

*Vol. 28, n° 2*

## **Droit international privé et propriété littéraire et artistique – le repli français**

**Nicolas Binctin\***

INTRODUCTION .....	327
1. L'ÉLOIGNEMENT DE L'ÉTAT D'ORIGINE .....	330
1.1 Évolution de la jurisprudence .....	331
1.1.1 La solution classique .....	331
1.1.2 Le revirement .....	333
1.2 La portée des revirements .....	338
2. LOUBLI DE L'ÉTAT D'ORIGINE.....	342
2.1 La solution en droit de l'Union.....	344
2.2 L'application en droit interne.....	347
CONCLUSION.....	354

---

© Nicolas Binctin, 2016.

\* Professeur agrégé de la Faculté de droit et sciences sociales de l'Université de Poitiers.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]



## INTRODUCTION

L'appréhension par la propriété littéraire et artistique des enjeux de l'internationalisation est consubstantielle au développement de la matière et s'organise dès le dernier quart du 19<sup>e</sup> siècle. Alors que les régimes de droit d'auteur commençaient à prendre des chemins différents d'un État à l'autre<sup>1</sup>, la plupart des États dotés d'une industrie créative forte parvenaient à s'accorder autour de la Convention de Berne. Le mouvement fut maintenu par l'adhésion des États à la Convention de Rome et le système connut une nouvelle actualité avec l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne. En parallèle de cette construction internationale de la propriété littéraire et artistique, les modes de diffusion et de consommation des créations ont évolué. Il semble qu'aujourd'hui, au regard de ces pratiques, la question du droit applicable aux exploitations en ligne soit une question plus importante que la mise en place d'une convention plus que centenaire. Les juges ont fort à faire avec l'application des solutions de droit international privé à ces nouvelles situations. Ainsi, la détermination de la loi applicable connaît une difficulté spécifique lorsque la contrefaçon est commise à distance.

Dans l'arrêt *Waterworld* du 30 janvier 2007<sup>2</sup>, la Cour de cassation retient qu'au sens de l'article 5§2 de la Convention de Berne, la loi applicable « n'est pas celle du pays où le dommage est subi mais celle de l'État sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux ». Par application de cette disposition, la Cour de cassation a reconnu l'application de la loi française dans l'affaire *Google Image*<sup>3</sup>. L'application de cette règle de compétence à la contrefaçon par

- 
1. Voir Yves Mausen et Laurent Pfister, *La construction du droit d'auteur – Entre autarcie et dialogue* (Montpellier, Presses de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, 2013).
  2. Cass civ 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2007, *Bull civ I*, n° 44, [2008] *Communication Commerce électronique*, chronique 1 n° 4 et Étude 8, obs Marie-Élodie Ancel ; même auteure, [2008] *Journal du Droit International*, p 163 ; Édouard Treppoz, « Loi applicable et contrefaçons internationales en matière de cinéma », [2008] *Gazette du Palais*, doct p 1291.
  3. Cass civ 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2012, *Bull civ I*, n° 162 ; [2012] *Recueil Dalloz* 1879, obs Cédric Manara ; [2012] *Recueil Dalloz* 2071, concl Cécile Petit ; [2012] *Recueil Dalloz* 2075, note Céline Castets-Renard ; [2012] *Recueil Dalloz* 2331, spéc à la p 2339, obs Louis d'Avout ; [2012] *Recueil Dalloz* 2343, spéc à la p 2348, obs Pascale Tréfigny.

Internet lui a donné une application extensive<sup>4</sup>. Il a, dans un premier temps, été retenu que lorsqu'une infraction à un droit de propriété intellectuelle est commise par diffusion en ligne, le fait dommageable se produit au lieu où il est possible d'y accéder, techniquement en tout lieu. Le juge du ressort dans lequel un constat établissant les faits était alors compétent. Une telle solution confère une compétence universelle au juge, ce qui a conduit à une analyse plus précise de la règle de compétence en prenant en considération le public visé<sup>5</sup>. Ce public sera apprécié, suivant la théorie de la focalisation, au regard des services proposés par le site<sup>6</sup>, au regard de la langue de ce dernier<sup>7</sup>, des devises proposées pour les transactions, etc. Il faut aussi prendre en considération la qualité du requérant, notamment si ce dernier est un consommateur<sup>8</sup>. Ainsi, pour la compétence juridictionnelle, les juges ne se contentent plus du critère dit de « l'accessibilité » pour fonder leur propre compétence<sup>9</sup> même lorsque l'affaire est présentée devant une juridiction répressive<sup>10</sup>.

Toutefois, l'actualité jurisprudentielle française a permis de constater que des solutions anciennes de mise en œuvre de la Convention de Berne, semblant acquises et adaptées à la propriété intellectuelle, même dans un environnement juridique où les questions

- 
4. Voir pour une synthèse, Marie-Élodie Ancel, « Quel juge en matière de contrefaçon ? », *Droit international privé et propriété intellectuelle* (Paris, Lamy, 2010) aux §148 et ss.
  5. Cass com, 11 janvier 2005, aff *Boss*, [2006] *Semaine juridique* G, I 103, note Christophe Caron ; même auteur [2005] *Communication Commerce électronique*, comm. 35 ; [2005] *Légipresse*, n° 221, III-77, note Jérôme Passa.
  6. Cass com, 9 mars 2010, *Bull civ IV*, n° 46 ; [2010] *Recueil Dalloz* 1183, note Gwendoline Lardeux, 2323, obs Louis d'Avout et Stéphane Bollée, et 2540, obs Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; [2010] *Communication Commerce électronique*, comm. 47, obs Christophe. Caron.
  7. En ce sens, Cass com, 7 décembre 2010, *Bull civ IV*, n° 189 ; [2011] *Recueil Dalloz* 6 ; [2011-02-23] *Gazette du Palais*. n° 53, 21, obs Laure Marino ; dans le même sens, Cass civ 1<sup>re</sup>, 7 mai 2010, *Bull civ I*, n° 106 ; Cass civ 1<sup>re</sup>, 7 mai 2010, *Bull civ I*, n° 107.
  8. CJUE, 7 décembre 2010, aff C-585/08, *Pammer*, [2011] *Recueil Dalloz* 5, obs Cédric Manara, p 990, note Marie-Ève Pancrazi, p 908, obs Sylviane Durrande, p 974, obs Élise Poillot et p 1374, obs Fabienne Jault-Seseke ; [2011] *Revue critique de droit international privé* 414, note Olivier Cachard ; [2011] *Revue trimestrielle de droit européen* 475, obs Emmanuel Guinchard.
  9. En droit des marques, Cass com, 20 septembre 2011, n° 10-16569, [2012] *Recueil Dalloz* 2331, spéc à la p 2339, obs Louis d'Avout ; CJUE, 12 juill. 2011, aff C-324/09, *L'Oréal SA c eBay International AG*, [2011] *Recueil Dalloz* 1965, obs Cédric Manara ; [2011] *Recueil Dalloz* 2054, point de vue Pierre-Yves. Gautier, [2012] *Recueil Dalloz* 1228, obs Hélène Gaudemet-Tallon ; [2011] *Revue trimestrielle de droit européen* 847, obs Édouard Treppoz.
  10. Cass crim 29 novembre 2011, *Bull crim* 240 ; [2012] *Recueil Dalloz* 2339, obs Louis d'Avout ; [2012] *Revue trimestrielle de droit commercial* 207, obs Bernard Bouloc.

semblent être ailleurs, peuvent connaître une profonde remise en cause. L'article 5§2 de la Convention de Berne dispose :

La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

Cet article 5§2 était au cœur d'une controverse<sup>11</sup>. Le texte paraît conférer un domaine d'application général à la règle désignant la loi du pays où la protection est réclamée, ou pour dissiper tout risque de confusion entre la *lex fori* et la *lex loci protectionis*, la loi du pays « pour lequel » la protection est demandée. Se pose toutefois la question de savoir s'il ne laisse pas un rôle à la loi du pays d'origine, entendu au sens de l'article 5§4 de la Convention, c'est-à-dire pour les œuvres publiées, le pays de première publication et, pour les œuvres non publiées, le pays dont l'auteur est le ressortissant ou dans lequel il a sa résidence ou, s'agissant des films, où le producteur a son siège ou sa résidence habituelle. L'enjeu pratique est, à cet égard, de savoir si l'article 5§2 impose de remettre la titularité initiale à la loi du pays de protection ou s'il laisse la porte ouverte, par application du droit commun, à l'application de la loi du pays d'origine. La majorité de la doctrine penche pour la première lecture, mais la seconde interprétation a été retenue en France par quelques décisions des juges du fond.

Les tribunaux français ont longtemps considéré, en majorité, que cette solution n'apportait pas de réponse sur la question du titulaire des droits, qu'il soit titulaire initial ou cessionnaire. En effet, pour pouvoir faire valoir des droits d'auteur devant une juridiction, encore faut-il pouvoir intervenir en cette qualité d'« auteur » de l'œuvre, titulaire initial des droits sur cette même œuvre, ou en tant que titulaire des droits pour les avoir acquis. Du fait de ce silence, les tribunaux décidaient majoritairement que, pour déterminer si le titulaire des droits d'auteur pouvait se prévaloir de cette qualité, il fallait se référer à la loi du pays d'origine de l'œuvre. Cette position avait notamment été adoptée par la Cour d'appel de Paris dans le cadre de litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle de la société *Marie-Claire* pour la reprise d'éléments de couverture de

11. Sam Ricketson et Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (Oxford, Oxford University Press, 2006) au §20.08.

son magazine en Pologne<sup>12</sup>, de *Swarovski* France s'agissant de la contrefaçon de ses créations<sup>13</sup> ou encore par la Cour de cassation dans une affaire opposant la société de production de film Universal City à un auteur à propos de la contrefaçon de son roman<sup>14</sup>.

La question est de savoir si certaines caractéristiques du régime qui leur est applicable doivent ou non être déterminées une fois pour toutes. Ce point est classique mais fondamental, un préalable qui se pose en matière de droit d'auteur et de droits voisins, soit de déterminer le rôle respectif que doivent jouer la loi dite « du pays d'origine » et la loi dite « du pays de protection ». Les solutions du droit français ont évolué sur cette question, avec, d'une part, un éloignement de l'État d'origine puis, dans le cadre de rapport intra-européen, l'oubli de l'État d'origine.

## 1. L'ÉLOIGNEMENT DE L'ÉTAT D'ORIGINE

Les Conventions de Berne et de Rome désignent, respectivement pour les droits d'auteur et les droits voisins, l'application de la loi où la protection – c'est-à-dire le respect de la propriété – est demandée. Les conventions internationales sont multiples mais elles portent une solution unifiée pour la propriété intellectuelle, essayant de concilier la compétence de la loi d'origine et celle de la loi locale<sup>15</sup>, celle du pays sur le territoire duquel l'effet de la propriété est réclamé. Dans ce schéma, le droit de propriété intellectuelle naît toujours dans un État d'origine, soit par l'effet d'une création (de la publication pour que ce soit opposable aux tiers) soit à la suite d'une formalité auprès d'un office. Cette propriété est ensuite revendiquée dans d'autres États sans jamais qu'elle puisse avoir un périmètre plus étendu que dans l'État d'origine, revendication qui s'effectue de façon différente selon les régimes de propriété.

La condition des étrangers est principalement soumise à une règle de réciprocité. L'article L. 111-4 du *Code propriété intellectuelle* [Code] avance, pour le droit d'auteur, une règle de conflit de lois qui précise la condition des étrangers, sans qu'il n'y ait de distinction faite selon la nationalité de l'auteur<sup>16</sup> ou du propriétaire : l'effet du droit

12. CA. Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, n° 06/06988.

13. C.A. Paris 16, février 2007, n° 05/14890.

14. Cass civ 1, 30 janvier 2007, n° 03-12354, *Bull civ I*, n° 44.

15. Sur la remise en cause de cette approche pour la propriété intellectuelle, voir Michel Vivant, « Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle », [2011] *Recueil Dalloz* 2351.

16. Valérie-Laure Benabou, « De Phil Collins à Bob Dylan, le principe de non-discrimination à raison de la nationalité en propriété intellectuelle », *Droits de propriété*

d'auteur en France ne peut être revendiqué que si l'œuvre divulguée pour la première fois en France bénéficie dans l'État d'origine d'une protection suffisante et efficace<sup>17</sup>. Le cas du logiciel est traité de façon autonome (article L. 111-5 Code) ; le législateur maintient le principe de réciprocité de l'article L. 111-4 Code mais précise que le logiciel étranger est traité comme le logiciel français et non pas comme les autres biens intellectuels appropriés par le droit d'auteur. On lui applique les restrictions du régime de propriété, tant pour le droit moral que pour le droit patrimonial. Toutefois, hors de l'application des solutions conventionnelles, la jurisprudence désigne pour le droit d'auteur l'État de la première divulgation de l'œuvre comme celui dirigeant l'existence du droit de propriété. En revanche, la question de la mise en œuvre de la propriété reste toujours soumise à la loi de l'État dans lequel elle est demandée<sup>18</sup>.

## 1.1 Évolution de la jurisprudence

Il faut revenir sur la solution qui était classiquement admise en droit français et le revirement intervenu en 2013, bouleversant l'agencement général.

### 1.1.1 La solution classique

La solution classique en France fut apportée par l'arrêt *Le Chant du Monde*<sup>19</sup>. Dans cette affaire, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi introduit à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel de Paris qui s'était référée à la loi russe afin d'apprécier l'existence d'un droit d'auteur sur des compositions musicales d'artistes soviétiques qui avaient été incorporées, sans autorisation, dans une œuvre cinématographique américaine exploitée en France. Dans un arrêt de 2009<sup>20</sup>, la Cour de cassation maintenait la solution du pays d'ori-

---

*intellectuelle – Liber amicorum G. Bonet*, collection IRPI, tome 36 (Paris, Litec, 2010) à la p 29.

17. Jean-Sylvestre Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, collection Bibliothèque de droit privé, tome 266 (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996) [Bergé] ; Jacques Raynard, *Droit d'auteur et conflit de lois* (Paris, Litec, 1990) ; Henri Jacques Lucas, André Lucas et Agnès Lucas-Schloetter, *Traité de propriété littéraire et artistique* (Paris, LexisNexis, 2012) aux §1289 et ss ; Tristan Azzi, « Réciprocité et protection internationale du droit d'auteur : plaidoyer pour l'abrogation de l'article L. 111-4 CPI », dans *Droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum G. Bonet*, collection IRPI, tome 36 (Paris, Litec, 2010) à la p 9.

18. En ce sens, Louis d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, (Paris, Economica, 2006) aux §66 et ss.

19. Cass fr, 22 décembre 1959, [1960] *Recueil Dalloz* 93 note Georges Holleaux.

20. Cass civ 1, 17 décembre 2009, n° 07-21115 et 07-21553, *Bull civ I*, n° 253.

gine. Elle décide que les conditions d'application de la Convention de Berne, prévues à son article 18§1, qui stipule que « la présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas tombées dans le domaine public dans le pays d'origine par l'expiration de la durée de protection », doivent s'apprécier au regard des dispositions de l'article 5§2 de cette même Convention en vertu desquelles la jouissance et l'exercice des droits de propriété littéraire et artistique ne sont subordonnés à aucune formalité. Une Cour d'appel en a exactement déduit que la Convention a vocation à s'appliquer aux œuvres tombées dans le domaine public pour toute autre cause que l'expiration de la durée de protection. L'application partagée des solutions de la Convention de Berne fut reprise à de nombreuses reprises par les juges du fond<sup>21</sup>.

La doctrine était divisée sur la solution retenue. Les partisans d'un renvoi partiel à la *lex loci originis* sont divisés sur l'étendue de la compétence de cette loi<sup>22</sup>. L'appropriation doit être possible dans l'État d'origine pour qu'elle puisse être revendiquée dans un État tiers<sup>23</sup>. Une majorité remet la détermination de la titularité initiale des droits à la loi du pays d'origine<sup>24</sup>. Certains auteurs préconisent un recours plus large à cette loi, et en particulier pour toutes les questions relevant de la jouissance ou de l'existence des droits, cette dernière étant définie par référence aux deux éléments irréductibles du droit d'auteur : l'œuvre et son auteur. Soutenant cette approche, Jean-Sylvestre Bergé distingue ainsi les prérogatives relevant de l'existence du droit (les conditions de protection, y compris la condition relative à la non-extinction du droit, la titularité originaire) de celles relevant de l'exercice du même droit (les différentes prérogatives du droit d'auteur ; les exceptions et licences légales)<sup>25</sup>. Cette approche laissait un espace marginal à l'arrêt *Huston* remettant en cause la compétence de la loi du pays d'origine, à tout le moins en matière de titularité des droits moraux. D'autres auteurs retenaient, à l'inverse,

21. C.A. Paris, 6 juillet 1989, (1990) 143 *Revue internationale du droit d'auteur* 329 ; C.A. Paris, 14 mars 1991, [1992] *Semaine juridique G*, 1992, II, n. 21.780 ; C.A. Versailles, 17 décembre 1993, (1994) 162 *Revue internationale du droit d'auteur* 448 ; C.A. Paris, 20 septembre 1994, (1995) 164 *Revue internationale du droit d'auteur* 362 ; C.A. Paris, 9 février 1995, (1994) 166 *Revue internationale du droit d'auteur* 310.

22. Voir André Kerever, « Propriété intellectuelle – la détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées », [1996] *Bulletin du droit d'auteur* 14.

23. Voir Marie Laure Niboyet et Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd, (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009) au §44 [Niboyet-Pradelle].

24. Voir en jurisprudence, C.A. Paris, 14 mars 1991, *supra* note 21 ; TGI Rennes, 22 juin 1992, [1999] *Revue critique de droit international privé* 76.

25. Bergé, *supra* note 17 à la p 226.



qu'il fallait une application intégrale de la solution de la Convention de Berne et que le renvoi de l'article 5§2 couvre l'ensemble des éléments relevant du droit d'auteur. Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), dans un rapport de 2003<sup>26</sup>, retenait qu'il serait opportun qu'en matière de droit d'auteur, les plus hautes instances juridictionnelles françaises tranchent, dès que l'occasion se présentera, la question de savoir si, comme elle le pense, l'article 5§2 de la Convention de Berne peut être interprété comme renvoyant à la loi du pays d'origine, par application du droit commun, la détermination du titulaire des droits sur une œuvre donnée.

### **1.1.2 Le revirement**

La demande du CSPLA fut exaucée tardivement mais de façon très tranchée puisque la Cour a renouvelé au travers de plusieurs arrêts sa nouvelle doctrine et l'a appliquée non seulement au droit d'auteur mais aussi aux droits voisins.

Cette solution semble remise en cause par deux arrêts de la Cour de cassation<sup>27</sup> consacrant une vision radicale de la territorialité à propos de la question de la titularité du droit d'auteur, question soumise par la Cour à la *lex protectionis*, en l'occurrence la loi française, au visa de l'article 5§2 de la Convention de Berne. Dans trois affaires parallèles, la loi américaine est écartée au profit de la loi française. Dans ces affaires, des journalistes, au service d'une chaîne de télévision américaine, avaient été licenciés. Les tribunaux furent alors saisis d'une contestation du bien-fondé de ces licenciements, ainsi que de demandes au titre de la violation des droits de ceux qui se prétendaient auteurs, du fait de l'exploitation sans leur autorisation de reportages et documentaires. Pour rejeter ces demandes, la Cour d'appel avait retenu, dans deux décisions du 15 décembre 2010 (n° 08/11516 et 08/11517), que la loi américaine, qui était la loi d'origine des œuvres, et du prétendu fait dommageable, était la loi appli-

26. CSPLA, Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique, et l'avis n° 2003-2, sous la présidence d'André Lucas.

27. Cass civ 1<sup>re</sup>, 10 avril 2013, n° 11-12508, n° 11-12.509, aff *ABC News*, *Bull civ I*, n° 68 ; [2013] *Recueil Dalloz* 1973, note Michel Vivant ; [2013] *Recueil Dalloz* 2004, note Tristan Azzi ; [2013] *Revue Trimestrielle de droit commercial* 285, obs Frédéric Pollaud-Dulian ; [2013] *Recueil Dalloz* 1392, note Sylvain Chatry ; [2013] *Semaine juridique* G. 493, obs Agnès Lucas-Schloetter ; [2013] *Semaine juridique* E 701, note Édouard Treppoz ; [2013] 6 *Revue Lamy de droit de l'immatériel* n° 94, note Pierre-Dominique Cervetti ; *JAC* 3, p 10, obs Julien Brunet ; Marie-Élodie Ancel, « Reportages en quête d'auteur : de la loi applicable à la titularité initiale des droits sur une œuvre de l'esprit », [2013] *Communication Commerce électronique* Étude 10.

cable en l'espèce et qu'en application de cette même loi, l'employeur était le seul détenteur originaire des droits d'auteur. La Cour retient que, selon la Convention de Berne, la jouissance et l'exercice des droits d'auteur sont indépendants de l'existence d'une protection au titre du droit d'auteur dans le pays d'origine de l'œuvre. Elle en déduit qu'en dehors des dispositions prévues par la Convention, l'étendue de la protection de l'auteur et les moyens de recours dont il bénéficie pour faire valoir ses droits, se règlent par application de la loi du pays où la protection est revendiquée. Ce faisant, elle applique la solution classique de la jurisprudence *Chant du Monde*.

La Cour de cassation casse ces deux décisions de la Cour d'appel au motif que la détermination du titulaire initial des droits d'auteur est également soumise à l'article 5§2 de la Convention de Berne, soit la loi du pays où la protection est revendiquée. Elle censure la Cour d'Appel, ayant considéré que les prérogatives patrimoniales du droit d'auteur, disponibles, pouvaient naître entre les mains d'un tiers sans porter atteinte à l'ordre juridique français :

Cour de cassation chambre civile 1 10 avril 2013 N° de pourvoi : 11-12508

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., entré en 1978 en qualité de reporter-cameraman au service de la société américaine ABC News Intercontinental Inc, qui exploite une chaîne de télévision américaine, a été affecté au bureau de Paris à partir de 1993, puis licencié pour motif économique le 8 octobre 2004 ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes d'une contestation de son licenciement, de diverses prétentions salariales et indemnitaires, ainsi que de demandes au titre de la violation de ses droits patrimoniaux et moraux d'auteur du fait de l'exploitation non autorisée des reportages et documentaires dont il indiquait être l'auteur ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 5-2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ;

Attendu, selon ce texte, que la jouissance et l'exercice des droits d'auteur, qui ne sont subordonnés à aucune formalité, sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre ; que, par suite, en dehors des stipulations de la Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses

droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ;

Attendu que pour débouter M. X... de ses demandes au titre du droit d'auteur, l'arrêt retient que l'article 5-2 de la Convention de Berne régit le contenu de la protection de l'auteur et de l'œuvre, mais qu'il ne fournit pas d'indication relative à la titularité des droits, à leur acquisition, non plus qu'à leur cession, de sorte que, dans le silence de ce texte, il y a lieu de faire application de la règle française de conflit de lois ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée, la cour d'appel a violé cette disposition par fausse application ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième moyen : CASSE ET ANNULE,

À propos des droits voisins, la Cour a retenu, quelques semaines plus tard, une solution similaire<sup>28</sup> en affirmant que la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits d'artiste-interprète désigne la loi du pays où la protection est réclamée :

Cour de cassation chambre civile 1, 19 juin 2013 n° 12-18032

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 décembre 2011), que soutenant que plusieurs albums et compilations commercialisés en France reproduisaient, sans autorisation, les enregistrements de leurs prestations, fixés entre 1964 et 1985 en Jamaïque, MM. X..., dit ... Y..., Z...et A...ont recherché la responsabilité des sociétés Culture press et Emi music France (les sociétés) sur le fondement de l'article L. 212-3 du *Code de la propriété intellectuelle* ; que ces dernières, invoquant l'application du *Copyright Act* de 1911 en tant que loi du pays de la première fixation, ont prétendu détenir les droits sur les enregistrements en cause ;

Attendu que la société Culture press fait grief à l'arrêt de faire application de la loi française et, en conséquence, de

28. Cass civ 1<sup>re</sup>, 19 juin 2013, n° 12-18032, aff *Culture Press*, *Bull civ I*, n° 128, [2013] *Recueil Dalloz* 2004, note Tristan Azzi.

dire que les sociétés ont, en fabriquant et commercialisant les phonogrammes en litige, reproduisant sans leur autorisation les interprétations de MM. Y...et Z..., porté atteinte aux droits d'artistes-interprètes de ces derniers, d'interdire sous astreinte la poursuite de ces agissements, de condamner les sociétés au paiement de certaines sommes à titre de dommages-intérêts et de condamner la société Culture press à garantir la société Emi music France du montant de ces condamnations, alors, selon le moyen :

- 1° que l'article 19 du *Copyright Act* de 1911 dispose que « la personne qui est propriétaire des bandes mères à la date où elles ont été réalisées sera considérée comme étant le titulaire des droits » ; qu'en affirmant que la généralité des termes de ce texte ne permettait pas de regarder le producteur de la première fixation, détenteur de la bande-mère à la date où celle-ci a été réalisée, comme titulaire de l'ensemble des droits nés ou à naître dans les cinquante années suivant la fixation, sur l'enregistrement, et plus spécialement des droits voisins d'artistes-interprètes, la cour d'appel a dénaturé le droit étranger applicable, violant l'article 3 du code civil, ensemble le texte précité ;
- 2° qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en évinçant le *Copyright Act* de 1911, au profit de l'article L. 212-3 du code de la propriété intellectuelle, en raison de « la généralité de ses termes », la cour d'appel a méconnu son office et violé l'article 3 du code civil ;
- 3° que la Convention de Rome du 26 octobre 1961 prévoit, en son article 20, qu'elle ne porte pas atteinte aux droits acquis dans un Etat contractant avant qu'elle n'y entre en vigueur ; qu'il s'en déduit qu'elle n'a pu remettre en cause ni les droits des producteurs d'origine sur les prestations fixées en Jamaïque avant le 27 janvier 1994, ni la validité des chaînes de contrats subséquentes ; qu'en affirmant que les dispositions nouvelles issues de l'article 4 de la Convention de Rome, selon lesquelles chaque Etat accordera le bénéfice du traitement national aux ressortissants des autres Etats signataires, ont vocation, sans pour autant rétroagir, à gouverner l'appréciation des atteintes portées aux droits des artistes-interprètes à raison d'actes de reproduction et

de commercialisation commis après son entrée en vigueur, la cour d'appel a violé par refus d'application l'article 20 de la Convention précitée, ensemble et par fausse application l'article 4 de la même Convention ;

4° que la Convention de Rome du 26 octobre 1961 prévoit, en son article 20, qu'elle ne porte pas atteinte aux droits acquis dans un Etat contractant avant qu'elle n'y entre en vigueur ; qu'il s'en déduit qu'elle n'a pu remettre en cause ni les droits des producteurs d'origine sur les prestations fixées en Jamaïque avant le 27 janvier 1994, ni la validité des chaînes de contrats subséquentes ; qu'en affirmant néanmoins que les sociétés Culture Press et Emi music France étaient mal fondées à se prétendre titulaires, sur les enregistrements litigieux de l'ensemble des droits d'exploitation, du seul fait qu'elles tenaient leurs droits d'utilisation du producteur d'origine, propriétaire des bandes-mères et qu'elles auraient dû solliciter, pour les enregistrements en cause, une autorisation expressément consentie par l'artiste-interprète, la cour d'appel a derechef violé par refus d'application l'article 20 de la Convention précitée, ensemble et par fausse application l'article 4 de la même Convention ;

5° que les effets des contrats conclus antérieurement à une loi nouvelle dépourvue d'effet rétroactif demeurent régis par les dispositions antérieures, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement ; que l'autorisation d'utiliser la prestation d'un artiste-interprète régulièrement obtenue avant l'entrée en vigueur de l'article L. 212-3 du *Code de la propriété intellectuelle* continue à produire ses effets après 1<sup>er</sup> janvier 1986, sans que la poursuite de l'exploitation soit subordonnée à la délivrance d'une nouvelle autorisation écrite de l'artiste-interprète ; que les sociétés Culture Press et Emi music France, qui tiennent leurs droits d'utilisation des producteurs d'origine, régulièrement investis, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1986, de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle sur les enregistrements litigieux, n'avaient pas à solliciter l'autorisation écrite des artistes-interprètes ; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil, ensemble le texte précité par fausse application et le principe de sécurité juridique qui découle de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits d'artiste-interprète désigne la loi du pays où la protection est réclamée ; que la cour d'appel a relevé qu'elle était saisie des atteintes qui auraient été portées à compter de 1996 aux droits de MM. Y...et Z...des suites de la fabrication et/ ou de la commercialisation en France des enregistrements litigieux ; qu'il en résulte que, suivant la règle de conflit applicable, le litige est soumis à la loi française ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués dans les conditions de l'article 1015 du *Code de procédure civile*, la décision déferée se trouve légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

La Cour poursuit sa jurisprudence de repli et retient, à nouveau, pour les droits voisins, une solution identique à l'occasion d'un arrêt rendu en février 2015<sup>29</sup>, toujours impliquant *Culture Press* et des droits voisins d'artiste-interprète acquis en Jamaïque. La formule de la Cour est similaire :

la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits d'artiste-interprète et de producteur de phonogrammes désigne la loi du pays où la protection est réclamée ; qu'il en résulte que, suivant la règle de conflit applicable, le litige est soumis à la loi française.

Cette convergence d'arrêts répond à la demande de la Commission du CSPLA et propose une lecture tranchée des solutions de conflit de la Convention de Berne. Ce revirement n'éteint pas les controverses !

## 1.2 La portée des revirements

Ce « repli territorialiste »<sup>30</sup> regrettable conduit à exclure toute règle de conflit de source nationale favorable à la loi d'origine. Les entreprises étrangères, employant des auteurs travaillant notamment sur le territoire français, ne pourront que porter attention à ces décisions qui témoignent une fois de plus de l'attitude très protectrice des auteurs adoptée par les juridictions françaises. Reste à savoir si l'insécurité juridique est réellement protectrice des personnes...

29. Cass civ 1, 18 février 2015, n° 11-11054, *Bull civ I*, à paraître.

30. Édouard Treppoz, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », [2013] *Semaine juridique* E 701.

Ces revirements de jurisprudence semblent avoir une portée large et soumettre à l'approche unitaire de la *lex loci protectionis* tant la question de l'existence du droit d'auteur ou des droits voisins que celle de sa titularité et de son exercice. La doctrine est partagée face à cette solution hégémonique porteuse d'une insécurité juridique importante pour les opérateurs étrangers. Le partage est similaire à la situation antérieure, mais les anciens déçus sont maintenant satisfaits et réciproquement. Une opération, faite conformément à une loi locale étrangère pourrait être remise en cause par l'application de la *lex loci protectionis*. La sécurité contractuelle, la prévisibilité du droit, s'en trouvent réduites. Cette tendance peut nourrir une vision caricaturale, à l'étranger, du droit d'auteur en France, isolant un peu plus notre droit d'auteur dans un monde en mouvement<sup>31</sup>. L'affaire *Huston*<sup>32</sup> limitait cela au mécanisme exceptionnel des lois de police, celui-ci est maintenant largement dépassé.

Le recours partiel à la loi du pays d'origine est justifié au regard de la sécurité juridique. En effet, s'en remettre à la seule loi du pays de protection soulève d'importants problèmes de prévisibilité et de sécurité juridique car le titulaire du droit peut changer lorsque l'œuvre concernée franchit une frontière<sup>33</sup>. Ainsi, pour Jane Ginsburg, si « c'est aux pays où l'œuvre est accueillie de veiller à la floraison, [...] leur jardinage ne remet pas en cause l'identité de la souche »<sup>34</sup>. La titularité initiale constituerait, dans l'optique retenue par cette auteure, une question préalable réglée par la loi du pays d'origine. Dans les espèces qui ont été portées devant la Cour de cassation, la solution française marque toutes ses limites. Dans l'arrêt *ABC*, le journaliste était soumis à un contrat de droit américain, il a travaillé 26 ans pour le même employeur et son contrat a pris fin en France. Il est possible qu'il ait travaillé dans bien d'autres pays que la France durant cette période. Le seul outil pour permettre aux parties d'établir de façon claire et certaine leur relation est le contrat et les solutions de droit d'auteur que ce dernier arrête. En présence d'auteurs itinérants, la solution de la Cour de cassation est dangereuse car cela suppose que, pour chaque création, il faut rechercher le droit applicable dans

31. Dario Moura Vicente, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, coll Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye (La Haye, Martinus Nijhoff, 2009) à la p 212.

32. Cass civ 1<sup>re</sup>, 23 mai 1991, *Houston*, *Bull civ I*, n° 172, p 113 ; [1991] *Semaine juridique* G, II 21731, note André Françon ; [1993] *Recueil Dalloz* 197, note Jacques Raynard ; Pierre-Yves Gautier, [1991] *Revue critique de droit international privé* 752.

33. François Dessemontet, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC vol 39 (Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1999) à la p 651.

34. Jane Ginsburg, note sous CA Paris, 14 mars 1991, [1992] *Semaine juridique*, II, n° 21780.

le lieu où la création se réalise. Aucune solution globale n'est possible pour les parties, aucune anticipation de leurs relations autour du droit d'auteur n'est envisageable. Dans l'affaire *ABC*, la solution est d'autant plus discutable qu'il y a, en droit français, un statut de journaliste auteur-salarié<sup>35</sup> dont les solutions ne sont pas éloignées de ce qui est possible sous l'égide de la loi américaine. Dans cette affaire, on mobilise une question de droit d'auteur pour trancher un contentieux social entre un employeur et un salarié après 26 années de collaboration. Il n'est pas évident qu'il s'agisse de la meilleure opportunité qui soit.

La solution de la Cour de cassation laisse comprendre qu'en dehors du calcul de la durée du droit de propriété, pour lequel la Convention de Berne contient des dispositions spécifiques, la prise en considération de l'État d'origine n'aurait pas lieu d'être. Dans ce cadre, la cohérence de la Convention de Berne est surprenante. Pourquoi envisager l'existence du droit d'auteur dans l'État d'origine pour la question de la durée et ne s'en tenir qu'à cette référence ? Il suffit, dans ce cas, de connaître la date de création pour permettre l'application du droit local dans son intégralité. La question du statut de l'œuvre dans l'État d'origine ne présenterait plus d'intérêt et on aurait une suppression de toute une chaîne logique.

Le recours à l'État d'origine permet une cohérence supérieure dans la mise en application du droit d'auteur, en raison des actes dont les parties ont pu convenir. L'État d'origine doit être compris dans son sens premier, à savoir celui où l'œuvre est créée. En présence d'un contrat entre les parties, il devrait aussi être possible de retenir que l'État d'origine peut être convenu par les parties ou, exprimé autrement, il serait possible pour les parties de soumettre l'ensemble des créations réalisées dans le cadre de l'exécution de ce contrat à une loi désignée par elles. Le contrat conforme au lieu de création ne devrait pas être remis en cause lors de l'invocation d'un droit d'auteur sur le territoire d'un État tiers. Surtout, le contrat d'auteur conforme aux dispositions du droit d'auteur local sans être conforme au droit d'auteur du lieu de création pourrait avoir un intérêt à ne pas être remis en question. Il s'agit de la question de la prévisibilité<sup>36</sup>. Une telle solution laisse naturellement un espace au *forum shopping* et peut conduire les parties à solliciter la loi la plus conforme à leurs

35. *Code de la propriété intellectuelle*, art L. 132-35 et ss. Voir Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4<sup>e</sup> éd (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2014) aux §89 et ss.

36. Bernard Ughetto, « Quelle loi en matière de contrat de propriété intellectuelle ? », dans Cyril Nourissat et Édouard Treppoz (dir), *Droit international privé et propriété intellectuelle*, coll Lamy Axe Droit (Paris, Lamy, 2010) au §66.



attentes. Mais si la loi retenue est en relation directe avec le lieu d'établissement de l'une des parties ou le lieu de la principale prestation, qu'il y a des critères de rattachement objectifs, il n'est pas possible de voir dans la désignation de cette loi une exploitation abusive de la liberté contractuelle pour désigner la loi applicable aux œuvres créées à l'occasion de l'exécution dudit contrat<sup>37</sup>.

La solution de la Cour de cassation est une solution d'un autre temps, où les créations se faisaient de façon isolée et sans mobilité. Le travail créatif est de plus en plus collectif et internationalisé. Pour réaliser un reportage, les images sont tournées dans un pays, elles sont montées dans un autre, sonorisées dans un troisième et la post-production est réalisée dans un dernier lieu. Sauf à anticiper ces aspects dans un contrat, il n'est pas possible de permettre aux parties d'anticiper le statut juridique de l'œuvre ainsi créée. Soit on doit retenir une solution en fonction de la loi du pays où chaque intervention créative est réalisée, soit retenir une solution en fonction de la loi de chaque État où l'œuvre est exploitée. Dans un cas comme dans l'autre, la solution n'est techniquement pas envisageable. Le besoin de sécurité juridique pour l'exploitant, le diffuseur, mais aussi pour l'auteur, impose de pouvoir élever ces questions de conflits et de rattachement pour retenir une solution conventionnelle unifiée. Il est aussi impératif que cette solution conventionnelle soit ensuite scrupuleusement respectée par les juridictions de chacun des États où la protection de l'œuvre est demandée, selon les mécanismes de la Convention de Berne.

Dans le second arrêt, le repli territorialiste est tout aussi frappant et risqué car il remet en cause non seulement la validité de contrats conclus dans le cadre d'une loi étrangère mais aussi l'application de la loi dans le temps. Le juge français fait fi des solutions locales et de leur légalité pour appliquer la loi française à une chaîne de droits qui lui est étrangère. On obtient une application quasi-universelle du droit français à des situations étrangères, toutes les fois où l'on envisage les conséquences de ces situations étrangères en France.

Cette démarche, tant pour le droit d'auteur que pour les droits voisins, est probablement motivée par la conviction qu'il y a une meilleure prise en considération de la personne du créateur ou de l'interprète en France. C'est une jolie idée, mais elle ne peut conduire à établir des solutions de conflit de lois. Si l'application des solutions de conflit de lois s'effectue à l'aune d'une appréciation subjective de

---

37. Voir Cass civ 1, 22 octobre 2008, n° 07-15823, [2008] *Semaine juridique* G, II, 10187, note Louis d'Avout ; [2009] *Revue des Contrats* 691, note Édouard Treppoz.

la loi locale par rapport à la loi d'origine, les apports de la Convention de Berne comme ceux de la Convention de Rome sont éclipsés. L'idée de protection est très variable et l'on sait que les solutions françaises ne sont, en pratique, pas les plus protectrices des auteurs<sup>38</sup>. Elles n'apportent pas plus d'intérêts, pour les œuvres audiovisuelles, que les solutions négociées du droit américain grâce à l'intervention des guildes<sup>39</sup>. La solution retenue par la Cour de cassation laisse donc dubitatif.

## 2. LOUBLI DE L'ÉTAT D'ORIGINE

Le repli territorialiste est marqué par un second mouvement en France, cette fois sous l'influence du droit de l'Union et l'émancipation des solutions conventionnelles au profit des règles internes de l'Union... pour pallier le défaut d'harmonisation complète de la propriété littéraire et artistique et l'absence d'une propriété unique pour l'ensemble du territoire de l'Union. En cas de conflit de lois, le règlement européen de juillet 2007<sup>40</sup>, dit « règlement Rome II », détermine la loi applicable aux obligations non contractuelles en matière civile et commerciale<sup>41</sup>. Ces dernières englobent, entre autres, la responsabilité du fait des produits, la gestion d'affaires ou les obligations non contractuelles découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat. Applicable depuis le 11 janvier 2009 dans tous les États membres, sauf le Danemark, le règlement ne vise non pas à harmoniser le droit matériel des États en droit des obligations non contractuelles, mais à harmoniser leurs règles de conflit de lois. Elles doivent désigner la même loi nationale applicable à une obligation non contractuelle, quel que soit l'État membre dans lequel l'action est introduite.

Par principe, on applique la loi du pays où le dommage survient, à défaut la loi du pays où la personne responsable et la personne lésée ont toutes deux leur résidence habituelle au moment de la survenance du dommage et, à défaut, la loi du pays avec lequel la

---

38. Nicolas Binctin, « L'auteur entrepreneur », dans *Mélanges Michel Germain*, Coll Lextenso (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015) à la p 113.

39. En ce sens, Benjamin Montels, « Les parties aux contrats de l'audiovisuel aux États-Unis », [2016] *Communication Commerce électronique*, fiche pratique n° 1 ; Nicolas Binctin, « Le droit moral en France », (2013) 25:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 310.

40. Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit Rome II, *Journal officiel de l'Union européenne* 31 juillet 2007, n° L 199/40.

41. Niboyet-Pradelle, *supra* note 23 aux § 49 et ss ; Bergé, *supra* note 17 au § 63.

situation présente des liens manifestement plus étroits que les pays précités. Le règlement autorise les parties à choisir d'un commun accord la loi applicable à leur obligation. Le règlement prévoit des règles spécifiques pour certains domaines tels que la responsabilité des produits défectueux ou la propriété intellectuelle. Le règlement s'applique à tous les faits générateurs survenus après le 20 août 2007 (date d'entrée en vigueur).

La loi applicable à une obligation non contractuelle déterminée selon les dispositions du règlement régit notamment les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris les personnes qui peuvent être tenues responsables, les causes d'exonération, de limitation et de partage de responsabilité, l'existence, la nature et l'évaluation des dommages ou la réparation demandée. La loi désignée règle les mesures que le tribunal saisi peut prendre afin d'assurer la prévention et la cessation du dommage ou sa réparation (selon son droit procédural national), les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi, le régime de la responsabilité du fait d'autrui et, enfin, le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance fondées sur l'expiration d'un délai.

En règle générale (article 4), la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, indépendamment du ou des pays où pourraient survenir des conséquences indirectes. Lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, c'est la loi de ce pays qui s'applique. Si un lien manifestement plus étroit avec un autre pays existe, la loi de ce dernier s'applique. À titre d'exemple, un tel lien peut se traduire par des relations pré-existantes entre les parties, comme un contrat. Le règlement intègre une liberté de choix des parties de déterminer la loi applicable à une obligation non contractuelle : soit par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage, soit – entre commerçants – par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur. Sans porter préjudice aux droits des tiers, le choix doit être exprès ou résulter de manière claire de la situation. Cette liberté de choix est exclue pour les atteintes à la propriété intellectuelle. Pour les obligations non contractuelles découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat, c'est la loi régissant le contrat, que le contrat soit effectivement conclu ou non, qui s'applique.

Pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle<sup>42</sup> (article 8), en pratique les actes de contrefaçon, la loi applicable, dans un cadre d'une action civile, est celle du pays pour lequel la protection a été demandée. On ne peut pas déroger à cette disposition par un accord entre les parties. Lorsque le bien intellectuel contrefait est approprié par un titre unioniste de propriété, l'article 8-2 dispose que la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument de l'UE pertinent (les règlements de l'UE instituant les titres unionistes de propriété) est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte au droit unioniste de propriété.

Le règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales régissant les obligations non contractuelles auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties<sup>43</sup>. On constate que Rome II ne mentionne pas la loi d'origine, contrairement à la Convention de Berne en particulier. Cette émancipation par rapport à l'État d'origine permet aux solutions de droit interne de l'Union européenne de ne pas avoir à appliquer les logiques de la Convention de Berne.

## 2.1 La solution en droit de l'Union

Dans le cadre d'un litige opposant, devant le Tribunal de grande instance de Paris, Tod's SpA et Tod's France SARL à Heyraud SA au sujet d'une action en contrefaçon de modèles de chaussures, Tod's soutenait être investie du droit d'auteur sur les chaussures distribuées sous les marques TOD'S et HOGAN. Tod's France est le distributeur de ces chaussures en France. Heyraud offrait à la vente, sous la dénomination HEYRAUD, des modèles de chaussures reproduisant ou, à tout le moins, imitant les principales caractéristiques des modèles TOD'S et HOGAN. Tod's a fait procéder à un constat d'huissier le 8 février 2000. Le 13 février 2002, les demanderesses au principal ont assigné Heyraud devant la juridiction de renvoi.

À cette action, Heyraud opposait une exception d'irrecevabilité fondée sur l'article 2, paragraphe 7, de la Convention de Berne. Heyraud soutenait que, en application de cette disposition, Tod's n'était pas recevable à revendiquer, en France, la protection du droit d'auteur pour des modèles non susceptibles d'être protégés à ce titre en Italie. Pour Tod's, l'application de cette disposition constituait une discrimination au sens de l'article 12 CE. Pour le TGI de Paris,

42. Édouard Treppoz, « La *lex loci protectionis* et l'article 8 du règlement Rome II », [2009] *Recueil Dalloz* 1643.

43. Tristan Azzi et Édouard Treppoz, « Contrefaçon et conflits de lois : quelques remarques sur la liste des conventions internationales censées primer le règlement Rome II », [2011] *Recueil Dalloz* 1293.

l'emploi de l'expression « il ne peut être réclamé », au paragraphe 2(7), seconde phrase, de la Convention de Berne, a pour effet de priver les ressortissants de l'Union qui, dans le pays d'origine de leur œuvre, ne bénéficient que de la protection au titre du droit des dessins et modèles de la possibilité d'agir sur le fondement du droit d'auteur dans les pays de l'Union qui admettent le cumul des protections. Pour le TGI de Paris, si cette disposition n'opère aucune distinction selon la nationalité du titulaire du droit d'auteur, il demeure que sa portée au regard du droit communautaire faisait débat, dès lors que le pays d'origine de l'œuvre « publiée » coïncidera le plus souvent avec le pays dont le créateur possède la nationalité ou dans lequel il a sa résidence habituelle et que le pays d'origine d'une œuvre « non publiée » sera, en application de l'alinéa 5(4)c) de ladite Convention, le pays dont l'auteur est un ressortissant.

Estimant que la solution du litige dont il était saisi dépendait de l'interprétation de l'article 12 CE, le TGI de Paris décida de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

L'article 12 [...] CE, qui pose le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, s'oppose-t-il à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre ?

La Cour de Justice apporta à cette question la réponse suivante :

L'article 12 CE, qui établit le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre.<sup>44</sup>

---

44. CJCE, 30 juin 2005, aff C-28/04, *Todd's*, [2005] *Revue trimestrielle de droit commercial* 735, n° 8 obs Frédéric Pollaud-Dulian ; Emmanuel Arnaud, « Le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité appliqué en cas de distinction fondée sur le pays d'origine de l'œuvre », [2005] *Gazette du Palais*, I Jur P 12 ; Carine Brière, « La Convention de Berne et le principe communautaire de non-discrimination », [2005] *Recueil Dalloz* 2533 ; [2005] *Europe*, comm 294, obs Flavien Mariatte ; Louis Van Bunnem, « Incidence sur les règles unionistes de protection du principe communautaire de non-discrimination », [2006] *Journal des tribunaux* 457 ; [2006] *Journal du droit international* 643, note Jean-Sylvestre Bergé.

Cette solution en opportunité écarte les principes de la Convention de Berne au profit de ceux du droit de l'Union européenne, alors que l'ensemble des États membres de l'UE sont aussi membres de cette Convention. En effet, la Convention de Berne suppose de prendre en considération la naissance du droit dans l'État d'origine, ce qui est écarté avec cette analyse. Le principe de non-discrimination conduit à fictivement considérer que le bien intellectuel est créé dans l'État de l'Union dans lequel la protection est demandée, sans rechercher s'il avait fait l'objet d'une appropriation dans l'État de l'Union de création. C'est un moyen de traiter de façon identique tous les ressortissants de l'Union sur tout le territoire, tout en laissant demeurer les disparités légales. Cette solution pourrait voir sa portée limitée par un arrêt suivant, qui aurait dû vider le contentieux de sa cause, à savoir une limitation de l'appropriation des créations d'art appliqué par le droit d'auteur dans plusieurs États de l'Union, notamment l'Italie et l'Allemagne. Le droit de l'Union ne s'est pas emparé d'une harmonisation globale du droit d'auteur mais, en revanche, a imposé une harmonisation du droit des dessins et modèles, ce qui lui a permis de revenir sur cette question de l'application du droit d'auteur aux créations des arts appliqués.

La liberté de cumul de droit de propriété, entre le droit d'auteur et le droit de dessins et modèles, est rappelée tant dans la directive 98/71 sur les dessins ou modèles, en son point 8, que dans le règlement 6/2002 aux considérants 31 et 32. Le droit de l'UE consacre la possibilité d'un cumul du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur ; il en va de même du droit des marques au regard du régime des antériorités et de la revendication. D'autant de cette solution, plusieurs États ont transposé la directive de façon imparfaite dans leur droit interne. La CJUE est alors allée au-delà de la simple possibilité d'un cumul lors de la transposition de la directive<sup>45</sup>, en imposant une obligation de cumul de la protection des dessins ou modèles avec celle du droit d'auteur aux États membres<sup>46</sup>. Elle affirme que l'article 17 de la directive 98/71 s'oppose à la législation d'un État membre qui exclut de la protection par le droit d'auteur les dessins

45. CJUE, 17 janvier 2011, aff C-168/09, *Flos* ; Christophe Caron, « À propos du cumul en droit communautaire du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles », [2011] *Communication Commerce électronique*, comm. 33 ; Laurence Idot, « Dessins et modèles et renaissance de la protection », [2011] *Europe*, comm 109 ; Nicolas Binctin, [2012] *Semaine juridique*, n° 7, à la p 40 ; [2011] *Recueil Dalloz* 440 ; [2011] 12 *L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle* 4, Carine Bernault.

46. Voir Jane Ginsburg et Édouard Treppoz, *International Copyright Law – US and EU Perspectives* (Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2015) à la p 250 ; Annette Kur et Thomas Dreier, *European Intellectual Property Law* (Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013) à la p 520.

ou modèles qui ont fait l'objet d'un enregistrement dans ou pour un État membre et qui sont tombés dans le domaine public avant la date de l'entrée en vigueur de cette législation, bien qu'ils satisfassent à toutes les conditions requises pour bénéficier d'une telle protection. La législation d'un État membre qui exclut, soit pour une période substantielle de dix ans, soit totalement, de la protection par le droit d'auteur les dessins ou modèles qui, bien qu'ils satisfassent à toutes les conditions requises pour bénéficier de cette protection, sont tombés dans le domaine public avant la date de l'entrée en vigueur de cette législation, à l'égard de tout tiers qui a fabriqué ou commercialisé sur le territoire national des produits réalisés selon lesdits dessins et modèles, et ce, quelle que soit la date à laquelle ces actes ont été accomplis, n'est pas conforme.

Le lien entre le cumul de titres et la théorie de l'unité de l'art est souvent établi, mais cette dernière n'est pourtant pas concernée. La théorie de l'unité de l'art n'a d'impact qu'en droit d'auteur, elle assure l'absence de discrimination entre les biens pouvant être appropriés par le droit d'auteur. En aucune façon, la théorie de l'unité de l'art n'encourage ou n'autorise le cumul, elle le facilite, mais elle n'en est pas la cause ou même le moyen. Il y a un cumul de titres possible, d'une part, parce que le bien intellectuel répond aux conditions d'appropriation de plusieurs régimes de propriété et, d'autre part, parce que les régimes n'imposent pas un choix ou n'excluent pas le cumul, ce qui n'est pas toujours le cas, comme cela fut envisagé tant pour les logiciels que pour les variétés végétales. Ainsi, la solution de la Cour de Justice impose aux États d'ouvrir leur droit d'auteur aux arts appliqués, mais suivant les solutions locales d'appréciation de l'originalité. La théorie de l'unité de l'art se trouve indirectement étendue à l'ensemble de l'Union européenne. Cette solution devrait conduire à ne plus connaître le conflit ayant conduit à l'affaire *Tod's Heyraud*. Si les souliers créés par *Tod's* doivent pouvoir être appropriés par le biais d'un droit d'auteur en Italie, la prise en considération de l'État d'origine ne serait plus un obstacle à l'application des solutions de la Convention de Berne tout en respectant l'article 12 CE. Pour autant, les conflits semblent demeurer.

## **2.2 L'application en droit interne**

L'articulation des solutions de droit interne et celles du droit de l'Union autour de l'article 5§2 de la Convention de Berne et l'étendue de l'application du droit d'auteur sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne ont connu une nouvelle évolution dans un arrêt important de la Cour de cassation qui peut être éventuellement ana-

lysé comme un arrêt de synthèse de l'évolution de sa jurisprudence relative à l'article 5§2 de la Convention de Berne et les solutions spécifiques de la Cour de Justice :

Cour de cassation chambre commerciale 7 octobre 2014<sup>47</sup>

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 octobre 2011), que la société Tod's SpA est propriétaire des droits de propriété artistique sur un modèle de tongs, dénommé Fiji, de la marque Tod's, commercialisé en France depuis novembre 2003, où il est distribué par la société Tod's France, qui gère également le réseau de distribution sélective de la marque Tod's ; qu'ayant appris que la société La Redoute offrait à la vente en France des chaussures reproduisant ou imitant les caractéristiques du modèle Fiji, les sociétés Tod's SpA et Tod's France ont fait dresser un constat d'achat du modèle litigieux sur le site internet de cette société, puis l'ont fait assigner devant le tribunal de commerce pour contrefaçon et concurrence déloyale ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société La Redoute fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à voir appliquer la loi italienne, d'avoir dit n'y avoir lieu à questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), et de l'avoir condamnée pour contrefaçon et concurrence déloyale alors, selon le moyen :

1° que le principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union européenne impose, compte tenu de la disparité qui existe dans la protection accordée aux œuvres des arts appliqués en matière de droits d'auteur par les législations des différents États de l'Union européenne, afin d'éviter qu'un produit licitement mis dans le commerce dans un premier État de l'Union soit jugé contrefaisant d'un modèle créé dans ce même État par une juridiction d'un second État, cependant qu'il n'est pas établi qu'il en soit ainsi dans son État d'origine (premier État), que la juridiction de ce second État apprécie à la fois la validité des droits invoqués et l'existence des actes de contrefaçon en appliquant le droit de l'État d'origine de ce produit ; que le respect du principe de libre circulation des marchandises s'apprécie de manière concrète et effective ; qu'en l'espèce, en affirmant qu'il ne pouvait être soutenu que le modèle

47. Cass com, 7 octobre 2014, n° 12-16844, *Bull civ IV*, n° 146 ; [2014] *Recueil Dalloz* 2046.



de la société *Tod's SpA* ne pouvait pas relever du droit d'auteur en vertu de la loi italienne, dès lors que le décret législatif italien n° 95 du 2 février 2011 aurait transposé la protection par le droit d'auteur des modèles présentant une originalité certaine, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le droit italien protégeait désormais concrètement et effectivement des modèles de chaussures comme celui faisant l'objet du litige, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

- 2° qu'il convient de saisir la CJUE de la question suivante : « le principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union européenne, tel qu'il résulte de l'article 34 TFUE, n'impose-t-il pas, compte tenu de la disparité qui existe dans la protection accordée aux œuvres des arts appliqués en matière de droits d'auteur par les législations des différents États de l'Union européenne et de l'article 5 de la Convention de Berne de 1886, afin d'éviter qu'un produit licitement mis dans le commerce dans un premier État de l'Union soit jugé contrefaisant d'un modèle créé dans ce même État par une juridiction d'un second État, cependant qu'il n'est pas établi qu'il en soit ainsi dans son État d'origine (premier État), que la juridiction de ce second État apprécie à la fois la validité des droits invoqués et l'existence des actes de contrefaçon en appliquant le droit de l'État d'origine de ce produit ? » ;
- 3° que dans ses conclusions récapitulatives, la société *La Redoute* soutenait qu'il n'était pas établi que la protection des modèles par le droit d'auteur était assurée en Italie, contrairement à la situation prévalant en France, de sorte que le principe de prévisibilité et de sécurité juridique résultant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales était remis en cause ; qu'en affirmant qu'il n'était pas argué que, en France ou en Italie, la protection légale fluctuerait de manière telle que la norme deviendrait effectivement imprévisible, au point de porter atteinte à l'objectif fondamental de libre circulation des produits entre États membres de l'Union européenne, pour en déduire qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger ni d'interroger la CJUE sur la méconnaissance de cette norme, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige, en violation de l'article 4 du *Code de procédure civile* ;

4° qu'il convient de saisir la CJUE de la question suivante : « En matière de dessins et modèles, la législation des pays de l'Union européenne a été harmonisée par la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique de dessins ou modèles. Néanmoins, l'article 17 de ladite directive qui a maintenu la théorie dite « de l'unité de l'art » et qui permet également aux dessins et modèles de bénéficier de la protection du droit d'auteur et dispose que « la portée et les conditions d'obtention de cette protection, y compris le degré d'originalité requis, sont déterminés par chaque Etat membre ». En conséquence, cet article qui a en quelque sorte désharmonisé la protection des œuvres des arts appliqués au sein de l'Union européenne en permettant à chaque État membre de déterminer objectivement les conditions de la protection desdits dessins et modèles n'est-il pas contraire aux principes de prévisibilité et de sécurité juridique, qui est un des objectifs fondamentaux de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, et de nature à porter atteinte à la libre circulation des produits au sein de l'Union européenne, puisqu'un modèle fabriqué licitement en Italie est susceptible de devenir contrefaisant au seul motif qu'il est commercialisé en France ? » ;

Mais attendu, en premier lieu, que la CJUE ayant jugé que les articles 34 TFUE et 36 TFUE doivent être interprétés en ce sens que les restrictions au commerce à l'intérieur de l'Union auxquelles peut donner lieu la disparité des législations nationales en matière de protection du droit d'auteur sont, en principe, justifiées au titre de l'article 36 TFUE dès lors qu'elles résultent de la différence des régimes et que celle-ci est indissociablement liée à l'existence même des droits exclusifs (21 juin 2012, C-5/11, Procédure pénale c/Titus Donner, points 31 à 37) et l'article 5, 2, de la Convention de Berne, applicable à la cause, énonçant que la jouissance et l'exercice des droits de l'auteur sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine et que l'étendue de la protection est réglée par la législation du pays où la protection est réclamée, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche invoquée à la première branche, ni à saisir la CJUE de la question proposée par la deuxième branche, a pu statuer comme elle a fait ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt retient que des différences dans la protection du droit d'auteur résultent du droit souverain de chaque Etat membre de légiférer dans ce domaine

et qu'elles ne portent pas atteinte au droit à l'intelligibilité et à la prévisibilité de la règle de droit, dès lors que le droit national en la matière est normalement accessible ; qu'il constate qu'il n'est pas soutenu que la législation française prête à confusion, s'agissant de la protection du produit en cause tant par le droit des dessins et modèles que par le droit d'auteur ; qu'il relève encore qu'il n'est pas argué qu'en France ou en Italie, la protection légale fluctuerait de manière telle que la norme deviendrait effectivement imprévisible, au point de porter atteinte à l'objectif fondamental de libre circulation des produits entre les États membres de l'Union européenne ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les termes du litige, a pu décider qu'il n'y avait pas lieu de saisir la CJUE de la question formulée à la quatrième branche ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le deuxième moyen :

Attendu que la société la Redoute fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, que la protection due à l'auteur d'un pays unioniste est dévolue par la législation du pays où elle est réclamée ; que la législation du pays où la protection est réclamée est non pas celle du pays où le dommage est subi, ni celle de l'Etat dont le tribunal est saisi, mais celle de l'État sur le territoire duquel s'est produit le fait générateur de la contrefaçon, à savoir la fabrication et la vente par son fabricant de l'œuvre en cause ; qu'en l'espèce, il n'était pas contesté que le modèle de sandales argué de contrefaçon avait été fabriqué en Italie et vendu par son fabricant à la société La Redoute ; qu'en affirmant que la loi française devait régir l'action en cause, dès lors que cette loi correspondait à la loi de la juridiction saisie et celle du pays où la protection était demandée, que le juge français était saisi d'actes d'importation sur le territoire national de modèles argués de contrefaçon, pour en déduire que la référence au fait générateur, défini comme celui du lieu de fabrication du modèle litigieux, était inopérante, la cour d'appel a violé l'article 5, 2°, de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'aux termes de l'article 5, 2°, de la Convention de Berne, la jouissance et l'exercice des droits de l'auteur de l'œuvre sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine et que l'étendue de la

protection est réglée par la législation du pays où la protection est réclamée, et retenu que la protection était demandée en France, où des actes d'importation et de proposition à la vente d'un modèle contrefaisant s'étaient produits, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que la loi française était applicable ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

Cet arrêt propose une application des solutions de 2013 à la lumière des contraintes du droit de l'Union européenne. Appliquant la jurisprudence de la CJUE selon laquelle les articles 34 et 36 TFUE imposent que les restrictions au commerce à l'intérieur de l'UE produisent par la disparité des législations nationales du droit d'auteur sont, en principe, justifiées au titre de l'article 36 TFUE dès lors qu'elles résultent de la différence des régimes et que celle-ci est indissociablement liée à l'existence même des droits exclusifs et l'article 5§2, de la Convention de Berne, la Cour retient que la jouissance et l'exercice des droits d'auteur sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine et que l'étendue de la protection est réglée par la législation du pays où la protection est réclamée. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un droit d'auteur dans l'État d'origine pour revendiquer une appropriation par le droit d'auteur sur le territoire français. Les solutions traditionnelles de la Convention de Berne sont indéniablement écartées au profit d'une solution unioniste européenne. On ne prend plus en considération la naissance du droit de propriété dans le pays d'origine mais uniquement les solutions de droit dans l'État où la protection est demandée. Si l'absence de discrimination est un objectif essentiel ou louable du droit de l'Union, son utilisation pour contourner les disparités en droit de la propriété intellectuelle d'un État à l'autre de l'UE semble plus discutable. On doit aussi s'interroger sur l'application de cette solution en sens inverse et l'accueil d'un droit d'auteur né en France dans le cadre d'un contentieux en Italie. Faut-il alors retenir qu'il faut, en raison du principe de non-discrimination, ne pas reconnaître le droit d'auteur en Italie parce qu'un national n'aurait pas pu l'avoir pour une création similaire locale ? Faut-il avoir une lecture faisant une place à la loi d'origine de l'œuvre et distinguer existence et exercice ?

Dans un arrêt de 2012<sup>48</sup>, la CJUE retenait que :

---

48. CJUE 21 juin 2012, aff C-5/11, [2012] *Recueil Dalloz* 1677 ; [2013] *Recueil Dalloz* 1924, obs Jean-Christophe Galloux et Jean Lapousterle ; [2012] *Revue trimestrielle de droit européen* 731, obs Alexandre Defossez ; [2012] *Revue trimestrielle de droit européen* 947, obs Édouard Treppoz.

les articles 34 TFUE et 36 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'un État membre exerce des poursuites du chef de complicité de distribution sans autorisation de copies d'œuvres protégées par un droit d'auteur en application du droit pénal national dans le cas où des copies de telles œuvres sont distribuées au public sur le territoire de cet État membre dans le cadre d'une vente, visant spécifiquement le public dudit État, conclue depuis un autre État membre où ces œuvres ne sont pas protégées par un droit d'auteur ou dont la protection dont elles bénéficient ne peut être opposée utilement aux tiers.

Dans cette affaire, une société italienne offrait à la vente à des clients résidant en Allemagne des reproductions d'objets d'ameublement de style « Bauhaus », au moyen d'annonces et de prospectus insérés dans des magazines, d'envois postaux nommément adressés à leur destinataire et d'un site Internet en langue allemande, sans disposer des licences requises pour la commercialisation de ces objets en Allemagne. Ces objets étaient, en Allemagne, protégés par un droit d'auteur en tant qu'œuvres des arts appliqués. En Italie, en revanche, ils ne bénéficiaient pas, au cours de la période en cause au principal, à savoir du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 15 janvier 2008, d'une protection par un droit d'auteur ou la protection dont ils bénéficiaient ne pouvait être opposée utilement aux tiers. Ainsi, des objets d'ameublement dessinés par Eileen Gray n'étaient pas protégés par un droit d'auteur en Italie entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 25 avril 2007, la protection étant alors dans cet État d'une durée plus courte, la durée de celle-ci n'ayant été allongée qu'à compter du 26 avril 2007. Les autres objets d'ameublement impliqués dans le contentieux étaient protégés par un droit d'auteur en Italie au cours de la période en cause, mais cette protection ne pouvait pas, en application de la jurisprudence italienne, être opposée utilement aux tiers, en tout cas pas aux fabricants qui avaient reproduit, offert à la vente et commercialisé les créations dès avant le 19 avril 2001. On comprend que l'agissement conforme à la loi locale est contesté et la loi du lieu de revendication s'applique. Hors, en l'espèce, il s'agit du commerce intra-européen pour des produits légalement fabriqués dans le pays d'origine. Il n'y a pas d'importation au sens du droit douanier du terme en Allemagne, simplement une libre circulation des produits sur le territoire de l'Union.

La solution de la Cour de cassation française semble conforme au droit de l'Union européenne, mais ce dernier propose une application de la Convention de Berne sur le territoire de l'Union au regard d'un principe spécifique de non-discrimination entre les ressortissants de l'Union.

## CONCLUSION

En conclusion, on peut retenir que ces dernières années ont été celles du bouleversement du droit international privé de la propriété littéraire et artistique en France. Ainsi, dans son application strictement internationale, hors des effets du droit de l'Union européenne, la Cour de cassation a abandonné la solution établie dans les années cinquante au profit d'une lecture très (trop) « localiste » du droit de la propriété littéraire et artistique. Elle ne prend plus en considération que les solutions de droit internes pour trancher notamment les conflits portant sur la titularité des droits. Si cette solution peut répondre à une logique de cohérence pour l'application de la norme française, elle ouvre, en revanche, une phase d'insécurité juridique importante pour les parties aux contrats. Dans son application intra-européenne, les solutions de la Cour de cassation suivent aussi, impérativement, celles dégagées par la Cour de Justice de l'Union. Pour éviter toute discrimination entre ressortissants de l'Union européenne et à défaut d'un droit d'auteur de l'Union européenne, la prise en considération des solutions légales de l'État d'origine est à nouveau écartée et seul le droit local, français, régit l'existence, la jouissance et l'exercice du droit de propriété. L'interprétation de la Convention de Berne qui permet de ne prendre en considération que l'État dans lequel le droit de propriété littéraire et artistique est revendiqué pour envisager tant l'existence que la jouissance et l'exercice de ce droit de propriété, dont la question de la titularité du droit de propriété, permet une application plus aisée des solutions européennes. Ce double mouvement permet une harmonisation des solutions, que le conflit soit intra-européen ou extra-européen, mais il emporte un repli territorialiste à contre-courant des dynamiques mondiales.