qu'en un seul tirage. A défaut d'accord entre les parties, l'édition correspond au tirage.

Comme nous l'avons vu ci-dessus en lien avec le terme *édition*¹²³⁵, une stipulation contraire peut écarter l'application de l'article 383 alinéa 2 CO. Nous ne répétons pas ici les explications déjà données, mais concluons que la notion de *tirage* contenue à l'article 383 alinéa 2 CO n'oblige pas à considérer que l'éditeur a le devoir – selon l'article 380 CO – de fixer le nombre d'exemplaires avant le début de la reproduction et qu'il lui incombe de constituer un stock d'exemplaires¹²³⁶. S'agissant du terme *tirage*, l'article 383 alinéa 2 CO n'est plus applicable directement. La non-application directe est légitimée.

Le terme *tirage* est également utilisé à l'article 385 alinéa 2 CO. Cette disposition distingue clairement l'*édition* du *tirage*¹²³⁷. Ainsi, avant toute nouvelle *édition* ou

¹²³⁰ La disposition est encore applicable directement en lien avec l'édition traditionnelle limitée à l'aide d'un critère temporel.

¹²³¹ V. ci-dessous, pt. 4.4.4.c) (p. 220 s.).

¹²³² TERCIER, N 4510 : comparer avec Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 5, Paris 2001, p. 1227, avec des exemples : « Tirage à mille exemplaires. Premier, deuxième tirage ».

¹²³³ Cela ressort de manière encore plus évidente des versions allemande et italienne qui séparent l'art. 383 al. 2 *if.* CO du reste de la norme avec une simple virgule, et non à l'aide d'un point-virgule comme dans la traduction française.

¹²³⁴ V. ci-dessus, pt. ba) (Absence d'accord contractuel) (p. 191 s.).

¹²³⁵ (Edition(s)) (p. 196 ss.).

¹²³⁶ Pour les détails, v. ci-dessus. (Edition(s)) (p. 196 ss.).

¹²³⁷ Idem pour les textes italien (« L'editore non può fare nuove edizioni né ristampe ») et allemand (« Der Verleger darf keine neue Ausgabe oder Auflage machen und keinen neuen Abdruck vornehmen, [...] »). Concernant cette dernière version, HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 555.

tout nouveau *tirage*, l'éditeur doit donner la possibilité à l'auteur d'améliorer son œuvre. En d'autres termes, cela signifie que si l'édition ne correspond pas au tirage¹²³⁸ (par exemple, une édition à deux tirages), l'éditeur doit permettre à l'auteur d'effectuer des améliorations sur sa création avant le deuxième tirage, alors même que l'édition n'est pas achevée. Par conséquent, même si les parties ont délimité, contractuellement, l'édition par un critère temporel, l'auteur doit pouvoir intervenir après chaque tirage (pour autant que l'éditeur effectue plusieurs tirages dans la même édition). Prenons l'exemple d'une édition traditionnelle délimitée par une durée et effectuée en trois tirages : avant la confection du deuxième tirage – et alors même que le premier tirage a créé un stock d'exemplaires – l'éditeur est tenu de laisser la liberté à l'auteur d'améliorer son œuvre.

La situation est plus problématique en matière d'impression à la demande, dans la mesure où un tirage ne constitue pas un stock d'exemplaires. Chaque tirage est unique (impression d'un seul exemplaire de l'œuvre). Il est absurde de reconnaître que l'auteur peut exercer son droit d'amélioration à chaque tirage.

Admettre que le devoir de l'éditeur n'incorpore aucune exigence de constitution de stock revient à dire que le terme *tirage* contenu à l'article 385 alinéa 2 CO n'est plus applicable directement¹²³⁹. La non-application directe n'est pas légitimée.

A ce stade, il n'est pas encore opportun d'apporter une conclusion relative à la signification de l'article 380 CO. Nous attendons d'avoir appliqué toutes les méthodes d'interprétation avant d'affirmer que l'interprétation systématique de l'article 380 CO oblige ou non à admettre que le devoir de reproduction de l'éditeur incorpore une exigence de constitution de stock¹²⁴⁰.

Conclusion

Les termes *édition(s)* – en lien avec la question de l'épuisement¹²⁴¹ et la constitution d'exemplaires antérieure à la diffusion¹²⁴² – et *tirage*¹²⁴³ suggèrent la constitution d'un stock d'exemplaires.

estime que le terme *nouveau tirage* (*neuen Abdruck*) est mal choisi dans le contexte de l'article 385 alinéa 2 CO. Il explique que si l'auteur exerce son droit à l'amélioration (selon ce dernier alinéa), il ne s'agit plus d'un nouveau tirage mais d'une nouvelle édition (retravaillée) (dans le sens *Neuauflage*). Nous ne pouvons souscrire à cette explication : la *Neuauflage*, dont parle HILTY, n'est que la conséquence de l'exercice du droit d'amélioration par l'auteur. Préalablement à l'exercice de ce droit, l'éditeur (dans le cadre de la même édition) entendait bien effectuer un nouveau tirage de l'œuvre. La notion de tirage est donc nécessaire au cœur de l'art. 385 al. 2 CO. D'ailleurs, si l'auteur n'exerce pas son droit, l'éditeur effectue bien un nouveau tirage et non pas une *Neuauflage*.

¹²³⁸ V. ci-dessus, dans le texte.

¹²³⁹ Une telle exigence permettrait d'effectuer des tirages aboutissant à un stock d'exemplaires et rendrait tout son sens à l'art. 385 al. 2 CO.

¹²⁴⁰ V. ci-dessous, pt. 4.4.4.c) (p. 219 ss.).

¹²⁴¹ Art. 382 al. 1 et 383 al. 3 CO.

¹²⁴² Art. 391 CO.

L'utilisation d'un critère temporel – pour délimiter l'ampleur de l'édition – ne permet pas d'appliquer directement ces notions. Le texte de la loi n'indique pas que l'édition peut être limitée temporellement. Le législateur a cependant disposé de manière expresse que les parties peuvent prévoir des stipulations contraires. La doctrine – unanime – ainsi que la pratique de l'édition admettent qu'un contrat d'édition peut être circonscrit par le temps. Au surplus, une telle délimitation est ancrée dans la législation allemande.

Ces arguments légitiment la non-application directe des règles contenant les termes *édition(s)*¹²⁴⁴ (excepté pour l'art. 391 CO) et *tirage*¹²⁴⁵ (excepté pour l'art. 385 al. 2 CO). S'agissant du terme *édition* contenu à l'article 391 CO et du terme *tirage* intégré à l'article 385 alinéa 2 CO, la non-application directe n'est pas légitimée. L'utilisation de ces termes au cœur de ces dispositions légales suggère que le devoir de reproduction de l'éditeur incorpore l'exigence de la constitution d'un stock d'exemplaires.

c) *Article 383 CO ; exigence de la matérialisation de l'œuvre (papier)*

ca) *Observation*

L'analyse du droit positif à la lumière des nouvelles technologies de l'information suppose fréquemment de se demander si la loi examinée est toujours applicable dans un univers dématérialisé. En ce qui concerne l'article 383 CO – excepté pour une notion contenue à l'alinéa 2¹²⁴⁶ – ce n'est pas tant la dématérialisation de l'œuvre que la flexibilité du *publishing on demand*¹²⁴⁷ qui pose problème¹²⁴⁸ ; pour preuve, on note que l'interrogation se pose de manière similaire pour la technique d'impression à la demande, alors que celle-ci aboutit pourtant à une œuvre matérialisée sous format papier¹²⁴⁹.

cb) *Terme « imprimer »*

Impression papier

L'article 383 alinéa 2 CO contient le terme *imprimer*. Le sens de cette notion est non équivoque : le verbe *imprimer* fait référence à l'impression papier. Il a en va de même des termes utilisés au cœur des versions allemande (*drucken*) et italienne (*stampare*).

¹²⁴³ Art. 383 al. 2 et 385 al. 2 CO.

¹²⁴⁴ Art. 382 al. 1 et 383 al. 3 CO.

¹²⁴⁵ Art. 383 al. 2 CO.

¹²⁴⁶ V. ci-dessous, pt. cb).

¹²⁴⁷ Pour la notion, v. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2 (p. 17).

¹²⁴⁸ En ce sens (mais étendant la réflexion à l'ensemble de l'édition en ligne) : TISSOT, p. 210 ; la même problématique, liée à la flexibilité, peut se poser dans le cadre d'une publication non numérique, V. KATZENBERGER, p. 221 ; TISSOT, p. 210-211.

¹²⁴⁹ On parle de flexibilité en particulier en raison de l'absence de nécessité de constituer un stock d'exemplaires.

Ici, il n'est pas possible de se fonder sur la *stipulation contraire* de l'article 383 alinéa 2 *in initio* CO pour conclure qu'une clause contractuelle peut écarter l'impression au profit d'une reproduction numérique. Au regard du contexte de l'article 383 alinéa 2 CO, la *stipulation contraire* ne peut concerner que la façon de déterminer le chiffre des exemplaires. L'emploi du terme *imprimer* rappelle simplement l'activité de l'éditeur (*reproduire*) en lui attribuant une « coloration » spécifique.

Cette explication peut être comprise plus aisément en rapport avec l'article 389 alinéa 1 *in fine* CO. Cette disposition fait également référence à l'impression (« *imprimée* »). Une stipulation conclue entre les parties peut déroger à l'article 389 alinéa 1 CO. La dérogation ne peut viser que l'exigibilité des honoraires (celle-ci peut être repoussée, par exemple, deux mois après que l'œuvre soit imprimée et prête pour la vente) et non pas la question de l'impression de l'œuvre (les parties remplacent l'impression par la reproduction *on-line*). A nouveau, le terme *imprimée* rappelle simplement le devoir de l'éditeur. Il donne à celui-ci une signification historique spécifique.

Le terme *imprimer* peut être « retourné » dans tous les sens. Cependant, même une interprétation très extensive ne permet pas de détacher cette notion de l'impression papier. Le sens actuel (usuel) correspond au sens historique. Selon le dictionnaire, le terme *imprimer* signifie « *reproduire (les caractères d'une écriture, des signes graphiques...) par la technique de l'imprimerie* »¹²⁵⁰. Certes, le dictionnaire indique que, par extension, le terme *imprimer* peut être utilisé comme synonyme de *publier*¹²⁵¹. A la lecture des exemples donnés pour ce synonyme, on remarque que la définition par extension sous-entend toujours l'impression. Les mêmes remarques peuvent être faites s'agissant des termes *stampare*¹²⁵², utilisé dans la version italienne, et *drucken*¹²⁵³, dans la traduction allemande.

« Coloration » de l'article 380 CO

A l'évidence, le terme *imprimer* (*imprimée*) employé aux articles 383 alinéa 2 et 389 alinéa 1 CO fait référence à l'impression papier. Ainsi que nous l'avons indiqué

¹²⁵⁰ Le Grand Robert de la langue française. 2^e éd., tome 3, Paris 2001, p. 2174, pt. II 3.

¹²⁵¹ Le Grand Robert de la langue française. 2^e éd., tome 3, Paris 2001, p. 2174, pt. II 3, avec des exemples : « *Imprimer un auteur, un écrivain. Personne ne veut l'imprimer. Se faire imprimer* ».

¹²⁵² Grande Dizionario della lingua italiana. XX, SQUI-TOG, Turin 2000, p. 62, N 9 : « *Trasferire su carta le figure delle lettere dell'alfabeto, dei segni diacritici et d'interpunzione, composti in parole e testi di varia lunghezza, originariamente con la compressione, onenuta con un torchio, di forme spalmate d'inchiostro, fino alle più moderne, che si valgono dei procedimenti informatici ; tirare il numero desiderato di uno stesso originale corretto e licenziato per la stampa ; pubblicare un'opera a stampa, dare alle stampe* ». On remarque que cette définition fait référence à l'utilisation de presses numériques. Elle exige cependant toujours l'impression sur papier.

¹²⁵³ Pour une définition : Duden. Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in acht Bänden. 2^e éd., Band 2, Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich 1993, p. 772.

ci-dessus, le sens de cette notion précise – au cœur du Titre douzième du Code des obligations – le devoir de reproduction de l'éditeur. Il incite à interpréter ce dernier en ce sens que l'activité appréhendée par la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* doit avoir pour résultat un produit matérialisé sous format papier.

Admettre que le devoir de l'éditeur n'incorpore aucune exigence quant à la forme de la reproduction revient à conclure que le terme *imprimer (imprimée)* contenu aux articles 383 alinéa 2 et 389 alinéa 1 CO est aujourd'hui dépassé.

Nous attendons d'arriver à la fin de l'interprétation pour examiner le nombre de notions dépassées si on considère que le devoir de l'éditeur n'incorpore aucune exigence de forme. Nous déterminerons alors s'il convient de conclure que l'interprétation systématique de la règle définitoire du contrat d'édition induit à retenir que le devoir de l'éditeur est intimement lié à une exigence de forme¹²⁵⁴.

d) Article 384 alinéa 1 *in initio* CO

do) Question de la matérialisation de l'œuvre sous format papier

L'article 384 alinéa 1 *in initio* CO dispose que « l'éditeur est tenu de reproduire l'œuvre sous une forme convenable, sans aucune abréviation, addition ou modification »¹²⁵⁵.

L'article 384 alinéa 1 *in initio* CO ne s'inscrit nullement dans le cadre de la problématique qui consiste à définir si un nombre d'exemplaires de l'œuvre doit être déterminé avant toute reproduction ou si un stock d'exemplaires doit être constitué. Cet alinéa a trait à la reproduction elle-même, c'est-à-dire qu'il décrit de quelle manière – qualitativement – la reproduction de l'œuvre doit être effectuée. Il convient donc uniquement de se demander si l'exigence ancrée à l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO suppose que les exemplaires de l'œuvre reproduits soient matérialisés sous format papier.

db) Presses numériques et impression on demand

Première interrogation : les presses numériques

A priori, cette question concerne uniquement la publication de supports de données et le transfert *on-line*, mais non l'impression à l'aide de presses numériques – qui comprend également l'impression *on demand*, dans la mesure où celle-ci fait usage de telles presses. Dans ces deux derniers cas, l'œuvre est bien matérialisée sous format papier. On peut néanmoins se poser la question de savoir si, au regard de

¹²⁵⁴ V. ci-dessous, pt. 4.4.4.c) (p. 219 ss.).

¹²⁵⁵ Traduction allemande : « Der Verleger ist verpflichtet, das Werk ohne Kürzungen, ohne Zusätze und ohne Abänderungen in angemessener Ausstattung zu vervielfältigen. (...) » ; version italienne : « L'editore è tenuto a riprodurre l'opera nella forma appropriata alla sua natura, senza abbreviazioni, aggiunte o variazioni, (...) ».

l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO, les presses numériques permettent la reproduction de l'œuvre sous une *forme* « aussi » *convenable* qu'une publication traditionnelle avec une presse traditionnelle.

L'article 384 alinéa 1 CO ne donne aucune autre indication propre à fournir un éclairage supplémentaire à la notion de *forme convenable*. La doctrine a par contre clairement mis en évidence que le devoir de reproduction *sous une forme convenable* impose à l'auteur d'aménager les exemplaires de l'œuvre en utilisant un matériau, une couleur, etc. selon ce qui est usuel d'après la nature de l'œuvre éditée¹²⁵⁶. Cette explication correspond en substance au paragraphe 14 VerIG¹²⁵⁷. Concernant les presses numériques, la question se résume finalement à savoir si la technique d'impression employée correspond bien à « ce qui est usuel ». Nous répondons positivement à cette interrogation, sur la base des deux arguments suivant :

- premièrement, la constatation de ce qui peut être considéré comme usuel est aujourd'hui certes problématique dans le domaine de la publication de livres au regard des nouveaux procédés d'impression électroniques¹²⁵⁸, mais il tombe toutefois sous le sens que l'éditeur remplit son devoir si la nouvelle technique d'impression aboutit à un exemplaire d'une qualité essentiellement comparable au résultat d'une impression plus traditionnelle¹²⁵⁹. Or, s'agissant de l'impression numérique, les professionnels du livre estiment que si la préparation de l'impression est effectuée de manière consciencieuse par la maison d'édition, un profane distingue à peine une différence de qualité d'avec une impression *offset*¹²⁶⁰. L'impression numérique (qui comprend l'impression *on demand*) participe bien d'une reproduction de l'œuvre *sous une forme convenable* ;
- deuxièmement, une conclusion opposée (c'est-à-dire excluant que l'emploi des presses numériques puisse être considérée comme usuelle) serait à notre sens difficilement acceptable au regard des explications de la doctrine. Cette dernière fait dépendre la *forme convenable* de ce qui est usuel d'après la nature de l'œuvre éditée¹²⁶¹. Un critère rédigé de cette manière, qui laisse manifestement

¹²⁵⁶ HILTY, art. 384 N 6 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 535 ; v. également, entre autres, TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 7 ; CRCO-I. CHERPILLOD, art. 384 N 1 ; BECKER, art. 384 N 3 ; PEDRAZZINI, p. 86.

¹²⁵⁷ Sur le § 14 VerIG, v. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 120 s. ; TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 7, reprend d'ailleurs expressément le § 14 VerIG pour expliquer l'art. 384 al. 1 *in initio* CO.

¹²⁵⁸ Faisant ce constat en Allemagne : SCHRICKER, § 14 N 2, p. 382 ; parlant de l'impression à la demande, DELP, p. 26, N 47, estime que le caractère usuel de cette forme de publication n'est pas encore assuré ; en 1985, HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 120, estimaient que seule la confection de livres papier pouvait être considérée comme usuelle.

¹²⁵⁹ En ce sens : SCHRICKER, § 14 N 2, p. 382-383.

¹²⁶⁰ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.2 (p. 18).

¹²⁶¹ V. ci-dessus dans le texte, et la note 1256.

une ouverture pour l'évolution des techniques¹²⁶², tend à intégrer des technologies non encore connues au moment de la rédaction de la loi.

Deuxième interrogation : l'impression on demand

Le fait que l'utilisateur puisse définir lui-même certains aspects formels de la publication de l'œuvre qu'il commande sur le site de l'éditeur¹²⁶³ est-il problématique au regard de l'exigence de la *forme convenable* ancrée à l'article 384 alinéa 1 CO ?

La doctrine fournit la réponse à cette interrogation lorsqu'elle indique qu'il incombe à l'éditeur de définir l'aménagement graphique de l'œuvre, le type de reliure utilisé, sa couleur, etc., lorsque le contrat ne contient aucune indication à ce sujet¹²⁶⁴. En donnant la possibilité à l'utilisateur de déterminer lui-même les aspects formels de l'œuvre, l'éditeur remplit son devoir. L'utilisateur n'est pas libre de décider les aménagements qu'il désire, mais se borne à effectuer des choix parmi les possibilités offertes par l'éditeur. Celui-ci garde bien la *maîtrise* s'agissant de la définition de l'aspect formel de l'œuvre.

de) Transfert on-line : la « forme convenable »

Dans la mesure où le transfert *on-line* représente une technique très récente¹²⁶⁵, il est probablement encore trop tôt pour définir ce qui est usuel dans le cadre d'une reproduction *on-line*¹²⁶⁶. Il n'existe pas d'échelle suffisamment bien établie pour déterminer ce qui est usuel lors d'une telle publication¹²⁶⁷. Cette constatation ne signifie pas que le critère de la *forme convenable* n'est plus adapté s'agissant du transfert *on-line*. Pour comprendre cela, il est nécessaire de mieux cerner ce critère. Celui-ci n'est pas déterminé exclusivement par ce qui est usuel. Il faut garder à l'esprit que ce critère est intimement lié aux mesures habituelles que l'éditeur a le devoir de prendre *pour le succès de la vente* (art. 384 al. 1 *in fine* CO)¹²⁶⁸. Etant donné que le transfert *on-line* – évolution toute récente du réseau des réseaux – ne peut être examiné à la lumière d'une échelle bien établie, il paraît tout à fait raisonnable d'affirmer que cette technique de reproduction représente une *forme convenable* au sens de l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO, à condition que l'éditeur

¹²⁶² En ce sens : SCHIRICKER, § 14 N 2, p. 383.

¹²⁶³ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 20).

¹²⁶⁴ TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 7 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 384 N 2 ; v. également HILTY, art. 384 N 2 et N 6.

¹²⁶⁵ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.3 (p. 21 s.).

¹²⁶⁶ En 1992, GALLUS, p. 62, explique que seule la reproduction de livres (papier) représente ce qui est usuel dans le domaine de l'édition.

¹²⁶⁷ V. SCHMAUS, p. 130 : s'agissant du CD-ROM, la notion de *forme convenable* est parfaitement applicable. A ce jour, on peut logiquement penser (rappelons que le CD-ROM date de 1985) que les milieux de l'édition peuvent définir ce qui est considéré comme usuel dans le cadre de la reproduction de CD-ROMs.

¹²⁶⁸ HILTY, art. 384 N 6.

puisse mettre tout en œuvre pour le succès de la vente des exemplaires de l'œuvre¹²⁶⁹. Le transfert *on-line* rend possible cette mise en œuvre. Un argument important plaide en ce sens : les coûts d'une publication – déterminant le prix final d'un exemplaire de l'œuvre – ont une incidence évidente sur le succès de la vente¹²⁷⁰. Plus ces coûts sont faibles, plus ce succès peut être atteint. Le transfert *on-line* est parfaitement apte à atteindre ce but. On estime aujourd'hui que le prix d'une œuvre publiée *on-line* (format PDF) est entre 30 et 40 % moins élevé que celui du même ouvrage acquis en librairie¹²⁷¹.

On peut conclure – au regard des quelques explications qui précèdent – que la notion de *forme convenable* est parfaitement adaptée au transfert *on-line*.

dd) Transfert on-line : « abréviation, addition ou modification »

Pour des raisons de clarté, nous nous référons uniquement au transfert *on-line*. La même réflexion s'applique à la reproduction de supports de données (CD-ROMs).

L'exigence de l'absence d'abréviation, d'addition et de modification suggère une interrogation en matière de transfert *on-line*. Les œuvres transmises *on-line* au consommateur contiennent un certain nombre de fonctions non comprises au cœur de l'œuvre originale (que l'auteur remet à l'éditeur)¹²⁷² :

- liens hypertextes placés à l'intérieur du document : un « clic » sur le lien permet d'accéder instantanément à d'autres parties du texte ;
- appels de notes : accès à la note ou à la référence en cliquant sur l'appel de notes ;
- fonctions de recherche de mots, de dictionnaires : en pointant sur le mot, la définition s'affiche ;
- possibilité de souligner ou de surligner un passage du texte, de prendre des notes personnelles en marge de l'œuvre, d'insérer des marque-pages.

Ne s'agit-il pas là d'une addition ou d'une modification de l'œuvre transmise par l'auteur¹²⁷³ ?

En ce qui concerne les dernières fonctions indiquées ci-dessus (soulignage, surlignage, prise de notes personnelles, insertion de marque-pages), il ne s'agit ni d'une modification, ni d'une addition effectuée au cœur de l'œuvre. Une fois ces fonctions introduites, le texte – créé par l'auteur – n'est pas différent. Simplement,

¹²⁶⁹ Comparer avec SCHMAUS, p. 130, qui indique que l'éditeur doit faire attention à ce que l'activité qu'il emprend – lui ou ses auxiliaires – soit effectuée consciencieusement et sans défaut.

¹²⁷⁰ Comparer avec SCHRICKER, § 14 N 2, p. 383.

¹²⁷¹ STEVAN, *Le Temps* du 3 juin 2002.

¹²⁷² Pour l'énumération des fonctions, v. 00H00.COM, p. 28.

¹²⁷³ Il ne s'agit à l'évidence pas d'une abréviation.

le lecteur peut souligner un passage ou écrire une note en marge de l'œuvre. Le lecteur d'un livre papier a les mêmes possibilités. Il lui est loisible de souligner un paragraphe ou d'insérer une note sur le bord d'une page de l'ouvrage.

La situation est différente pour les autres fonctions. Nous commençons par l'analyse de la « fonction liens hypertextes ».

Liens hypertextes et modification de l'œuvre

Les nombreuses études effectuées à ce jour par la doctrine suisse sur l'admissibilité des liens hypertextes au regard du droit d'auteur n'appréhendent pas notre problématique. Elles visent plus généralement tous les problèmes juridiques liés au fait que les liens hypertextes conduisent l'utilisateur d'un site *web* à un autre site *web*¹²⁷⁴. Elles indiquent que les liens hypertextes internes à un site *web* ne suggèrent aucune interrogation particulière¹²⁷⁵. BÜHLER dispose expressément que les liaisons insérées dans un texte scientifique – mis à disposition sur la toile – permettant de passer d'une partie du texte à un autre, aux images ou aux notes de bas-de-pages, toujours au cœur du même site *web*, ne posent aucun problème particulier au regard du droit d'auteur¹²⁷⁶, en tout cas si elles sont le fait de l'auteur.

Notre problématique est différente. Elle n'a pas trait à la question des liens hypertextes faisant la liaison entre plusieurs sites *web*, ni même à celle des liens internes à un site *web*, mais elle repose sur le fait qu'une des parties à la relation contractuelle – l'éditeur – insère des liens hypertextes dans l'œuvre qui lui est remise par l'autre partie – l'auteur – avant de publier *on-line* l'œuvre ainsi modifiée.

Une bonne compréhension de l'interdiction de toute abréviation, addition ou modification – intégrée à l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO – suppose de connaître le contenu de l'article 11 LDA¹²⁷⁷. Selon l'article 11 alinéa 1 *lit. a* LDA, seul l'auteur a le droit de décider si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée¹²⁷⁸. La modification dont il est question à cet article englobe aussi bien l'addition que la modification au sens de l'article 384 alinéa 1 CO. Elle représente toutes les atteintes directes et indirectes à l'intégrité de l'œuvre¹²⁷⁹. L'insertion de liens hypertextes à l'intérieur du document par l'éditeur représente une

¹²⁷⁴ V. BRUNNER, p. 6-8, qui présente les catégories de liens hypertextes qu'il entend analyser : *Outlink* (lien simple), *Deeplink* (lien profond) et *IMG-Link* (ou *Inlinelink* ; lien *in-line*) ; v. également BÜHLER, p. 225 ss ; récemment : DE WERRA, *Protection*, p. 73 s., et les réf. ; GILLIERON, N 415 ss.

¹²⁷⁵ *Hyperlink et Insitelink*. V. BRUNNER, p. 7-8.

¹²⁷⁶ BÜHLER, p. 224.

¹²⁷⁷ Pour des exemples de réf. à l'art. 11 LDA lors de l'analyse de l'art. 384 al. 1 CO, v. HILTY, art. 384 N 3 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 532.

¹²⁷⁸ Le parallèle en droit allemand est le § 39 UrhG (v. également le § 14 UrhG) ; pour les détails, v. VINCK, § 39 N 1 ss ; DIETZ, § 39 N 1 ss.

¹²⁷⁹ V. BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 5, et la réf.

modification de l'œuvre au sens de l'article 11 alinéa 1 *lit. a* LDA : l'œuvre ne correspond manifestement plus à l'original dans la mesure où elle n'incorpore plus une configuration linéaire¹²⁸⁰, mais rend possible des parcours de lecture bien différents¹²⁸¹.

La doctrine reconnaît toutefois que certaines modifications ne peuvent être interdites par l'auteur, en raison du principe de la bonne foi¹²⁸². L'exemple le plus souvent cité est celui des fautes d'orthographe : si celles-ci sont évidentes, l'auteur commet un abus de droit en interdisant à l'éditeur de les corriger¹²⁸³.

L'application de l'abus de droit constitue une exception au principe de l'interdiction de toute modification. Bien que cette exception doive être interprétée de façon restrictive¹²⁸⁴, il convient de conclure que l'interdiction faite par l'auteur d'insérer des liens hypertextes à l'intérieur de son œuvre constitue bien un abus de droit¹²⁸⁵. Les deux arguments suivant plaident en ce sens :

- premièrement, l'insertion de liens hypertextes dans l'œuvre faisant l'objet d'une transmission *on-line* est aujourd'hui considérée comme usuelle¹²⁸⁶, et même plus, elle est inhérente à cette technique de publication¹²⁸⁷. Elle représente une des caractéristiques qui rend la publication *on-line* attractive par rapport à l'impression *on demand*¹²⁸⁸. L'auteur doit tenir compte des habitudes dans le commerce¹²⁸⁹ et avoir en tête lors de la conclusion du contrat que l'éditeur intégrera des liens hypertextes dans sa création.

¹²⁸⁰ SCHMAUS, p. 149, qui se prononce en lien avec le § 39 UrhG.

¹²⁸¹ Comparer avec 00h00.COM, p. 28 ; JÉHANNO, p. 16, indique que la fonction des liens hypertextes présents dans un livre numérique « est d'offrir à ses lecteurs une souplesse de lecture non linéaire ».

¹²⁸² V. TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 4 ; LÖDIN, p. 94-95 ; en droit allemand, v. le § 39 al. 2 UrhG.

¹²⁸³ HILTY, art. 384 N 3 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 533, et les réf. à la note 50 ; plus restrictif : BECKER, art. 384 N 2.

¹²⁸⁴ En ce sens : TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 4 ; de manière générale : VINCK, § 39 N 4, p. 337 ; dans le domaine de l'édition : VINCK, § 39 N 4, p. 338-339.

¹²⁸⁵ Très clair : SCHMAUS, p. 150.

¹²⁸⁶ En ce sens : SCHMAUS, p. 150.

¹²⁸⁷ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 227 : « *Electronic Publishing erfordert eine Reihe technisch notwendiger Eingriffe wie (...) die Einarbeitung von Links und Hypertlinks (...)* » ; présentant les caractéristiques du livre électronique, 00h00.COM, p. 27-28, indique les caractéristiques suivantes : la lisibilité, la simplicité, l'efficacité, les liens hypertextes placés à l'intérieur du document, la mémoire et l'autonomie ; présentant le transfert *on-line*, www.00h00.com (aujourd'hui accessible uniquement à des fins de consultation) parlait de *fonctionnalité précieuse* en faisant réf. au moteur de recherche *full text*.

¹²⁸⁸ Dans ce dernier cas, il n'est évidemment pas question d'insérer des liens hypertextes étant donné que l'œuvre est imprimée sur papier.

¹²⁸⁹ En ce sens : SCHMAUS, p. 149, et la réf. à la note 728.

VINCK soutient une argumentation légèrement différente qui confirme notre position. Il explique que le refus de l'auteur de laisser l'éditeur modifier l'œuvre doit être considéré comme abusif si la modification est nécessaire pour réaliser le but du contrat¹²⁹⁰. Dans la mesure où l'insertion de liens hypertextes au cœur de l'œuvre est inhérente à la publication *on-line*, il faut admettre que la finalité du contrat ne peut être réalisée si l'auteur refuse que l'éditeur intègre des liens hypertextes. Un tel refus est abusif ;

- deuxièmement, l'intensité de l'atteinte doit également être prise en compte¹²⁹¹.

L'intensité de l'atteinte causée par l'insertion de liens hypertextes au cœur de l'œuvre transmise par l'auteur à l'éditeur est très faible. En fait, cette insertion se borne à faciliter la tâche du lecteur en ce sens qu'elle lui permet, par un simple « clic » d'avoir sous les yeux le passage auquel la table des matières ou un autre paragraphe renvoie. Prenons l'exemple de la table des matières : en « cliquant » sur le sous-titre dont il désire prendre connaissance, le lecteur est directement renvoyé, à l'intérieur de l'ouvrage, au début du passage désiré. La même démarche peut être observée lors de la lecture d'un livre papier. Après avoir pris connaissance d'un sous-titre intéressant dans la table des matières, le lecteur saute plusieurs chapitres pour arriver au paragraphe qui l'intéresse. L'insertion de liens hypertextes constitue à l'évidence une atteinte très faible qui ne modifie d'ailleurs en rien le contenu de l'œuvre lui-même.

A notre sens, il est possible d'arriver à la même conclusion en admettant que l'auteur donne tacitement son accord quant à l'insertion de liens hypertextes à l'intérieur de son ouvrage¹²⁹². La situation n'est finalement pas fondamentalement différente de celle du « *peintre qui donne à un journal l'autorisation de reproduire son œuvre [et qui] ne peut se plaindre si celle-ci est ensuite imprimée en noir et blanc* »¹²⁹³ et de celle de la « *personne qui envoie une lettre destinée au courrier des lecteurs d'un journal [et qui] sait que son texte à toutes les chances de subir des coupures* »¹²⁹⁴. Si l'auteur entend exclure l'insertion de liens hypertextes à l'intérieur de son œuvre, il doit l'indiquer expressément dans une clause contractuelle.

Appels de notes, fonctions de recherche (mots, dictionnaire)

La problématique est exactement la même en ce qui concerne les appels de notes et les fonctions de recherche. Le caractère usuel de ces fonctions dans le cadre du

¹²⁹⁰ VINCK, § 39 N 4, p. 337.

¹²⁹¹ Sur ce critère, v. DIETZ, § 39 N 15.

¹²⁹² V. REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 227 ; SCHMAUS, p. 150 ; VINCK, § 39 N 2, estime qu'en raison de la règle contenue au § 39 al. 2 UrhG (exception au § 39 al. 1 UrhG – prévoyant l'interdiction des modifications – dans les cas où le refus de l'auteur constitue un abus de droit) un accord sur le droit de modifier l'œuvre ne peut être conclu tacitement.

¹²⁹³ BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 7.

¹²⁹⁴ BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 7.

transfert *on-line* et la faible intensité de l'atteinte se présentent de manière similaire. Nous renvoyons donc aux explications données en rapport avec les liens hypertextes.

Conclusion

L'interdiction d'abréviation, d'addition ou de modification n'exclut nullement l'utilisation de liens hypertextes, d'appels de notes et l'insertion de fonctions de recherche à l'intérieur de l'œuvre.

de) En résumé

L'article 384 alinéa 1 *in initio* CO ne « nourrit » nullement le devoir de reproduction de l'éditeur (composante d'un élément essentiel) en ce sens que celui-ci doit intégrer l'exigence de la matérialisation de l'œuvre sous format papier¹²⁹⁵. Les notions légales *sous une forme convenable* et *sans aucune abréviation, addition ou modification* restent applicables directement même si l'œuvre est reproduite par une presse numérique, fait l'objet d'une publication sur supports de données, d'une impression *on demand* ou d'un transfert *on-line*.

e) Autres articles

ea) Article 389 alinéa 1 CO

Au cœur de l'article 389 alinéa 1 CO, le terme *imprimée* n'est pas le seul à se référer à l'œuvre matérialisée sous format papier¹²⁹⁶. Ce même alinéa contient les notions *volumes, fascicules et feuilles* ! Même en interprétant de manière très extensive ces termes, il est difficile de prétendre qu'ils ne sont pas rattachés à l'impression d'exemplaires papier de l'œuvre¹²⁹⁷.

Ainsi, le fait d'admettre que le devoir de reproduction de l'éditeur (art. 380 CO) ne contient aucune exigence de matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier revient à conclure que les termes *imprimée, volumes, fascicules et feuilles* sont dépassés dans l'environnement numérique, en tout cas en présence de publication de supports de données et de transfert *on-line*. La non-application directe n'est pas légitimée.

En outre, l'article 389 alinéa 1 *in fine* CO précise que les honoraires sont exigibles dès que l'œuvre ou chaque partie de l'œuvre est *imprimée et prête pour la vente*. Cela revient à dire qu'un stock d'exemplaires doit impérativement être constitué

¹²⁹⁵ La notion légale ne « nourrit » pas non plus le devoir de reproduction l'éditeur en ce sens que celui-ci exclut l'utilisation des presses numériques et l'impression *on demand*.

¹²⁹⁶ A ce sujet, v. ci-dessus, pt. cb) (p. 201 ss.).

¹²⁹⁷ Pour la réflexion menée en rapport avec le terme *imprimée* de l'art. 389 alinéa 1 CO, v. ci-dessus, pt. cb) (p. 202).

avant toute diffusion (vente)¹²⁹⁸. Le fait d'admettre que le devoir de reproduction de l'éditeur (art. 380 CO) ne contient aucune exigence de constitution de stock rend inapplicable – en tout cas de façon directe – l'article 389 alinéa 1 *in fine* CO. La non-application directe n'est pas légitimée.

eb) Article 389 alinéa 3 CO

L'article 389 alinéa 3 CO prévoit que, « *sauf convention contraire, l'auteur ou ses ayants cause ont droit au nombre d'exemplaires gratuits fixés par l'usage* ».

Dans le cas d'un transfert *on-line*, l'article 389 alinéa 3 CO se révèle, à première vue, problématique. S'agissant de cette forme de publication, il n'est évidemment pas utile d'octroyer plusieurs exemplaires, comme cela est l'usage pour l'édition de livres (entre 5 et 15, comme ordre de grandeur¹²⁹⁹). Il suffit que l'éditeur remette un ouvrage – par exemple, en format PDF – à l'auteur¹³⁰⁰, qui, en possession du mot de passe nécessaire pour ouvrir le fichier, pourra en faire des copies.

L'article 389 alinéa 3 CO précise bien que l'auteur a droit au nombre d'exemplaires gratuits fixé par l'usage. Celui-ci peut justement signifier que l'auteur n'a le droit qu'à un seul exemplaire¹³⁰¹, ce qui semble aller de soi lorsque les parties ont conclu un contrat portant sur le transfert *on-line* de l'œuvre.

L'article 389 alinéa 3 CO est donc toujours directement applicable dans le cas d'un transfert *on-line*.

f) Devoirs de reproduction et de diffusion de l'éditeur

Le devoir de reproduction de l'éditeur doit être comparé à son devoir de diffusion. Par exemple, il serait absurde de conclure que la reproduction de l'œuvre permet de confectionner des CD-ROMs et que la notion de diffusion exclut que l'éditeur puisse répandre des supports de données dans le public. L'unité systématique du Titre douzième du Code des obligations impose une harmonisation entre les devoirs de l'éditeur.

Dans la mesure où nous étudierons le devoir de diffusion dans la suite de ce travail, nous faisons ici abstraction du résultat de l'interprétation du deuxième devoir de l'éditeur et nous y reviendrons après avoir examiné cette obligation¹³⁰².

¹²⁹⁸ Pour les détails, nous renvoyons aux explications données en lien avec l'art. 391 CO (v. ci-dessus, pt. bb) (Edition(s) [p. 198 s.]).

¹²⁹⁹ CRCO-I. CHERPILLOD, art. 389 N 3 ; ou de un pour cent du tirage total. V. TROLLER, *Manuel*, p. 714.

¹³⁰⁰ Ou, comme le prévoit SCHMAUS, p. 173, dans son *Mnster für einen E-Book-Verlagvertrag*, § 18 (1), l'auteur doit recevoir un livre numérique pour chaque système de lecture techniquement différent.

¹³⁰¹ Comparer avec CRCO-I. CHERPILLOD, art. 389 N 3 : « *L'auteur a droit à un ou plusieurs exemplaires d'auteur, selon l'usage (...)* » [mise en évidence par l'auteur].

¹³⁰² V. ci-dessous, pt. 6 (p. 256).

g) *La LDA et la question de la matérialisation de l'œuvre*

ga) *Présentation*

L'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA traite du droit de reproduction de l'auteur (*Vervielfältigungsrecht*)¹³⁰³. La LDA ne fait pas référence à l'éditeur, mais à l'auteur. Cependant, dans les deux cas, il est question de reproduction. Il s'agit d'expliquer la notion de *reproduction* au sens de l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA – également dans l'environnement numérique – afin de définir si cette notion peut être comparée à celle utilisée à l'article 380 CO, et donc de savoir si les enseignements tirés de la LDA peuvent être employés afin de donner une signification plus précise à la règle définitoire (devoir de l'éditeur) intégrée au cœur du Titre douzième du Code des obligations.

Selon l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA, l'auteur a le droit « *de confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données* ». Sur cette base, la doctrine indique en général que l'auteur a « *le droit d'incorporer son œuvre de quelque manière que ce soit dans un matériel durable : imprimés, phonogrammes (...)* »¹³⁰⁴.

BÜHLER est vraisemblablement le seul auteur à avoir donné une définition de la notion d'*exemplaire de l'œuvre*¹³⁰⁵ : « *Mit dem Ausdruck « Werkexemplar » verbindet sich die Vorstellung einer körperlichen Festlegung in Form eines räumlich abgegrenzten Gegenstandes^(...). Entsprechend versteht das Schrifttum diesen Begriff zunächst im Sinn einer Festlegung eines Werkes auf Materiellen Trägern^(...)* ». Selon une doctrine aujourd'hui unanime¹³⁰⁶ – et bien que la *reproduction* au sens de l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA n'appréhendât, dans sa conception traditionnelle, que la confection d'exemplaires physiques de l'œuvre¹³⁰⁷ – la *reproduction* comprend le téléchargement (*uploading*) et le télédéchargement (*downloading*)¹³⁰⁸. La question de l'application de l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA aux copies temporaires réalisées dans le cadre de la transmission ou de l'utilisation d'une

¹³⁰³ Entre autres : BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 12.

¹³⁰⁴ BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 12 ; v. également BÜHLER, p. 156, avec des réf. ; récemment : DE WERRA, *Protection*, p. 62.

¹³⁰⁵ Faisant ce constat : décision du *Zivilgericht Basel-Stadt* du 19 juin 2002 (SIC I 3/2003, p. 221).

¹³⁰⁶ Constatant cette unanimité : décision du *Zivilgericht Basel-Stadt* du 19 juin 2002 (SIC I 3/2003, p. 221).

¹³⁰⁷ V. DE WERRA, *Protection*, p. 62.

¹³⁰⁸ Entre autres : DE WERRA, *Protection*, p. 62, et les réf., qui, en plus du téléchargement et du télédéchargement, mentionne le scannage, l'enregistrement sur le disque dur d'un ordinateur, le gravage d'un CD (ou d'un CD-ROM), et les copies d'un site internet effectuées sur des sites miroirs reproduisant intégralement le contenu des sites originaux.

œuvre en ligne est encore controversée¹³⁰⁹. Elle n'a pas besoin d'être reprise ici dans la mesure où il s'agit de comparer, le cas échéant, les articles 10 alinéa 2 *lit. a* LDA et 380 CO et où les interrogations liées à la notion de *reproduction* au sens de ce dernier article n'ont aucun lien avec les copies temporaires.

gb) Enseignements pour l'article 380 CO

Comparer ce qui est comparable

Il est tentant de déduire que la reproduction au sens de l'article 380 CO revêt la même signification que celle de l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA¹³¹⁰, qu'elle a suivi la même évolution dans l'environnement numérique, et donc de conclure que le devoir de reproduction de l'éditeur (*reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires*) englobe sans autre toute forme de publication numérique.

Néanmoins, la prise en compte de la règle d'une autre loi – dans le contexte de l'interprétation systématique – n'est justifiée que si la disposition en question appréhende une situation comparable¹³¹¹. Or, chacune des dispositions (au cœur de la LDA et du Titre douzième du Code des obligations) situe la notion de *reproduction* dans un contexte particulier : celui du droit d'auteur pour l'une et celui du droit d'édition pour l'autre.

En Allemagne

En Allemagne, la prise en compte de chacun des contextes a donné un sens plus large à la notion de *reproduction* contenue dans la UrhG qu'à celle intégrée dans la VerlG¹³¹². La notion de *reproduction* au sens de la VerlG ne fait référence qu'aux procédés traditionnels de reproduction liés à la procédure mécanique d'impression¹³¹³.

Le paragraphe 16 alinéa 1 UrhG¹³¹⁴ – qui correspond à l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA¹³¹⁵ – n'impose aucunement le procédé d'impression, mais permet la reproduction d'exemplaires numériques¹³¹⁶.

¹³⁰⁹ Pour un aperçu récent des différents avis doctrinaux, v. DE WERRA, *Protection*, p. 62-66 ; pour une présentation complète, v. BÖHLER, 159 ss.

¹³¹⁰ VON BÜREN, *Rechtstübergang*, p. 215, semble admettre cette assimilation lorsqu'il mentionne : « Der Verleger überträgt also dem Verleger das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht... » et que, dans la note de bas-de-page y relative, il indique comme réf. les art. 10 al. 2 *lit. a* et b LDA.

¹³¹¹ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 6, pt. 2.2 (p. 92 s.).

¹³¹² En autres : SCHRICKE, *Einf. N 24*, § 1 N 51 ; SCHULZE, p. 448 ; SCHMAUS, p. 42 ss ; GALLUS, p. 63.

¹³¹³ Pour les détails sur la conception allemande, v. ci-dessous, pt. 4.6 (p. 228 ss).

¹³¹⁴ § 16 al. 1 UrhG : « Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl ».

La conception de LÜDIN

En Suisse, LÜDIN distingue expressément le droit de reproduction selon le droit d'auteur et celui du droit d'édition. L'exemple qu'il donne permet de saisir qu'il estime que la notion est plus large dans la LDA : dans ce dernier cas, l'éditeur exerce déjà le droit à la reproduction en effectuant la composition¹³¹⁷ du manuscrit qui lui a été remis¹³¹⁸. En matière de droit d'édition, l'éditeur ne remplit son devoir qu'en reproduisant l'œuvre en plusieurs exemplaires¹³¹⁹.

La conception de LÜDIN peut difficilement être suivie. La notion contenue dans la règle définitoire du Titre douzième du Code des obligations (« à la reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires ») n'apporte aucune précision quant au nombre d'exemplaires que l'éditeur est tenu de reproduire. Elle ne permet nullement de déduire que l'éditeur doit impérativement reproduire plusieurs exemplaires ou, plus précisément, plus qu'un seul exemplaire. Elle laisse au contraire une liberté totale aux parties. Cette conclusion est confirmée par la réglementation contenue à l'article 383 alinéa 2 CO. Nous avons retenu ci-dessus¹³²⁰ qu'à défaut de stipulation contraire et en l'absence d'intervention de la part de l'auteur, l'éditeur est entièrement libre de définir le nombre d'exemplaire(s) qu'il désire publier. Il lui est loisible – en théorie¹³²¹ – de reproduire et de diffuser un seul exemplaire.

Observations

Même si nous écartons l'argumentation de LÜDIN, nous estimons tout de même qu'il n'est pas rigoureux d'effectuer d'emblée un rapprochement entre la reproduction au sens de l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA et celle contenue à l'article 380 CO, et ce pour deux raisons :

¹³¹⁵ L'art. 10 al. 2 *lit. a* LDA ne précise pas que le procédé utilisé pour créer les exemplaires « importe peu » (§ 16 al. 1 UrhG : « (...) gleichviel in welchem Verfahren (...) »), mais indique que la confection des exemplaires de l'œuvre peut notamment être effectuée... (suivent quelques exemples de procédés). L'ouverture accordée par l'art. 10 al. 2 *lit. a* LDA est donc en substance similaire à celle octroyée par le § 16 al. 1 UrhG.

¹³¹⁶ Pour les détails : LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, § 16 N 16 ss ; NORDEMANN, § 16 N 2 ; AHRENS, p. 1031-1032 ; KOCH, p. 423 ; récemment : LOEWENHEIM, *Handbuch*, § 20 N 10 ss ; SÜSSENBERGER/CZYCHOWSKI, p. 490.

¹³¹⁷ Activité du typographe (à l'origine) qui consiste à placer les signes nécessaires à l'impression du texte sur l'appareil destiné à cet effet. Pour des explications détaillées, v. LEGENDRE, p. 139 ss, qui présente l'évolution de la composition manuelle à la PAO.

¹³¹⁸ LÜDIN, p. 93, qui précise (à la note 1) que, déjà à partir de ce moment, l'éditeur – et non plus l'auteur – est légitimé à entreprendre une action contre un autre éditeur qui entreprendrait la reproduction sans autorisation ; comparer avec BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 12, qui soulignent que « même un unique exemplaire tombe sous le droit de reproduction ».

¹³¹⁹ LÜDIN, p. 93.

¹³²⁰ Pt. ba) (Absence d'accord contractuel) (p. 191 s.).

¹³²¹ En pratique, les impératifs économiques ne vont évidemment pas inciter l'éditeur à publier un seul exemplaire !

- d'une part, la manière dont le droit de reproduction est présenté à l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA permet de comprendre la notion de *reproduction* de manière plus large qu'à l'article 380 CO. L'auteur a le droit « *de confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données* ». L'expression « *confectionner des exemplaires de l'œuvre* » est conçue de façon large, générale. Le terme *notamment* permet de comprendre que c'est à dessein que le législateur a utilisé une expression très large ;
- d'autre part, la définition très large du droit de reproduction au sens de l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA correspond à la fonction de la LDA. Celle-ci a pour fonction de protéger « *ceux qui fournissent une prestation immatérielle* »¹³²². Cette protection doit être la plus étendue possible afin que la LDA soit en mesure de représenter, pour l'auteur, un instrument efficace propre à défendre ses intérêts idéaux et patrimoniaux¹³²³. La construction de l'article 10 LDA confirme l'idée d'une protection très large¹³²⁴. L'énumération des utilisations possibles effectuée à l'article 10 alinéa 2 LDA n'est qu'exemplative¹³²⁵ (« *Il a en particulier le droit : (...)* »).

Le Titre douzième du Code des obligations n'a pas une fonction protectrice similaire. Il tend certes à fournir une certaine protection à l'auteur¹³²⁶, mais celle-ci ne s'applique pas de façon générale à toutes les utilisations possibles de l'œuvre, mais uniquement à celles qui entrent dans le cadre du contrat d'édition tel qu'il est défini à l'article 380 CO¹³²⁷.

gc) Conclusion

Il est hasardeux de conclure que la LDA permet de mieux saisir le devoir de reproduction de l'éditeur au sens de l'article 380 CO. Certes, la notion de *reproduction* au sens de la LDA – intégrant les différentes reproductions numériques – montre une direction : les nouvelles technologies ne sont *a priori* pas écartées par une loi rédigée au cours d'une période où ces technologies n'étaient pas

¹³²² BARRELET/EGLOFF, art. 1 N 4.

¹³²³ Comparer avec LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, § 16 N 2.

¹³²⁴ Cette protection très large de l'auteur est également confirmée par la théorie de la finalité, règle d'interprétation s'appliquant aux contrats ayant pour objet une œuvre protégée par le droit d'auteur (v. par exemple BARRELET/EGLOFF, art. 1 N 4). Selon la théorie de la finalité, en cas de doute, l'interprétation des contrats de transfert du droit d'auteur doit pencher en faveur de la personne protégée (BARRELET/EGLOFF, art. 16 N 20 ; CHERPILLOD, *Titularité*, p. 99 ; CHERPILLOD, *Nouvelle loi*, p. 560 ; *contra* : LAUX, *passim* ; en Allemagne : SCHRIEKER, *Kommentar*, §§ 31/32 N 41 ; HERTIN, §§ 31/32, N 31).

¹³²⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 3.

¹³²⁶ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.3.2.a) (p. 158), où nous soulignons que cette protection est cependant faible étant donné que le Titre douzième du Code des obligations ne contient aucune règle impérative.

¹³²⁷ Comparer avec SCHMAUS, p. 82-83.

connues du législateur. Cependant, si la reproduction numérique peut être intégrée à l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA, c'est bien en raison des particularités de cette disposition légale.

Ces explications ne signifient pas que nous retenons, à l'instar de la doctrine allemande, que la notion de *reproduction* revêt un sens plus large à l'article 10 alinéa 2 *lit. a* LDA qu'à l'article 380 CO, mais uniquement que nous ne donnons aucune « coloration » particulière au devoir de reproduction de l'éditeur sur la base de notre analyse de la LDA.

4.4.2. Interprétation historique

Les travaux préparatoires ne donnent aucune indication expresse sur les éventuelles exigences de matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier, de constitution de stock et de fixation du nombre d'exemplaires avant toute reproduction.

Néanmoins, si l'on considère la période durant laquelle la réglementation du contrat d'édition a été pensée, rédigée, puis révisée¹³²⁸, on peut logiquement préciser que ces trois exigences sont incluses dans la règle définitoire du contrat d'édition. On peut même affirmer qu'à l'origine la *stipulation contraire* de l'article 383 alinéa 2 CO faisait uniquement référence aux clauses contractuelles déterminant le chiffre des exemplaires et non à celles intégrant un critère temporel.

4.4.3. Interprétation téléologique

a) But de la norme/d'une partie de la norme (critère immédiat)

Le but de l'article 380 CO ne donne aucun indice décisif en vue de l'interprétation du terme *reproduire*. Considéré globalement, cet article a pour seule fonction de qualifier le contrat d'édition, en définissant les devoirs des parties, ainsi qu'en indiquant l'objet du contrat, soit l'œuvre littéraire ou artistique (règle définitoire du contrat d'édition).

Qu'en est-il de la finalité d'une partie de la norme ?

Deux parties doivent être examinées :

- la partie de la norme traitant des devoirs de l'éditeur (reproduction et diffusion) ;
- la partie de la norme traitant du devoir de reproduction de l'éditeur.

¹³²⁸ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 11 s.).

aa) Devoirs de l'éditeur

La finalité première des devoirs de l'éditeur consiste à répandre les exemplaires de l'œuvre sur le marché. Ce n'est qu'en réalisant – du moins en partie – ce but que l'éditeur retire des avantages financiers après avoir couvert les frais inhérents à l'édition qu'il doit prendre en charge et que l'auteur est susceptible d'obtenir une certaine renommée et un revenu¹³²⁹. Ce but existe depuis des siècles, même préalablement à l'invention de l'imprimerie. De tout temps, les auteurs ont manifesté la volonté de diffuser leurs créations largement afin de toucher le plus grand nombre de personnes, dans le but d'obtenir une reconnaissance de la part de leurs pairs. Seuls, les auteurs ne pouvaient atteindre ce but. L'éditeur est vite devenu un partenaire incontournable pour répandre l'œuvre sur le marché¹³³⁰. La finalité des devoirs de l'éditeur est donc similaire qu'on la considère selon la méthode téléologique subjective ou la méthode téléologique objective¹³³¹.

Le but des devoirs de l'éditeur (répandre les exemplaires de l'œuvre sur le marché) ressort donc de la prise en compte des intérêts de chacune des parties au contrat. Il se dégage également de la systématique de la loi¹³³². Par exemple, il est réalisé par l'article 384 alinéa 2 CO. Cette disposition interdit à l'éditeur de fixer un prix pour la vente de l'œuvre qui entraverait l'écoulement de celle-ci. Elle vise à garantir que le public puisse avoir accès aux exemplaires de l'œuvre. L'article 383 alinéa 3 CO poursuit le même but en permettant à l'auteur d'agir contre l'éditeur qui néglige de préparer une deuxième édition, alors que cela était convenu entre les parties. Le juge fixera un délai à l'éditeur pour qu'il s'exécute. À défaut de publication dans le délai fixé, l'éditeur est déchu du droit d'effectuer une deuxième édition. L'auteur pourra alors transmettre son œuvre à une autre maison d'édition afin que celle-ci procède à la publication (deuxième édition de l'ouvrage). Ainsi, l'écoulement de l'ouvrage n'est pas entravé. Les exemplaires de l'œuvre sont répandus sur le marché.

Le but des devoirs de l'éditeur se révèle donc très large. Il est indépendant de toute forme de reproduction (traditionnelle ou numérique). Il englobe à l'évidence toutes les formes de publication numérique. Celles-ci représentent même des instruments propres à poursuivre de manière encore plus adéquate qu'auparavant la finalité des devoirs de l'éditeur :

- l'utilisation de presses numériques permet de mettre sur le marché des œuvres qui, si elles avaient dû être reproduites selon un procédé d'impression traditionnelle, n'auraient pas pu être publiées, la demande étant, par exemple, trop faible. Grâce aux presses numériques, les maisons d'édition peuvent réaliser

¹³²⁹ V. à ce sujet, Chapitre 4, pt. 3.3.2.b) (p. 158).

¹³³⁰ SCHIRICKER, Einl N 5, p. 19-20.

¹³³¹ Sur ces méthodes, v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 8, pt. 2 (p. 96 s.).

¹³³² La recherche du but de la norme est liée aux autres méthodes d'interprétation. V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 8, pt. 3.1 (p. 97 s.).

des tirages limités¹³³³ et donc répandre dans le public ce type d'œuvres sans prendre un risque financier trop important ;

- l'impression *on demand* permet d'utiliser de manière optimale les presses numériques, dans la mesure où elle réalise le « stock zéro » tant recherché par les éditeurs. Elle est un moyen efficace pour répandre l'œuvre dans le public. Elle rend possible une impression personnalisée susceptible d'attirer de plus en plus les lecteurs¹³³⁴. En outre, l'impression à la demande représente une technique complémentaire à l'édition traditionnelle. Elle renforce la distribution des exemplaires de l'œuvre dans le public en étant utilisée comme « édition-test » (avant l'édition traditionnelle) ou, à l'autre extrémité, lorsque le stock de l'édition imprimée est épuisé¹³³⁵ ;
- enfin, le transfert *on-line* donne aux éditeurs la possibilité de mettre les lecteurs en possession du livre numérique commandé *on-line* quelques minutes seulement après que la commande a été effectuée ! Pour la première fois dans l'histoire de l'édition, les maisons d'édition peuvent répandre leurs œuvres sans passer par la voie postale, ni par un libraire. La finalité des devoirs de l'éditeur n'a jamais été réalisée aussi rapidement.

De manière générale, la diffusion des œuvres sur le marché est aujourd'hui fortement dépendante de la flexibilité des maisons d'édition. Ces dernières doivent pouvoir réagir de manière plus rapide qu'autrefois aux exigences du marché¹³³⁶. Une étude allemande a récemment démontré que, pour ce faire, les éditeurs sont nombreux à pratiquer l'*outsourcing*¹³³⁷. Les presses numériques et, mieux encore, la publication à la demande (impression *on demand* et transfert *on-line*) permettent de réaliser cette flexibilité¹³³⁸ et sont donc parfaitement adaptées pour atteindre le but auxquels tendent les devoirs de l'éditeur.

ab) Devoir de reproduction de l'éditeur

La finalité du devoir de reproduction est évidente. L'éditeur est tenu de reproduire des exemplaires de l'œuvre (en tout cas un exemplaire¹³³⁹) afin de pouvoir diffuser l'œuvre dans le public. Ce but englobe l'utilisation de presses numériques, la publication de supports de données et l'impression *on demand*. S'agissant de cette dernière forme de publication numérique, l'éditeur a bien en sa possession un

¹³³³ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.2 (p. 18).

¹³³⁴ Pour les détails s'agissant des objectifs économiques que l'impression à la demande permet de réaliser, v. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.4 (p. 19 s.).

¹³³⁵ Pour les détails et les réf., v. ci-dessus, Titre II, Chapitre 3, pt. 2.2.2 (p. 30).

¹³³⁶ V. SCHULTE, p. 16 ; NICOLAY, p. 24.

¹³³⁷ Etude publiée dans l'ouvrage *Renditefaktor Outsourcing* par la société VERLAGSCONSULT à Munich, et présentée par SCHULTE, p. 16 ss.

¹³³⁸ Parlant de l'impression à la demande : BIESALSKI, « Was bietet PoD ».

¹³³⁹ V. ci-dessus, pt. 4.4.1. gb) (La conception de LÖNN) (p. 214).

exemplaire de l'œuvre qu'il va diffuser, c'est-à-dire un exemplaire qu'il envoie, par la voie postale, au consommateur.

La situation paraît plus problématique pour le transfert *on-line* dans la mesure où, pour cette forme de publication numérique, il semble difficile de distinguer la reproduction de la diffusion. L'exemplaire est reproduit au moment de l'envoi au consommateur, donc au moment de la diffusion. La simultanéité de la reproduction et de la diffusion n'empêche pas la réalisation de la finalité du premier devoir de l'auteur. L'œuvre est bien reproduite afin de pouvoir être diffusée dans le public. La simultanéité des deux actions n'implique pas que celles-ci ne peuvent pas être différenciées :

- lors d'un transfert *on-line*, une reproduction est à l'évidence entreprise. L'éditeur ne se limite pas à diffuser l'œuvre reçue de l'auteur, puisque – suite à la commande d'un utilisateur – l'éditeur conserve la maîtrise sur l'« *exemplaire numérique modèle* »¹³⁴⁰ ;
- une diffusion est également effectuée. Sans quoi, l'utilisateur ne recevrait pas l'exemplaire de l'œuvre reproduite.

b) But de la loi (critère médiateur)

Le Titre douzième du Code des obligations poursuit deux buts : offrir une protection à l'auteur; prendre en compte les intérêts de chacune des parties dans la réglementation légale¹³⁴¹.

Ces finalités sont similaires qu'on les considère selon la méthode d'interprétation téléologique subjective ou selon la méthode téléologique objective¹³⁴².

A l'évidence, ces buts ne sont pas rattachés à une technique d'impression particulière¹³⁴³.

4.4.4. Conclusion provisoire sur le sens juridique¹³⁴⁴

a) Méthodes classiques d'interprétation

L'interprétation littérale de la notion légale conduit à donner un sens très ouvert au devoir de reproduction : le sens littéral possible n'exige ni la fixation du nombre d'exemplaires avant toute reproduction, ni la constitution d'un stock, ni la matérialisation de l'œuvre sous format papier.

¹³⁴⁰ V. BÜLLER, p. 195, et les réf. à la note 1202.

¹³⁴¹ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.3.2.a) et b) (p. 157 ss).

¹³⁴² V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 8, pt. 2 (p. 96 s.).

¹³⁴³ Comparer avec la conclusion de SCHMAUS, p. 52, qui fait référence au but de la loi allemande, V. la note 1002.

¹³⁴⁴ Nous donnerons une conclusion définitive à la suite de l'examen des avis de la doctrine suisse (v. ci-dessous, pt. 4.5 [p. 224 ss]) et de l'analyse des conceptions allemandes (v. ci-dessous, pt. 4.6 [p. 229 ss], et pt. 4.7 [p. 236 ss] pour la comparaison avec notre conception).

S'agissant de l'interprétation systématique, l'absence des trois exigences indiquées ci-dessus conduit à la non-application directe de plusieurs articles¹³⁴⁵ :

- article 383 alinéa 2 CO (fixation préalable du nombre d'exemplaires, constitution de stock [*tirage*], matérialisation sous format papier [*imprimer*]) ;
- article 382 alinéa 1 CO (constitution de stock [*épuiement de l'édition*]) ;
- article 383 alinéa 3 CO (constitution de stock [*épuiement de l'édition*]) ;
- article 385 alinéa 2 CO (constitution de stock [*tirage*]) ;
- article 389 alinéa 1 CO (matérialisation sous format papier [*imprimée, volumes, fascicules, feuilles*], constitution de stock [*prête pour la vente*]) ;
- article 391 CO (constitution de stock [*antérieurement à la diffusion*]).

Selon la méthode historique, il y a lieu de fixer le chiffre des exemplaires de l'œuvre avant toute reproduction, d'en constituer un stock et de les matérialiser sous format papier.

L'interprétation téléologique (but d'une partie de la norme et finalités de la loi) confirme le résultat de l'interprétation littérale.

Toutes les méthodes ne mènent donc pas au même résultat. En l'absence d'une hiérarchie bien définie entre les méthodes d'interprétation¹³⁴⁶, il y a lieu de rechercher la solution offrant la plus grande force de conviction. L'argumentation doit être approfondie étant donné les divergences constatées entre les méthodes littérale/téléologique et systématique/historique¹³⁴⁷.

b) Méthodes littérale et téléologique

Les méthodes d'interprétation littérale et téléologique conduisent toutes deux à un résultat non équivoque. Le sens littéral de la notion légale ne contient aucune des trois exigences indiquées ci-dessus. Les buts analysés – d'une partie de la norme et de la loi – ne sont nullement rattachés à ces trois exigences.

c) Méthode systématique

Le résultat auquel aboutit la méthode d'interprétation systématique n'est pas aussi clair. L'article 383 alinéa 2 CO exige certes la fixation préalable d'un nombre d'exemplaires et la constitution de stock (*tirage*). Cependant, cette même disposition permet expressément aux parties de déroger à la réglementation légale (*sauf stipulation contraire*). L'auteur et l'éditeur peuvent limiter l'édition à l'aide d'un critère temporel. Une telle limitation est unanimement admise par la doctrine et la pratique de l'édition. Elle est conforme à la définition moderne de la notion d'édition. Dans une perspective de droit comparé, le législateur allemand l'a

¹³⁴⁵ Sont indiquées entre parenthèses les exigences supposées par ces articles.

¹³⁴⁶ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 9, pt. 1 (p. 100 s.).

¹³⁴⁷ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 9, pt. 2.3.4 (p. 103 s.).

expressément reconnue au paragraphe 29 alinéa 3 VerIG. La non-application directe de l'article 383 alinéa 2 CO est donc légitimée¹³⁴⁸. Elle reste cohérente au regard de la systématique du Titre douzième du Code des obligations.

Si l'on admet que le contrat peut être circonscrit à l'aide d'un critère temporel, il faut – logiquement – reconnaître que les articles 382 alinéa 1 et 383 alinéa 3 CO (*épuisement de l'édition*) ne sont plus directement applicables, et ce, de façon tout à fait « légitime » au regard de la systématique des articles 380 et suivants CO.

Il est donc illogique de conclure sur la base des articles 383 alinéas 2¹³⁴⁹ et 3 et 382 alinéa 1 CO que le devoir de reproduction de l'éditeur – compris dans la règle définitoire du contrat d'édition – intègre les exigences de la fixation du nombre des exemplaires avant toute reproduction et de la constitution d'un stock.

Ainsi, seuls les articles 383 alinéa 2 (*imprimer*), 385 alinéa 2 (*tirage*), 389 alinéa 1 (*imprimée, volumes, fascicules, feuilles, prête pour la vente*) et 391 CO (*antérieurement à la diffusion*) sont problématiques :

- le fait de retenir que le devoir de reproduction de l'éditeur (art. 380 CO) ne contient aucune exigence de constitution de stock d'exemplaires ne permet plus d'appliquer directement les articles 385 alinéa 2 (*tirage*), 389 alinéa 1 (*prête pour la vente*) et 391 CO (*antérieurement à la diffusion*) ;
- le fait de retenir que le devoir de l'éditeur (art. 380 CO) ne contient aucune exigence de matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier ne permet plus d'appliquer directement les articles 383 alinéa 2 (*imprimer*) et 389 alinéa 1 CO (*imprimée, volumes, fascicules, feuilles*).

On constate que ces articles ne représentent que des *dispositions accessoires* au cœur du Titre douzième du Code des obligations, à tout le moins en comparaison avec les articles 383 et 384 CO qui précisent – quantitativement pour l'article 383 CO et qualitativement pour l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO – les devoirs de l'éditeur, éléments essentiels du contrat d'édition. Nous avons rappelé ci-dessus que le fait de ne pas pouvoir appliquer l'article 383 CO de manière directe se justifie excepté pour le terme *imprimer* contenu à l'art. 383 al. 2 CO. S'agissant de l'article 384 alinéa 1 *in initio* CO, cette disposition reste applicable directement également dans l'environnement numérique.

Il n'est pas incohérent de considérer que toutes les règles ne « nourrissent » pas les éléments composant la règle définitoire du contrat considéré¹³⁵⁰. Si tel était le cas, on ne pourrait plus différencier contrats nommés et typiques. Or, l'atypicité d'un contrat concret n'exclut pas que celui-ci puisse être qualifié de contrat nommé.

¹³⁴⁸ Pour l'exception du terme *imprimer* (art. 383 al. 2 CO), v. ci-dessous, dans le texte.

¹³⁴⁹ V. note 1348.

¹³⁵⁰ V. ci-dessus, pt. 4.4.1.bb) (Edition(s)) (p. 197 s.).

d) *Méthode historique*

Les exigences de la fixation préalable du nombre des exemplaires, de la constitution de stock et de la matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier ne ressortent pas des travaux préparatoires. Elles doivent être logiquement admises quand on considère la période durant laquelle le Titre douzième du code des obligations a été pensé, adopté, puis révisé.

Le rattachement à la technique de l'imprimerie est un « hasard historique »¹³⁵¹ qui ne doit pas « pétrifier » la réglementation légale à une date déterminée. Nous avons vu précédemment que, depuis l'invention de l'imprimerie, et, plus spécifiquement, depuis l'adoption de la réglementation légale du contrat d'édition, la technique a évolué de manière importante. En 1970 apparaissent les premiers micro-ordinateurs. Aujourd'hui, une grande majorité des manuscrits sont écrits sur ordinateur. Les professionnels de l'édition parlent de « manuscrits » numériques¹³⁵². Les presses numériques apparaissent à la fin des années 80¹³⁵³, les CD-ROMs à partir de 1985¹³⁵⁴. L'impression *on demand* (en lien avec l'internet) et le transfert *on-line* émergent à la fin des années nonante¹³⁵⁵. Ces formes de publication numérique ont modifié – pour certaines – ou commencent à changer – pour d'autres – fondamentalement les conceptions traditionnelles de l'édition. Aujourd'hui, les notions d'*édition sur supports de données*, d'*édition flexible*, d'*édition à stock zéro*, d'*édition personnalisée*, etc. sont de plus en plus utilisées.

Ces exemples – qui pourraient être multipliés – prouvent qu'il y a manifestement eu un *changement de circonstances* depuis la rédaction du Titre douzième du Code des obligations. Ainsi, même selon la conception de MEIER-HAYOZ¹³⁵⁶, il convient de se distancer de l'acceptation de la notion de *reproduction* telle qu'elle était – implicitement et logiquement – conçue lors de la rédaction de la loi.

e) *Conclusion et confirmations*

D'un côté, l'interprétation systématique (soit la non-application directe non légitimée des articles 383 alinéa 2 [*imprimer*], 385 alinéa 2 [*tirage*], 389 alinéa 1 [*imprimées, volumes, fascicules, feuilles, prête pour la vente*] et 391 CO [*antérieurement à la diffusion*]) représente un frein à la reconnaissance de l'existence d'une notion légale exempte des exigences de la constitution de stock et de la matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier.

¹³⁵¹ Pour reprendre l'expression de SCHMAUS, p. 52 ; certes, ce « hasard historique » a imprégné de nombreuses règles du Titre douzième du Code des obligations. Mais, il s'agit là d'une question d'interprétation systématique.

¹³⁵² V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.1 (p. 17 s.).

¹³⁵³ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.2 (p. 18).

¹³⁵⁴ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.3 (p. 19).

¹³⁵⁵ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.3 (p. 22).

¹³⁵⁶ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 4, pt. 3.2.4.c) (p. 57).

De l'autre côté, les interprétations littérale et téléologique vont clairement dans le même sens. Dans une perspective systématique, les articles 383 (non-application directe justifiée¹³⁵⁷) et 384 alinéa 1 *in initio* CO (application directe toujours possible) n'obligent nullement à considérer que le devoir de reproduction de l'éditeur intègre les deux exigences mentionnées ci-dessus. S'agissant de la méthode historique, celle-ci ne permet pas de « pétrifier » le devoir de reproduction de l'éditeur à une époque déterminée – aujourd'hui résolument dépassée – en raison du changement de circonstances observé depuis la rédaction du Titre douzième du Code des obligations.

A l'évidence, les arguments tendant à une définition actuelle (moderne) de la notion légale analysée sont les plus nombreux. Ils revêtent le plus de poids, en particulier en raison du fait que les règles importantes (art. 383 et 384 alinéa 1 *in initio* CO) permettent de retenir une définition actuelle.

Cette conclusion est renforcée par le *judicial restraint* auquel nous avons fait référence précédemment¹³⁵⁸. Dans l'hypothèse où l'on estime que le résultat de l'interprétation systématique (non-application directe des art. 383 al. 2 [*imprimer*], 385 al. 2 [*tirage*], 389 al. 1 [*imprimées, volumes, fascicules, feuilles, prête pour la vente*] et 391 CO [*antérieurement à la diffusion*]) doit revêtir un poids prépondérant, il faut admettre que le devoir de reproduction de l'éditeur intègre les exigences de constitution de stock et de matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier. Le contrat d'édition ne pourrait alors avoir comme objet ni la publication de CD-ROMs, ni l'impression *on demand*, ni le transfert *on-line*. Il serait question de contrats innommés. Le *judicial restraint* oblige l'interprète à tenter sérieusement de placer une convention concrète dans la classe d'un contrat nommé. Conclure à un contrat innommé sur la seule base du résultat de l'interprétation systématique, reviendrait à nier le *judicial restraint*. Les règles inapplicables directement – et dont la justification de la non-application directe ne peut être apportée – sont peu nombreuses et, surtout, accessoires. Si l'interprète tente sérieusement de placer le contrat numérique dans la classe du contrat d'édition, il ne peut se fonder sur quelques règles accessoires inapplicables pour qualifier la convention de contrat innommé.

Le résultat de notre interprétation correspond en outre à celui auquel serait très probablement arrivé la doctrine majoritaire qui considère que la méthode téléologique est celle qui revêt le plus de poids parmi les méthodes d'interprétation¹³⁵⁹.

Ainsi, le sens juridique de la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* n'intègre ni l'exigence de la fixation avant toute reproduction du nombre d'exemplaires de l'œuvre, ni celle de la constitution de stock d'exemplaires, ni celle de la matérialisation de l'œuvre sous format papier.

¹³⁵⁷ Excepté pour le terme *imprimer* de l'art. 383 al. 2 CO.

¹³⁵⁸ V. ci-dessus. Titre III. Chapitre 13, pt. 2.4 (p. 129 s.).

¹³⁵⁹ V. ci-dessus. Titre III. Chapitre 9, pt. 2.1 (p. 101).

Le sens juridique de la notion légale englobe, à l'instar du sens littéral possible, l'utilisation de presses numériques, la confection de CD-ROMs, l'impression *on demand* et le transfert *on-line*.

4.5. La doctrine suisse

4.5.1. En général

Si l'on considère l'ensemble des publications suisses ayant pour objet le contrat d'édition, seules celles de HILTY¹³⁶⁰, CHERPILLOD¹³⁶¹, TERCIER¹³⁶², ENGEL¹³⁶³ et REHBINDER¹³⁶⁴ sont suffisamment récentes pour être susceptibles d'appréhender toutes les formes de publication numérique¹³⁶⁵.

Les autres auteurs se bornent en général à lier la reproduction à la matérialisation de l'œuvre sous une forme papier¹³⁶⁶. PEDRAZZINI, en 1977 déjà, fait néanmoins preuve d'une ouverture un peu plus grande. Il intègre dans ses explications « *les récents progrès de l'électronique* » permettant « *conformément au contrat d'édition, de conserver, reproduire et diffuser^(...)* » et met en évidence que « *d'autres conquêtes techniques sont aujourd'hui possibles* »¹³⁶⁷.

HILTY ne parle pas des différentes formes de publication numérique. Il donne une définition de la reproduction laissant une grande ouverture. Selon lui, la reproduction représente la confection du nombre d'exemplaires prévu par l'édition¹³⁶⁸. Il précise qu'elle peut avoir lieu *notamment* par l'impression ou la fixation sur des phonogrammes ou des vidéogrammes¹³⁶⁹.

¹³⁶⁰ Commentaire bâlois, 3^e éd., 2003.

¹³⁶¹ Commentaire romand, 2003.

¹³⁶² Les contrats spéciaux, 3^e éd., 2003.

¹³⁶³ Contrats de droit suisse, 2000.

¹³⁶⁴ Mélanges DRUEY 2002 ; dans la mesure où REHBINDER entreprend spécifiquement l'analyse du *E-book-Verlagsvertrag*, nous présenterons les explications de cet auteur sous un sous-titre particulier (v. ci-dessous, pt. 4.5.2 [p. 226 ss]).

¹³⁶⁵ V. ci-dessous, dans le texte.

¹³⁶⁶ BECKER, art. 384 N 2-3, ne fait pas expressément référence à l'œuvre physique, mais ses explications sont fondées avant tout sur l'impression et le papier ; MATNÉ, p. 179, parle de la mise en vente des exemplaires *imprimés* ; v. également TROLLER, *Kommentar*, Vorbem. zu Art. 380-393 N 27 ; LÜDIN, p. 92 s. ; TACHE, p. 173 ss et 216 ss, qui traite de l'édition de livres au sens traditionnel du terme, ne donne aucune indication (par exemple une définition générale) permettant de s'écarter d'une reproduction liée à la matérialisation de l'œuvre sous format papier (idem chez TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, p. 791 ss).

¹³⁶⁷ PEDRAZZINI, p. 85-86 (1977 représente l'année d'édition de la version allemande de l'ouvrage de PEDRAZZINI [SPR, p. 584] et non pas la traduction française de 1985 à laquelle nous nous référons en principe dans nos notes).

¹³⁶⁸ HILTY renvoie à l'art. 383 CO.

¹³⁶⁹ HILTY, art. 384 N 2.

CHERPILLOD ne fait pas référence à la publication numérique. Il indique simplement que « la technique de reproduction dépend du type d'édition »¹³⁷⁰. Il donne donc également un contour très large à la notion de *reproduction*.

TERCIER souligne que « les œuvres visées peuvent être les plus diverses ». Il précise sommairement que la reproduction peut porter sur des « enregistrements techniques ou numériques »¹³⁷¹. A nouveau, ces explications laissent entendre qu'il convient d'entendre la notion de *reproduction* de façon large. On peut sans doute comprendre qu'il est question de CD-ROMs. Il est par contre difficile d'en déduire une autre information. En particulier, on ne peut conclure que TERCIER, en parlant de reproduction d'enregistrements techniques ou numériques, fait également référence à l'impression *on demand* et au transfert *on-line*.

ENGEL explique que « la technique moderne des supports étend le contrat d'édition aux cassettes, vidéotextes, bandes magnétiques, disquettes, etc. »¹³⁷².

L'utilisation des techniques d'impression numérique de livres papier est sans aucun doute englobée dans les définitions données par l'ensemble de la doctrine suisse, même si celle-ci n'y fait pas expressément référence. L'utilisation de presses numériques ne fait pas obstacle à la matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous une forme papier.

La publication de supports de données ne peut être assimilée à l'impression d'exemplaires papier. S'agissant de la doctrine récente¹³⁷³, TERCIER l'admet néanmoins expressément¹³⁷⁴. ENGEL l'accepte pour les disquettes et n'exclut pas les CD-ROMs¹³⁷⁵. Les explications données par HILTY et CHERPILLOD sont suffisamment larges pour englober cette forme de publication numérique.

Qu'en est-il de l'impression à la demande ?

D'une part, le produit de l'impression est fixé sur un support papier. D'autre part, la doctrine admet de manière unanime qu'un contrat d'édition peut être délimité à l'aide d'un critère temporel¹³⁷⁶. Elle admet donc implicitement – et logiquement – que le nombre d'exemplaires que l'éditeur entend reproduire ne doit pas impérativement être déterminé avant le début de la reproduction. Reste la question du stock. La doctrine considère-t-elle celui-ci comme indissociable de la notion de *reproduction* ? Les définitions données en particulier par HILTY et CHERPILLOD ne permettent pas de répondre spécifiquement à cette interrogation. A notre sens, elles

¹³⁷⁰ CRCO-I. CHERPILLOD, art. 384 N 1.

¹³⁷¹ TERCIER, N 4467.

¹³⁷² ENGEL, *Contrats*, p. 466.

¹³⁷³ Soit celle qui a eu l'occasion de prendre connaissance de cette nouvelle forme de publication avant de parler de la notion de *reproduction*.

¹³⁷⁴ V. ci-dessus, dans le texte.

¹³⁷⁵ V. ci-dessus, dans le texte, l'énumération exemplative de ENGEL.

¹³⁷⁶ V. ci-dessus, pt. 4.4.1.ba) (Clause contractuelle contenant un critère temporel) (p. 193 s.).

sont cependant suffisamment larges pour englober une publication effectuée sans constitution de stock.

Le transfert *on-line* n'aboutit pas à des exemplaires de l'œuvre sous une forme papier, ni même d'ailleurs sous une forme physique (comme pour les supports de données). Il est difficile d'affirmer que TERCIER et ENGEL font référence à cette situation. A notre avis, seules les définitions données par HILTY et CHERPILLOD sont suffisamment ouvertes pour appréhender cette situation.

4.5.2. La conception de REHBINDER

Récemment, REHBINDER s'est posé la question de l'application du Titre douzième du Code des obligations aux éditions d'e-books (*E-Book-Editionen*)¹³⁷⁷. Il est intéressant de mettre en évidence ses conclusions et d'en examiner la pertinence.

Dans le cadre de ses explications, REHBINDER fait référence à deux formes de publication numérique, à savoir, l'utilisation de nouveaux supports de données et le transfert *on-line*.

a) Droits principaux et secondaires

Reprenant une classification utilisée habituellement en Allemagne¹³⁷⁸, REHBINDER distingue deux types de droits :

- les droits principaux (*Hauptrechte*), qui sont liés à l'activité éditoriale typique (reproduction et diffusion) ;
- les droits accessoires (*Nebenrechte*), qui appréhendent les utilisations non touchées par l'activité éditoriale typique comme, par exemple, le droit de traduction¹³⁷⁹.

Selon la conception allemande, les notions de *reproduction* et de *distribution*¹³⁸⁰ sont rattachées à l'édition traditionnelle¹³⁸¹. Ainsi, l'activité éditoriale typique – sur laquelle portent les droits principaux – fait référence à la technique d'impression mécanique.

REHBINDER estime que la publication de supports de données est encore considérée comme une activité principale alors que le transfert *on-line* représente une activité

¹³⁷⁷ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 219 ss ; pour la réflexion parallèle en droit allemand, v. REHBINDER/SCHMAUS, p. 167 ss.

¹³⁷⁸ Sur ce constat : NORDEMAN, *Handbuch*, § 64 N 68.

¹³⁷⁹ Sur les différents sens que revêt aujourd'hui le terme *Nebenrechte* : SCHRICKER, § 8 N 5, p. 277 ; v. également NORDEMAN, *Handbuch*, § 64 N 68 ss ; SCHMAUS, p. 93-95 ; en Suisse, la classification droits principaux/accessoires est peu utilisée par la doctrine (v. cependant : REHBINDER/GROSSENBACHER, p. 13 ss ; RIKLIN, § 11 N 34 ; SCHÜRMANN/NOBEL, p. 313). Elle est intégrée dans les différents modèles de contrat. Entre autres : *Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke*, art. 3.2. ; *Verlagsvertrag SBVV*, art. 6.

¹³⁸⁰ Pour la terminologie, v. ci-dessus, Chapitre 3, pt. 2 (p. 151).

¹³⁸¹ V. ci-dessus, pt. 4.6 (p. 229 ss), et pt. 5.6 (p. 255).

accessoire : le transfert *on-line* ne peut être intégré que dans un contrat d'édition traditionnelle réglementant au préalable les droits principaux. Il souligne que cette classification doit être revue (« *Das muss nicht so bleiben* ») dans la mesure où l'activité principale de l'éditeur peut justement être de publier une œuvre numérique *on-line*¹³⁸².

b) *Utilisation de nouveaux supports de données*

S'agissant de la diffusion d'œuvres *off-line* (CD-ROMs, CD-Is), REHBINDER estime, sur la base d'une interprétation téléologique du Titre douzième du Code des obligations, qu'elle est encore englobée par la notion de *reproduction* au sens de l'article 380 CO. Il souligne que la recherche du sens de cette notion ne doit pas être effectuée en se référant uniquement au moment de la naissance de la loi auquel cas la notion n'engloberait que les reproductions graphiques¹³⁸³.

c) *Mise à disposition on-line de l'œuvre*

En ce qui concerne la mise à disposition *on-line* de l'œuvre, REHBINDER affirme que la notion de *reproduction* – au sens de l'article 380 CO – n'est plus applicable, même si la *reproduction* au sens de la nouvelle loi sur le droit d'auteur (art. 10 al. 2 *lit. a* LDA) comprend cette nouvelle technique.

Il conclut en indiquant que cela n'exclut nullement l'application par analogie des règles du Code des obligations qui ne se réfèrent pas au caractère physique (*Körperlichkeit*) des exemplaires de l'œuvre, en particulier les règles relatives à la fin du contrat d'édition¹³⁸⁴.

d) *Conclusion*

En relation avec les notions de *reproduction* et de *distribution*¹³⁸⁵, REHBINDER conclut que l'extension du champ d'application du Code des obligations de 1911 – qui n'entendait réglementer que les documents imprimés – à la publication électronique passe impérativement par l'extension des notions de *reproduction* et de *distribution*, afin que celles-ci englobent les téléchargements *on-line*¹³⁸⁶.

e) *Remarques*

La position de REHBINDER suggère les remarques suivantes :

- en ce qui concerne la diffusion d'œuvres *off-line*, REHBINDER ne donne aucune explication sur les raisons qui l'ont poussé à effectuer une interprétation téléologique excluant la méthode historique. Toujours sur ce point, l'auteur

¹³⁸² REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 221; en droit allemand: REHBINDER/SCHMAUS, p. 168.

¹³⁸³ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 224; en droit allemand: REHBINDER/SCHMAUS, p. 169.

¹³⁸⁴ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 224; en droit allemand: REHBINDER/SCHMAUS, p. 169.

¹³⁸⁵ Pour la terminologie, v. ci-dessus, Chapitre 3, pt. 2 (p. 151).

¹³⁸⁶ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 226; en droit allemand: REHBINDER/SCHMAUS, p. 170.

n'explique pas pourquoi l'interprétation téléologique permet d'englober la diffusion d'œuvres *off-line*, alors qu'elle n'entraîne pas la même conclusion s'agissant de la mise à disposition *on-line*. Nous avons vu ci-dessus¹³⁸⁷ que le but d'une partie de la norme et celui de la loi (Titre douzième du Code des obligations) se présentent de manière très large et qu'ils englobent à l'évidence la publication de supports de données et le transfert *on-line*. Nous verrons ci-dessous que même la doctrine allemande, qui part du postulat que la notion de *reproduction* est intimement liée à l'impression traditionnelle, laisse entendre que l'interprétation téléologique ne permet pas de conclure que le devoir de reproduction de l'éditeur est lié à une technique de reproduction particulière¹³⁸⁸ ;

- s'agissant de la qualification du contrat, la conception de REHBINDER n'est pas convaincante. L'auteur parle de contrat d'édition d'*e-books* (*E-Book-Verlagsvertrag*), mais estime que les notions de *reproduction* et de *distribution* ne sont pas applicables au transfert *on-line*. La reproduction et la diffusion représentent les composantes d'un des éléments essentiels du contrat d'édition, à savoir le devoir de l'éditeur. Dans la mesure où ces notions se révèlent inapplicables, il conviendrait de conclure que le contrat d'édition d'*e-books* ne réalise plus cet élément essentiel. Un tel contrat ne pourrait donc plus être qualifié de *contrat d'édition* (*d'e-books*), mais représenterait un contrat innommé.

Bien que REHBINDER soit aujourd'hui le seul auteur à avoir effectué l'analyse du Titre douzième du Code des obligations dans l'environnement numérique, nous ne nous inspirons pas de ses développements, ceux-ci ne nous ayant pas convaincu.

4.5.3. Conclusion

Les explications générales fournies par la doctrine récente ne visent pas la publication numérique, excepté la référence à la reproduction de supports de données de TERCIER et ENGEL. Les définitions très larges données par HILTY et CHERPILLOD ne permettent en tout cas pas d'exclure les différentes formes de publication numérique de la notion de *reproduction*.

L'analyse effectuée par REHBINDER n'est pas convaincante, pour les raisons expliquées sommairement ci-dessus.

4.6. Le paragraphe 1 VerlG et la doctrine allemande

En Allemagne, de nombreux ouvrages traitent du contrat d'édition dans l'environnement numérique. Les auteurs allemands n'arrivent pas toujours au même résultat que nous. Il est nécessaire d'analyser la position de ces auteurs afin de pouvoir confirmer ou infirmer notre position si les arguments retenus relèvent d'une construction plus solide que celle présentée ci-dessus. En particulier, il

¹³⁸⁷ Pt. 4.4.3 (p. 216 ss).

¹³⁸⁸ V. ci-dessous, pt. 4.7.4.b) (p. 243 s.).

convient de rechercher si les auteurs allemands se fondent sur un (ou des) argument(s) ignoré(s) jusqu'ici.

4.6.1. Confection de supports de données

La confection de supports de données entre-t-elle dans la notion de *reproduction* au sens du paragraphe 1 VerlG ?

La doctrine allemande ne présente pas une réponse unanime à cette question¹³⁸⁹.

a) Premier courant doctrinal

Certains auteurs sont d'avis que la notion *reproduire* (*vervielfältigen*) contenue au paragraphe 1 VerlG ne fait référence qu'aux formes de reproduction traditionnelle liées à la procédure mécanique d'impression¹³⁹⁰. Ainsi, l'éditeur doit reproduire un certain nombre d'exemplaires physiques qui doivent pouvoir être perçus *par la vue ou le toucher*¹³⁹¹. Une telle conception de la notion de *reproduction* inclut des procédés de reproduction modernes, comme l'impression électronique¹³⁹², la photocopie, etc.¹³⁹³, mais pas les enregistrements électroniques comme le CD-ROM¹³⁹⁴. Les droits relatifs aux CD-ROMs peuvent faire l'objet d'un transfert sous la forme de droits accessoires (*Nebenrechte*)¹³⁹⁵.

Les règles de la VerlG relatives aux devoirs de l'éditeur (reproduction et distribution) – ainsi que toutes les autres dispositions – ayant un sens pour un contrat portant sur la publication de CD-ROMs sont applicables par analogie¹³⁹⁶.

¹³⁸⁹ Faisant ce constat : SCHMAUS, p. 45.

¹³⁹⁰ GALLUS, p. 63, souligne que les techniques ne permettant pas la reproduction d'exemplaires papier de l'œuvre ne sont pas englobées par la notion de *reproduction* au sens du droit d'édition.

¹³⁹¹ SCHIRICKER, § 1 N 51, p. 135-136 ; NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 3.

¹³⁹² V. ci-dessous, pt. 4.6.2 (p. 231 s.), en lien avec l'impression *on demand*.

¹³⁹³ SCHIRICKER, § 1 N 51, p. 135 ; NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 3.

¹³⁹⁴ SCHIRICKER, § 1 N 51, p. 136 ; SCHACK, N 1060, explique que la différence entre l'édition traditionnelle et la publication de disquettes et de CD-ROMs consiste en la forme numérique – et non plus papier – de cette dernière. Suite à cette précision, SCHACK n'indique pas expressément s'il considère que la reproduction au sens du § 1 VerlG englobe la confection des ces supports numériques. SCHMAUS, p. 45, estime qu'on peut déduire des explications de SCHACK que les supports *off-line* sont compris dans la notion de *reproduction* au sens du droit d'édition (en ce sens également : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 5, note 5). On peut sérieusement en douter puisque SCHACK précise dans son ouvrage (N 995) que la VerlG ne règle que l'activité liée au papier.

¹³⁹⁵ SCHIRICKER, § 1 N 51, p. 136 ; comparer avec les explications données par GALLUS, p. 63 : v. également STRAUS, p. 312 : sur les notions *droit principaux*, *droits accessoires*, v. ci-dessus, pt. 4.5.2.a) (p. 226).

¹³⁹⁶ SCHIRICKER, § 1 N 51, p. 136.

b) Deuxième courant doctrinal

D'autres auteurs sont d'avis que la VerlG s'applique également aux CD-ROMs. Trois raisons principales sont invoquées :

- premièrement, les CD-ROMs représentent toujours des exemplaires physiques pour lesquels les dispositions de la loi sur le droit d'édition sont applicables (par exemple, les § 5-7, 16, 17, 21, 25 et 26 VerlG)¹³⁹⁷. Il n'existe aucune raison objective pour considérer que le produit final ne constitue un exemplaire reproduit au sens de la VerlG que s'il est matérialisé sous forme de papier¹³⁹⁸. Le terme *épreuves* (*Abzüge*)¹³⁹⁹ ne revêt évidemment plus un sens traditionnel, lié au procédé d'impression traditionnelle, mais doit être compris de manière plus large, en vertu d'une interprétation actuelle¹⁴⁰⁰ ;
- deuxièmement, contrairement aux disques – qui ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'édition¹⁴⁰¹ – par exemple, le contenu des CD-ROMs peut être lu sur un écran d'ordinateur (perception visuelle)¹⁴⁰² ;
- troisièmement, l'interprétation téléologique de la VerlG conduit à admettre que la publication *off-line* est englobée par la notion de *reproduction*¹⁴⁰³.

c) Remarque

Les auteurs allemands refusant de considérer que la notion de *reproduction* englobe la confection de supports de données n'offrent aucun argument décisif susceptible de remettre en question la conclusion à laquelle nous sommes arrivés consécutivement à notre analyse de l'article 380 CO. En particulier, le premier courant doctrinal ne fournit aucun fondement méthodologique permettant de

¹³⁹⁷ SCHULZE, p. 448, parle des § 5, 17 et 25 VerlG ; SCHMAUS, p. 50, cite les §§ 5-7 et 16 VerlG ; NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 5, énumère les § 5, 17, 21, 25 et 26 VerlG.

¹³⁹⁸ SCHMAUS, p. 53 ; comparer avec l'affirmation de NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 5, qui fait réf. aux CD-ROMs : « *Denn sie substituieren in gewisser Weise die Printerzeugnisse* ».

¹³⁹⁹ V. par exemple le § 5 al. 2 VerlG.

¹⁴⁰⁰ SCHMAUS, p. 50 : « *Vielmehr ist auch der Begriff der « Abzüge » seinerseits erweiternd dahingehend anzulegen, dass er sich auf alle Arten von durch den Verleger hergestellten körperlichen Werkexemplaren bezieht, gleichgültig ob es sich dabei um Print- oder digitale Trägermedien handelt* ».

¹⁴⁰¹ V. SCHRICKER, § 1 N 51, p. 136.

¹⁴⁰² NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 5.

¹⁴⁰³ SCHMAUS, p. 52 ; REHBINDER/SCHMAUS, p. 169 ; on note toutefois que, dans son ouvrage général sur le droit d'auteur en Allemagne (dont l'année de parution correspond à celle de l'article co-écrit avec SCHMAUS), REHBINDER, *Urheberrecht*, N 345, affirme que la notion de *reproduction* ne comprend que l'impression (*Druck*) et les formes de reproduction comparables (comme, par exemple, les photocopies), mais pas la confection de CD-ROMs ni le téléchargement dans un ordinateur (*Einspeisung in Computer*). REHBINDER, *Urheberrecht*, N 342, montre néanmoins une certaine ouverture à l'évolution des techniques puisqu'il indique que la VerlG ne permet pas encore d'étendre l'activité éditoriale (à l'origine liée aux techniques d'impression) à la publication électronique (CD-ROM, diffusion *on-line*).

légitimer le rattachement de la notion de *reproduction* à l'imprimerie traditionnelle. L'affirmation selon laquelle les exemplaires doivent pouvoir être perçus par la vue ou le toucher s'apparente plus à un postulat – à notre sens non justifié – qu'au résultat d'une réflexion méthodologique¹⁴⁰⁴.

Les explications données par le second courant doctrinal possèdent au contraire une force de conviction plus importante. Sans reprendre les trois arguments présentés ci-dessus, nous soulignons que, à l'instar du livre imprimé, le CD-ROM est un objet physique. Les milieux éditoriaux sont d'avis qu'il présente beaucoup de caractéristiques communes avec le livre¹⁴⁰⁵. A notre sens, l'objet CD-ROM est tout aussi proche des produits résultant d'une impression traditionnelle qu'un ouvrage en écriture braille, ce dernier pouvant – selon le premier courant doctrinal¹⁴⁰⁶ – faire l'objet d'un contrat d'édition.

4.6.2. Impression à la demande

Le produit d'une impression à la demande se présente toujours sous la forme d'exemplaires papier. Les auteurs considèrent qu'une telle impression peut faire l'objet d'un contrat d'édition, même si certaines dispositions légales ne sont plus directement applicables (§ 5, 15 et 16 VerlG)¹⁴⁰⁷, mais seulement par analogie¹⁴⁰⁸.

Les auteurs admettent donc que l'éditeur n'est pas tenu de constituer un stock d'exemplaires¹⁴⁰⁹ en mettant en évidence qu'il ne s'agit pas là d'une conclusion exceptionnelle, mais que cette situation a déjà été acceptée dans le domaine de l'édition musicale¹⁴¹⁰.

Cette conception est cohérente. Elle distingue implicitement la définition du contrat d'édition des autres normes (non englobées dans la règle définitoire) qui peuvent – comme le paragraphe 5 VerlG par exemple – être appliquées par analogie.

¹⁴⁰⁴ Par ailleurs, le deuxième courant doctrinal relève que la perception visuelle du contenu d'un CD-ROM est toujours possible (écran d'ordinateur).

¹⁴⁰⁵ LEGENDRE, p. 41 : v. ci-dessus, Titre II, Chapitre 2, pt. 2.2.3 (p. 19).

¹⁴⁰⁶ SCHRICKER, § 1 N 51, p. 135.

¹⁴⁰⁷ SCHRICKER, § 1 N 51, p. 137 : en ce sens : NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 6 ; SCHULZE, p. 448, qui précise que le § 5 VerlG devient alors inutile ; DELP, p. 36, N 122, soutient probablement la même conclusion dans la mesure où il relève que l'*e-book* (sur la base des explications de DELP, on comprend que l'auteur utilise cette terminologie – peu heureuse – pour parler du produit de l'impression *on demand*) ne génère que des problèmes juridiques insignifiants, au vu de sa ressemblance avec le livre traditionnel.

¹⁴⁰⁸ Parlant du § 5 VerlG : SCHULZE, p. 448 ; v. également SCHMAUS, p. 19.

¹⁴⁰⁹ SCHRICKER, § 1 N 51, p. 137.

¹⁴¹⁰ SCHULZE, p. 448 : « *Meines Erachtens kann man hierfür [c'est-à-dire, s'agissant du § 5 VerlG] über das Verlagsgesetz entsprechend anwenden, zunt in anderen Verlagsbereichen, z. B. dem Musikverlag, ebenfalls nur auf Bestellung, nicht hingegen auf Vorrat produziert wird...* ».

La conclusion à laquelle aboutissent les auteurs allemands confirme donc nos explications relatives à l'article 380 CO.

4.6.3. Transfert *on-line*

a) La doctrine

Rattachant la notion de *reproduction* à l'impression traditionnelle au sens large¹⁴¹¹, soit l'impression qui aboutit à un exemplaire physique de l'œuvre¹⁴¹², la doctrine refuse de manière quasi unanime¹⁴¹³ de considérer que le transfert *on-line* représente une *reproduction* au sens du paragraphe 1 VeriG¹⁴¹⁴, même si la *reproduction* au sens du paragraphe 16 UrhG comprend cette nouvelle technique¹⁴¹⁵.

Le transfert *on-line* peut être intégré dans un contrat d'édition ayant comme objet principal l'impression traditionnelle de l'œuvre. Il est alors considéré comme un droit accessoire (*Nebenrecht*)¹⁴¹⁶, ou même comme un droit principal additionnel (*zusätzliches Hauptrecht*). Certaines dispositions de la VeriG peuvent être appliquées par analogie : paragraphes 1 2^e phrase, 9, 14 et 15 VeriG¹⁴¹⁷.

Les auteurs allemands ne motivent guère leur conception. SCHULZE indique que, dans la mesure où l'exemplaire physique de l'œuvre n'existe plus, l'utilisateur ne peut disposer de l'ouvrage reçu que de manière provisoire¹⁴¹⁸. Cet argument est

¹⁴¹¹ Étant donné que le CD-ROM est encore compris dans cette notion. V. ci-dessus, pt. 4.6.1 (p. 229 ss).

¹⁴¹² Comparer avec SCHMAUS, p. 47, 54, 82.

¹⁴¹³ V. néanmoins VON BECKER, p. 175, et la note 35. Cet auteur explique que la notion de *produit éditorial* (*Verlagserzeugnis*) au sens large comprend tous les objets typiques du contrat d'édition au sens du § 1 VeriG, à savoir également les publications électroniques (*off-line* et *on-line*).

¹⁴¹⁴ Sur ce constat : SCHMAUS, p. 45 ; pour les auteurs, v. SCHRICKER, § 1 N 51, p. 136-137 ; GALLUS, p. 63 ; parlant du transfert *on-line*, SCHACK, N 1059, ne donne aucune conclusion claire. SCHMAUS, p. 46, estime qu'il faut en déduire que SCHACK n'intègre pas cette technique de publication sous la notion de reproduction au sens du § 1 VeriG. Cette conclusion paraît tout à fait raisonnable étant donné que SCHACK précise dans son ouvrage (N 995) que la VeriG ne régit que le commerce du papier. SCHACK, N 995, précise que cela n'exclut pas que les parties puissent se mettre d'accord sur des droits accessoires.

¹⁴¹⁵ REHBINDER/SCHMAUS, p. 169 ; pour la conclusion, v. également REHBINDER, *Urheberrecht*, N 345. Le même auteur, N 342, montre une certaine ouverture à l'évolution des techniques, puisqu'il indique que la VeriG ne permet *pas encore* d'étendre l'activité éditoriale – à l'origine liée aux techniques d'impression – à la publication électronique (CD-ROM, diffusion *on-line*).

¹⁴¹⁶ Sur cette notion, v. ci-dessus, pt. 4.5.2.a) (p. 226).

¹⁴¹⁷ SCHULZE, p. 448.

¹⁴¹⁸ V. SCHULZE, p. 448, qui souligne que ce constat est également valable pour le *e-book* (livre électronique) : « Auch beim E-Book sieht dem Endverbraucher das Werk nur vorübergehend zur Verfügung. Es bleibt ihm nicht auf Dauer erhalten » ; v. également NORDEMANN, *Handbuch*, § 64 N 6.

difficile à comprendre. Certes, la création de l'esprit n'est pas imprimée sur papier, mais cela ne signifie pas pour autant que le bénéficiaire ne puisse la conserver sous un format numérique durant une longue période¹⁴¹⁹. Tout au plus pourrait-on motiver le caractère provisoire de la possession d'un ouvrage lors de l'utilisation d'un livre électronique en se basant sur l'évolution des formats utilisés : une œuvre numérique rendue accessible avec un livre électronique acquis en 2001, ne pourra peut-être plus être lue par un nouveau livre électronique cinq ans plus tard¹⁴²⁰. Cette évolution prise en compte, on ne peut pas encore parler de possession provisoire, dans la mesure où le lecteur aura toujours la possibilité de prendre connaissance de son roman, par exemple, en utilisant son « vieux » livre électronique.

b) *Remarque*

La conclusion à laquelle nous avons abouti ci-dessus¹⁴²¹ ne correspond pas à celle donnée par les auteurs allemands. Il s'agit de voir pourquoi il existe une telle divergence alors même que les réglementations allemande et suisse sont en substance similaires s'agissant de la définition du contrat d'édition¹⁴²². Au préalable, il est nécessaire de présenter la réflexion méthodologique à la base de la conception allemande afin de pouvoir observer à quelle étape de la démarche interprétative la divergence est rattachée. Nous présentons brièvement les explications de SCHMAUS, seul auteur allemand – à notre connaissance – à avoir effectué une réflexion méthodologique en lien avec le paragraphe 1 VerlG.

c) *Interprétation du paragraphe 1 VerlG*

ca) *Interprétation littérale*

SCHMAUS relève que le sens usuel du terme *reproduction* comprend le téléchargement numérique d'une œuvre. Il justifie cette conclusion par le fait que le terme *reproduction* au sens de la UrhG englobe la reproduction numérique¹⁴²³.

La comparaison entreprise par SCHMAUS entre le terme *reproduction* contenu dans la UrhG et celui intégré au paragraphe 1 VerlG ne procède pas d'une réflexion rigoureusement exacte dans la recherche du sens littéral. Le rapprochement entre la notion de la UrhG et celle de la VerlG ne peut être effectué en raison du seul

¹⁴¹⁹ En ce sens : SCHMAUS, p. 46 ; en ce sens, parlant du transfert *on-line* : BÜHLER, p. 194 : « *In jedem Falle gelangt ein Werkexemplar auf Dauer in den Herrschaftsbereich des Empfängers* ». On note cependant que la conservation d'un livre numérique dans un *e-book* est plus limitée – dans le temps – que celle d'un livre papier. V. par exemple WITTMANN, p. 447.

¹⁴²⁰ Posant la question en ce sens : SCHÜWER, p. 569 ; sur la question de la conservation du livre numérique, v. VANDERDORPE, p. 191 ; comparer avec SPRING, p. 60 s., qui parle des images numériques.

¹⁴²¹ Pl. 4.4.4.c) (p. 222 ss).

¹⁴²² V. ci-dessus. Chapitre 3 (p. 149 ss).

¹⁴²³ SCHMAUS, p. 48.

contexte linguistique. Il participe de la recherche des idées normatives à la base de chacune des réglementations et procède donc d'une interprétation systématique¹⁴²⁴.

La conclusion à laquelle SCHMAUS aboutit¹⁴²⁵ est cependant exacte :

- aujourd'hui, le sens littéral du terme *reproduction* (*Vervielfältigung*) englobe à l'évidence la reproduction numérique. Le sens plus large donné de nos jours au terme de *reproduction* n'est pas le résultat de l'évolution de simples habitudes de langage, mais repose sur une nouvelle conception de la pratique de l'édition ancrée dans les modes de vie actuels¹⁴²⁶ ;
- il convient en outre certainement de considérer que le terme *reproduction* employé au paragraphe 1 VeriG revêt un sens usuel et non technique/juridique. Ce terme doit donc bien être interprété selon son sens usuel¹⁴²⁷. Celui-ci englobe la reproduction numérique, aujourd'hui ancrée dans nos habitudes de vie.

La différence constatée entre notre conception et celle de la doctrine allemande ne repose donc pas sur l'analyse littérale de la notion de *reproduction*.

cb) *Interprétation systématique*

Premier argument

La première étape de l'analyse systématique entreprise par SCHMAUS consiste à rapprocher la notion de *reproduction* de celle de *distribution*¹⁴²⁸, toutes deux contenues au paragraphe 1 VeriG. L'auteur estime que ces deux notions sont intimement liées¹⁴²⁹.

En procédant à cette comparaison, il souligne qu'en raison des racines historiques de la VeriG la *distribution* ne peut représenter que la distribution d'exemplaires physiques de l'œuvre¹⁴³⁰. Il en conclut implicitement que, pour cette raison déjà, le transfert *on-line* ne saurait être englobé par le terme *reproduction* du paragraphe 1 VeriG.

¹⁴²⁴ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 6, pt. 2.2 (p. 91); en droit allemand, LOOSCHELDERS/ROTH, p. 149, traitent de la référence à d'autres parties de l'ordre juridique (selon les explications de LOOSCHELDERS/ROTH, il s'agit bien de la référence à d'autres lois) sous le sous-titre consacré à l'interprétation systématique.

¹⁴²⁵ Selon laquelle le terme *Vervielfältigung* au sens du § 1 VeriG englobe le téléchargement numérique.

¹⁴²⁶ V. ci-dessus, pt. 4.2.2.ab) (p. 183), et la note 1146.

¹⁴²⁷ Comparer avec les explications données par LARENZ, p. 320 ss.

¹⁴²⁸ Sur cette terminologie, v. ci-dessus, Chapitre 3, pt. 2 (p. 151).

¹⁴²⁹ SCHMAUS, p. 48.

¹⁴³⁰ SCHMAUS, p. 49.

Deuxième argument

SCHMAUS compare ensuite les notions de *distribution* au sens des paragraphes 1 VerfG et 17 alinéa 1 UrhG en insistant sur le fait que les deux notions se recouvrent¹⁴³¹. Il rappelle que le paragraphe 17 alinéa 1 UrhG ne concerne que la distribution d'exemplaires physiques de l'œuvre¹⁴³². Etant donné que la publication *on-line* ne consiste pas en la distribution d'exemplaires physiques, elle n'est pas appréhendée par le paragraphe 17 alinéa 1 UrhG¹⁴³³. Elle est réglementée aux paragraphes 15 alinéa 2 ch. 2 et 19a UrhG¹⁴³⁴.

En résumé, le raisonnement de SCHMAUS se présente de la manière suivante :

- la notion de *distribution* au sens du paragraphe 17 alinéa 1 UrhG n'englobe pas la distribution *on-line* ;
- la notion de *distribution* selon le paragraphe 1 VerfG ne peut donc pas appréhender cette dernière technique ;
- ainsi, la notion de *reproduction* ne comprend pas le transfert *on-line*¹⁴³⁵.

Troisième argument

Enfin, SCHMAUS observe que plusieurs dispositions de la VerfG n'ont un sens qu'en rapport avec la confection d'un nombre déterminé d'exemplaires physiques de l'œuvre¹⁴³⁶. Il s'agit des règles relatives à l'édition (*Auflage*), aux épreuves (*Abzüge*)¹⁴³⁷ (§§ 5-7 VerfG), ainsi que celle régissant l'ampleur de l'édition (16 VerfG)¹⁴³⁸. SCHMAUS affirme que les notions d'édition et d'épreuves sont inapplicables dans le contexte du transfert *on-line* étant donné que, pour cette

¹⁴³¹ V. également SCHRICKE, Einl N 24 et § 1 N 52.

¹⁴³² V. également LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, § 17 N 4 ; LOEWENHEIM, *Handbuch*, § 20 N 21 ; LOEWENHEIM, p. 301 ss.

¹⁴³³ SCHMAUS, p. 49 ; v. également LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, § 17 N 5, et les nombreuses réf. citées.

¹⁴³⁴ LOEWENHEIM, *Handbuch*, § 20 N 21. Les § 15 al. 2 ch. 2 (nouveau) et 19a UrhG sont entrés en vigueur le 10 septembre 2003 (entrée en vigueur de la *Gesetz zur Regelung der Urheberrechts in der Informationsgesellschaft* qui a transposé – au cœur du droit allemand – la Directive européenne [2001/29/CE] du 22 mai 2001 [v. GRUR Int. 2001, p. 745 ss] ; v. VOGEL, § 2 N 28 et 35). Préalablement à l'entrée en vigueur de ces deux paragraphes, la doctrine classait la distribution *on-line* sous la clause générale du § 15 al. 2 (ancien) UrhG (droit non expressément nommé). V. SCHMAUS, p. 49-50 ; LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, § 15 N 24, et les nombreuses réf. : NORDEMANN, § 15 N 2 ; SCHACK, N 420.

¹⁴³⁵ Pour la conclusion, v. SCHMAUS, p. 50.

¹⁴³⁶ Ce souci de cohérence systématique découle – de façon moins évidente – des explications d'autres auteurs. V. en particulier SCHULZE, p. 448, qui fait référence aux différentes dispositions supposant une lecture traditionnelle de la notion d'édition : v. également GALLUS, p. 64.

¹⁴³⁷ Une épreuve représente un exemplaire physique de l'œuvre. V. SCHMAUS, note 450.

¹⁴³⁸ SCHMAUS, p. 50.

dernière technique de publication, il n'est plus question de constituer un stock d'exemplaires physiques lors d'une édition. Enfin, SCHMAUS estime que le sens littéral des notions d'édition et d'épreuves interdit déjà de les interpréter de manière à ce qu'elles englobent la publication *on-line*¹⁴³⁹. En particulier, SCHMAUS rattache la notion d'édition à la constitution d'un stock d'exemplaires¹⁴⁴⁰.

4.7. Transfert on line : comparaison avec la doctrine allemande

4.7.1. Reproduction et diffusion au sens de l'article 380 CO

Les devoirs de reproduction et de diffusion de l'éditeur doivent nécessairement être harmonisés de manière cohérente. En particulier, s'agissant du transfert *on-line*, il serait absurde de conclure que la notion de *reproduction* comprend cette forme de publication numérique alors que la notion *répandre l'œuvre dans le public* ne permettrait pas de l'englober. Une unité systématique s'impose¹⁴⁴¹.

A ce stade, nous n'avons pas encore analysé la notion *répandre l'œuvre dans le public*. Nous partons pour l'instant du principe que celle-ci est suffisamment large pour englober toutes les formes de publication numérique. Nous reviendrons sur cette conclusion après avoir étudié cette notion légale¹⁴⁴².

Nous avons par contre suffisamment d'éléments pour rejeter l'argument des « racines historiques » invoqué par SCHMAUS¹⁴⁴³. Le fait qu'une réglementation soit rédigée à une époque déterminée ne « pétrifie » pas le sens des règles adoptées à cette époque¹⁴⁴⁴. Plus avant dans son ouvrage, SCHMAUS déclare d'ailleurs en substance que le fait qu'il n'existait que la technique d'impression traditionnelle au début du XX^e siècle doit être considéré comme un « hasard historique » (*historischer Zufall*) qui ne doit pas limiter l'interprétation à la seule technique d'impression¹⁴⁴⁵. Les auteurs allemands de référence – s'agissant de la

¹⁴³⁹ SCHMAUS, p. 50-51, 96.

¹⁴⁴⁰ SCHMAUS, p. 97 : « *Diese einzelnen E-Books können naturgemäss nicht von vornherein auf Vorrat produziert werden. Aufgrund dieser vollkommen andersartigen Sachlage sollte der Begriff der Auflage allein für die Herstellung körperlicher Werkexemplare reserviert bleiben* ».

¹⁴⁴¹ Il ne s'agit plus ici d'une analyse contextuelle. La seule lecture de l'art. 380 CO ne donne aucun élément de réponse. Il s'agit de savoir si les notions *reproduction* et *répandre l'œuvre dans le public* sous-entendent la fixation de l'œuvre sous une forme papier, la constitution de stock, etc. Il est question de l'analyse des idées normatives à la base de la réglementation, donc d'une interprétation systématique.

¹⁴⁴² Ci-dessous, pt. 6 (p. 256).

¹⁴⁴³ V. ci-dessus, pt. 4.6.3.cb) (Premier argument) (p. 234).

¹⁴⁴⁴ Comparer avec CHAPPUIS, p. 99 : « *On ne peut concevoir que la loi devienne un carcan rigide, distinct des conceptions ayant généralement cours dans la société* », et p. 100 : « *On reconnaîtra ainsi au juge le devoir de se souvenir, au moment de dire le droit, du siècle dans lequel il vit et de ne pas se transformer en un gardien figé d'une parole immuable* ».

¹⁴⁴⁵ SCHMAUS, p. 52, qui parle de l'édition *off-line*.

méthodologie – vont dans ce sens. Ils indiquent que l'interprétation doit correspondre à l'intention du législateur, au but que celui-ci entendait poursuivre avec la norme examinée¹⁴⁴⁶. L'intention du législateur de 1901 se révèle être très large. Le premier projet relatif à la VerIG¹⁴⁴⁷ expose que la loi entend constater les usages suivis dans le domaine de l'édition, régler certaines questions litigieuses et accorder les dispositions avec les principes du BGB¹⁴⁴⁸. A l'évidence, le but poursuivi par le législateur ne permet pas de restreindre la notion de *reproduction* à la seule technique d'impression¹⁴⁴⁹.

Certes, la période durant laquelle la réglementation a été adoptée donne une « coloration » particulière à l'ensemble de la réglementation. Si celui-ci intègre des notions inhérentes à une technologie issue de cette époque, il sera difficile d'admettre qu'une règle spécifique de la réglementation légale englobe une technique inconnue au moment de l'adoption de la loi. Il s'agit en effet de conserver une certaine unité dans la réglementation¹⁴⁵⁰.

4.7.2. CO/LDA : notions de diffusion/distribution

En droit allemand, la notion de *distribution* au sens du paragraphe 17 alinéa 1 UrhG n'englobe pas le transfert *on-line*. Selon SCHMAUS, la *distribution* au sens du paragraphe 1 VerIG ne permet donc pas non plus d'appréhender cette technique de publication. Ainsi, la notion de *reproduction* au sens du paragraphe 1 VerIG ne comprend pas le transfert *on-line*¹⁴⁵¹.

a) Comparaison LDA/CO

L'inopportunité d'une comparaison entre la LDA et le CO a déjà été discutée ci-dessus en lien avec la notion de *reproduction*¹⁴⁵². Nous renvoyons donc à ce que nous avons dit à ce propos¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁶ LARENZ, p. 328 ss et p. 344 (pour un résumé).

¹⁴⁴⁷ Datant du 14 juillet 1900, V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.1 (p. 10).

¹⁴⁴⁸ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.1 (p. 10).

¹⁴⁴⁹ En ce sens, parlant de l'édition *off-line* : SCHMAUS, p. 52.

¹⁴⁵⁰ Par exemple : LARENZ, p. 343-344 ; LARENZ/CANARIS, p. 164 ; s'agissant des § 5-7, 15 et 16 VerIG, v. ci-dessous, pt. 4.7.3 (p. 240 ss).

¹⁴⁵¹ V. ci-dessus, pt. 4.6.3.cb) (Deuxième argument) (p. 235).

¹⁴⁵² Pt. 4.4.1.g) (p. 212 ss).

¹⁴⁵³ Comparer en particulier avec les explications relatives à la fonction protectrice de la LDA, respectivement du Titre douzième du Code des obligations.

A noter que, s'agissant du devoir de diffusion, l'inopportunité de la comparaison ne découle pas déjà de la terminologie employée (*diffusion* au sens de l'art. 380 CO, *distribution* au sens de l'art. 10 al. 2 lit. b LDA). L'utilisation de notions différentes dans les deux réglementations légales ne tend pas à mettre en évidence que la *diffusion* au sens de l'art. 380 CO doit être bien distinguée de la *distribution* au sens de l'art. 10 al. 2 lit. b LDA (comparer avec les explications données ci-dessus, Chapitre 3, pt. 2 (p. 151), dans lesquelles nous mettons en

Même s'il fallait considérer opportun de comparer la LDA au CO, nous ne pourrions suivre l'avis de la doctrine allemande – et en particulier de SCHMAUS – en raison de la façon différente dont la doctrine suisse majoritaire comprend la notion de *distribution* au sens de la LDA.

b) Application de l'article 10 alinéa 2 lit. b LDA

En droit suisse, le parallèle du paragraphe 17 alinéa 1 UrhG doit être recherché à l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA. Il est question du droit de distribution (*Verbreitungsrecht* ; ou, selon la terminologie française retenue, droit de mise en circulation)¹⁴⁵⁴.

La doctrine dominante met en évidence que le transfert durable de données est appréhendé par l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA¹⁴⁵⁵. Par transfert durable de données, il faut comprendre le téléchargement – sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur – d'une œuvre à la demande de l'utilisateur¹⁴⁵⁶. Le transfert d'une œuvre littéraire *on-line* (de l'éditeur au lecteur/utilisateur) participe à l'évidence d'un tel transfert¹⁴⁵⁷.

En droit suisse, il n'est donc pas possible de partir de l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA (parallèle du § 17 al. 1 UrhG) pour affirmer que le devoir de diffusion de l'éditeur (art. 380 CO) ne peut englober le transfert *on-line*.

L'interprétation faite par la doctrine majoritaire doit sans aucun doute être confirmée, pour trois raisons principales¹⁴⁵⁸.

ba) Première critique et prise de position

Certains auteurs estiment que le droit de distribution ne concerne que les œuvres physiques, c'est-à-dire les œuvres fixées sur un support matériel, et non pas les transmissions numériques ou dématérialisées¹⁴⁵⁹.

évidence que la terminologie différente utilisée au cœur de l'art. 380 CO et du § 1 VeriG n'indique certainement pas une différence s'agissant de l'activité de l'éditeur).

¹⁴⁵⁴ BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 15.

¹⁴⁵⁵ TISSOT, p. 212 ; en ce sens : BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 16 ; BÜHLER, p. 193, et les réf. citées à la note 1194. Dans la même note, BÜHLER rappelle la conception différente de la doctrine allemande ; DE WERRA, *Protection*, p. 66-67 ; BÜHLER, p. 197 s., indique qu'il s'agit bien d'une application directe de l'art. 10 al. 2 *lit. b* LDA et non seulement d'une application par analogie : récemment, SALVADÉ, p. 100, a exprimé quelques doutes quant à l'application du droit de distribution (art. 10 al. 2 *lit. b* LDA) pour les utilisations en ligne.

¹⁴⁵⁶ Comparer avec BEUTLER, p. 75 ; v. également les explications données par DE WERRA, *Protection*, p. 67.

¹⁴⁵⁷ Une telle conception n'exclut pas l'application de l'article 10 alinéa 2 *lit. c* LDA. Celle-ci a lieu, par exemple, lorsqu'une œuvre est mise à disposition sur une page *web* en vue d'une simple consultation (BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 22 ; BÜHLER, p. 196, 198 ; v. également DE WERRA, *Protection*, p. 67). Dans ce cas, l'œuvre n'est chargée que de manière temporaire sur le disque de travail de l'ordinateur de l'utilisateur (BÜHLER, p. 196).

¹⁴⁵⁸ V. ci-dessous, pt. ba), bb) (p. 239 s.), et bc) (p. 240).

A l'instar de la doctrine majoritaire, nous affirmons que le rattachement du droit de distribution à une œuvre physique n'est pas justifié. La distribution *on-line* permet à l'utilisateur d'utiliser l'œuvre téléchargée de la même manière qu'une œuvre reçue, de façon traditionnelle, sur un support matériel¹⁴⁶⁰. Dans les deux cas, le bénéficiaire reçoit un exemplaire de l'œuvre qu'il maîtrise durablement¹⁴⁶¹. La doctrine fonde donc son argumentation sur le résultat économique qui est tout à fait identique pour les deux moyens de distribution. A juste titre, BÜHLER indique que l'équivalence économique des résultats ne peut conduire à une différenciation juridique¹⁴⁶².

Cet argument fondé sur le résultat économique est convaincant dans la mesure où l'article 10 LDA énumère les utilisations économiques possibles de l'œuvre¹⁴⁶³. Certes, le critère de l'économie est utilisé avant tout dans le but d'une fragmentation¹⁴⁶⁴ du droit d'auteur : l'auteur doit pouvoir tirer « *bénéfice de toute utilisation de son œuvre faite à des fins économiques* »¹⁴⁶⁵. Le critère de l'économie doit néanmoins logiquement également influencer la manière dont il faut comprendre les droits mentionnés à l'article 10 LDA. On comprendrait en effet difficilement que ce critère soit pris en compte aux fins de fragmenter le droit d'auteur et qu'il soit ignoré lorsqu'il s'agit de saisir la portée d'un droit décrit à l'article 10 LDA.

bb) Deuxième critique et prise de position

Certains auteurs excluent le transfert *on-line* de l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA en constatant que la distribution est liée à la reproduction (art. 10 al. 2 *lit. a* LDA)¹⁴⁶⁶. Autrement dit, dans l'hypothèse d'un transfert *on-line*, dès l'instant où il y a reproduction, il y a également distribution.

Cette affirmation est correcte s'agissant du rattachement temporel : la diffusion et la reproduction de l'œuvre ont lieu simultanément. Il serait cependant faux d'en conclure que les deux actions se confondent. En proposant une œuvre sur son site, l'éditeur propose bien d'en distribuer un exemplaire consécutivement à la demande

¹⁴⁵⁹ V. les réf. données par BÜHLER, p. 193, note 1195 : en ce sens, le Message du Conseil fédéral soumet les utilisations *on-line* à l'article 10 alinéa 2 *lit. c in fine* LDA (FF 1989 III 514) ; v. également BEUTLER, p. 70, et les réf. citées à la note 161.

¹⁴⁶⁰ BEUTLER, p. 75 ; v. également BÜHLER, p. 194.

¹⁴⁶¹ En ce sens : BÜHLER, p. 194.

¹⁴⁶² BÜHLER, p. 194.

¹⁴⁶³ BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 1 : « *Les droits d'utilisation ont une nature essentiellement patrimoniale* ».

¹⁴⁶⁴ Pour l'utilisation de cette notion, v. BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 9, qui parlent d'« *extrême fragmentation* ».

¹⁴⁶⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 9.

¹⁴⁶⁶ BÜHLER, p. 193, et les réf. à la note 1195.

d'un utilisateur. Le fait que la reproduction de l'œuvre ait lieu lors de la distribution ne permet pas de dire que les deux actions sont similaires. En résumé :

- lors d'un transfert *on-line*, une reproduction est à l'évidence entreprise. L'éditeur ne se limite pas à distribuer l'œuvre reçue de l'auteur, puisque – suite à la commande d'un utilisateur – il conserve la maîtrise sur l'« *exemplaire numérique modèle* »¹⁴⁶⁷ ;
- une distribution est également effectuée. Sans quoi, l'utilisateur ne recevrait pas l'exemplaire de l'œuvre reproduite.

Ainsi, le fait d'admettre que le transfert *on-line* entre dans le champ d'application de l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA n'empêche nullement de distinguer les actes de reproduction et de distribution.

bc) Épuisement de droits (article 12 LDA)

La soumission du transfert *on-line* au champ d'application de l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA est en outre nécessaire au regard de l'article 12 LDA¹⁴⁶⁸. L'épuisement du droit ne concerne en effet que le droit de distribution, à l'exclusion des autres droits d'auteur¹⁴⁶⁹.

4.7.3. Notions d'édition et d'épreuves

Selon la doctrine allemande, le fait d'admettre le transfert *on-line* dans la notion de *reproduction* rend inapplicable – en tout cas directement – un certain nombre de règles¹⁴⁷⁰ :

- celles relatives à l'édition (*Auflage*) : paragraphes 5 (nombre d'éditions et ampleur de celle-ci) et 16 VerlG (ampleur de l'édition) ;
- celles relatives aux épreuves (*Abzüge*) : paragraphes 5, 6 et 7 VerlG.

La non-application directe de ces règles dans le cadre du transfert *on-line* n'est pas contestable. Ce seul constat ne peut cependant déboucher sur la conclusion que la notion de *reproduction* n'est plus applicable pour cette forme de publication.

a) Édition (Auflage)

S'agissant de la question de l'édition (*Auflage*), ce n'est pas la dématérialisation de l'œuvre qui est problématique, mais la flexibilité liée au *publishing on demand*¹⁴⁷¹.

¹⁴⁶⁷ V. note 1340.

¹⁴⁶⁸ Sur la question de l'épuisement du droit dans l'environnement numérique : BÜHLER, 273 ss ; sur la portée pratique très restreinte du principe de l'épuisement du droit dans l'environnement numérique, v. DE WERRA, *Protection*, p. 67.

¹⁴⁶⁹ Entre autres : DE WERRA, *Protection*, p. 67.

¹⁴⁷⁰ V. ci-dessus, pt. 4.6.3.cb) (Troisième argument) (p. 235 s.).

¹⁴⁷¹ Comparer avec ci-dessus, pt. 4.4.1.ca) (p. 201).

L'édition ne peut être délimitée en fonction d'un nombre déterminé d'exemplaires fixé avant toute reproduction, ce que suppose le paragraphe 5 VerlG. L'ampleur de l'édition est dépendante du temps d'exposition de l'œuvre sur le site *web* de la maison d'édition. Elle est donc fixée à l'aide d'un critère temporel. Il ne s'agit pas là d'une nouveauté ! Le paragraphe 29 VerlG alinéa 3 VerlG laisse expressément la possibilité aux parties de fixer l'ampleur de l'édition non pas en fonction d'un nombre déterminé d'exemplaires, mais sur la base d'une durée (*für eine bestimmte Zeit*). La détermination de l'ampleur de l'édition à l'aide d'un critère temporel (durée, échéance, etc.¹⁴⁷²) exclut évidemment que l'édition soit définie en fonction d'un nombre déterminé d'exemplaires. Elle empêche également l'application du paragraphe 5 alinéa 2 VerlG¹⁴⁷³ et oblige à lire le paragraphe 16 VerlG en gardant en tête que l'édition est délimitée par un critère temporel et non en fonction d'un certain nombre d'exemplaires.

En résumé : admettre que l'édition puisse être délimitée en fonction d'un critère temporel – ce qui est à l'évidence justifié en droit allemand comme le démontre le paragraphe 29 al. 3 VerlG – suppose impérativement d'entreprendre une lecture différente des paragraphes 5 et 16 VerlG. La non-application directe de ces derniers est légitimée.

Cette lecture différente a déjà été admise en lien avec l'impression *on demand*. En effet, s'agissant de cette forme de publication numérique, la doctrine allemande considère que la non-application directe des paragraphes 5 et 16 VerlG ne permet pas d'exclure cette technique de publication du contrat d'édition au sens du paragraphe 1 VerlG¹⁴⁷⁴. L'impression *on demand* présente la même flexibilité que le transfert *on-line*. Il nous paraît peu cohérent de conclure que l'impression *on demand* est englobée par la notion de *reproduction* et de ne pas l'admettre pour le transfert *on-line*.

b) Épreuves (Abzüge)

S'agissant de la question du nombre des épreuves (*Zahl der Abzüge*), la problématique du paragraphe 5 alinéa 2 VerlG a déjà été discutée ci-dessus¹⁴⁷⁵. Nous n'y revenons pas.

En ce qui concerne la notion d'*épreuves* elle-même, on doit certainement admettre – à l'instar de SCHMAUS – que celle-ci est intimement liée à la reproduction d'exemplaires physiques de l'œuvre¹⁴⁷⁶. La notion légale n'est plus directement

¹⁴⁷² Pour les détails, v. SCHRICKER, § 29 N 10 s.

¹⁴⁷³ Le § 5 al. 2 VerlG prévoit que si les parties n'ont pas déterminé le nombre des exemplaires, l'éditeur est autorisé à en produire 1000.

¹⁴⁷⁴ V. ci-dessus, pt. 4.6.2 (p. 231 s.).

¹⁴⁷⁵ Pl. a) (p. 240 s.).

¹⁴⁷⁶ Bien que cette notion soit utilisée comme synonyme d'*exemplaires* (cela ressort à l'évidence des paragraphes intégrant la notion *Abzüge*) et non pas selon son sens premier (typographique). Ce dernier sens fait référence au texte imprimé d'un manuscrit tel qu'il sort

applicable en lien avec le transfert *on-line*. Il paraît difficile de légitimer cette non-application directe.

Le paragraphe 6 VerlG fait référence aux exemplaires « de passe » (*Zuschussexemplare*)¹⁴⁷⁷, soit aux exemplaires d'auteur et de service de presse (*Freiexemplare*)¹⁴⁷⁸. Ces notions ne sont plus applicables directement dans le cadre du transfert *on-line*. En particulier, ces exemplaires sont intimement liés à la constitution d'un stock et, évidemment, à la perte – ou du moins à l'endommagement – d'un certain nombre d'exemplaires intégrés dans ce stock. Même si le paragraphe 6 alinéa 1 VerlG parle des exemplaires « de passe » usuels, il semble difficile d'adapter cette notion au transfert *on-line*.

Le paragraphe 7 VerlG régleme la perte des exemplaires de l'œuvre¹⁴⁷⁹. Cette situation est intimement liée à la constitution d'un stock d'exemplaires¹⁴⁸⁰. En présence de transfert *on-line*, le paragraphe 7 VerlG ne peut être appliqué directement.

4.7.4. Analyse

a) Observation

Selon la doctrine allemande, l'interprétation systématique du devoir de l'éditeur au sens du paragraphe 1 VerlG oblige à considérer que la reproduction n'englobe pas le transfert *on-line*.

La VerlG reconnaît expressément que le contrat d'édition peut être délimité temporellement. La fixation avant toute reproduction du nombre d'exemplaires de l'œuvre ne peut donc être considérée comme une condition d'existence du contrat d'édition au sens du paragraphe 1 VerlG.

Certes, certains paragraphes, comme par exemple les paragraphes 6 et 7 VerlG, ne sont plus directement applicables si on considère que le paragraphe 1 VerlG n'exige pas qu'un stock d'exemplaires soit constitué. L'impression *on demand* ne permet pas non plus la constitution d'un stock d'exemplaires. Or, s'agissant de cette forme de publication, la doctrine allemande unanime considère que celle-ci peut faire l'objet d'un contrat d'édition au sens du paragraphe 1 VerlG, même si certaines dispositions (§ 5, 15, 16 VerlG) ne peuvent être appliquées que par analogie¹⁴⁸¹. Logiquement, la constitution de stock ne doit pas être considérée comme une

de la composition. Il s'agit d'un « essai » sur lequel des corrections sont effectuées. Pour des explications détaillées relatives à la lecture d'épreuves, v. SCHUWER, p. 442 s.

¹⁴⁷⁷ Exemplaires destinés à remplacer ceux qui sont défectueux ou qui viennent à être perdus (v. CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 6) ; v. également SCHRICKER, § 6 N 2.

¹⁴⁷⁸ Exemplaires destinés à l'auteur (pour sa propre utilisation) et aux services de presse (en vue de discussions sur l'ouvrage) ; pour les détails, v. SCHRICKER, § 6 N 3.

¹⁴⁷⁹ Il s'agit du parallèle allemand de l'art. 391 CO.

¹⁴⁸⁰ Comparer avec SCHRICKER, § 7 N 4.

¹⁴⁸¹ V. ci-dessus, pt. 4.6.2 (p. 231 s.).

condition d'existence du contrat d'édition au sens du paragraphe 1 VerIG. En droit suisse, nous avons vu que le fait d'admettre que l'article 380 CO ne suppose pas la constitution d'un stock d'exemplaires ne rend inapplicables directement que des dispositions accessoires.

L'argument décisif est donc celui de la matérialisation de l'œuvre (par exemple : non-application directe de la notion d'*épreuves*). Cette condition n'est pas réalisée dans le cadre d'un transfert *on-line*. Elle est par contre réalisée pour l'impression *on demand*. Il est difficile de saisir pourquoi les dispositions contenant l'exigence de la constitution d'un stock d'exemplaires peuvent être appliquées par analogie – dans la mesure où l'application directe n'est pas envisageable – alors que cela ne peut être entrepris s'agissant des règles intégrant l'exigence de la matérialisation de l'œuvre. Ce d'autant plus que, si la flexibilité du *publishing on demand* change fondamentalement la pratique de l'édition¹⁴⁸², la dématérialisation des exemplaires de l'œuvre ne représente qu'une évolution accessoire¹⁴⁸³. La raison des « racines historiques » ne convainc guère. On remarque d'ailleurs que la doctrine qui fournit l'argumentation la plus pertinente reconnaît aujourd'hui que le contrat d'édition au sens du paragraphe 1 VerIG peut avoir comme objet non seulement des œuvres matérialisées sous format papier, mais également des supports de données (CD-ROM). Or, les « racines historiques » ne font logiquement référence qu'aux exemplaires papier d'une œuvre.

b) *Interprétation téléologique*

En lien avec le transfert *on-line*, SCHMAUS n'a pas entrepris l'interprétation téléologique du devoir de reproduction de l'éditeur. Il effectue son analyse en fonction du procédé méthodologique proposé par la doctrine allemande majoritaire¹⁴⁸⁴ et applique donc les méthodes d'interprétation de manière chronologique¹⁴⁸⁵. Dans la mesure où l'analyse systématique du paragraphe 1 VerIG écarte le transfert *on-line*, SCHMAUS n'a pas effectué d'interprétation téléologique de ce même paragraphe.

Il s'agit là d'une différence entre le droit suisse et le droit allemand qui confirme notre conclusion relative à la notion de *reproduction* au sens de l'article 380 CO. Les buts de la norme et de la loi sont pris en compte dans notre interprétation¹⁴⁸⁶. Etant donné que le résultat de l'interprétation téléologique n'est nullement attaché à la technique d'impression traditionnelle, il fournit un argument supplémentaire en

¹⁴⁸² En particulier en raison de l'absence de constitution de stock ; comparer avec les explications de NICOLAY, p. 24 ss.

¹⁴⁸³ Il suffit de remplacer la notion d'*épreuves* par celle d'*exemplaires numériques*.

¹⁴⁸⁴ SCHMAUS, notes 214 ss, fait réf. à LARENZ, principal représentant de la doctrine allemande majoritaire.

¹⁴⁸⁵ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 5, pt. 1.2 (p. 83 s.), où nous expliquons ce procédé.

¹⁴⁸⁶ Toutes les méthodes d'interprétation doivent être prises en compte en droit suisse. V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 5, pt. 1.1 (p. 82 s.).

faveur d'une conception moderne (actuelle) de la notion de *reproduction*. Cet argument – bien que penchant également en Allemagne en faveur d'une conception actuelle de la notion de *reproduction* au sens du paragraphe 1 VeriG¹⁴⁸⁷ – n'a pas pu être pris en compte dans la pesée des arguments par SCHMAUS dans la mesure où l'interprétation a été stoppée préalablement, suite à l'examen systématique.

c) *Constat*

L'argumentation de la doctrine allemande, ne présente aucun élément décisif – non pris en compte lors de l'analyse de l'article 380 CO – susceptible de remettre en question la conclusion provisoire à laquelle nous avons abouti¹⁴⁸⁸.

La présentation des conceptions allemandes – et en particulier de l'étude effectuée par SCHMAUS en lien avec le transfert *on-line* – avait pour finalité de rechercher si la conclusion différente à laquelle aboutit la doctrine allemande s'agissant du transfert *on-line* était fondée sur des arguments de poids dont nous avons ignoré la pertinence. Nous remarquons que cela n'est pas le cas. Les arguments présentés ont tous été pris en compte lors de l'interprétation de l'article 380 CO.

Nous constatons en outre qu'en droit suisse, l'interprétation téléologique doit être intégrée dans la pesée des arguments et que cette analyse penche clairement en faveur d'une conception moderne du devoir de reproduction de l'éditeur.

A notre sens, les *racines historiques* de la réglementation du Titre douzième du Code des obligations n'ont pas pour conséquence de « pétrifier » la signification des règles légales à une époque déterminée. Le rattachement de la réglementation du contrat d'édition représente un *hasard historique*. Le sens des règles doit pouvoir évoluer en fonction des nouvelles technologies, à condition bien sûr que les méthodes classiques d'interprétation permettent une telle évolution. Nous avons vu ci-dessus que tel était le cas¹⁴⁸⁹.

4.8. Conclusion

La notion légale *reproduire en un certain nombre d'exemplaires* – employée à l'article 380 CO – est suffisamment large pour appréhender – outre la reproduction traditionnelle (trouvant son origine dans la presse de GÜTENBERG) – toutes les formes de reproduction numérique connues à ce jour.

En d'autres termes et pour conclure, l'utilisation des nouvelles techniques numériques de reproduction, la publication de nouveaux supports de données,

¹⁴⁸⁷ V. SCHMAUS, p. 51-52, qui entreprend l'interprétation téléologique du § 1 VeriG en examinant le cas du support de données.

¹⁴⁸⁸ En ce qui concerne le droit allemand, les quelques éléments analysés poussent à se demander si la conclusion à laquelle la doctrine aboutit ne doit pas être revue. Pour répondre à cette question, il conviendrait d'entreprendre une analyse complète de la VeriG.

¹⁴⁸⁹ V. ci-dessus, pt. 4.4.4.c) (p. 222 ss).

l'impression à la demande et le transfert *on-line* de l'œuvre sont englobés par la notion légale contenue à l'article 380 CO interprété au sens étroit.

A l'exception de REHBINDER, la doctrine suisse ne s'est pas prononcée spécifiquement sur la question des différentes formes de publication numérique. Les définitions très larges données par la doctrine la plus récente englobent par contre notre conclusion. La conception de REHBINDER, à notre sens peu convaincante, ne remet pas en question notre argumentation. La doctrine allemande – présentant une conclusion différente de la nôtre s'agissant du transfert *on-line* – n'offre aucun argument décisif obligeant à remettre en question notre conception.

5. Deuxième notion légale : « et à la répandre dans le public »

5.1. Une analyse choisie

Seuls seront étudiés les aspects du sens littéral possible de la notion légale dont la compréhension exacte est nécessaire en vue de la qualification des notions concrètes¹⁴⁹⁰. A ce stade, nous écartons l'analyse relative à l'utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels. Cette forme de publication numérique touche la reproduction de l'œuvre, mais ne suggère aucune problématique particulière s'agissant de la diffusion.

5.1.1. Fixation préalable du nombre d'exemplaires et constitution d'un stock

S'agissant du devoir de diffusion, l'éventuelle exigence de la fixation du nombre des exemplaires avant toute reproduction et celle de la constitution de stock d'exemplaires n'ont aucun sens. Ces deux exigences sont intimement liées à la reproduction et non à la diffusion de l'œuvre¹⁴⁹¹.

5.1.2. Matérialisation de l'œuvre sous format papier

La question de la matérialisation de l'œuvre se pose par contre également dans le contexte du devoir de diffusion. L'éditeur peut-il répandre les exemplaires de l'œuvre reproduits dans le public sous n'importe quelle forme ou est-il tenu, au regard du sens littéral possible de la notion légale, de diffuser l'œuvre sous format papier ?

Cette réflexion est suggérée par les caractéristiques propres à la diffusion de supports de données et au transfert *on-line*. Ces deux formes de publication numérique – contrairement à l'édition traditionnelle – ne font plus intervenir la diffusion sous forme d'exemplaires papier.

¹⁴⁹⁰ Pour les notions concrètes, v. ci-dessus, pt. 3.1 (p. 179).

¹⁴⁹¹ V. ci-dessus, pt. 4.1 (p. 179 s.).

5.1.3. Reproduction et diffusion

Le deuxième aspect devant être examiné touche aussi bien le devoir de reproduction que l'obligation de diffusion. L'article 380 CO dispose que l'éditeur « s'oblige à reproduire [l'œuvre] en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public ». Nous avons vu ci-dessus¹⁴⁹² que l'activité de reproduction de l'éditeur ne se confond pas avec celle de diffusion. La question se pose maintenant de savoir si les deux activités doivent nécessairement être effectuées de manière chronologique (reproduction, puis diffusion)¹⁴⁹³ ou si la formulation de l'article 380 CO indique simplement que l'élément essentiel, du côté de l'éditeur, est composé de deux devoirs (reproduction et diffusion)¹⁴⁹⁴.

Cette analyse est suggérée par le transfert *on-line*. Cette forme de publication numérique fait intervenir simultanément la reproduction et la diffusion¹⁴⁹⁵.

5.2. Recherche du sens littéral possible de la notion légale

5.2.1. Lecture de la loi, contexte et références

a) Matérialisation sous format papier

Selon la version française de l'article 380 CO, l'éditeur est tenu de « répandre [l'œuvre] dans le public ». Les textes allemand et italien parlent de *mettre en vente* [l'œuvre] (« in Vertrieb zu setzen » ; « metterla in vendita »).

Ni la lecture de l'article 380 CO, ni le contexte – immédiat ou linguistique – dans lequel le devoir de diffusion est situé ne permet de conclure que la notion légale exige que la diffusion de l'œuvre soit effectuée sous la forme d'exemplaires papier.

En ce qui concerne la référence linguistique, la notion légale « répandre [l'œuvre] dans le public » (« in Vertrieb zu setzen » ; « metterla in vendita ») ne revêt aucune

¹⁴⁹² Pt. 4.7.2.bb) (p. 239 s.).

¹⁴⁹³ Sur cette façon de comprendre la conjonction de coordination *et*, v. Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 3, Paris 2001, p. 238, pt. 12.

¹⁴⁹⁴ Nous avons choisi d'analyser cette question sous le sous-titre consacré au devoir de diffusion de l'éditeur car la conjonction de coordination est – logiquement – rattachée à l'élément qu'elle précède (« et à la répandre dans le public »).

¹⁴⁹⁵ On peut également lire la notion légale *et à la répandre dans le public* en ce sens qu'un nombre défini d'exemplaires de l'œuvre doit déjà être reproduit, puis, seulement, diffusé. Cette analyse est suggérée par l'une des caractéristiques communes de l'impression *on demand* et du transfert *on-line* (aucune constitution de stock). Comme nous l'avons déjà affirmé ci-dessus (pt. 5.1.1 [p. 245]), cette problématique est liée à la constitution d'un stock d'exemplaires, donc rattachée au devoir de reproduction. Nous renvoyons aux explications déjà données à ce sujet (v. ci-dessus, pt. 4 [p. 179 ss]).

signification technique rattachant le devoir de l'éditeur à la matérialisation de l'œuvre sous format papier¹⁴⁹⁶.

S'agissant de la référence historique, on doit logiquement conclure, lorsqu'on considère la période durant laquelle la réglementation du contrat d'édition a été conçue, que la notion *et à la répandre dans le public*¹⁴⁹⁷ contient implicitement l'exigence de la diffusion de l'œuvre sous format papier. Cette exigence est liée à une époque déterminée.

Aujourd'hui, il n'est plus possible de conclure que le sens usuel de cette notion suppose la diffusion d'exemplaires papier de la création de l'auteur¹⁴⁹⁸.

Le choix de la référence est essentiel. En raison du *changement de circonstances depuis l'élaboration de la loi et des destinataires de celle-ci*, il s'agit de se fonder sur la signification actuelle de la notion légale¹⁴⁹⁹.

b) *Reproduction et diffusion*

La simple lecture de l'article 380 CO et le contexte dans lequel cette disposition est située ne donne aucun élément utile aux fins de préciser le sens littéral possible de la notion légale *et à la répandre dans le public* en lien avec la problématique de la reproduction *et* de la diffusion.

La référence historique conduit logiquement à conclure que la conjonction *et* signifie *puis*. Il ne pouvait en être autrement au cours de la période durant laquelle le Titre douzième du Code des obligations a été pensé, adopté, puis révisé : la reproduction d'un exemplaire avait nécessairement lieu avant sa diffusion. Le sens actuel attribue une signification susceptible d'englober une reproduction entreprise simultanément à la diffusion. Nous retenons par conséquent la signification actuelle¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶ De façon plus générale, au sujet de la signification usuelle des notions utilisées au cœur du Titre douzième du Code des obligations, v. ci-dessus. Chapitre 5, pt. 2.3.1.a) (p. 164).

¹⁴⁹⁷ En particulier, le terme *répandre* est défini comme suit par le Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, tome 13, Paris 1875, p. 976 : « Distribuer, donner à plusieurs ». Les traductions allemande et italienne parlent de *vente* (« in Vertrieb zu setzen » : « metterla in vendita »). A la date de la rédaction du Titre douzième du Code des obligations, il n'était évidemment pas question de la vente d'objets dématérialisés (numériques). Pour la définition de la *vente* : Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, tome 15, Paris 1876, p. 865.

¹⁴⁹⁸ En particulier, le terme *répandre* est défini comme suit par Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 5, Paris 2001, p. 1935, N 3 : « Faire pénétrer, diffuser dans un milieu, une société ; rendre commun à tous ou à un grand nombre » ; les traductions allemande et italienne parlent de *vente* (« in Vertrieb zu setzen » : « metterla in vendita »). Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome 6, Paris 2001, p. 1744, fait expressément référence à la « vente en ligne (par Internet) ».

¹⁴⁹⁹ Pour l'argumentation, v. ci-dessus. Chapitre 5, pt. 2.3.1.bc) (p. 165 ss).

¹⁵⁰⁰ Pour les détails, comparer avec les explications données ci-dessus, pt. a) (p. 246 s.).

5.2.2. Résultat

On retiendra donc les deux aspects suivant :

- premièrement, le sens littéral possible de la notion légale *et à la répandre dans le public* n'est pas subordonné à l'exigence d'une forme particulière de l'œuvre. En particulier, il ne suppose pas la diffusion d'exemplaires papier de l'œuvre ;
- deuxièmement, le sens littéral possible de la notion légale n'exige pas que la diffusion ait lieu postérieurement à la reproduction des exemplaires de l'œuvre.

5.3. Qualification des candidats

La publication de supports de données et la publication *on demand* (impression à la demande et transfert *on-line*)¹⁵⁰¹ sont à l'évidence englobées par le sens littéral possible de la notion légale. Au regard du modèle sémantique des trois candidats, les notions concrètes représentent des candidats positifs.

5.4. Recherche du sens juridique de la notion légale

Il convient maintenant de rechercher le sens juridique de la notion légale, soit d'appliquer les méthodes d'interprétation systématique, historique et téléologique, afin d'observer si le sens juridique de la notion *et à la répandre dans le public* intègre les exigences de forme (papier) et d'une diffusion postérieure à la reproduction.

5.4.1. Interprétation systématique

a) *Matérialisation sous format papier*

aa) *Article 384 alinéa 1 in fine CO*

L'article 384 alinéa 1 *in fine* CO précise le devoir de diffusion. Il dispose que l'éditeur « doit faire également les annonces nécessaires et prendre les mesures habituelles pour le succès de la vente »¹⁵⁰².

¹⁵⁰¹ Sur l'exclusion de l'utilisation des techniques d'impression électronique de livres traditionnels. v. ci-dessus. pt. 5.1 (p. 245).

¹⁵⁰² PEDRAZZINI, p. 88, explique que l'éditeur doit « faire les annonces nécessaires » (obligation d'annonces), mais qu'il n'est tenu qu'aux « mesures habituelles pour le succès de la vente » (limite de l'obligation d'annonces). Il précise l'étendue du devoir de l'éditeur en ajoutant que ce dernier « doit montrer la même diligence que le mandataire ».

S'agissant de la publicité (directe¹⁵⁰³ et indirecte¹⁵⁰⁴) que l'éditeur est tenu de faire, on peut se demander si la formulation de l'article 384 alinéa 1 *in fine* CO – il est question des *mesures habituelles* pour le succès de la vente – est suffisamment large pour englober les mesures que l'éditeur prend aujourd'hui en lien avec la publication de CD-ROMs et la publication *on demand* (impression à la demande et transfert *on-line*). Si ces mesures restent traditionnelles (par exemple : prospectus, annonces dans les revues et les journaux, communications aux branches concernées, etc.)¹⁵⁰⁵, elles ne sont pas problématiques.

La question se pose par contre de savoir si les mesures de publicité effectuées uniquement à l'aide de l'internet peuvent encore être considérées comme usuelles. L'interrogation est valable pour la publication de CD-ROMs, pour l'impression à la demande et le transfert *on-line*. La publicité pour l'œuvre est souvent effectuée de manière traditionnelle, y compris en lien avec la publication *on demand*¹⁵⁰⁶. Elle peut être effectuée *on-line*¹⁵⁰⁷. L'éditeur dispose de plusieurs possibilités : annonces faites sur son propre site (ce qui suppose que le consommateur le connaisse déjà)¹⁵⁰⁸ ; publicité sur d'autres sites *web*¹⁵⁰⁹ ; publicité par *e-mail*¹⁵¹⁰ ; sponsoring *on-line*¹⁵¹¹. La publicité *on-line* révèle trois caractéristiques fort différentes de la publicité traditionnelle, à savoir, l'ubiquité (la publicité peut atteindre des clients potentiels dans le monde entier), le multimédia (la publicité peut intégrer texte, son, vidéo, etc.) et l'utilisation de liens hypertextes¹⁵¹².

La notion de *mesures habituelles* doit être considérée très largement et non être rattachée aux mesures prises dans le contexte de l'édition imprimée. Plutôt que

¹⁵⁰³ Les destinataires de la publicité sont les lecteurs (acheteurs). V. SCHRICKER, § 14 N 10, p. 386-387 ; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 124 ; pour une vision schématique des différents acteurs, de l'éditeur au lecteur, v. LEGENDRE, p. 188, 277.

¹⁵⁰⁴ Les destinataires de la publicité sont les intermédiaires se situant – dans la chaîne du livre – entre l'éditeur et le lecteur (diffuseurs, libraires, etc.). V. SCHRICKER, § 14 N 10, p. 387 ; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 124.

¹⁵⁰⁵ TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 8 ; BECKER, art. 384 N 4 ; pour le droit allemand : SCHRICKER, § 14 N 10 ; ULMER, p. 450 ; pour une réf. plus axée sur la pratique : SCHUWER, p. 28.

¹⁵⁰⁶ Par exemple : annonces dans les journaux ou les revues (sous format papier) édités par l'éditeur possédant le site internet ; l'annonce par le biais de moyens publicitaires classiques (prospectus, etc.) peut être effectuée de différente manière : premièrement, l'éditeur peut proposer un produit *off-line* et faire référence, de manière plus ou moins accessoire, à l'œuvre accessible *on-line* ; deuxièmement, il lui est loisible de faire de la publicité spécifiquement pour l'œuvre accessible sur son site internet. Pour les détails, v. STREICH, p. 75 ss.

¹⁵⁰⁷ Le choix entre les différents moyens publicitaires dépend de nombreux critères : coûts, portée (quantitative et qualitative) de la publicité, etc. V. à ce sujet STREICH, p. 80 ss.

¹⁵⁰⁸ Pour les différentes possibilités : STREICH, p. 79.

¹⁵⁰⁹ Pour les différentes possibilités (*banner*, *buttons*, *interstitials*) : STREICH, p. 83-85.

¹⁵¹⁰ V. STREICH, p. 83 ; NIEBLER, p. 265 ss.

¹⁵¹¹ Pour les différentes définitions de cette notion, v. STREICH, p. 84.

¹⁵¹² Pour les détails, v. NIEBLER, p. 244 ss.

d'insister sur le type de mesures publicitaires à prendre, la doctrine majoritaire donne des contours plus généraux. Certains indiquent que l'ampleur de la publicité est dépendante du type d'œuvre, de l'usage commercial de l'édition et de la pratique dans le domaine de diffusion concerné¹⁵¹³. D'autres soulignent que les moyens qui doivent être mis en œuvre pour la vente de l'œuvre sont déterminés en premier lieu selon les « usages objectifs », les dépenses – en particulier pour la publicité – devant être en relation avec le type d'ouvrage reproduit¹⁵¹⁴. La doctrine définit donc les mesures habituelles de manière relative, c'est-à-dire en fonction du type d'ouvrage et de son environnement¹⁵¹⁵. Ces derniers critères revêtent une importance toute particulière. Il paraît donc plus que raisonnable d'en conclure que les mesures publicitaires effectuées dans l'environnement numérique, plus spécifiquement les mesures prises *on-line*, sont comprises dans les mesures habituelles destinées au succès de la vente¹⁵¹⁶.

ab) Renvoi

Les autres articles problématiques en lien avec la matérialisation de l'œuvre¹⁵¹⁷ sont liés au devoir de reproduction de l'éditeur¹⁵¹⁸ et ne concernent donc pas la notion légale et à la répandre dans le public.

ac) Devoirs de reproduction et de diffusion

Les devoirs de reproduction et de diffusion sont intimement liés. Ainsi que nous l'avons vu ci-dessus¹⁵¹⁹, le devoir de reproduction n'incorpore nullement l'exigence de la matérialisation de l'œuvre sous format papier. La comparaison des devoirs de l'éditeur suggère de retenir la même conclusion s'agissant de l'obligation de diffusion.

ad) LDA

Comme nous l'avons rappelé ci-dessus¹⁵²⁰, l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA, qui parle du droit de distribution (ou droit de mise en circulation), englobe le transfert

¹⁵¹³ TROLLER, *Kommentar*, art. 384 N 8 ; en droit allemand : SCHRICKER, § 14 N 10, p. 387 : « Umfang sowie Art und Weise der Reklame bestimmt der Verleger nach freiem Ermessen im Rahmen dessen, wozu er nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte gemäss § 14 S 1 zur Förderung der Verbreitung verpflichtet ist (...) ».

¹⁵¹⁴ HILTY, art. 384 N 9 ; v. également LÖDIN, p. 95.

¹⁵¹⁵ La doctrine allemande souligne que l'éditeur dispose d'un grand pouvoir d'appréciation. V. par exemple HABERSTUMPF/HINTERMEIER, p. 124 s. ; SCHRICKER, § 14 N 10, p. 387.

¹⁵¹⁶ V. SCHRICKER, § 14 N 10, p. 387 : « Zu den in Betracht kommenden Werbemitteln gehört heute auch die Bewerbung im Internet ».

¹⁵¹⁷ V. ci-dessus, pt. 4.4.1.cb) (p. 201 ss).

¹⁵¹⁸ V. ci-dessous, pt. nc).

¹⁵¹⁹ Pt. 4.8 (p. 244 s.).

¹⁵²⁰ Pt. 4.4.1.ga) (p. 212 s.).

durable de données, soit le téléchargement d'une œuvre à la demande de l'utilisateur. Certes, cette disposition légale indique une direction, à savoir que les nouvelles technologies ne sont *a priori* pas écartées par une loi rédigée au cours d'une période où elles n'étaient pas connues du législateur. Cependant, si la distribution numérique peut être intégrée à l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA, c'est bien en raison des particularités de cette disposition légale¹⁵²¹. Nous ne donnons aucune « coloration » particulière au devoir de diffusion de l'éditeur en fonction de l'article 10 alinéa 2 *lit. b* LDA.

b) Reproduction et diffusion

Certaines règles du Titre douzième du Code des obligations supposent la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre. Il s'agit des articles 382 alinéa 1, 383 alinéa 2 et 3, 385 alinéa 2, 389 alinéa 1 et 391 CO¹⁵²². Ces dispositions exigent – logiquement – que la reproduction d'un exemplaire de l'œuvre ait lieu avant sa diffusion.

La fixation d'un critère temporel – dans une clause contractuelle – justifie la non-application directe de certaines de ces dispositions (art. 382 al. 1, 383 al. 2 et 3 CO)¹⁵²³. Prenons l'exemple de l'article 382 alinéa 1 CO. Si les parties circonscrivent l'édition en fonction d'une durée, le critère de l'épuisement de l'édition – qui sous-entend la constitution de stock – est écarté au profit de la durée. Cela signifie-t-il que l'exigence de la reproduction d'un exemplaire préalable à sa diffusion est aussi écartée ? Rien n'empêche de répondre positivement à cette interrogation. Si l'on admet que le critère de l'épuisement de l'édition peut être remplacé par un critère temporel (l'exigence de la constitution de stock étant écartée, l'éditeur peut effectuer des publications « au compte-gouttes »), il importe peu de savoir ensuite si l'éditeur doit reproduire un exemplaire, puis le diffuser¹⁵²⁴, ou s'il peut reproduire et diffuser un exemplaire de manière simultanée¹⁵²⁵. A notre sens, cette dernière alternative doit être admise.

En résumé, cela signifie que seuls les articles 385 alinéa 2, 389 alinéa 1 et 391 CO suggèrent une reproduction préalable à la diffusion. S'agissant des articles 382 alinéa 1 et 383 alinéa 2 et 3 CO, la fixation d'un critère temporel permet « d'écarter la problématique du stock » et de reconnaître que la reproduction et la diffusion d'un exemplaire peuvent avoir lieu simultanément.

Pour conclure, on remarque que l'article 384 alinéa 1 *in fine* et 2 CO ne fait nullement obstacle à une publication dans le cadre de laquelle la reproduction et la diffusion ont lieu de manière simultanée.

¹⁵²¹ Pour les détails, comparer avec ci-dessus, pt. 4.4.1.gb) (p. 213 ss), où nous avons analysé la notion de reproduction au sens de l'art. 380 CO et selon l'art. 10 al. 2 *lit. a* LDA.

¹⁵²² V. ci-dessus, pt. 4.4.1.bb) (Edition(s)) et (Tirage) (p. 196 ss), et pt. 4.4.1.ea) (p. 210 s.).

¹⁵²³ V. ci-dessus, pt. 4.4.1.ba) et bb) (Edition(s)) (p. 191 ss).

¹⁵²⁴ C'est le cas pour l'impression *on demand*.

¹⁵²⁵ C'est le cas pour le transfert *on-line*.

5.4.2. Interprétation historique

Les travaux préparatoires ne donnent aucune indication expresse sur les éventuelles exigences de matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier et d'une diffusion postérieure à la reproduction. Néanmoins, si l'on considère la période durant laquelle la réglementation du contrat d'édition a été pensée, rédigée, puis révisée¹⁵²⁶, on peut logiquement préciser que ces exigences sont incluses dans la règle définitoire du contrat d'édition.

5.4.3. Interprétation téléologique

a) *Matérialisation sous format papier*

En ce qui concerne le devoir de diffusion de l'éditeur, le but d'une partie de la norme consiste à répandre l'œuvre dans le public, à rendre la création de l'auteur accessible au public. Il correspond au but de la partie de la norme incorporant les devoirs de l'éditeur (répandre les exemplaires de l'œuvre sur le marché¹⁵²⁷). Il n'intègre nullement l'exigence de la matérialisation des exemplaires sous une forme papier¹⁵²⁸.

Une conclusion similaire s'impose s'agissant du but de la loi (Titre douzième du Code des obligations)¹⁵²⁹.

b) *Reproduction et diffusion*

L'interprétation téléologique n'incorpore à l'évidence pas l'exigence d'une reproduction préalable à la diffusion.

Le but d'une partie de la norme¹⁵³⁰ peut être atteint de manière appropriée par le transfert *on-line* qui impose une reproduction ayant lieu en même temps que la diffusion. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus en lien avec le devoir de reproduction¹⁵³¹, le transfert *on-line* permet de réaliser le but d'une partie de la norme avec une rapidité aujourd'hui encore inégalée.

Le but du Titre douzième du Code des obligations, conçu de façon très large, n'empêche nullement de retenir que la reproduction et la diffusion peuvent être simultanées.

¹⁵²⁶ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 1, pt. 2.2 (p. 11 s.).

¹⁵²⁷ V. ci-dessus, pt. 4.4.3.aa) (p. 217).

¹⁵²⁸ V. ci-dessus, pt. 4.4.3.aa) (p. 217 s.).

¹⁵²⁹ V. ci-dessus, pt. 4.4.3.b) (p. 219).

¹⁵³⁰ V. ci-dessus, pt. a).

¹⁵³¹ Pt. 4.4.3.aa) (p. 218).

5.4.4. Conclusion provisoire sur le sens juridique¹⁵³²

a) *Matérialisation sous format papier*

Seule la méthode d'interprétation historique conduit à considérer que le devoir de diffusion de l'éditeur est lié à la matérialisation de l'œuvre sous format papier. La seule méthode historique ne permet pas de « pétrifier » le devoir de diffusion de l'éditeur à une époque déterminée aujourd'hui résolument dépassée. Il y a manifestement eu un *changement de circonstances* depuis le moment de la rédaction du Titre douzième du Code des obligations¹⁵³³.

Pour cette raison, et sur la base du résultat donné par les méthodes d'interprétation littérale, systématique et téléologique, nous concluons que le sens juridique de la notion légale *et à la répandre dans le public* n'intègre pas l'exigence de la matérialisation de l'œuvre sous format papier.

b) *Reproduction et diffusion*

Selon les méthodes d'interprétation littérale et téléologique, la reproduction ne doit pas impérativement être effectuée avant la diffusion de l'œuvre. Les deux actions peuvent être simultanées.

Le résultat de l'interprétation historique indique logiquement que la reproduction doit avoir lieu préalablement à la diffusion. Là également, le *changement de circonstances* depuis la rédaction du Titre douzième du Code des obligations oblige à considérer que l'interprétation historique ne permet pas de « pétrifier » le devoir de diffusion à une époque déterminée.

En ce qui concerne la méthode d'interprétation systématique, seule l'analyse des articles 385 alinéa 2, 389 alinéa 1 et 391 CO indique que la reproduction d'un exemplaire doit avoir lieu préalablement à sa diffusion. Il s'agit là de règles accessoires, en tout cas au regard des articles 383 et 384 alinéa 1 *in fine* et 2 CO qui autorisent une édition dans le cadre de laquelle la reproduction et la diffusion interviennent de manière simultanée.

Les interprétations littérale et téléologique vont dans le même sens. S'agissant de l'interprétation historique, les *racines historiques* du devoir de diffusion ne permettent pas de « pétrifier » celui-ci à une époque déterminée. En ce qui concerne la méthode systématique, seules quelques règles accessoires indiquent une conclusion différente.

Les arguments visant à une définition actuelle (moderne) de la notion légale analysée sont les plus nombreux. Ils revêtent le plus de poids, en particulier en

¹⁵³² Nous donnerons une conclusion définitive à la suite de l'examen des avis de la doctrine suisse (v. ci-dessous, pt. 5.5 [p. 254]) et de l'analyse des conceptions allemandes (v. ci-dessous, pt. 5.6 [p. 254 s.], pt. 5.7 [p. 255]) pour la comparaison avec notre conception).

¹⁵³³ Pour les détails, v. les explications données ci-dessus, pt. 4.4.4.e) (p. 222 ss), en lien avec le devoir de reproduction de l'éditeur.

raison du fait que les règles importantes (art. 383 et 384 al. 1 *in fine* et 2 CO) permettent de retenir une définition actuelle.

Cette conclusion est renforcée par le *judicial restraint*¹⁵³⁴. Elle serait sans doute confirmée par la doctrine majoritaire qui considère que la méthode téléologique est celle qui revêt le plus de poids parmi les méthodes d'interprétation¹⁵³⁵.

Ainsi, le sens juridique de la notion légale *et à la répandre dans le public* n'intègre pas l'exigence d'une reproduction préalable à la diffusion.

c) Constat

Le sens juridique de la notion légale englobe, à l'instar du sens littéral possible, la confection de CD-ROMs, l'impression *on demand* et le transfert *on-line*.

5.5. La doctrine suisse

La position de la doctrine plus ancienne découle de la conclusion déjà donnée ci-dessus : le devoir de reproduction est lié à la matérialisation de l'œuvre sous une forme papier¹⁵³⁶. Il en va logiquement de même pour le devoir de diffusion. Cette conclusion suppose également que la reproduction d'un exemplaire de l'œuvre ait lieu avant sa diffusion.

Les définitions données par la doctrine récente en rapport avec le devoir de reproduction de l'éditeur étant suffisamment larges pour englober toutes les formes de publication numérique¹⁵³⁷ (et en l'absence d'information quant au devoir de diffusion), il est logique d'en déduire que la diffusion peut également porter sur ces mêmes formes de publication¹⁵³⁸. En ce sens, les explications données en rapport avec le devoir de diffusion – avant tout en lien avec la publicité – n'introduisent aucune restriction¹⁵³⁹.

REHBINDER estime que la notion de *distribution*¹⁵⁴⁰ n'est pas adaptée pour le transfert *on-line*¹⁵⁴¹. Il fonde sa conclusion sur les explications données en lien avec

¹⁵³⁴ Pour les explications, v. ci-dessus, pt. 4.4.4.e) (p. 223), en lien avec le devoir de reproduction de l'éditeur.

¹⁵³⁵ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 9, pt. 2.1 (p. 101).

¹⁵³⁶ V. ci-dessus, pt. 4.5.1 (p. 224 ss).

¹⁵³⁷ V. ci-dessus, pt. 4.5.1 (p. 224 ss).

¹⁵³⁸ Comparer avec TERCIER, N 4516 : « *La diffusion est le complément nécessaire de la reproduction* ».

¹⁵³⁹ HILTY, art. 384 N 9 : « *Die Mittel, welche der Verlag für den Absatz des Werks einzusetzen muss, richten sich – ähnlich wie die gehörige Ausstattung – zunächst nach dem objektiv Üblichen, indem der betriebene Aufwand insb. durch Werbung (Prospekt, Anzeigen in Fachzeitschriften oder auch etwa Anregen von Besprechungen) der Art des Werks entsprechen soll* » ; TERCIER, N 4516 s. ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 384 N 6.

¹⁵⁴⁰ Pour la terminologie, v. ci-dessus, Chapitre 3, pt. 2 (p. 151).

¹⁵⁴¹ Pour la conclusion, v. REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 226, qui indique que la notion de *distribution* doit être étendue pour englober les téléchargements *on-line*.

la notion de *reproduction*¹⁵⁴². Ci-dessus, en rapport avec cette dernière notion, nous avons expliqué les raisons pour lesquelles nous nous distançons de la conclusion de REHBINDER¹⁵⁴³. Nous renvoyons à ces explications.

5.6. Le paragraphe 1 VerlG et la doctrine allemande

La doctrine allemande considère que la distribution au sens du droit d'édition représente la remise des exemplaires de l'œuvre reproduits (*Weitergabe der hergestellten Vervielfältigungsstücke*)¹⁵⁴⁴. Ceux-ci doivent être rendus accessibles au public (lecteurs). Ainsi, la distribution ne concerne que des ouvrages physiques¹⁵⁴⁵.

Pour les détails de l'argumentation, nous renvoyons aux explications déjà données en rapport avec la conception de SCHMAUS¹⁵⁴⁶.

5.7. Transfert *on-line* : comparaison avec la doctrine allemande

La doctrine allemande analyse la notion de *reproduction* en lien étroit avec la notion de *distribution*. En particulier, lorsque SCHMAUS fait mention des *racines historiques*¹⁵⁴⁷ et rapproche les notions de distribution au sens de la VerlG et de la UrhG¹⁵⁴⁸, il est bien question de l'étude de la notion de *distribution* – qui a une influence sur celle de *reproduction*. La doctrine allemande ne fait pas uniquement référence à la notion de *reproduction* ou à celle de *distribution* pour tirer des arguments afin de « démontrer » que le paragraphe 1 VerlG ne peut englober le transfert *on-line*. Elle se fonde sur une argumentation liant étroitement les deux notions.

Il n'est donc pas utile de reprendre les critiques déjà effectuée en lien avec le devoir de reproduction. Les mêmes explications pourraient être données en rapport avec le

¹⁵⁴² REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 224 s.

¹⁵⁴³ Pl. 4.5.2 (p. 226 ss).

¹⁵⁴⁴ S'agissant de l'analyse de la notion *reproduction* par la doctrine allemande, v. ci-dessus, pl. 4.6 (p. 228 ss).

¹⁵⁴⁵ SCHRICKER, § 1 N 52. En indiquant que l'internet représente un nouveau moyen de distribution et que le *publishing on demand* et le *printing on demand* peuvent être assimilés à des types particuliers de distribution directe, SCHRICKER, § 14 N 12, p. 389, ne reconnaît pas que ces formes de publication peuvent faire partie du contrat d'édition au sens du § 1 VerlG. Il fait expressément référence aux explications données en lien avec la notion de *reproduction* et laisse donc entendre que, pour ces formes de publication, l'éditeur peut se faire octroyer uniquement des droits accessoires (v. SCHRICKER, § 1 N 51, p. 136 s.) ; v. également GALLUS, p. 56 ss. Cet auteur ne différencie pas strictement la notion de *reproduction* de celle de *distribution* (comme chez SCHRICKER) mais les conceptions sont pour l'essentiel similaires ; v. également REHBINDER, N 345 : « *Anch der Verbreitungsbegriff beschränkt sich auf die im Verlagswesen übliche Verbreitung* ».

¹⁵⁴⁶ V. ci-dessus, pl. 4.6.3.c) (p. 233 ss).

¹⁵⁴⁷ V. ci-dessus, pl. 4.6.3.cb) (Premier argument) (p. 234).

¹⁵⁴⁸ V. ci-dessus, pl. 4.6.3.cb) (Deuxième argument) (p. 235).

devoir de distribution. Nous renvoyons donc à ce qui a déjà été dit précédemment dans ce travail¹⁵⁴⁹.

5.8. Conclusion

La notion légale *et à la répandre dans le public* – intégrée au cœur de l'article 380 CO – est suffisamment large pour appréhender – outre la publication traditionnelle – toutes les formes de publication numérique connues à ce jour.

En d'autres termes et pour conclure, la publication de supports de données, l'impression à la demande et le transfert *on-line* de l'œuvre sont englobés par la notion légale *et à la répandre dans le public* – contenue à l'article 380 CO – interprétée au sens étroit. Cette conclusion est conforme à l'avis de la doctrine suisse récente, exception faite de l'avis de REHBINDER que nous n'avons pas suivi. La doctrine allemande n'offre aucun argument décisif obligeant à remettre en question notre conception.

6. Renvoi

Au regard des conclusions apportées en lien avec l'obligation de diffusion de l'éditeur, on peut maintenant donner la précision suivante : s'agissant de la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires*, l'interprétation systématique de cette notion (analyse du devoir de diffusion de l'éditeur¹⁵⁵⁰) n'exclut aucune forme de publication numérique. Le sens juridique retenu de la notion *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires*¹⁵⁵¹ est donc confirmé.

Chapitre 7. Définition négative du contrat d'édition

1. Introduction

Du Chapitre 2 au Chapitre 6, nous avons donné une définition positive du contrat d'édition au sens de l'article 380 CO en examinant les aspects des éléments essentiels pouvant potentiellement se révéler problématiques dans l'environnement numérique.

En quelques lignes, il est utile de donner maintenant une définition négative du contrat d'édition, afin de confirmer que la définition positive retenue ne procède pas d'une compréhension trop extensive des éléments essentiels du contrat d'édition.

Nous définirons le contrat d'édition au sens de l'article 380 CO par rapport à cinq institutions voisines¹⁵⁵² : le contrat (d'édition) à option, le contrat de mandat, le

¹⁵⁴⁹ V. ci-dessus, pt. 4.7 (p. 236 ss).

¹⁵⁵⁰ Question laissée ouverte ci-dessus, pt. 4.4.1.f) (p. 211), et pt. 4.7.1 (p. 236).

¹⁵⁵¹ V. ci-dessus, pt. 4.4.4.e) (p. 222 ss), et pt. 4.8 (p. 244 s.).

¹⁵⁵² Nous avons repris cette terminologie de TERCIER, N 4477.

contrat d'entreprise, le contrat de commande d'œuvre et le contrat d'édition en commission.

Un tel examen procède à l'évidence d'une analyse systématique¹⁵⁵³. Nous n'avons pas présenté celle-ci en lien avec chacun des éléments essentiels du contrat d'édition pour ne pas surcharger l'analyse systématique de ceux-ci et dans le but de conclure nos considérations sur les éléments essentiels en reprenant ces derniers les uns après les autres.

2. Institutions voisines du contrat d'édition

2.1. Contrat (d'édition) à option

Le fait de conclure que le terme *céder* de l'article 380 CO n'englobe pas l'exigence du transfert d'une œuvre physique¹⁵⁵⁴ n'équivaut nullement à nier l'obligation imposée à l'auteur de remettre sa création à l'éditeur. Sur le *principe*, ce devoir reste le même, que la publication s'effectue dans un contexte traditionnel ou dans un environnement numérique¹⁵⁵⁵. Seule la *modalité* de la remise (transmission à l'éditeur d'une œuvre physique ou non) diffère.

L'interprétation faite du devoir de l'auteur permet de conserver la distinction existant entre le contrat d'édition et le contrat (d'édition) à option.

2.2. Contrat de mandat

Le fait d'admettre que la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* n'incorpore ni l'exigence de la matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier, ni celle de la fixation avant toute reproduction du nombre des exemplaires, ni celle de la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre¹⁵⁵⁶ ne revient pas à nier l'obligation de reproduction imposée à l'éditeur par l'article 380 CO. L'éditeur est toujours tenu de reproduire et de diffuser, et non seulement de diffuser des exemplaires de l'œuvre ayant déjà été confectionnés par une tierce personne. Cette affirmation est *a priori* problématique pour deux raisons :

- premièrement, l'utilisateur intervient dans le cadre de la reproduction (impression *on demand* et transfert *on-line*). La création des exemplaires de l'œuvre ne se produit que par le biais de l'intervention des utilisateurs (commande de l'œuvre sur le site de la maison d'édition). En outre, certains éditeurs laissent la possibilité aux utilisateurs de définir certains aspects formels

¹⁵⁵³ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 6 (p. 90 ss) ; v. également ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 2.3.1 (p. 127 s.), nos explications en lien avec la conception de GAUCH.

¹⁵⁵⁴ Pour la conclusion, v. ci-dessus, Chapitre 5, pt. 3 (p. 175).

¹⁵⁵⁵ Comparer avec SCHMAUS, p. 116.

¹⁵⁵⁶ Pour la conclusion, v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 4.4.4.e) (p. 222 ss), et pt. 4.8 (p. 244 s.) (implicitement).

du livre (impression *on demand*). Néanmoins, seul l'éditeur garde la maîtrise sur la reproduction¹⁵⁵⁷. Cette dernière activité ne lui est donc pas soustraite ;

- deuxièmement, en ce qui concerne le transfert *on-line*, la reproduction et la diffusion ont lieu simultanément. Cela ne revient pas à nier la première activité de l'éditeur. Bien qu'effectuée au même instant, les deux actions de l'éditeur ne sont pas similaires. L'éditeur ne se limite pas à distribuer l'œuvre qui lui a été transmise par l'auteur puisque – consécutivement à la commande d'un utilisateur – il conserve la maîtrise sur l'« exemplaire numérique modèle »¹⁵⁵⁸.

Le sens retenu de la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* permet toujours de distinguer le contrat d'édition (art. 380 ss CO) du contrat de mandat (art. 394 ss CO).

2.3. Contrat d'entreprise

Le fait d'admettre que la notion *et à la répandre dans le public* n'intègre ni l'exigence de la matérialisation des exemplaires de l'œuvre sous format papier, ni celle d'une reproduction préalable à la diffusion¹⁵⁵⁹ n'équivaut nullement à nier l'obligation faite à l'éditeur de répandre l'œuvre dans le public.

Pour la publication de support de données et le transfert *on-line*, il n'est certes pas possible de distribuer des exemplaires papier de l'œuvre, mais l'œuvre est bel et bien répandue dans le public. L'éditeur a toujours une obligation de résultat (reproduction de l'œuvre) et une obligation de moyens (diffusion de l'œuvre)¹⁵⁶⁰. Certes, en ce qui concerne le transfert *on-line*, la reproduction et la diffusion ont lieu simultanément. Cependant, ainsi que nous l'avons rappelé ci-dessus¹⁵⁶¹, ces deux activités ne se confondent pas.

Le sens retenu de la notion légale *et à la répandre dans le public* permet toujours de distinguer le contrat d'édition (art. 380 ss CO) du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO).

2.4. Contrat de commande d'œuvres

Dans la mesure où les explications qui précèdent confirment que l'éditeur a toujours l'obligation de reproduire et de diffuser l'œuvre dans l'environnement numérique, il ne peut être question d'un contrat de commande d'une œuvre¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁷ Pour les détails, v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 4.3.3.b) (p. 187 ss).

¹⁵⁵⁸ V. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 4.7.2.bb) (p. 240).

¹⁵⁵⁹ Pour la conclusion, v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 5.4.4.c) (p. 254), et pt. 5.8 (p. 255 s.) (implicitement).

¹⁵⁶⁰ TERCIER, N 4476.

¹⁵⁶¹ Chapitre 6, pt. 4.7.2.bb) (p. 240).

¹⁵⁶² Pour une présentation du contrat de commande d'une œuvre, v. note 937.

2.5. Contrat d'édition en commission

L'obligation imposée à l'éditeur d'accomplir ses devoirs *à son propre compte*¹⁵⁶³ n'a nullement été touchée (étendue) dans l'environnement numérique. Cette dernière précision est totalement indépendante des techniques de publication (traditionnelle ou numérique).

Dans l'univers numérique, l'éditeur est toujours tenu de prendre en charge le risque financier de l'entreprise. Le contrat d'édition (art. 380 ss CO) ne se confond nullement avec le contrat d'édition en commission (v. art. 425 CO)¹⁵⁶⁴.

2.6. Autres institutions voisines

D'autres institutions peuvent être considérées comme voisines du contrat d'édition. La doctrine cite les contrats de licence d'édition et de publication (*Herausgebervertrag*).

Pour notre analyse, la comparaison entre ces deux contrats et le contrat d'édition n'est pas opportune :

- le contrat de licence d'édition n'est pas à proprement parler un contrat distinct du contrat d'édition, dans la mesure où les deux institutions se recouvrent parfois¹⁵⁶⁵. La distinction a trait au droit transféré : droit (obligationnel) d'utilisation en cas de licence et droit (absolu) en cas de cession¹⁵⁶⁶ ;
- le contrat de publication n'appréhende plus la relation nouée entre l'éditeur et l'auteur, mais celle qui lie l'éditeur à la personne qui s'est chargée de recueillir et de réunir les diverses contributions des auteurs (*Herausgeber*)¹⁵⁶⁷.

3. Conclusion

Le sens donné aux éléments essentiels du contrat d'édition dans l'environnement numérique permet toujours de distinguer le contrat d'édition des institutions qui lui sont voisines.

La définition négative du contrat confirme la signification des éléments essentiels retenue dans notre définition positive.

¹⁵⁶³ V. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 2 (p. 176 s.).

¹⁵⁶⁴ Il reste également distinct du contrat d'édition en société. A ce sujet, v. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 2.1 (p. 176 s.).

¹⁵⁶⁵ En ce sens : PEDRAZZINI, p. 62.

¹⁵⁶⁶ Notons que la cession des droits à la reproduction et à la diffusion peut être de nature obligationnelle lorsque l'objet du contrat porte sur une œuvre non protégée par un droit absolu (droit d'auteur) (HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 4).

¹⁵⁶⁷ Nous ne donnerons donc pas plus d'informations s'agissant de cette institution. Pour les détails : HILTY, Vorbem. zu Art. 380-393 N 5 ; PEDRAZZINI, p. 63 ; TROLLER, *Kommentar*, Vorbem. zu Art. 380-393 N 29-30.

Chapitre 8. Considérations finales

1. Qualification des candidats

Le sens littéral possible de la notion légale d'*œuvre littéraire* (premier élément essentiel) englobe à l'évidence la notion concrète d'*œuvre numérique*, quelle que soit la technique de publication employée. L'*œuvre numérique* représente un candidat positif¹⁵⁶⁸. La qualité de ce candidat est confirmée par le sens juridique de la notion légale¹⁵⁶⁹.

Le sens littéral possible du terme légal *céder* (deuxième élément essentiel) englobe à l'évidence les notions concrètes envisageables dans l'environnement numérique (envoi du manuscrit ou de l'œuvre imprimée par voie postale, envoi d'une disquette ou d'un CD-ROM contenant l'œuvre par voie postale, envoi de l'œuvre par messagerie [*e-mail*] ou FTP). Les notions concrètes sont des candidats positifs¹⁵⁷⁰. La qualité de ces candidats est confirmée par le sens juridique de la notion légale¹⁵⁷¹.

Le sens littéral possible de la notion légale *reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires* (première composante du troisième élément essentiel) englobe à l'évidence les notions concrètes envisageables dans l'environnement numérique (impression de l'œuvre sur une presse numérique, confection de supports de données, impression *on demand* et transfert *on-line*). Les notions concrètes représentent des candidats positifs¹⁵⁷². La qualité de ces candidats est confirmée par le sens juridique de la notion légale¹⁵⁷³.

Le sens littéral possible de la notion légale *et à la répandre dans le public* (deuxième composante du troisième élément essentiel) englobe à l'évidence les notions concrètes envisageables dans l'environnement numérique (publication de supports de données, impression *on demand* et transfert *on-line*). Les notions concrètes représentent des candidats positifs¹⁵⁷⁴. La qualité de ces candidats est confirmée par le sens juridique de la notion légale¹⁵⁷⁵.

2. Conclusion finale

Toutes les notions concrètes (composantes des éléments essentiels du contrat numérique) sont englobées par le *sens littéral possible* – confirmé par le *sens*

¹⁵⁶⁸ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 2.4 (p. 155).

¹⁵⁶⁹ V. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 3.4 (p. 159).

¹⁵⁷⁰ V. ci-dessus, Chapitre 5, pt. 2.1 (p. 161 s.), 2.2 (p. 162 s.), 2.3.1.c) (p. 167).

¹⁵⁷¹ V. ci-dessus, Chapitre 5, pt. 2.3.4 (p. 175).

¹⁵⁷² V. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 4.3.1 (p. 186), 4.3.2 (p. 186), 4.3.3 (p. 186 ss), 4.3.4 (p. 189).

¹⁵⁷³ V. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 4.4.4.e) (p. 222 ss), et Chapitre 6, pt. 4.8 (p. 244 s.).

¹⁵⁷⁴ V. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 5.3 (p. 248).

¹⁵⁷⁵ V. ci-dessus, Chapitre 6, pt. 5.4.4.c) (p. 254), et Chapitre 6, pt. 5.8 (p. 255 s.).

juridique – des notions légales (éléments constitutifs des éléments essentiels du contrat d'édition au sens de l'art. 380 CO). On ne note aucune lacune.

Selon le schéma présenté ci-dessus (schéma résultant de l'application du modèle sémantique des trois candidats aux éléments essentiels du contrat d'édition)¹⁵⁷⁶, le contrat numérique – indépendamment de la forme de publication numérique adoptée par les parties – représente bien un contrat nommé, c'est-à-dire une convention appréhendée par la règle définitoire de l'article 380 CO. Il doit être qualifié de *contrat d'édition*.

Chapitre 9. Aspect contractuel

1. Présentation

Comme indiqué dans la présentation du Titre IV¹⁵⁷⁷, nous tenons à apporter quelques précisions sur la manière de réglementer les relations entre l'auteur et l'éditeur dans le cadre d'une convention conclue dans le contexte de la publication numérique.

S'agissant des éléments essentiels du contrat d'édition (art. 380 CO), la question de la rédaction d'une éventuelle clause contractuelle ne peut être posée de la même manière que dans le cadre de l'analyse des autres normes. En effet, le contrat conclu entre un auteur et un éditeur entre – ou non – dans la définition de l'article 380 CO. Ainsi :

- soit le contrat conclu entre les parties comprend les éléments essentiels contenus à l'article 380 CO, auquel cas on est en présence d'un contrat d'édition ;
- soit le contrat conclu entre les parties n'englobe pas les éléments essentiels contenus à l'article 380 CO et on ne peut le qualifier de contrat d'édition¹⁵⁷⁸.

2. Qualification du contrat

Une réflexion quant à d'éventuelles dérogations contractuelles représenterait donc un *non-sens* dans le contexte de la *définition d'un rapport contractuel*. Par contre, il n'est pas inutile d'insister sur la qualification de celui-ci. En particulier, l'obligation faite à l'auteur de *remettre l'œuvre* ainsi que l'obligation imposée à l'éditeur de *reproduire et de diffuser l'œuvre à son propre compte* doivent impérativement être présentes pour qu'il soit question de contrat d'édition, et ce indépendamment de la terminologie employée par les parties pour désigner leur rapport contractuel.

¹⁵⁷⁶ V. ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 2.2.2 (p. 125 s.).

¹⁵⁷⁷ V. ci-dessus, Chapitre 1 (p. 143).

¹⁵⁷⁸ Comparer avec les explications données, en droit allemand, par SCHRICKER, § 1 N 3.

3. Devoir de l'auteur – précision

En ce qui concerne le devoir de l'auteur, une précision doit être apportée par les parties. Nous avons vu ci-dessus¹⁵⁷⁹ qu'en l'absence de clause contractuelle, le transfert de l'œuvre à l'éditeur consiste en la remise d'un document manuscrit, rédigé à la machine à écrire ou imprimé, éventuellement en plus – si l'auteur a fait usage d'un ordinateur – en la mise à disposition d'une disquette.

Les parties ont intérêt à régler précisément la question de la remise de l'œuvre dans leur convention, en particulier si elles entendent permettre à l'auteur de transférer sa création uniquement par *e-mail* ou alors par le seul biais de l'envoi d'une disquette ou d'un CD-ROM.

¹⁵⁷⁹ Chapitre 5, pt. 3 (p. 175 s.).

TITRE V. LES AUTRES NORMES DU CONTRAT D'ÉDITION

Chapitre 1. Introduction

1. Le type légal de contrat

Selon une analyse conceptuelle¹⁵⁸⁰, le contrat numérique doit être qualifié de *contrat d'édition au sens de l'article 380 CO (contrat nommé)*¹⁵⁸¹.

L'interprétation systématique des devoirs de reproduction et de diffusion de l'éditeur nous a permis de constater que certaines dispositions légales suggèrent l'exigence de la fixation du nombre des exemplaires avant toute reproduction, celle de la constitution de stock et celle de la matérialisation de l'œuvre sous format papier. Cette constatation est logique dans la mesure où la réglementation du contrat d'édition a été rédigée au cours d'une période où ces trois exigences étaient considérées comme évidentes étant donné les techniques d'impression à disposition.

Plus précisément, en observant le type *contrat d'édition* tel qu'il s'était développé dans la réalité de la vie juridique (type réel)¹⁵⁸², le législateur du XIX^e siècle a confectionné une réglementation légale reprenant les caractéristiques du type en question. Les caractéristiques « isolées »¹⁵⁸³ du type légal – qui se dégagent de l'ensemble de la réglementation légale – reflètent naturellement les techniques d'impression à disposition des éditeurs. Ces techniques supposent que le nombre d'exemplaires soit fixé avant la reproduction, que l'œuvre soit matérialisée sous format papier et qu'un stock d'exemplaires soit constitué.

Cette conclusion n'est pas le résultat de l'interprétation systématique de l'article 380 CO¹⁵⁸⁴. Elle repose sur la prise en considération de l'ensemble des normes composant le Titre douzième du Code des obligations, en particulier sur l'observation des articles intégrant les droits et les devoirs de l'auteur et de l'éditeur¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁰ Pour les détails, v. ci-dessus, Titre III. Chapitre 13, pt. 1 et 2 (p. 120 ss).

¹⁵⁸¹ Pour la conclusion, v. ci-dessus, Titre IV. Chapitre 8, pt. 2 (p. 261).

¹⁵⁸² Usages en vigueur dans les milieux éditoriaux et chez les libraires. V. ci-dessus, Titre II. Chapitre I, pt. I (p. 9).

¹⁵⁸³ V. ci-dessus, pt. Titre III. Chapitre 13, pt. 3.3.1 (p. 138).

¹⁵⁸⁴ L'interprétation systématique de l'art. 380 CO n'a d'ailleurs pas conduit à considérer que les trois exigences sont supposées par la règle définitoire du contrat d'édition. V. ci-dessus, Titre IV. Chapitre 6, pt. 4.4.4 (p. 219 ss).

Comparer avec la note 899, où nous soulignons que la méthode permettant de décrire le type ne peut être intégrée dans le canon classique d'interprétation.

¹⁵⁸⁵ Comparer avec les explications données ci-dessus, Titre III. Chapitre 13, pt. 3.3.1 (p. 138), dans lesquelles nous affirmons que, dans la recherche de l'image globale se dégageant du type légal de contrat, il s'agit en particulier d'analyser les droits et les devoirs des parties.

2. Contrats concrets

Un contrat ayant pour objet l'impression d'une œuvre papier à l'aide d'une presse numérique représente à l'évidence un contrat typique au regard de la réglementation du Titre douzième du Code des obligations. Il ne sera pas repris dans la suite de ce travail.

Nous analyserons par contre les conventions portant sur la publication de supports de données, l'impression *on demand* et le transfert *on-line*. Ces contrats concrets ne seront vraisemblablement pas atypiques au regard de toutes les dispositions légales formant le Titre douzième du Code des obligations, mais probablement en fonction de règles spécifiques.

Nous examinerons les articles 381 à 392 CO en mettant en évidence les dispositions qui ne sont plus directement applicables en présence de ces conventions concrètes et soulignerons, le cas échéant, le caractère atypique de celles-ci. Nous définirons également si une application par analogie est envisageable.

Chapitre 2. Article 381 CO

1. Alinéa 1

L'article 381 alinéa 1 CO s'applique lorsque le contrat d'édition porte sur une œuvre protégée par le droit d'auteur¹⁵⁸⁶.

Cet alinéa, qui consacre au cœur du Titre douzième du Code des obligations la théorie de la finalité¹⁵⁸⁷, appréhende uniquement le transfert de droits. Ainsi, il n'use d'aucune notion inhérente à une technique de publication spécifique (traditionnelle ou numérique).

S'agissant de l'article 381 alinéa 1 CO, la problématique n'est pas de savoir si cette disposition est applicable directement dans le contexte de la publication numérique (une réponse positive s'impose), mais de connaître les droits qu'il convient de transférer dans l'environnement numérique¹⁵⁸⁸. Cette dernière question dépasse l'objet de notre étude.

2. Alinéa 2

L'article 381 alinéa 2 CO a pour but d'assurer à l'éditeur que l'auteur a le droit de disposer de l'œuvre dans le but prévu par le contrat. Si l'œuvre est protégée par le

¹⁵⁸⁶ Le contrat d'édition pouvant porter sur des œuvres protégées ou non protégées par la LDA. V. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 5, pt. 1.2 (p. 159 s.).

¹⁵⁸⁷ CRCO-I, CHERPILLOD, art. 381 N 2 ; HILTY, art. 381 N 4 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 539-540 ; LAUX, *passim*.

¹⁵⁸⁸ Pour une analyse de cette problématique, v. PIAGET, p. 9 ss.

droit d'auteur, la garantie s'étend à l'existence du droit d'auteur¹⁵⁸⁹. La question de la garantie de ces droits est totalement indépendante des techniques de publication (traditionnelle et numérique). L'article 381 alinéa 2 CO s'applique donc directement au contrat numérique, peu importe la forme de publication numérique envisagée par les parties.

3. Alinéa 3

Contrairement à l'article 381 alinéa 2 CO, l'article 381 alinéa 3 CO n'entend pas garantir des droits particuliers à l'éditeur, mais simplement aider celui-ci à mieux estimer les risques de son entreprise, à savoir l'édition de l'œuvre¹⁵⁹⁰. Il est totalement indépendant des techniques de publication (traditionnelle ou numérique) et s'applique donc directement au contrat numérique, quelle que soit la forme de publication numérique envisagées par les parties.

Chapitre 3. Article 382 CO

1. Alinéa 1

1.1. Présentation

La restriction au droit de disposition de l'auteur¹⁵⁹¹ – ou devoir d'abstention¹⁵⁹² – imposée à l'article 382 alinéa 1 CO n'est pas illimitée (dans le temps). Elle est valable « *tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées* ». Le critère de délimitation est donc l'épuisement de l'édition. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus¹⁵⁹³, cette dernière notion suppose impérativement la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre. L'édition est épuisée lorsque les exemplaires composant ce stock sont vendus ou écoulés.

¹⁵⁸⁹ V. par exemple TROLLER, *Manuel*, p. 710 ; s'agissant de la question du droit d'auteur, les textes allemand et italien sont moins précis que la version française (« si l'œuvre est protégée »). Ils prescrivent que l'œuvre doit être « *schutzfähig* », respectivement « *susceptiva di protezione* ». Or, l'œuvre peut être susceptible de protection, mais n'être plus protégée pour différentes raisons (par exemple, le délai de protection est échu). Dans cette situation, l'auteur n'a pas à répondre de l'existence du droit d'auteur (v. HILTY, art. 381 N 9).

¹⁵⁹⁰ HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 549 ; en ce sens : CRCO-I, CHERPILLOD, art. 381 N 13 ; BECKER, art. 381 N 8 ; TACHÉ, p. 204-206 ; HILTY, art. 381 N 13, se basant sur les textes français et italien, souligne que l'auteur est tenu non seulement d'informer l'éditeur de toute publication antérieure de l'œuvre, mais également de la simple concession d'un droit de publier. D'autres auteurs estiment que le devoir d'information a trait uniquement à la publication antérieure de l'œuvre : TROLLER, *Kommentar*, art. 381 N 12 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 381 N 13 ; BUCHER, p. 219 s.

¹⁵⁹¹ Pour des explications complètes s'agissant de l'art. 382 al. 1 CO, v. entre autres HILTY, art. 382 N 1 ss ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 551 ss ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1 s.

¹⁵⁹² V. par exemple TACHÉ, p. 209 ; HILTY, art. 382 N 1.

¹⁵⁹³ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Édition(s)) (p. 196 ss).

Au regard de cette disposition, une convention ayant comme objet l'impression *on demand* ou le transfert *on-line* révèle un caractère atypique. La notion de stock est en effet totalement étrangère à ces deux formes de publication numérique.

1.2. Application par analogie

1.2.1. Principe

Une application par analogie est-elle envisageable ?

L'article 382 alinéa 1 CO poursuit le but de limiter le droit de disposition de l'auteur. Le critère de l'*épuisement de l'édition* a pour finalité de définir le terme de cette limitation. Ce terme peut également être déterminé sur la base d'un critère temporel (échéance d'une durée, terme, réalisation d'un « événement » synonyme de fin de l'édition, etc.). La finalité de l'article 382 alinéa 1 CO est préservée.

En conclusion, une application par analogie de l'article 382 alinéa 1 CO peut tout à fait être effectuée en ce sens que l'auteur peut à nouveau disposer de l'œuvre ou d'une de ses parties non pas lorsque l'édition est épuisée, mais à l'échéance fixée (par exemple).

1.2.2. Etendue

a) Explications

Quelle est l'étendue du devoir d'abstention de l'auteur ? Concrètement (et par exemple), si le contrat d'édition porte sur l'impression *on demand* d'une œuvre, l'auteur a-t-il encore le droit de transmettre sa création à un tiers (deuxième éditeur) afin que celui-ci entreprenne l'édition traditionnelle de l'ouvrage, par exemple sous la forme de livres de poche ?

La doctrine explique que, si le contrat transfère les droits d'auteur à l'éditeur, l'auteur ne dispose plus des droits cédés et que, par conséquent, le devoir d'abstention résulte déjà du transfert des droits¹⁵⁹⁴. Elle en conclut que l'article 382 alinéa 1 CO prend toute son importance lorsque l'auteur ne transfère aucun droit d'auteur. Tel est le cas lorsque l'œuvre n'est plus protégée par le droit d'auteur ou lorsque les parties se mettent d'accord sur l'octroi d'une licence¹⁵⁹⁵.

A notre sens, la situation n'est pas si simple. Certes, un devoir d'abstention découle – logiquement – du transfert des droits d'auteur. Mais, le devoir d'abstention inhérent à la cession des droits d'auteur n'a pas forcément le même contenu que celui de l'article 382 alinéa 1 CO (devoir obligationnel d'abstention).

En parlant des contrats n'incorporant pas le transfert des droits d'auteur (octroi d'une licence), la doctrine affirme – en rappelant que l'auteur ne doit pas disposer

¹⁵⁹⁴ HILTY, art. 382 N 1 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1.

¹⁵⁹⁵ HILTY, art. 382 N 1 ; HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 551 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1.

de l'œuvre au préjudice de l'éditeur (art. 382 al. 1 CO) – que lorsque l'auteur a conservé la titularité du droit de traduire l'œuvre, il doit pouvoir en disposer, « *du moins lorsque la traduction crée un marché distinct* »¹⁵⁹⁶. Dans le cas contraire, il doit s'en abstenir.

Le devoir d'abstention découlant de la cession des droits d'auteur est limité aux droits transférés. S'il ressort clairement du contrat que l'auteur a conservé la titularité du droit de traduction, l'auteur garde la possibilité de faire publier par un tiers une édition de la traduction de l'œuvre. Conformément au devoir obligationnel d'abstention ancré à l'article 382 alinéa 1 CO, l'auteur – qui, au regard du droit d'auteur, n'a pas cédé le droit de traduction – doit quand même s'abstenir d'effectuer l'édition de l'œuvre traduite si celle-ci ne crée pas un marché distinct.

Ainsi, le devoir d'abstention ancré à l'article 382 alinéa 1 CO a un sens propre que le contrat porte ou non sur le transfert des droits d'auteur.

Où alors convient-il de considérer que l'article 382 alinéa 1 CO doit être lu en rapport avec l'article 381 alinéa 1 CO (théorie de la finalité) ? En cas de doute sur l'étendue des droits d'auteur cédés, le contour de la cession est déterminé à l'aide de la théorie de la finalité¹⁵⁹⁷. Les droits transférés sont définis en fonction des buts que les parties se proposaient d'atteindre lors de la conclusion du contrat¹⁵⁹⁸. Ainsi, selon l'article 382 alinéa 1 CO, l'auteur doit disposer librement des droits non nécessaires à l'éditeur pour poursuivre le but du contrat¹⁵⁹⁹, même si cela se révèle au préjudice de l'éditeur¹⁶⁰⁰.

L'harmonisation entre les articles 381 alinéa 1 CO et 382 alinéa 1 CO est tentante. Elle doit néanmoins être rejetée pour les raisons suivantes :

- cette conception se heurte à la lettre claire de l'article 382 alinéa 1 CO¹⁶⁰¹ qui dit que l'auteur ne peut disposer de l'œuvre au préjudice de l'éditeur ;
- l'emploi de la théorie de la finalité pour expliquer l'article 382 alinéa 1 CO n'est pas satisfaisant. Cette théorie ne permet pas d'appréhender toutes les situations susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article 382 alinéa 1 CO. Elle peut être appliquée si le contrat porte sur le transfert de droits d'auteur, et même, selon une partie de la doctrine, si la convention a pour objet une

¹⁵⁹⁶ CRCO-I. CHERPILLOD, art. 382 N 1, qui reprend l'avis de HULTY, art. 382 N 2 ; plus strict : TROLLER, *Kommentar*, art. 382 N 3, qui reconnaît pourtant que sa conception est en contradiction avec l'art. 387 CO.

¹⁵⁹⁷ CHERPILLOD, *Titularité*, p. 95 ss ; STREULI-YOUSSEF, p. 960 ; VON BÜREN, *Urheber*, p. 151 ; en droit allemand, v. par exemple SCHACK, N 547.

¹⁵⁹⁸ DESSEMONTET, *Contrats individuels*, p. 238 ; v. également CHERPILLOD, *Titularité*, p. 98.

¹⁵⁹⁹ Comparer avec PEDRAZZINI, p. 81 s.

¹⁶⁰⁰ V. PEDRAZZINI, p. 81.

¹⁶⁰¹ V. PEDRAZZINI, p. 81, qui affirme cependant qu'elle reflète l'esprit de la disposition légale.

licence¹⁶⁰². Elle n'est par contre pas applicable lorsque le contrat porte sur une œuvre qui ne fait plus l'objet d'une protection par la LDA¹⁶⁰³. Dans cette dernière situation, il conviendrait donc de trouver un autre critère que celui de la théorie de la finalité ;

- enfin, la doctrine dominante rejette aujourd'hui l'emploi de la théorie de la finalité comme critère permettant de circonscrire les contours du devoir d'abstention de l'auteur¹⁶⁰⁴. Elle retient le critère du *marché distinct* ou celui, équivalent, du *risque de concurrence*¹⁶⁰⁵.

b) Devoir obligationnel d'abstention

Reprenons notre question : quelle est l'étendue du droit d'abstention au sens de l'article 382 alinéa 1 CO ?

La doctrine allemande donne de nombreuses informations sur le paragraphe 2 VerG qui traite également du devoir d'abstention de l'auteur (*Enthaltungspflicht des Verfassers*)¹⁶⁰⁶. Il paraît cependant peu rigoureux de tirer des indices de l'interprétation de ce paragraphe¹⁶⁰⁷. Celui-ci est intimement lié au transfert du droit d'édition au sens du paragraphe 8 VerG. Le transfert du droit d'édition équivaut à l'octroi d'une licence exclusive déployant des effets absolus¹⁶⁰⁸. Or, l'article 382 alinéa 1 CO fonde uniquement une prérogative obligationnelle¹⁶⁰⁹.

La doctrine suisse dominante mesure le devoir d'abstention à l'aune du critère du *marché distinct*, ou à celui, équivalent, du *risque de concurrence*¹⁶¹⁰. Elle présente quelques cas ayant été traités par la jurisprudence¹⁶¹¹.

¹⁶⁰² CHERPILLOD, *Titularité*, p. 95-96 ; CHERPILLOD, *Nouvelle loi*, p. 559-560 ; en ce sens : BARRELET/EGLOFF, art. 16 N 20 ; *contra* : HILTY, *Urhebervertragsrecht*, p. 94, 96, note 28, explique qu'en cas de licence seules les règles générales d'interprétation du Code des obligations peuvent être appliquées, à l'exclusion de la théorie de la finalité ; v. également HILTY, *Rechtsbeziehungen*, p. 460.

¹⁶⁰³ Dans cette situation, on ne peut plus parler d'un acte de disposition des droits d'auteur. V. CHERPILLOD, *Titularité*, p. 95-96 (*a contrario*).

¹⁶⁰⁴ V. HILTY, art. 382 N 2.

¹⁶⁰⁵ HILTY, art. 382 N 2 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1 ; critère également suggéré par PEDRAZZINI, p. 81 : « Il est donc interdit à l'auteur non seulement de reproduire ou de faire reproduire des exemplaires qui correspondent exactement à l'objet du contrat, mais encore ce qui pourrait le remplacer aux yeux d'une clientèle moyenne ».

¹⁶⁰⁶ Entre autres : SCHRICKER, § 2 N 1 ss.

¹⁶⁰⁷ V. HILTY, art. 382 N 1, qui indique que l'art. 382 al. 1 CO ne peut être comparé au § 2 VerG.

¹⁶⁰⁸ SCHRICKER, Einl N 2, § 8 N 1 et § 9 N 16, qui se réfère expressément au § 31 al. 3 UrhG (pour les détails, v. SCHRICKER, *Kommentar*, §§ 31/32 N 5, et le renvoi (Vor §§ 28 ff. N 48).

¹⁶⁰⁹ HILTY, art. 382 N 1 ; certes, le § 2 VerG revêt un caractère purement obligationnel entre la conclusion du contrat (générateur d'obligations) et la naissance du droit d'édition (remise de l'œuvre à l'éditeur ; § 9 VerG) (SCHRICKER, § 2 N 1). Mais, même dans ce cas, le sens du § 2 VerG est donné en fonction des §§ 8 et 9 VerG.

¹⁶¹⁰ V. les explications données par HILTY, art. 382 N 2 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1.

REHBINDER fait référence à une décision du *Bundesgerichtshof* dans laquelle le risque de concurrence a été examiné¹⁶¹². La cour allemande a retenu que, même en l'absence de clause contractuelle, un devoir d'abstention découle du principe de la confiance et du but du contrat lorsque l'auteur crée une nouvelle œuvre traitant des mêmes objets que celle remise à l'éditeur, destinée au même cercle de clients et susceptible de causer une concurrence sérieuse¹⁶¹³. REHBINDER est d'avis que cette règle revêt encore plus d'importance lorsqu'il n'est pas question d'une œuvre concurrente, mais d'un mode d'utilisation concurrent de la même œuvre¹⁶¹⁴. Sa conclusion est la suivante : même si le contrat a pour objet l'impression d'une œuvre, le devoir d'abstention de l'auteur porte également sur la distribution *on-line*. Inversement, il indique que si la convention a pour objet la distribution *on-line* d'une œuvre, le devoir d'abstention porte aussi sur l'impression traditionnelle de l'œuvre¹⁶¹⁵.

La réflexion de REHBINDER est sans aucun doute pertinente, mais sa conclusion nous semble trop absolue. Il est certes tentant – au regard de la sécurité du droit – de définir de manière abstraite le contour du devoir d'abstention au sens de l'article 382 alinéa 1 CO. Une situation concurrentielle dans une situation donnée peut cependant se révéler acceptable dans un autre contexte. L'article 382 alinéa 1 CO « ne peut être interprété indépendamment du cas particulier »¹⁶¹⁶. Les critères du *marché distinct*, du *risque de concurrence* doivent être appliqués dans un cas d'espèce. Reprenons l'interrogation soulevée ci-dessus¹⁶¹⁷ : après avoir conclu un contrat ayant comme objet l'impression *on demand* d'une œuvre, l'auteur est-il tenu de s'abstenir de conclure une convention avec un deuxième éditeur, portant sur la publication de livres de poches de la même œuvre ? Une réponse négative s'impose s'il peut être établi que les acheteurs potentiels d'un ouvrage imprimé *on demand* ne sont pas les mêmes que ceux qui procèdent à l'acquisition de livres de poche dans une librairie¹⁶¹⁸. Si cela ne peut être établi, il convient de répondre positivement à la question.

¹⁶¹¹ V. par exemple, ci-dessus, pt. a) (p. 267), le cas du droit de traduction : pour d'autres exemples : HILTY, art. 382 N 2 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1.

¹⁶¹² Pour la décision, v. GRUR 1973, p. 426 ss. La prise en compte de la décision de la cour allemande est ici envisageable dans la mesure où celle-ci n'est pas fondée sur la base de particularités allemandes (lecture du § 2 VerlG en fonction des §§ 8 et 9 VerlG ; v. ci-dessus, dans le texte, et la note 1607), mais sur des principes contractuels plus généraux.

¹⁶¹³ V. GRUR 1973, p. 427.

¹⁶¹⁴ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 226 ; comparer, en droit allemand, avec SCHMAUS, p. 112.

¹⁶¹⁵ REHBINDER, *E-Book-Verlagsvertrag*, p. 226.

¹⁶¹⁶ CRCO-I, CHERPILLOD, art. 382 N 1.

¹⁶¹⁷ Pt. a) (p. 266).

¹⁶¹⁸ Cette différence de clientèle est loin d'être absurde. Il est aujourd'hui encore trop tôt pour affirmer que le consommateur achète indistinctement un livre de poche ou un ouvrage

1.3. Clause contractuelle

Au regard des explications qui précèdent, les parties ont intérêt à préciser dans une clause contractuelle les deux points suivant :

- la durée du devoir d'abstention. Le critère de l'épuisement de l'édition n'ayant plus de sens pour la publication *on demand*, les parties doivent définir sur la base de quel critère le devoir d'abstention prend fin (durée, terme, etc.) ;
- le contenu du devoir d'abstention : l'étendue de ce devoir pourra être très large (devoir d'abstention pour toutes les formes de publication imaginables)¹⁶¹⁹ ou limitée à la forme de publication faisant l'objet du contrat.

2. Alinéa 2 et 3

L'article 382 alinéa 1 CO impose à l'auteur un devoir général d'abstention¹⁶²⁰. Cette obligation est limitée s'agissant des « *articles de journaux et [des] articles isolés de peu d'étendue insérés dans une revue* » (art. 383 al. 2 CO), ainsi que pour « *les travaux faisant partie d'une œuvre collective ou les articles de revue qui ont une certaine étendue* » (art. 383 al. 3 CO)¹⁶²¹.

Il n'existe aujourd'hui à notre connaissance pas de journal et de revue confectionnés sous forme de CD-ROM ou imprimé à la demande. Les journaux et les revues sont imprimés, de façon traditionnelle, en un nombre d'exemplaires déterminés et/ou proposés sur le site internet de l'éditeur (transfert *on-line*)¹⁶²².

Les œuvres collectives peuvent par contre être intégrées sur un support *off-line*, être imprimées à la demande et faire l'objet d'un transfert *on-line*.

De façon générale, les notions utilisées au cœur de l'article 382 alinéas 2 et 3 CO sont suffisamment larges pour appréhender – outre les journaux, les revues et les œuvres collectives diffusées de façon traditionnelle – les publications effectuées dans l'environnement numérique¹⁶²³.

imprimé à la demande. Selon les circonstances, il doit être possible d'établir qu'il existe bien deux clientèles différentes.

¹⁶¹⁹ V. le § 20 du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag* proposé par SCHMAUS, p. 174.

¹⁶²⁰ V. ci-dessus, pt. 1 (p. 265 s.).

¹⁶²¹ Pour des détails sur ces deux alinéas : TROLLER, *Manuel*, p. 705 s.

¹⁶²² En France, en septembre 1996, le quotidien *L'Humanité* a été le premier à proposer – parallèlement à la diffusion traditionnelle du journal – une version intégrale sur le web (LEBERT, p. 79). En 1999 déjà, le *Wall Street Journal* était lu en ligne par environ 100'000 abonnés (LEBERT, p. 84). Le premier quotidien francophone disponible uniquement en ligne (*Le Petit Bouquet*) date d'avril 1997 (système d'abonnement gratuit) (LEBERT, p. 86).

¹⁶²³ En ce qui concerne le terme *reproduits* utilisés aux al. 2 et 3 de l'art. 382 CO, comparer avec les explications déjà données en rapport avec le devoir de reproduction de l'éditeur. V. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4 (p. 179 ss).

Chapitre 4. Article 383 CO

La note marginale de l'article 383 CO est trompeuse. Elle fait uniquement référence au « *Nombre des éditions* » alors que la disposition légale « *rassemble des règles qui n'ont manifestement pas le même objet* »¹⁶²⁴ : l'alinéa 1 régit le nombre des éditions ; l'alinéa 2 a pour but de définir le contour d'une édition ; l'alinéa 3 appréhende le cas de l'éditeur qui néglige de préparer une réédition alors même que le contrat conclu avec l'auteur porte sur plusieurs éditions.

1. Alinéa 1

L'article 383 alinéa 1 CO est intimement lié à l'article 383 alinéa 2 CO. Il est opportun d'examiner préalablement cette dernière disposition.

2. Alinéa 2

2.1. Présentation

L'article 383 alinéa 2 CO est « imprégné » des caractéristiques propres à l'édition traditionnelle. En l'absence d'accord contractuel contraire, l'éditeur est tenu :

- de fixer le nombre d'exemplaires qu'il entend confectionner *avant toute reproduction*¹⁶²⁵ ;
- d'imprimer¹⁶²⁶ un nombre suffisant d'exemplaires pour donner à l'ouvrage une publicité convenable ;
- d'effectuer un seul tirage¹⁶²⁷.

Les supports de données ne sont pas imprimés. Ce terme présuppose en effet la matérialisation sous format papier¹⁶²⁸. Il est néanmoins peu convaincant de définir qu'un contrat portant sur la publication de supports de données représente une convention atypique au regard de l'article 383 alinéa 2 CO. Certes, une des caractéristiques – « isolées »¹⁶²⁹ – du contrat d'édition typique, soit l'exigence de la matérialisation de l'œuvre sous format papier, n'est pas réalisée. Néanmoins, pour la publication de supports de données, le nombre d'exemplaires peut toujours être déterminé avant toute reproduction. Un stock d'exemplaires peut être constitué. Au regard de l'article 383 alinéa 2 CO, on constate que le terme *imprimer* doit être appliqué par analogie pour englober le *gravage* de CD-ROMs, mais la règle dispositive – dans son contenu – est toujours appliquée directement. A notre sens,

¹⁶²⁴ TACHE, p. 212.

¹⁶²⁵ V. ci-dessus. Titre IV. Chapitre 6, pt. 4.4.1.ba) (Absence d'accord contractuel) (p. 191 s.).

¹⁶²⁶ V. ci-dessus. Titre IV. Chapitre 6, pt. 4.4.1.cb) (p. 201 ss).

¹⁶²⁷ V. ci-dessus. Titre IV. Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Tirage) (p. 199 s.).

¹⁶²⁸ V. ci-dessus. Titre IV. Chapitre 6, pt. 4.4.1.cb) (p. 201 ss).

¹⁶²⁹ V. ci-dessus. Titre III. Chapitre 13, pt. 3.3.1 (p. 138).

le contrat concret correspond globalement à l'image fournie par le type de contrat réglementé aux articles 380 et suivants CO¹⁶³⁰. Au regard de l'article 383 alinéa 2 CO, il doit être considéré comme un contrat typique.

Il en va différemment des contrats ayant pour objet l'impression *on demand* et le transfert *on-line*. Ces deux formes de publication numérique ne permettent plus de fixer le nombre des exemplaires de l'œuvre avant toute reproduction et de constituer un stock. Le transfert *on-line* ne matérialise plus les exemplaires de l'œuvre sous format papier.

2.2. Application par analogie

Concernant la publication *on demand*, une application par analogie de l'article 383 alinéa 2 CO est-elle envisageable ?

2.2.1. Absence d'intervention de l'auteur

L'exigence de la fixation du chiffre des exemplaires avant toute reproduction poursuit un but évident : elle tend à éviter que l'éditeur puisse reproduire, de manière discrétionnaire et selon son bon vouloir, le nombre d'exemplaires qu'il désire reproduire dans le cadre de la même édition¹⁶³¹. En d'autres termes, cette réglementation tend à *fixer les contours de l'édition*, et, dans le même temps, à *informer l'auteur sur l'ampleur de l'édition*. L'éditeur ne va certes pas toujours communiquer le nombre d'exemplaires qu'il a retenu pour l'édition. En tout temps, l'auteur peut cependant requérir cette information¹⁶³². S'il estime que le nombre retenu par l'éditeur n'est pas suffisant, il peut exercer son droit de regard (*Mitspracherecht*), soit exiger de l'éditeur qu'il imprime un nombre suffisant d'exemplaires pour donner à l'ouvrage une publicité convenable¹⁶³³.

La finalité poursuivie par l'article 383 alinéa 2 CO (fixer les contours de l'édition et informer l'auteur sur l'ampleur de celle-ci) reflète de manière cohérente le but du Titre douzième du Code des obligations, qui est d'offrir une protection générale à l'auteur¹⁶³⁴. En ce sens, le but de la norme (ou d'une partie de la norme) correspond à celui de la loi.

L'analyse de la VerlG confirme la logique de la finalité retenue ci-dessus. Le paragraphe 5 alinéa 2 (première phrase) VerlG dispose que si le nombre

¹⁶³⁰ S'agissant de cette « image globale », v. ci-dessus, Titre III, Chapitre 13, pt. 3.3.1 (p. 137 s.).

¹⁶³¹ En ce sens : TROLLER, *Kommentar*, art. 383 CO N 5.

¹⁶³² Si l'auteur ne requiert pas cette information, il aura toutes les peines à prouver le chiffre retenu par l'éditeur, s'il suspecte que celui-ci a par la suite augmenté le nombre d'exemplaires. V. en ce sens TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 5.

¹⁶³³ Sur le droit de regard, v. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.ba) (Absence d'accord contractuel) (p. 191 s.).

¹⁶³⁴ Cette protection est indépendante d'une éventuelle protection de l'œuvre (objet du contrat) par la LDA. V. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 5, pt. 1.2 (p. 159 s.).

d'exemplaires n'est pas déterminé, l'éditeur est autorisé à en produire mille¹⁶³⁵. Ainsi, le législateur allemand a expressément voulu *fixer les contours de l'édition* : si le nombre d'exemplaires n'est pas déterminé par les parties, le chiffre de mille exemplaires s'impose. La loi allemande entend éviter que la fixation du nombre d'exemplaires soit laissée à la libre appréciation de l'une des parties en appréhendant toutes les situations : le paragraphe 5 alinéa 2 (deuxième phrase) VerlG stipule que si l'éditeur a communiqué à l'auteur – avant le début de la reproduction – que le nombre d'exemplaires serait inférieur à mille, l'éditeur n'est autorisé à effectuer l'édition que dans la mesure déclarée¹⁶³⁶.

Pour revenir à l'article 383 alinéa 2 CO, une application par analogie est possible. En délimitant l'édition à l'aide d'un critère temporel, l'éditeur détermine l'ampleur de l'édition. Celle-ci n'est pas circonscrite par la fixation d'un nombre déterminé d'exemplaires – l'interprète resterait alors dans le cadre de l'interprétation au sens étroit – mais correspond toujours au but de la norme. Celui-ci est de définir le contour d'une édition (l'interprète se trouve bien dans le cadre du droit judiciaire lié). Certes, le nombre final d'exemplaires n'est pas connu avant toute reproduction, mais les frontières de l'édition n'en reste pas moins déterminées.

Les notions d'*édition* et de *durée du contrat* ne sont pas fondamentalement différentes l'une de l'autre. Bien au contraire : sauf convention contraire, l'édition délimite la durée du contrat¹⁶³⁷. Il n'y a qu'un pas à franchir pour conclure que la durée du contrat peut circonscrire le contour de l'édition. Nous avons d'ailleurs vu ci-dessus¹⁶³⁸ que la doctrine et la pratique de l'édition admettent cette délimitation de façon unanime.

Une application par analogie de l'article 383 alinéa 2 CO est donc envisageable. Elle suppose simplement de retenir que l'éditeur est libre de fixer, non pas le chiffre des exemplaires selon le texte de l'article 383 alinéa 2 CO, mais un critère temporel permettant de circonscrire l'édition (durée, terme, « événement », etc.¹⁶³⁹).

¹⁶³⁵ § 5 al. 2 (1^{ère} phrase) VerlG : « Ist die Zahl der Abzüge nicht bestimmt, so ist der Verleger berechtigt, tausend Abzüge herzustellen » : contrairement à l'avis de OSER/SCHÖNENBERGER, art. 383 N 3, le système du « minimum légal » ne peut être retenu en droit suisse. Il s'agirait d'une pure construction sans aucun fondement légal.

¹⁶³⁶ § 5 al. 2 (2^e phrase) VerlG : « Hat der Verleger durch eine vor dem Beginne der Vervielfältigung dem Verfasser gegenüber abgegebene Erklärung die Zahl der Abzüge niedriger bestimmt, so ist er nur berechtigt, die Auflage in der angegebenen Höhe herzustellen » : pour les détails de la réglementation : SCHRICKER, § 5 N 9 ss.

¹⁶³⁷ HILTY, *Verlagsvertrag*, p. 554.

¹⁶³⁸ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.ba) (Clause contractuelle contenant un critère temporel) (p. 193 s.).

¹⁶³⁹ V. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.ba) (Délimitation temporelle de l'édition : les diverses possibilités) (p. 194 s.).

2.2.2. Intervention de l'auteur

Si l'auteur l'exige (exercice du droit de regard), l'éditeur est tenu d'imprimer¹⁶⁴⁰ au moins un nombre suffisant d'exemplaires pour donner à l'ouvrage une publicité convenable. Comme ci-dessus¹⁶⁴¹, il est à nouveau question d'un nombre d'exemplaires. Ce nombre permet toujours de circonscrire l'édition, mais cette fois en rapport avec l'intervention de l'auteur. L'application par analogie suppose logiquement de retenir que l'édition doit être définie à l'aide d'un critère temporel. Plus précisément, l'éditeur doit fixer un critère temporel – délimitant l'édition – propre à donner à l'ouvrage une publicité convenable. Autrement dit, l'éditeur est tenu d'exposer l'œuvre – sur son site *web* – suffisamment longtemps pour donner à celle-ci une publicité convenable.

La notion légale *suffisant pour donner à l'œuvre une publicité convenable* n'est pas exprimée à l'aide de termes inhérents à l'édition traditionnelle. Le critère est donc applicable dans l'univers numérique. La problématique consiste à déterminer comment il doit être compris en lien avec la délimitation temporelle de l'édition.

Se référant au nombre suffisant pour donner à l'œuvre une publicité convenable, la doctrine indique que « *« convenable » veut dire, pour l'œuvre en question, le tirage minimum usuel* »¹⁶⁴². Ce critère est très relatif. Le tirage minimum va naturellement dépendre de l'ouvrage lui-même ainsi que des possibilités sur le marché du livre¹⁶⁴³.

S'agissant de la publication *on demand*, le temps d'exposition nécessaire pour donner à l'œuvre une publicité convenable doit également être fixé en fonction de ce critère relatif. Il est dépendant du type d'ouvrage et de sa destination. Si une « édition-test » est imprimée à la demande¹⁶⁴⁴, il s'agit pour les parties de publier l'œuvre durant une brève période afin d'observer l'intérêt des lecteurs, avant de mettre sur le marché, le cas échéant, une édition imprimée. Dans cette situation, l'œuvre est placée sur le site de l'éditeur – en vue de l'impression *on demand* – durant une période relativement brève. La durée de l'exposition de l'œuvre sera plus grande si les parties se mettent d'accord sur la diffusion *on-line* d'une œuvre

¹⁶⁴⁰ Sur l'absence de problématique s'agissant de l'application de ce terme, comparer avec les explications données, ci-dessus, pt. 2.1 (p. 271 s.), en lien avec la publication de CD-ROMs.

¹⁶⁴¹ Pt. 2.2.1 (p. 272 s.).

¹⁶⁴² PEDRAZZINI, p. 87, note 11 et la réf.

¹⁶⁴³ En ce sens : TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 6 ; TROLLER, *Manuel*, p. 711, retient un critère relatif fixant le nombre maximal d'exemplaires : l'auteur « *n'a pas le droit de lancer sans autre une première édition à un nombre d'exemplaires tel qu'une deuxième édition n'apparaît plus envisageable* » : les auteurs allemands n'éprouvent pas la même difficulté à définir le nombre suffisant d'exemplaires. La question est directement tranchée au paragraphe 5 alinéa 2 VeriG. Selon ce paragraphe, si le nombre d'exemplaires n'est pas déterminé par les parties, l'éditeur est autorisé à en reproduire uniquement mille (v. note 1635). L'éditeur est en même temps tenu de reproduire ces mille exemplaires, bien que la lettre du paragraphe 5 alinéa 2 VeriG ne l'exprime pas clairement (ULMER, p. 459).

¹⁶⁴⁴ V. ci-dessus, Titre II, Chapitre 3, pt. 2.2.2 (p. 30).

importante destinée à atteindre un large public par l'utilisation de cette unique forme de publication numérique.

2.2.3. Tirage

Selon l'article 383 alinéa 2 *in fine* CO, « *une fois le premier tirage terminé, l'éditeur ne peut en faire de nouveaux* ». Ci-dessus¹⁶⁴⁵, nous avons retenu les deux éléments suivants :

- le tirage représente l'ensemble des exemplaires d'une œuvre reporté à une date d'édition, soit l'ensemble des exemplaires imprimés en une fois ;
- par conséquent, pour la publication *on demand*, un tirage correspond à la reproduction et à la diffusion d'un seul exemplaire de l'œuvre !

L'application par analogie de l'article 383 alinéa 2 *in fine* CO est difficilement concevable, à moins de considérer que, comme le tirage correspond à l'édition – en l'absence d'accord entre les parties¹⁶⁴⁶ – l'application par analogie de cette disposition consiste à retenir que l'éditeur doit s'en tenir à une seule édition, c'est-à-dire qu'il doit stopper toute publication à la fin de la durée convenue ou au terme convenu, etc. Une telle interprétation – au sens large – de l'article 383 alinéa 2 *in fine* CO ferait double emploi avec l'article 383 alinéa 1 CO qui prévoit que « *si le contrat ne précise pas le nombre des éditions à faire, l'éditeur n'a le droit d'en publier qu'une seule* ». Il paraît préférable de conclure que l'article 383 alinéa 2 *in fine* CO ne s'applique pas aux contrats ayant pour objet l'impression *on demand* ou le transfert *on line* d'une œuvre.

2.3. Clause contractuelle

En présence d'une impression à la demande ou d'un transfert *on-line*, une application par analogie différente de celle présentée ci-dessus¹⁶⁴⁷ est – à notre sens – difficilement défendable. Néanmoins, afin d'éviter toute imprévisibilité en cas de litige, les parties ont intérêt à fixer précisément l'ampleur de l'édition.

Les parties peuvent circonscrire la publication en mentionnant une durée, en fixant une échéance (différentes variantes sont alors possibles) ou en fixant un « événement » synonyme de fin de l'édition¹⁶⁴⁸.

3. Alinéa 1

L'article 383 alinéa 1 CO ne soulève aucune difficulté d'application dans l'univers numérique (en particulier en rapport avec la publication *on demand*).

¹⁶⁴⁵ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Tirage) (p. 199 s.).

¹⁶⁴⁶ V. ci-dessus. Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Tirage) (p. 199 s.).

¹⁶⁴⁷ Pt. 2.2 (p. 272 ss.).

¹⁶⁴⁸ Pour les détails et les réf., v. ci-dessus. Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.ba) (Délimitation temporelle de l'édition : les diverses possibilités) (p. 194 s.).

En l'absence d'accord entre les parties, l'éditeur est tenu de déterminer un critère temporel permettant de circonscrire l'édition. En cas d'intervention de l'auteur, le critère choisi doit être susceptible de donner à l'ouvrage une publicité convenable (art. 383 al. 2 CO). En application de l'article 383 alinéa 1 CO, l'éditeur doit s'en tenir à l'édition ainsi définie, à moins d'un accord contraire sur le nombre des éditions.

Si les parties ont défini contractuellement le critère temporel délimitant l'édition (art. 383 al. 2 *in initio* CO), l'éditeur ne peut publier que l'édition ainsi définie (art. 383 al. 1 CO).

4. Alinéa 3

4.1. Présentation et application par analogie

L'article 383 alinéa 3 CO permet d'éviter que l'éditeur ne « range l'œuvre dans un tiroir » après une première édition alors même que les parties s'étaient mises d'accord sur plusieurs éditions, voire sur toutes les éditions de l'ouvrage¹⁶⁴⁹. Si l'éditeur néglige de préparer une réédition « *après que la dernière est épuisée* », l'auteur peut demander au juge de fixer un délai à l'éditeur pour la publication de la réédition. Si l'éditeur ne s'exécute pas, il est déchu de son droit d'éditer¹⁶⁵⁰.

L'auteur est légitimé à s'adresser au juge si l'éditeur n'entreprend pas la réédition de l'ouvrage à partir du moment où la première édition est épuisée. Le point de rattachement est donc l'*épuisement de l'édition*. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-

¹⁶⁴⁹ La version française de l'art. 383 al. 3 CO est rédigée de la façon suivante : « *Si la convention autorise l'éditeur à publier plusieurs éditions ou toutes les éditions d'un ouvrage (...)* » [mise en évidence par l'auteur]. Sur la base de cette formulation, la doctrine considère que l'éditeur a le droit, mais non l'obligation, de procéder à une réédition (v. CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 8, note 12 ; HILTY, art. 383 N 6, affirme que le droit de l'éditeur ne devient une obligation qu'à partir du moment où l'auteur exige la réédition en invoquant l'art. 383 al. 3 CO). Au regard des éléments essentiels du contrat d'édition, une telle conception est difficilement soutenable. Du côté de l'éditeur, l'élément essentiel consiste en l'obligation de reproduire et de diffuser l'œuvre à son propre compte (v. par exemple ci-dessus, Titre IV, Chapitre 7, pt. 2.4 [p. 258]), peu importe que les parties se soient mises d'accord sur une ou plusieurs édition(s). Il est peu logique de prétendre que l'éditeur a une obligation pour la première édition, puis qu'il est au bénéfice d'un droit pour les rééditions. Ou alors il faut admettre que, suite à la première édition, il est question d'un contrat à option au sens étroit (ce que semble admettre HILTY, art. 383 N 7, qui parle de l'option de l'éditeur : au sujet du contrat à option au sens étroit, v. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 2, pt. 3 [p. 145]).

¹⁶⁵⁰ La doctrine majoritaire estime qu'il s'agit là d'un cas d'application de l'art. 107 CO (HILTY, art. 383 N 7 ; TROLLER, *Kommentar*, art. 383 N 10, avec une précision ; BECKER, art. 383 N 5, avec une précision) ; *contra* : CRCO-I, CHERPILLOD, art. 383 N 8, qui voit dans l'art. 383 al. 3 CO « *une procédure permettant de retirer le droit d'édition à l'éditeur qui ne l'exerce pas, et donc de mettre fin au contrat (pour permettre l'édition par un tiers), mais le non-exercice de ce droit n'ouvrirait pas la voie d'une action en exécution ni d'une action en dommages-intérêts* ».

dessus¹⁶⁵¹, cette dernière notion suppose impérativement la constitution d'un stock d'exemplaires de l'œuvre. L'édition est épuisée lorsque les exemplaires composant ce stock sont vendus ou écoulés. Nous nous trouvons dans la même situation que celle qui prévalait lors de l'analyse de l'article 382 alinéa 1 CO¹⁶⁵². Il n'est pas utile de reprendre les explications fournies lors de l'étude de cette dernière disposition. S'agissant de l'article 383 alinéa 3 CO, nous concluons qu'une application par analogie est possible en ce sens que l'auteur peut s'adresser au juge à partir du moment où la durée de la première édition est arrivée à échéance, soit dès le terme de l'édition, etc.

4.2. Clause contractuelle

Afin de donner une plus grande clarté à leur convention, les parties ont intérêt à préciser dans une clause contractuelle que l'auteur ne peut s'adresser au juge qu'à l'échéance de la durée de l'édition, etc.

Chapitre 5. Article 384 CO

1.1. Alinéa 1

Nous avons vu ci-dessus¹⁶⁵³ que l'article 384 alinéa 1 CO peut être appliqué directement indépendamment de la technique de publication utilisée, soit dans le cadre d'une publication traditionnelle ou numérique.

1.2. Alinéa 2

Selon l'article 384 alinéa 2 CO, l'éditeur «*fixe le prix de vente, sans toutefois pouvoir l'élever de façon à entraver l'écoulement de l'ouvrage*»¹⁶⁵⁴.

Pour la publication à la demande, le calcul du prix d'un exemplaire de l'œuvre n'est pas effectué de la même manière que pour une édition traditionnelle. Pour cette dernière (et depuis l'apparition de l'imprimerie), le prix est dépendant de l'ampleur de l'édition. Plus l'édition est importante, plus le prix de l'exemplaire est bas. Dans le cadre d'une publication à la demande, le prix de l'exemplaire est indépendant du

¹⁶⁵¹ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Edition(s)) (p. 196 ss).

¹⁶⁵² V. ci-dessus. Chapitre 3, pt. 1.2.1 (p. 266).

¹⁶⁵³ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.de) (p. 210).

¹⁶⁵⁴ Cette réglementation correspond à la pratique de l'édition. En guise d'exemples, v. le *Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke*, art. 4.2.2, et le *Verlagsvertrag SBVV-1*, art. 8 al. 1. En droit allemand, v. le § 21 VerTG.

Pour des explications plus détaillées au sujet de l'art. 384 al. 2 CO (en particulier sur les questions de la diminution et de l'augmentation du prix par l'éditeur en cours de publication), v. entre autres HILTY, art. 384 N 10 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 384 N 7.

nombre d'exemplaires reproduits¹⁶⁵⁵. Il est inhérent au travail d'informatique éditoriale¹⁶⁵⁶ et à la maintenance du site *web* sur lequel l'œuvre est publiée.

Cette différence ne fait nullement obstacle à l'application de l'article 384 alinéa 2 CO dans l'environnement numérique. La cautèle prévue par le législateur garde tout son sens en présence d'une impression *on demand* et d'un transfert *on-line*.

Chapitre 6. Article 385 CO

1. Alinéa 1

Les notions utilisées au cœur de l'article 385 alinéa 1 CO sont indépendantes de la technique de publication utilisée (traditionnelle ou numérique). L'auteur conserve le droit d'apporter à sa création des corrections et des modifications – ne nuisant pas aux intérêts ou n'augmentant pas la responsabilité de l'éditeur – que l'œuvre fasse l'objet d'une publication traditionnelle, d'une impression *on demand*, ou d'un transfert *on-line*, etc.

La publication à la demande suggère cependant une réflexion quant à la période durant laquelle l'auteur est légitimé à apporter à son œuvre des corrections et des améliorations. En parlant de l'édition traditionnelle, la doctrine souligne que l'auteur doit exercer son droit à la rectification (corrections, modifications) de sa création entre la remise de celle-ci à l'éditeur et le début de sa reproduction, voire éventuellement sa livraison¹⁶⁵⁷.

Dans le cadre d'une édition traditionnelle, la possibilité donnée à l'auteur de rectifier son œuvre après la reproduction des exemplaires est théorique. L'auteur est tenu de prendre à sa charge les frais liés à la rectification¹⁶⁵⁸. Dans l'hypothèse où les exemplaires sont déjà reproduits, cela signifie que l'auteur doit supporter les frais inhérents à une nouvelle impression contenant les rectifications¹⁶⁵⁹ !

La situation est différente en ce qui concerne la publication à la demande. Même si l'œuvre a déjà été exposée sur le site *web* de l'éditeur pendant de nombreux mois et qu'elle a été téléchargée par un nombre important d'utilisateurs, les rectifications effectuées par l'auteur sur son ouvrage génèrent des coûts supplémentaires en rien comparables avec les frais d'une nouvelle impression des exemplaires de l'œuvre dans le cadre de l'édition traditionnelle. Pour l'éditeur, il s'agit uniquement d'intégrer ces modifications sur l'exemplaire numérique modèle¹⁶⁶⁰. Ainsi,

¹⁶⁵⁵ V. GÖBEL, www.nmz.de.

¹⁶⁵⁶ Sur cette notion, v. ci-dessous, Titre IV, Chapitre 5, pt. 2.3.2.cn) (Précisions sur les nouvelles technologies de l'information (au sujet de l'activité éditoriale)) (p. 173).

¹⁶⁵⁷ HILTY, art. 385 N 1.

¹⁶⁵⁸ Selon l'usage, l'éditeur n'est tenu de supporter que les frais ne dépassant pas le 10 % des frais de composition ou de saisie. V. CRCO-I, CHERPILLOD, art. 385 N 4, et les réf.

¹⁶⁵⁹ Les exemplaires déjà reproduits ne seront pas diffusés.

¹⁶⁶⁰ Sur cette notion, v. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.7.2.bb) (p. 240).

l'impression à la demande et le transfert *on-line* permettent de repousser le moment jusqu'auquel l'auteur peut – pratiquement – exercer son droit de corrections et d'améliorations.

2. Alinéa 2

Selon l'article 385 alinéa 2 CO, « *l'éditeur ne peut faire une nouvelle édition ou un nouveau tirage sans avoir mis, au préalable, l'auteur en mesure d'améliorer son œuvre* ».

En référence à l'article 385 alinéa 2 CO, les contrats ayant comme objet l'impression *on demand* et le transfert *on-line* représentent des conventions atypiques. Pour l'essentiel, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit en lien avec le terme *tirage*¹⁶⁶¹.

Une application par analogie de la notion de *tirage* n'est pas envisageable. On ne peut en particulier prétendre que le *tirage* doit être assimilé à l'*édition*, et donc effectuer une délimitation sur la base d'un critère temporel¹⁶⁶². L'article 385 alinéa 2 CO qui contient les termes *édition* et *tirage* ne permet pas d'assimiler l'*édition* au *tirage*. Il faut conclure que le terme *tirage* n'est plus applicable au contrat ayant pour objet une impression à la demande ou un transfert *on-line*.

L'application par analogie de l'article 385 alinéa 2 CO prend en compte uniquement la notion d'*édition*. Elle permet de retenir que l'éditeur ne peut faire une nouvelle édition (début d'une nouvelle durée d'édition, fixation d'un nouveau terme, etc.) sans avoir mis, au préalable, l'auteur en mesure d'améliorer son œuvre.

A priori, le fait que l'auteur ne puisse améliorer son œuvre à la fin d'un premier tirage ne porte guère atteinte à ses intérêts dans la mesure où le créateur de l'œuvre peut effectuer des rectifications pendant toute la durée d'exposition de l'œuvre sur le site *web* de l'éditeur¹⁶⁶³. Cela n'est que partiellement vrai. Il ne faut pas oublier que lorsque l'auteur exerce son droit à la rectification au sens de l'article 385 alinéa 1 CO, il supporte les frais des corrections et des améliorations de l'œuvre. Les frais des modifications apportées au sens de l'article 385 alinéa 2 CO sont à la charge de l'éditeur¹⁶⁶⁴. Ainsi, en présence d'une publication à la demande et à défaut d'accord entre les parties, l'article 385 alinéa 2 CO – qui tient compte de manière équitable des intérêts de l'auteur et de l'éditeur dans le cadre d'une édition traditionnelle intimement liée à la notion de *tirage* – devient désavantageux pour l'auteur.

Il est donc essentiel que les parties règlent la question des frais inhérents à la modification de l'œuvre dans une clause contractuelle. Dans l'hypothèse où l'édition

¹⁶⁶¹ V. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Tirage) (p. 199 s.).

¹⁶⁶² Pour une réflexion similaire. v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 2.2.3 (p. 275), l'analyse de l'art. 383 al. 2 CO.

¹⁶⁶³ V. ci-dessus, pt. 1 (p. 278 s.), en lien avec l'art. 385 al. 1 CO.

¹⁶⁶⁴ HILTY, art. 385 N 7 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 385 N 7. Les deux auteurs parlent des frais des modifications apportées à une nouvelle édition.

est convenue pour trois ans, les parties peuvent, par exemple, prévoir que la maison d'édition prend à sa charge les modifications effectuées à la fin de la première et de la deuxième année, l'auteur supportant les rectifications qu'il entend effectuer en dehors de ces périodes¹⁶⁶⁵.

Chapitre 7. Article 386 CO

L'article 386 CO constitue un cas d'application de la théorie de la finalité (art. 381 al. 1 CO)¹⁶⁶⁶. Les notions utilisées à l'article 386 CO ne sont pas rattachées à une technique de publication particulière (traditionnelle ou numérique).

Chapitre 8. Article 387 CO

L'article 387 CO appréhende uniquement le transfert du droit de traduction¹⁶⁶⁷. Il n'utilise pas de notions inhérentes à une technique de publication spécifique (traditionnelle ou numérique). Ici, la problématique n'est pas de savoir si cette disposition est applicable directement dans le contexte de la publication numérique – une réponse positive s'impose – mais de définir si le droit de traduction est – ou non – transféré dans une situation concrète¹⁶⁶⁸. Cette question ne fait pas l'objet de notre étude.

Chapitre 9. Article 388 CO

Comme mentionné ci-dessus¹⁶⁶⁹, la fixation des honoraires ne représente pas un élément essentiel au sens de l'article 380 CO. Cette question est réglementée par les autres normes (art. 388 et 389 CO).

Les trois alinéas composant l'article 388 CO ne contiennent aucune notion dépendante d'une technique de publication particulière (traditionnelle ou

¹⁶⁶⁵ Dans cette situation, les modifications apportées par l'auteur aboutissent à une nouvelle version de l'œuvre (comparer avec le § 21 du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag* proposé par SCHMAUS, p. 174 s.). Dans le cadre d'une édition (par exemple : limitée à trois ans), plusieurs versions de l'œuvre peuvent être confectionnées.

¹⁶⁶⁶ HILTY, art. 386 N 2 ; CRCO-I, CHERPILLOD, art. 386 N 2.

¹⁶⁶⁷ TROLLIER, *Kommentar*, art. 387 N 1, précise que le droit de traduction comporte évidemment également le droit de reproduire et de diffuser l'œuvre traduite. À défaut, la traduction n'a aucun sens : à noter que la formulation « *sauf stipulation contraire* » peut induire en erreur. Il n'est pas nécessaire que les parties se soient expressément mises d'accord dans une convention sur le transfert du droit de traduction (v. cependant CRCO-I, CHERPILLOD, art. 387 N 2). Ce droit peut être transféré en application de la théorie de la finalité (art. 381 al. 1 CO ; v. HILTY, art. 387 N 1, qui parle du *but du contrat*).

¹⁶⁶⁸ REHBINDER/GROSSENBACHER, p. 16, indiquent que, dans la pratique, l'éditeur se fait – presque toujours – transférer le droit de traduction ; comparer également avec DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 1030.

¹⁶⁶⁹ Titre IV, Chapitre 2, pt. 6 (p. 148).

numérique). L'article 388 est applicable, quelle que soit la forme de publication numérique envisagée.

S'agissant de la publication à la demande, on peut à la rigueur se demander si la présomption – « atténuée », dans la mesure où elle dépend des *circonstances*¹⁶⁷⁰ – de l'article 388 alinéa 1 CO n'est pas remise en cause en raison de la « culture de la gratuité »¹⁶⁷¹ souvent invoquée en lien avec le réseau des réseaux. Autrement dit, la publication à la demande entre-t-elle dans la notion de *circonstances* permettant de « supposer que [l'auteur] entendait renoncer à toute rémunération » ? Une réponse négative s'impose.

En France, le Rapport CORDIER indique que « *le réseau Internet traduit l'émergence d'une culture de la gratuité et de la libre mise à disposition de tous, de toute création particulière ou collective* »¹⁶⁷². Deux observations s'imposent :

- la « culture de la gratuité » repose avant tout sur la constatation que l'internet « *a été conçu par la communauté scientifique pour l'échange de travaux de recherche, sans objet lucratif* »¹⁶⁷³ ;
- l'activité commerciale rattachée au réseau des réseaux ne repose évidemment pas sur cette « culture de la gratuité ». De nos jours, cette affirmation relève de l'évidence.

Actuellement, la diffusion d'une œuvre musicale, littéraire, etc. sur le web n'est pas considérée comme pouvant être effectuée sans aucune contre-prestation. L'exemple récent de NAPSTER reflète clairement cette conception. En outre, la pratique de l'édition n'a jamais parlé d'un principe selon lequel la publication d'une œuvre sur la toile devait être gratuite¹⁶⁷⁴.

Au regard du contexte présenté ci-dessus, on peut conclure que le seul fait qu'une publication soit disponible sur le réseau – pour une commande débouchant sur une impression papier ou un transfert *on-line* – ne représente pas une des *circonstances* permettant « *de supposer que [l'auteur] entendait renoncer à toute rémunération* ».

Il est vrai que, souvent, les auteurs d'écrits scientifiques publiés sur la toile ne reçoivent aucun honoraire. Cet état de fait est cependant totalement indépendant du contexte numérique. Il représente une pratique courante déjà dans le cadre de l'édition traditionnelle, fondée sur le fait que l'édition de ces ouvrages ne donne pas naissance à un résultat financier substantiel¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷⁰ TROLLER, *Kommentar*, art. 388 N 1 ; HILTY, Art. 388 N1.

¹⁶⁷¹ V. ci-dessous, dans le texte.

¹⁶⁷² Rapport CORDIER, Chapitre « L'option centrale à préserver : la rémunération de la création ».

¹⁶⁷³ Rapport CORDIER, Chapitre « L'option centrale à préserver : la rémunération de la création ».

¹⁶⁷⁴ V. le Rapport CORDIER qui présente les différentes possibilités de financement du travail des auteurs et des éditeurs.

¹⁶⁷⁵ V. par exemple HILTY, Art. 388 N 1.

Chapitre 10. Article 389 CO

1. Alinéa 1

Selon l'article 389 alinéa 1 CO¹⁶⁷⁶, « *les honoraires sont exigibles dès que l'œuvre entière ou, si elle paraît par parties détachées (volumes, fascicules, feuilles), dès que chaque partie est imprimée et prête pour la vente* ».

Nous avons indiqué ci-dessus¹⁶⁷⁷, que l'article 389 alinéa 1 CO contient les exigences de la matérialisation de l'œuvre sous format papier et de la constitution d'un stock d'exemplaires.

Une convention portant sur la publication de supports de données doit être – examinée globalement – considérée comme une convention typique¹⁶⁷⁸. Un tel contrat n'est donc pas problématique au regard de l'article 389 alinéa 1 CO.

Les contrats ayant pour objet une impression *on demand* et un transfert *on-line* sont par contre atypiques au regard de l'article 389 alinéa 1 CO. En particulier, la notion *et prête pour la vente* n'a aucun sens dans le cadre de la publication à la demande. Elle sous-entend la constitution d'un stock d'exemplaires. Celui-ci représente une exigence totalement étrangère de l'impression *on demand* et du transfert *on-line*.

Une application par analogie est-elle envisageable ? Une réponse positive s'impose. L'article 389 alinéa 1 CO poursuit le but de définir à partir de quel moment les honoraires deviennent exigibles¹⁶⁷⁹. L'exigibilité des honoraires est rattachée à la constitution d'un stock d'exemplaires. A ce moment, l'éditeur a en sa possession les exemplaires reproduits. Il ne lui reste plus qu'à effectuer leur diffusion. En matière de publication à la demande, ce moment correspond à la fin du travail d'informatique éditoriale¹⁶⁸⁰, soit lorsque la maison d'édition a en sa possession l'exemplaire numérique modèle¹⁶⁸¹ qui servira de base à la diffusion de l'œuvre. Ainsi, l'application par analogie de l'article 389 alinéa 1 CO – pour la publication à la demande – permet de retenir que les honoraires sont exigibles dès que l'œuvre est prête pour la diffusion, soit dès qu'elle a fait l'objet d'un travail d'informatique éditoriale.

¹⁶⁷⁶ Sur ce point, le § 23 VerlG présente une réglementation différente. Pour les détails : SCHRICKER, § 23 N 1 ss.

¹⁶⁷⁷ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.c) (p. 210 s.).

¹⁶⁷⁸ Pour la réflexion, v. ci-dessus, Chapitre 4, pt. 2.1 (p. 271 s.).

¹⁶⁷⁹ Comparer avec les explications données par HILTY, art. 389 N 1.

¹⁶⁸⁰ Sur cette notion, v. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 5, pt. 2.3.2.ca) (Précisions sur les nouvelles technologies de l'information (au sujet de l'activité éditoriale)) (p. 173).

¹⁶⁸¹ Comparer avec les explications de REHBINDER, *E-Book-Verlagvertrag*, p. 226-227.

Dans la pratique, le compte d'honoraires – ou compte des droits d'auteur – est arrêté une ou deux fois tous les ans. Le paiement des honoraires est effectué avant le quatrième mois qui suit l'établissement du compte d'honoraires¹⁶⁸².

2. Alinéa 2

Les notions contenues à l'article 389 alinéa 2 CO sont indépendantes de toute technique de publication (traditionnelle ou numérique).

3. Alinéa 3

L'article 389 alinéa 3 CO – renvoyant à l'usage – est conçu de manière suffisamment large pour englober toutes les formes de publication numérique. Nous avons vu ci-dessus que la technique la plus problématique – le transfert *on-line* – permet toujours l'application directe de l'article 389 alinéa 3 CO¹⁶⁸³.

Chapitre 11. Fin du contrat d'édition

1. Généralités

Comme l'indique la note marginale (« C. Fin du contrat »), les articles 390 à 392 CO réglementent la fin du contrat d'édition. Plus précisément, le Titre douzième du Code des obligations règle expressément :

- la perte de l'œuvre (article 390 CO)¹⁶⁸⁴ ;
- la perte de l'édition (article 391 CO)¹⁶⁸⁵ ;
- la question des faits concernant la personne de l'éditeur ou de l'auteur (article 392 CO), à savoir le décès et l'incapacité de l'auteur, l'impossibilité non fautive de l'auteur d'achever son ouvrage et la faillite de l'éditeur¹⁶⁸⁶.

Les articles 390 à 392 CO représentent des dispositions particulières, non exhaustives et relatives à la fin des relations contractuelles. Bien que non repris au cœur du Titre douzième du Code des obligations, les principes généraux de la fin des contrats – comme l'écoulement du temps, la résiliation, etc. – sont également applicables¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸² V. l'art. 4.4.5 du *Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke*.

¹⁶⁸³ Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.eb) (p. 211).

¹⁶⁸⁴ V. ci-dessous, pt. 2 (p. 284).

¹⁶⁸⁵ V. ci-dessous, pt. 3 (p. 284 s.).

¹⁶⁸⁶ V. ci-dessous, pt. 4 (p. 285 s.).

¹⁶⁸⁷ TERCIER, N 4529 ; TROLLER, *Kommentar*, art. 390 N 1 ; TACHE, p. 232 ; OSER/SCHÖNENBERGER, art. 390 N 1 ; ENGEL, *Contrats*, p. 474 s. ; PEDRAZZINI, p. 91 ss.

2. Article 390 CO

L'article 390 CO est applicable à partir du moment où l'œuvre est remise à l'éditeur¹⁶⁸⁸, mais avant la reproduction des exemplaires¹⁶⁸⁹. La perte de l'œuvre doit être comprise dans un sens large : l'œuvre est perdue lorsqu'elle est inutilisable pour la reproduction. Lorsque, par exemple, le manuscrit est illisible pour diverses raisons et que l'éditeur se trouve dans l'incapacité de reproduire l'œuvre, on tombe dans le champ d'application de l'article 390 CO¹⁶⁹⁰.

Les notions utilisées à l'article 390 CO sont indépendantes de toute technique de publication (traditionnelle ou numérique). Elles restent applicables directement quelle que soit la technique de publication faisant l'objet du contrat.

L'article 390 alinéa 2 *in fine* CO sera en principe peu appliqué dans le contexte de la publication numérique. En particulier, l'auteur rédigeant sa création à l'aide d'un ordinateur aura certainement effectué des sauvegardes de l'œuvre¹⁶⁹¹. Il lui est donc possible de remettre un « second exemplaire » à disposition de l'éditeur (art. 390 al. 2 *in initio* CO).

3. Article 391 CO

L'article 391 CO régleme la perte – totale ou partielle – de l'édition consécutivement à la reproduction de l'œuvre, mais antérieurement à la diffusion de celle-ci¹⁶⁹². En cas de perte totale, un exemplaire doit – logiquement – avoir été sauvé par l'éditeur. Sinon, l'éditeur n'est plus en mesure de rétablir les exemplaires détruits¹⁶⁹³.

Comme déjà mentionné¹⁶⁹⁴, l'article 391 CO laisse entendre que les exemplaires de l'édition ont déjà été reproduits avant la perte. Un stock doit ainsi avoir été constitué.

Au regard de l'article 391 CO, les conventions ayant pour objet l'impression *on demand* et le transfert *on-line* sont atypiques.

En matière de publication à la demande, la « perte de l'édition » ne peut signifier que la perte de l'exemplaire numérique modèle¹⁶⁹⁵. L'application par analogie de l'article 391 CO suppose de retenir que l'éditeur a le droit – selon l'alinéa 1 – ou est

¹⁶⁸⁸ V. ci-dessus, note 1058.

¹⁶⁸⁹ TROLLER, *Manuel*, p. 717.

¹⁶⁹⁰ BECKER, art. 390 N 4 : la portée de l'art. 390 CO ne doit néanmoins pas être exagérée car, dans la pratique, la perte de l'œuvre est rare (v. REHBINDER/GROSSENBACHER, p. 26).

¹⁶⁹¹ Comparer avec le § 10 (4) du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag* proposé par SCHMAUS, p. 168.

¹⁶⁹² V. déjà ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Edition(s)) (p. 198).

¹⁶⁹³ HILTY, art. 391 N 2.

¹⁶⁹⁴ V. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.bb) (Edition(s)) (p. 198).

¹⁶⁹⁵ Sur cette notion, v. ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.7.2.bb) (p. 240).

tenu – selon l'alinéa 2 – d'entreprendre une nouvelle fois le travail d'informatique éditoriale nécessaire en vue de la publication sur la base du manuscrit ou du fichier envoyé par l'auteur¹⁶⁹⁶. Dans cette situation, il paraît difficile d'appliquer encore l'article 391 alinéa 1 CO. Dans le cadre d'une édition traditionnelle, selon l'ampleur de la perte des exemplaires de l'œuvre, on peut imaginer aisément que le rétablissement du stock engendre des frais excessifs. En matière de publication à la demande, il sera plus difficile d'admettre que le travail d'informatique éditoriale devant être entrepris une seconde fois en raison de la perte de l'exemplaire numérique modèle génère des frais excessifs. En principe, en cas de perte de l'exemplaire numérique modèle, l'éditeur est donc tenu (art. 391 al. 2 CO) d'entreprendre un nouveau travail d'informatique éditoriale.

Les parties ont intérêt à réfléchir à cette question et à résoudre celle-ci en adoptant une clause contractuelle adéquate, en particulier en ce qui concerne la *faculté* (art. 391 al. 1 CO) ou l'*obligation* (art. 391 al. 2 CO) de l'éditeur de créer un nouvel exemplaire numérique modèle.

4. Article 392 CO

L'article 392 CO fait référence *aux faits concernant la personne de l'éditeur ou de l'auteur*¹⁶⁹⁷, soit :

- l'empêchement non fautif de l'auteur d'achever sa création (al. 1¹⁶⁹⁸ et 2) ;
- la faillite de l'éditeur (al. 3).

Cet article pose de nombreuses questions, en particulier – en lien avec les alinéas 1 et 2 – quant à la question de l'achèvement de l'œuvre par un tiers¹⁶⁹⁹, ou – en lien

¹⁶⁹⁶ Cela suppose que le manuscrit ou le fichier en main de l'éditeur n'ait pas été détruit.

¹⁶⁹⁷ Note marginale de l'art. 392 CO.

¹⁶⁹⁸ L'art. 392 al. 1 CO représente un cas d'application de l'art. 119 CO. V. BECKER, art. 392 N 1 ; TACHE, p. 187 ; OSER/SCHÖNENBERGER, art. 392 N 1.

¹⁶⁹⁹ L'achèvement de l'œuvre par un tiers ne peut être qu'exceptionnel. Il peut intervenir dans deux cas :

- premièrement, l'auteur lui-même peut convenir avec l'éditeur de la continuation des rapports contractuels avec un tiers et accepter de renoncer à faire valoir ses droits. La doctrine n'est pas unanime quant au fait de savoir s'il s'agit de la continuation de la relation contractuelle ou plutôt d'un nouveau contrat d'édition avec une tierce personne. HILTY, art. 392 N 2, indique qu'il s'agit de la continuation de la relation contractuelle : « (...) ; *allerdings kann der Urheber (...) mit dem Verleger eine entsprechende Fortsetzung des Vertragsverhältnisses vereinbart und damit auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichtet haben.* » ; TROLLER, *Kommentar*, art. 392 N 2, estime au contraire qu'il s'agit d'un nouveau contrat : « *Beschliessen die Parteien die Vollendung des Werkes durch einen Dritten, so ruft dies nach einem neuen Verlagsvertrag.* » Les explications de TROLLER sont cependant contradictoires. Il déclare, un peu plus loin (art. 392 N 5) : « *Wenn sich die Parteien über eine Fortsetzung des Vertrages nicht einigen, (...).* » ;
- deuxièmement, si les parties n'ont prévu aucune clause en ce sens, l'art. 392 al. 2 CO prévoit que le juge peut maintenir le contrat s'il considère que cela paraît possible et

avec l'alinéa 3 – en rapport avec celle de la remise de l'œuvre à un autre éditeur¹⁷⁰⁰. Il n'est cependant pas problématique dans l'environnement numérique dans la mesure où il ne comprend aucune notion dépendante d'une technique de publication particulière (traditionnelle ou numérique). Les trois alinéas de cette disposition légale restent applicables directement indépendamment de la technique de publication faisant l'objet du contrat¹⁷⁰¹.

Chapitre 12. Résumé

Un contrat d'édition portant sur la publication de supports de données représente une convention typique au regard des toutes les dispositions régissant le contrat d'édition.

équitable. Il s'agit là d'une manière de tempérer le principe de l'extinction du contrat prévu à l'article 119 CO (TACHE, p. 187). L'achèvement par un tiers est *possible* si le caractère de l'œuvre est conservé, aussi bien dans la forme que dans le contenu. L'adjectif *équitable* signifie qu'un comportement déterminé doit pouvoir être exigé équitablement de la part de l'auteur – ou de ses héritiers – et de l'éditeur (pour les détails : TROLLER, *Kommentar*, art. 392 N 5 ss). Notons que si l'auteur a exprimé une volonté déterminée, il faut en tenir compte (PEDRAZZINI, p. 95).

¹⁷⁰⁰ Sur la base de l'art. 392 al. 3 CO, les juges fédéraux, dans l'ATF 49 II 455 (JdT 1924 I 386), précisent que, faute de recevoir des sûretés, le partenaire de l'éditeur failli peut se départir du contrat conformément à l'art. 83 CO, ou faire exécuter sa prestation par un tiers et réclamer la différence de prix (ENGEL, *Contrats*, p. 476, reprend la conception du Tribunal fédéral ; v. également OSER/SCHÖNENBERGER, art. 392 N 7 ss). L'arrêt du Tribunal fédéral est aujourd'hui critiqué par une partie importante de la doctrine :

- la critique principale portée à l'encontre de l'interprétation de notre Haute Cour est d'ordre systématique : l'art. 392 CO est situé dans la partie du Titre douzième du Code des obligations qui traite de la fin du contrat (la note marginale introduisant les art. 390 à 392 CO est intitulée « C. Fin du contrat » ; en ce sens, la note marginale du texte allemand de l'art. 392 CO, qui reprend la notion de fin de contrat [« III. *Endigungsgründe in der Person des Urhebers und des Verlegers* » : v. TROLLER, *Kommentar*, art. 392 N 14] est systématiquement plus rigoureuse que celle des versions française et italienne [« III. *Faits concernant la personne de l'éditeur ou de l'auteur* » ; « III. *Fatti personali dell'autore e dell'editore* »]). Or, pour les juges fédéraux, il n'est pas question de fin de contrat, mais seulement du droit à l'exécution de la prestation par un tiers ;
- la deuxième critique de la conception de notre Haute Cour se fonde sur un raisonnement plus pragmatique : selon le Tribunal fédéral, l'auteur a le droit de réclamer la différence de prix à l'éditeur initial. Or, il s'agit là d'une créance en argent qui ne sera que rarement remboursée dans le cadre d'une faillite (en ce sens : PEDRAZZINI, p. 94, note 11) ;
- enfin, plusieurs auteurs mettent en évidence qu'une application rigoureuse de l'art. 392 al. 3 CO ne permet pas de se distancer de l'art. 83 CO qui prévoit clairement la fin du contrat en cas d'insolvabilité. L'art. 392 al. 3 CO n'est finalement qu'une application spécifique du principe général de l'art. 83 CO.

¹⁷⁰¹ S'agissant de l'exclusion de l'art. 393 CO, v. ci-dessus, Titre I, pt. 4.2 (p. 6).

La situation est différente pour les contrats d'édition ayant pour objet l'impression *on demand* et le transfert *on-line*. Au regard de certaines règles du Titre douzième du Code des obligations, ces conventions sont atypiques.

Le tableau suivant résume la situation :

Articles appliqués	Publication à la demande (impression <i>on demand</i> et transfert <i>on-line</i>)
Art. 381 CO	application directe
Art. 382 al. 1 CO	application par analogie
Art. 382 al. 2 et 3 CO	application directe
Art. 383 al. 1 CO	application directe
Art. 383 al. 2 <i>in initio</i> CO	application par analogie
Art. 383 al. 2 <i>in fine</i> CO	non application
Art. 383 al. 3 CO	application par analogie
Art. 384 CO	application directe
Art. 385 al. 1 CO	application directe
Art. 385 al. 2 CO (notion d'édition)	application par analogie
Art. 385 al. 2 CO (notion de tirage)	non application
Art. 386 CO	application directe
Art. 387 CO	application directe
Art. 388 CO	application directe
Art. 389 al. 1 CO	application par analogie
Art. 389 al. 2 et 3 CO	application directe
Art. 390 CO	application directe
Art. 391 CO	application par analogie
Art. 392 CO	application directe

TITRE VI. CONSIDERATIONS FINALES

1. Un contrat nommé

L'impression traditionnelle – à la base du Titre douzième du Code des obligations – et la publication numérique sont issues de « générations » fondamentalement différentes. A première vue, il paraît difficile d'affirmer que les conventions portant sur une forme de publication numérique sont réglementées par les articles 380 à 392 CO.

Et pourtant : notre analyse démontre que la règle définitoire du contrat d'édition (art. 380 CO) est conçue de façon suffisamment large pour appréhender les contrats envisageables dans l'environnement numérique (impression des exemplaires de l'œuvre à l'aide d'une presse numérique, publication de supports de données, impression *on demand* et transfert *on-line*). Plus précisément, le sens littéral possible des notions légales analysées (« œuvre littéraire », « céder », « reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires », « et à la répandre dans le public »¹⁷⁰²) englobe à l'évidence les notions concrètes inhérentes à l'univers numérique (par exemple : « œuvre numérique », « envoi de l'œuvre par messagerie » [de l'auteur à l'éditeur], « publication de supports de données », « impression *on demand* », etc.). Au regard du modèle sémantique des trois candidats, ces notions concrètes représentent des candidats positifs. Le sens juridique des notions légales confirme la qualité des candidats (positifs).

Une convention (concrète) portant sur l'impression des exemplaires de l'œuvre à l'aide d'une presse numérique, la publication de supports de données, l'impression *on demand* ou le transfert *on-line* doit être qualifiée de contrat nommé. Il s'agit d'un contrat d'édition au sens du Titre douzième du Code des obligations.

2. Critiques ?

Le lecteur assidu – soit celui qui a eu la patience, après avoir pris connaissance du modèle méthodologique proposé au Titre III, de suivre page après page l'application de ce modèle au contrat numérique (Titre IV) – nous reprochera peut-être d'avoir mis en évidence avant tout, au cœur du Titre IV, les arguments susceptibles de qualifier le contrat numérique de contrat nommé. Plutôt que de rejeter totalement cette critique, il nous paraît préférable de souligner les deux éléments suivants :

- premièrement, nous avons effectué l'analyse de la règle définitoire du contrat d'édition en soulignant d'emblée les dispositions légales problématiques ou

¹⁷⁰² Y compris la notion légale « à son propre compte », contenue implicitement à l'art. 380 CO.

apportant une indication utile pour notre analyse¹⁷⁰³. Cette manière de faire – qui suppose une réflexion préalable, non visible pour le lecteur, destinée à éviter les longues explications sur des questions non problématiques – n'anticipe pas le résultat de l'analyse. Celle-ci a bien été menée pour l'essentiel (en pratique, il paraît difficile de qualifier un contrat concret sans aucune arrière-pensée) sans succomber à la tentation de partir du résultat (contrat nommé ou innommé) ;

- deuxièmement, succomber à la tentation – du moins dans une certaine mesure – de placer le contrat concret dans la classe d'un *contrat nommé* n'est pas criticable en soi. Une telle optique correspond au *judicial restraint* dont la prise en compte est nécessaire lors de toute qualification. Admettre trop rapidement l'existence d'un contrat innommé – ou pire encore le besoin d'une réglementation ponctuelle régissant le contrat numérique¹⁷⁰⁴ – signifierait le début de la perte d'une vision d'ensemble dans le domaine du droit d'édition¹⁷⁰⁵. Une telle conclusion impliquerait de considérer que certaines conventions (traditionnelles) conclues entre l'auteur et l'éditeur sont des contrats d'édition, à l'exclusion d'autres conventions concrètes, soit toutes celles ayant trait à la publication numérique. Cette classification doit être évitée.

3. Contrats typiques/atypiques

S'agissant du caractère typique/atypique des contrats concrets, les contrats portant sur la publication de supports de données doivent être considérés comme typiques. Les contrats ayant pour objet une œuvre publiée à la demande (impression *on demand* et transfert *on-line*) se révèlent atypiques au regard de certaines règles intégrées au cœur du Titre douzième du Code des obligations. En principe, l'application par analogie des règles non applicables directement permet de réglementer de manière satisfaisante ces conventions concrètes.

¹⁷⁰³ V. par exemple ci-dessus, Titre IV, Chapitre 6, pt. 4.4.1.b) (p. 191 ss), l'analyse de l'art. 383 al. 2 CO.

¹⁷⁰⁴ Comparer avec la citation de MONTESQUIEU, réactualisée par NOBEL, *Vorentwurf*, p. 355, dans le cadre de l'Avant-projet de loi sur la fusion : « *Ist ein Gesetz nicht notwendig, so ist es notwendig, kein Gesetz zu schaffen* ».

¹⁷⁰⁵ A la suite de PROBST, *Mise à prix*, p. 81, on notera que la cohérence de notre système juridique est trop souvent mise à mal en raison des réactions trop ponctuelles et isolées du législateur : comparer également avec la « Préface de la troisième édition » (3^e paragraphe) de l'ouvrage de TERCIER (Les contrats spéciaux, 2003).

TITRE VII. ARGUMENTS FONDANT NOTRE THÈSE

1. Interprétation au sens large

- (1) Les trois principales activités interprétatives du juge sont l'interprétation au sens étroit (*Auslegung*), le droit judiciaire lié (*gebundenes Richterrecht*) et le droit judiciaire « libre » (*gesetzesübersteigendes Richterrecht*).
- (2) L'interprétation au sens étroit est effectuée dans le cadre du sens littéral possible (*möglicher Wortsinn*) de la notion légale objet de l'analyse.
- (3) Le sens littéral possible est déterminé en fonction des éléments suivants : lecture des trois textes officiels dans leur ensemble ; références historiques (sens historique ou actuel) ; références linguistiques (sens technique/juridique ou usuel/courant) ; contexte dans lequel la notion légale analysée se situe.
- (4) En ce qui concerne les références historiques, il n'existe aucune hiérarchie permettant de retenir un sens (par exemple : sens historique) au détriment de l'autre (par exemple : sens actuel). La décision de se fonder sur l'un des sens (historique ou actuel) doit s'appuyer sur des arguments convaincants. Le sens – historique ou actuel – réunissant les arguments dotés de la plus grande force de conviction sera retenu.
- (5) Le sens juridique (*Normsinn*) d'une notion légale est défini sur la base des méthodes d'interprétation littérale, systématique, historique et téléologique. Soit il est compris dans le sens littéral possible de la notion légale, soit il s'écarte de celui-ci.
- (6) La décision de se fonder sur la méthode téléologique subjective ou sur la méthode téléologique objective, et, plus globalement, celle de fonder l'interprétation d'une notion légale en fonction de la méthode historique objective ou sur la base de la méthode actuelle objective doit s'appuyer sur des arguments convaincants. La méthode réunissant les arguments dotés de la plus grande force de conviction sera retenue¹⁷⁰⁶.

2. Éléments essentiels d'un contrat

- (1) Si toutes les notions (concrètes) composant les éléments essentiels du contrat concret analysé sont englobées par le sens littéral possible de toutes les notions (légales) composant les éléments essentiels du contrat nommé objet de l'interprétation, le contrat concret doit être qualifié de contrat nommé, à

¹⁷⁰⁶ Une unité de sens s'impose nécessairement entre le pt. (4) et le pt. (6).

condition toutefois que le sens juridique des notions légales soit toujours compris dans le sens littéral possible retenu¹⁷⁰⁷.

- (2) Un contrat nommé peut être typique ou atypique (de même, un contrat innommé peut être typique ou atypique).

3. Application au contrat numérique

- (1) Toutes les notions (concrètes) composant les éléments essentiels du contrat numérique (peu importe la forme de la publication numérique) sont englobées par le sens littéral possible des notions (légales) composant les éléments essentiels du contrat d'édition (règle définitoire ancrée à l'art. 380 CO). Le sens juridique des notions légales est compris dans le sens littéral possible de celles-ci.
- (2) Le contrat numérique est un contrat nommé (contrat d'édition au sens de l'art. 380 CO).
- (3) En ce qui concerne le choix entre les références historiques (sens historique ou sens actuel), le sens actuel a été retenu sur la base des arguments suivants : changement de circonstances depuis l'élaboration de la réglementation relative au contrat d'édition (fin du XIX^e siècle) ; compréhension des normes par les destinataires de la loi.
- (4) S'agissant du choix entre la méthode historique objective et la méthode actuelle objective, cette dernière a été retenue, en particulier en raison du changement de circonstances depuis l'élaboration de la réglementation relative au contrat d'édition (fin du XIX^e siècle).
- (5) Une convention ayant pour objet la publication de supports de données représente un contrat typique.
- (6) Au regard de certaines dispositions du Titre douzième du Code des obligations, les conventions (concrètes) ayant pour objet l'impression *on demand* et le transfert *on-line* révèlent des caractères atypiques. En principe, une application par analogie des règles non applicables directement est possible.

¹⁷⁰⁷ Ce qui ne sera pas le cas lors d'une réduction téléologique (en présence de candidats positifs) et lors d'une interprétation restrictive (en présence de candidats neutres).

TITRE VIII. MODÈLE DE CONTRAT NUMÉRIQUE¹⁷⁰⁸

Contrat d'édition numérique

entre

Adresse (y compris *e-mail*) :

et

Adresse (y compris *e-mail*) :

Préambule

Le but du présent contrat consiste en la publication (impression *on demand* //¹⁷⁰⁹ transfert *on-line*), par l'éditeur, de l'œuvre littéraire rédigée par l'auteur, dans les pays de langue française.

¹⁷⁰⁸ Ce modèle de contrat fait uniquement référence aux conventions d'édition atypiques (impression à la demande, transfert *on-line*). Le contrat portant sur la publication de supports de données (convention typique) – moins problématique – a donc été écarté. Le modèle de contrat a pour objet une seule édition.

Pour la rédaction de ce modèle, nous nous sommes inspiré (par ordre de priorité) :

- du *Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke* (ainsi que du *Kommentar zum Muster-Verlagsvertrag für belletristische Werke*) ;
- du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag* proposé par SCHMAUS, p. 162 ss ;
- des *Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke (Fassung 2000)* (v. SCHRICKER, Anh 2, p. 776 ss) ;
- du *Verlagsvertrag SBVV-1* ;
- du *Musterverlagsvertrag französisch*.

Nous y avons intégré le résultat de l'analyse effectuée dans le présent travail (en particulier, analyse des art. 381 à 392 CO).

Nous partons du principe que l'objet du contrat est une œuvre protégée par la LDA (ce qui sera le plus souvent le cas [v. ENGEL, *Contrats*, p. 466]).

¹⁷⁰⁹ Le signe « // » représente les variantes pouvant être adoptées contractuellement.

Article 1. Objet du contrat

- (1) L'objet du présent contrat est l'œuvre littéraire créée par l'auteur intitulée.....
- (2) Le titre définitif de l'œuvre sera fixé d'entente entre les parties avant la préparation, par l'éditeur, de l'exemplaire numérique modèle.
- (3) L'œuvre fera l'objet d'une impression *on demand* // d'un transfert *on-line*.

Article 2. Définitions

- (1) L'impression *on demand* représente l'impression papier des exemplaires de l'œuvre (à l'aide d'une presse numérique) suite à la commande des utilisateurs (effectuée sur le site de l'éditeur)¹⁷¹⁰.
- (2) // Le transfert *on-line* de l'œuvre est effectué suite à la commande des utilisateurs (effectuée sur le site de l'éditeur). Les exemplaires de l'œuvre sont transférés par *e-mail* sous format PDF, sous réserve de l'article 13 du présent contrat.

Article 3. Transfert des droits

- (1) L'auteur transfère à l'éditeur les droits de reproduction et de distribution en vue d'une impression *on demand* // d'un transfert *on-line*.
- (2) Le transfert des droits n'est pas limité dans l'espace.
- (3) Le transfert des droits a lieu pour une période de deux ans à partir de la conclusion du présent contrat // de la mise à disposition de l'œuvre sur le site de l'éditeur (// La période prévue sera prolongée d'une année si aucun des cocontractants n'exige la fin de la diffusion deux mois avant la date d'échéance) // jusqu'au (prévoir un terme) // tant que le nombre de téléchargements mensuels est supérieur à 300 exemplaires // jusqu'à l'échéance de la protection conférée par le droit d'auteur.
- (4) Le transfert des droits est limité à la publication en langue française. Aucun droit de traduction n'est transféré à l'éditeur¹⁷¹¹.

Article 4. Droits et devoirs de l'auteur

- (1) L'auteur s'engage à remettre à l'éditeur son œuvre sur un support de données (disquette, CD-ROM) // par *e-mail* (à l'adresse indiquée ci-dessus), en plus d'un exemplaire sous format papier.

¹⁷¹⁰ Nous présentons ici un modèle où l'utilisateur ne peut effectuer aucun choix quant à l'aspect formel de l'œuvre (qualité et couleur du papier).

¹⁷¹¹ Cette précision est destinée à donner plus de clarté au contrat. Elle ressort déjà de la finalité du contrat.

- (2) L'éditeur s'engage à communiquer à temps à l'auteur sous quelle forme (traitement de texte, police, notes de bas-de-page, etc.) le texte doit être rédigé.
- (3) L'auteur est tenu de remettre l'œuvre à l'éditeur jusqu'au..... . Une modification de ce terme n'est envisageable que pour des raisons objectivement justifiées et d'entente avec l'éditeur. Si l'auteur ne respecte pas le terme convenu et qu'il n'existe aucune raison objectivement justifiée pour une modification de ce terme ou si l'œuvre remise n'est pas conforme au contrat, l'éditeur est autorisé à se départir du contrat (résolution). Préalablement, l'éditeur doit avoir accordé à l'auteur un délai raisonnable pour effectuer la remise de l'œuvre (ou intégrer un complément ou une retouche) et avoir déclaré à l'auteur qu'il refusera la prestation de celui-ci une fois ce délai écoulé.
- (4) L'auteur est tenu de conserver l'œuvre en lieu sûr sous format papier et sur un support de données (disquette ou CD-ROM). Il s'engage à remettre celui-ci à l'éditeur – contre remboursement des frais ainsi engendrés – si l'éditeur perd l'exemplaire et le support de données (*// contenu de l'e-mail*) reçus.
- (5) L'auteur s'engage à entreprendre la correction des épreuves, à vérifier la mise en page sans rémunération spécifique et à livrer à l'éditeur le bon à tirer dans le délai convenu entre les parties. Si l'éditeur ne reçoit pas le bon à tirer dans ce délai, il est légitimé à entreprendre la publication.
- (6) L'auteur entreprend la correction des épreuves (et la vérification de la mise en page) : sur l'exemplaire papier qui lui a été remis par l'éditeur ; *//* sur le document qui lui a été envoyé par *e-mail* (*indiquer le format*) par l'éditeur (l'auteur doit alors : imprimer une version papier de l'œuvre, entreprendre les corrections sur celle-ci et renvoyer l'épreuve corrigée à l'éditeur ; *//* entreprendre les corrections sur le document numérique et renvoyer celui-ci à l'adresse *e-mail* de l'éditeur) ; *//* en ayant un accès *on-line* à l'épreuve pendant le délai convenu entre les parties (art. 4 al. (5) du présent contrat) (dans ce cas, l'éditeur est tenu de transmettre à temps les informations nécessaires à l'auteur).
- (7) Le support de données et l'exemplaire papier remis à l'éditeur sont la propriété de ce dernier. L'éditeur est libre de travailler sur ces supports (préparation de la publication).
- (8) Les photographies, illustrations, etc. (complétant l'œuvre) intégrées au cœur de l'œuvre doivent être remises à l'éditeur selon la règle de l'art. 4 al. (3) du présent contrat.
- (9) Les photographies, illustrations, etc. remises à l'éditeur avec le manuscrit doivent être rendues à l'auteur lorsque l'exemplaire numérique modèle est préparé.

Article 5. Droits et devoirs de l'éditeur

- (1) L'éditeur s'oblige à entreprendre le travail de lectorat et à préparer la publication selon ce qui est usuel.

- (2) Il est tenu d'intégrer les corrections et rectifications (effectuées par l'auteur) entre le moment où il reçoit le bon à tirer et celui où la publication débute, pour autant que cela soit réalisable et ne porte pas atteinte aux intérêts de l'édition.
- (3) Il s'engage à publier (c'est-à-dire à placer l'œuvre, susceptible d'être commandée, sur le site *web* prévu à cette effet) la version de l'œuvre admise par l'auteur (bon à tirer) à son propre compte.
- (4) L'éditeur détermine le prix de l'œuvre (prix dont l'utilisateur/lecteur sera tenu de s'acquitter avant d'avoir accès à l'œuvre).
- (5) L'éditeur définit les aspects formels de l'œuvre (format, couleur, etc.) ainsi que la présentation de celle-ci sur le site *web*.
- (6) En matière de transfert *on-line*, l'éditeur est autorisé à intégrer au cœur de l'œuvre les fonctions suivantes : liens placés à l'intérieur du document¹⁷¹², appels de notes¹⁷¹³, fonction de recherche de mots, dictionnaire¹⁷¹⁴, possibilité de souligner (ou surligner) un passage du texte, de prendre des notes personnelles en marge de l'œuvre, insertion de marque-pages.
- (7) L'éditeur s'engage à mettre en évidence le nom de l'auteur de façon convenable sur l'œuvre objet de la publication.
- (8) L'éditeur est tenu de prendre les mesures utiles afin de donner à l'œuvre une publicité convenable. Il a en particulier le droit : a) de rédiger un texte publicitaire général (destiné à présenter l'œuvre), d'effectuer un résumé du contenu de l'œuvre, de confectionner une brève biographie de l'auteur, dans le but d'intégrer ces textes dans l'édition de l'œuvre ou afin de les utiliser d'une autre manière à des fins publicitaires. Les informations nécessaires en vue de la préparation de ces textes sont données par l'auteur ; b) d'utiliser tous les moyens (médiatiques) à disposition, en particulier l'internet ; c) de diffuser des parties de l'œuvre, à des fins publicitaires¹⁷¹⁵, sans mesures techniques de protection ; d) de diffuser les exemplaires destinés aux services de presse // de transmettre par *e-mail* les exemplaires destinés aux services de presse.
- (9) Si, une fois le travail d'informatique éditoriale effectué, l'éditeur perd l'exemplaire numérique modèle, il est tenu de rétablir celui-ci à ses frais.

Article 6. Responsabilité de l'éditeur

- (1) L'éditeur se dégage de toute responsabilité en cas de problèmes techniques (par exemple : non accessibilité de l'œuvre) survenant sur le site *web* présentant l'œuvre de l'auteur, si ces problèmes ne trouvent pas leur origine dans sa sphère de compétence.

¹⁷¹² Un « clic » sur le lien permet d'accéder instantanément à d'autres parties du texte.

¹⁷¹³ Accès à la note (ou à la référence) en cliquant sur l'appel de notes.

¹⁷¹⁴ En pointant sur un mot, la définition s'affiche.

¹⁷¹⁵ En Allemagne, on parle de *Leseprobe*.

Article 7. Garanties

- (1) L'auteur garantit que l'œuvre n'a été ni totalement, ni en partie, remise à un tiers en vue d'une édition et qu'à la connaissance de l'auteur l'œuvre n'a pas été publiée d'une autre manière.
- (2) L'auteur garantit qu'il possède les droits d'auteur sur l'œuvre et qu'il est ainsi totalement légitimé à transférer à l'éditeur les droits d'auteur mentionnés à l'article 3 du présent contrat (exception faite des éventuelles parties de l'œuvre provenant de tiers [par exemple : photos, reprises de texte, etc.] dont l'auteur doit requérir les droits d'auteur, avec le soutien de l'éditeur).
- (3) Il incombe à l'éditeur de vérifier si l'œuvre objet du contrat est susceptible de générer des violations du droit de la personnalité (de tierces personnes).

Article 8. Début de la publication

- (1) La publication probable de l'œuvre est prévue pour le, mais elle doit avoir lieu au plus tard le
- (2) Une modification de ce dernier terme n'est envisageable que pour des raisons objectivement justifiées et d'entente avec l'auteur (à moins que la modification du terme soit nécessaire en raison d'une cause inhérente à l'auteur).
- (3) Si l'éditeur ne respecte pas le terme convenu et qu'il n'existe aucune raison objectivement justifiée pour une modification de ce terme, l'auteur est autorisé à se départir du contrat. Préablement, l'auteur doit avoir accordé, par écrit, à l'éditeur un délai supplémentaire de jours pour que l'éditeur publie l'œuvre et avoir déclaré à l'éditeur qu'il se départirait du contrat une fois ce délai écoulé.
- (4) Passé le dernier délai, l'auteur a le droit, après une sommation écrite, de se départir du contrat (résolution). Les droits mentionnés à l'article 3 du présent contrat retournent à l'auteur et le contrat est résolu. L'auteur n'a pas à restituer l'éventuelle avance d'honoraires déjà versée.

Article 9. Devoir d'abstention de l'auteur

- (1) L'auteur est tenu de s'abstenir, pendant la durée du contrat (art. 3 (3) du présent contrat), de publier l'œuvre, totalement ou partiellement, *in-line*, *off-line* et par le biais d'une impression traditionnelle.

Article 10. Honoraires

- (1) Pour chaque exemplaire de l'œuvre vendu, l'auteur reçoit un honoraire calculé sur la base du prix de vente de l'œuvre, déduction faite de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).
- (2) L'honoraire se monte à : ... % jusqu'à ... exemplaires vendus ; ... % jusqu'à ... exemplaires vendus ; ... % jusqu'à ... exemplaires vendus.

- (3) A la conclusion du présent contrat, l'auteur reçoit une avance d'honoraires de Frs. ... Cette avance est partie intégrante du compte d'honoraires (compte des droits d'auteur).
- (4) Le comptes d'honoraires est arrêté une fois tous les ans, d'après l'inventaire fixé au (date). Le paiement des honoraires est effectué au cours du troisième mois qui suit l'inventaire.
- (5) Si l'éditeur tarde à établir le compte d'honoraires ou à effectuer le paiement de ceux-ci, l'auteur doit lui fixer un délai de ... mois et déclarer à l'éditeur qu'il se départira du contrat une fois le délai écoulé. Une fois ce délai écoulé, l'auteur peut, par écrit, se départir du contrat (résiliation).
- (6) Si des doutes justifiés subsistent quant au calcul du compte d'honoraires, l'auteur a le droit de faire examiner le compte par un bureau fiduciaire. S'il s'avère que le compte d'honoraires était manifestement faux, l'éditeur doit supporter les frais de l'examen.
- (7) L'éditeur est autorisé à conserver les honoraires annuels n'atteignant pas Frs. 100.- et à les remettre à l'auteur lorsque ce montant est atteint. Le montant conservé ne porte pas intérêt.
- (8) L'envoi d'exemplaires papier de l'œuvre // la mise à disposition *on-line* d'exemplaires de l'œuvre (ou de parties de celle-ci) destinés à la publicité, à une présentation de l'œuvre par l'éditeur et/ou des tiers, ainsi que les exemplaires gratuits transmis à l'auteur ne sont pas pris en compte pour le calcul des honoraires.
- (9) L'auteur déclare exercer une activité indépendante. Il est responsable de déclarer les honoraires reçus à la caisse AVS.

Article 11. Livres destinés à l'auteur

- (1) L'auteur reçoit gratuitement un exemplaire numérique gratuit (transfert *on-line*)
// exemplaires sous format papier (impression *on demand*).

Article 12. Sociétés de gestion

- (1) A la date de la conclusion du présent contrat, l'auteur est membre des sociétés de gestion suivantes : ;
- (2) A la date de la conclusion du présent contrat, l'éditeur est membre des sociétés de gestion suivantes : ;

Article 13. Mesures techniques¹⁷¹⁶

- (1) L'éditeur s'assure que l'œuvre numérique fasse l'objet d'une protection (contre l'accès et contre la copie illicites). Il doit en outre mettre en œuvre l'article 11

¹⁷¹⁶ Concernant uniquement le transfert *on-line*.

du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (obligations relatives aux mesures techniques). Dans la mesure du possible, il est tenu de se fonder sur le nouvel état de la technique.

- (2) En particulier, le livre numérique transféré *on-line* doit pouvoir être utilisé uniquement sur un appareil de lecture et ne pas pouvoir être copié sur un support de données (*par exemple*) // ne doit pas pouvoir être imprimé // doit pouvoir être imprimé au maximum à ... exemplaires¹⁷¹⁷.
- (3) Dans la mesure où il a respecté ses obligations au regard des alinéas (1) et (2), l'éditeur ne répond pas de l'activité illicite de tiers (contournement des mesures techniques de protection).

Article 14. Nouvelles versions de l'œuvre

- (1) Une fois par année, l'auteur et l'éditeur décident de l'opportunité de confectionner une nouvelle version de l'œuvre (œuvre incorporant modifications et améliorations).
- (2) Si les parties considèrent qu'il est nécessaire de préparer une nouvelle version de l'œuvre, ils fixent dans une convention spécifique le terme auquel la livraison de cette version devra être effectué, les grandes lignes de la nouvelle version, le terme de la publication de l'œuvre, ainsi que les autres questions relatives à la nouvelle version. Cette convention spécifique est alors partie intégrante du présent contrat.
- (3) Dès la publication de la nouvelle version de l'œuvre, l'éditeur est tenu d'enlever la première version de l'œuvre présente sur son site *web*.
- (4) Si l'éditeur estime qu'une nouvelle version n'est pas opportune, l'auteur peut exiger de l'éditeur qu'il explique les raisons du refus. Pour ce faire, il fixe un délai de ... jours à l'éditeur en précisant à celui-ci qu'il se départira du contrat (résiliation) si l'éditeur ne donne aucune explication ou s'il renouvelle son refus. Passé ce délai, ou après le renouvellement du refus de l'éditeur, l'auteur est autorisé à se départir du contrat (l'effet a lieu au moment de la réception par l'éditeur de la déclaration de l'auteur).
- (5) Si l'auteur refuse de préparer une nouvelle version, l'éditeur ne peut l'obliger à entreprendre celle-ci¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁷ De nombreuses variantes sont envisageables. Il convient d'adapter cette clause à l'état de la technique et aux volontés de l'auteur et de l'éditeur.

¹⁷¹⁸ Nous avons choisi ici de retenir une clause qui, à l'évidence, avantage l'auteur. Il est également possible de prévoir que l'éditeur peut alors confier la confection de la nouvelle version à un tiers (v. le § 21 (5) et (6) du *Muster für einen E-Book-Verlagsvertrag* proposé par SCHMAUS, p. 175).

Article 15. Diminution du prix de vente

- (1) L'éditeur a le droit de diminuer le prix de vente de l'œuvre, si le nombre d'exemplaires vendus n'atteint pas exemplaires en une année. Dans tous les cas, l'éditeur garde à sa charge les coûts de la publication.
- (2) Les honoraires de l'auteur sont alors calculés en fonction du nouveau prix.
- (3) Si la diminution du prix de vente se révèle non exécutable ou dénuée de sens économiquement, l'éditeur peut retirer l'œuvre de son site *web*. Le contrat d'édition prend alors fin.
- (4) L'éditeur est tenu d'informer l'auteur avant de diminuer le prix de vente, le cas échéant, avant de retirer l'œuvre de son site *web*.

Article 16. Reprise de l'édition

- (1) En cas de reprise de l'édition par un éditeur-tiers, l'auteur peut, s'il existe de justes motifs, demander la restitution des droits transférés à l'article 3 du présent contrat. Sont notamment considérés comme de justes motifs, les modifications relatives au programme éditorial, le changement crasse d'orientation idéologique (ou autre) de l'éditeur, etc.

Article 17. Fin du contrat

- (1) A la fin du rapport contractuel, l'éditeur est tenu de retirer immédiatement et complètement l'œuvre du site *web* sur lequel elle était présentée.

Article 18. For

- (1) Avant d'intenter une action devant une autorité judiciaire ordinaire, les parties recherchent un accord amiable dans le cadre d'une procédure de médiation extrajudiciaire.
- (2) L'autorité de médiation se constitue de (*définir les membres*).
- (3) Le lieu d'exécution et le for sont situés au siège de l'éditeur.

Article 19. Dispositions finales

- (1) Une modification ou une adjonction au présent contrat nécessite la forme écrite.

(2) Le présent contrat est valable également pour les ayants cause (en cas de décès de l'auteur).

(3) Le présent contrat est soumis au **droit suisse**.

....., le , le

Auteur

Editeur

Emmanuel Piaget
Docteur en droit, avocat

Le contrat d'édition portant sur une publication numérique

Analyse des articles 380 ss CO sur la base d'un modèle méthodologique permettant de distinguer contrats nommés et innommés

Un contrat portant sur une forme de publication numérique représente-t-il encore un contrat d'édition au sens de l'article 380 CO ou doit-il être qualifié de contrat innommé?

Afin de répondre à cette question, l'auteur a développé un modèle méthodologique permettant de distinguer contrats nommés et innommés. Ce modèle intègre les nombreux développements entrepris par les doctrines suisse et allemande en matière d'interprétation. Il est appliqué à la réglementation du contrat d'édition (art. 380 ss CO). L'utilité du modèle développé se révèle cependant être beaucoup plus large puisqu'il peut être appliqué à d'autres contrats (par exemple, le contrat de mandat).

En annexe, l'auteur présente un modèle de contrat portant sur deux formes de publication numérique (impression à la demande et transfert on line).

The logo consists of the letters 'ASR' in a bold, stylized, sans-serif font. The 'A' and 'S' are connected, and the 'R' is separate.