



HAL
open science

Les conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle

Florence Meuris

► **To cite this version:**

Florence Meuris. Les conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle. Droit. Université Paris-Est, 2011. Français. NNT : 2011PEST0064 . tel-02121402

HAL Id: tel-02121402

<https://theses.hal.science/tel-02121402>

Submitted on 6 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITÉ PARIS-EST
CRÉTEIL VAL DE MARNE
UPEC**

ÉCOLE DOCTORALE Organisations, Marchés, Institutions (OMI)

THÈSE présentée par :
Florence MEURIS

soutenue le : **13 octobre 2011**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Paris-Est Créteil**

Discipline : **DROIT PRIVÉ**

**Les conflits de lois dans le temps en droit de
la propriété intellectuelle**

THÈSE dirigée par :

M. Christophe CARON *Professeur à la Faculté de droit de l'Université Paris-Est
Créteil*

RAPPORTEURS :

M. André LUCAS *Professeur à la Faculté de droit de Nantes*
M. Michel VIVANT *Professeur à l'École de droit de Science-Po,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Montpellier*

JURY :

M. Louis BACH *Professeur émérite de la Faculté de droit de Caen,
Doyen honoraire*
M. Philippe JESTAZ *Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université
Paris-Est Créteil*
M. André LUCAS *Professeur à la Faculté de droit de Nantes*
M. Michel VIVANT *Professeur à l'École de droit de Science-Po,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Montpellier*

Les conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle

Sommaire

Première partie

La résolution des conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle par une simple lecture de la loi nouvelle

Titre I – Les indications du législateur sur l'introduction de la loi nouvelle au sein de l'ordonnement juridique

Sous-titre I / Les indications du législateur sur l'entrée en vigueur de la loi nouvelle

Sous-titre II / Les indications du législateur sur l'abrogation de la loi ancienne

Titre II – Les dispositions transitoires en droit de la propriété intellectuelle

Sous-titre I / La vérification en droit de la propriété intellectuelle des caractères particuliers des dispositions transitoires

Sous-titre II / L'application au droit de la propriété intellectuelle de la distinction entre les « lois de conflit » et les « lois de transition »

Deuxième partie

La résolution des conflits des lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle à l'aide des principes généraux du droit transitoire

Titre I – L'application rétroactive de la loi nouvelle

Sous-titre I / L'application rétroactive de la loi nouvelle au regard des notions de « droit acquis » ou de « situation juridique déjà constituée »

Sous-titre II / L'application rétroactive des normes nouvelles justifiée par une qualification spécifique de la loi

Titre II – L'application immédiate de la loi nouvelle

Sous-titre I / L'application immédiate de la loi nouvelle au regard de la notion de « droit acquis » ou de « situation juridique en cours »

Sous-titre II / L'application immédiate des normes nouvelles justifiée par une qualification spécifique de la loi

INTRODUCTION

*« Dans son article de 1905, Einstein nous dit précisément comment le temps se dilate et comment il ralentit pour une personne ou un objet en mouvement. Le ralentissement est d'autant plus prononcé que la vitesse est plus grande. Une seconde peut prendre des airs d'éternité si un objet se déplace assez vite. (...). Le temps s'allongera de plus en plus à mesure que vous vous approcherez de la vitesse de la lumière. Vous vous dites que tout cela va contre le bon sens et que vous n'y comprenez rien. Mais le bon sens est un bien mauvais guide quand il s'agit de très grandes vitesses. Il n'y a rien à comprendre : la Nature est ainsi ». TRINH XUAN THUAN, *Le chaos et l'harmonie, La fabrication du réel*¹.*

1. Les conflits de lois dans le temps font figure de rite initiatique pour les étudiants fraîchement débarqués sur la berge des études juridiques. Le droit transitoire éveille une première impression d'étrangeté. Est-il nécessaire de recourir à tant de notions abstraites ? La tâche du juge ne revient-elle pas à les emmêler le long de la petite histoire propre à l'espèce ? La complexité du système de résolution proposé par la doctrine n'a d'égale que le manque d'homogénéité de la jurisprudence. Les règles sont posées mais leur modalités semblent infinies. Le juriste aguerri découvrira l'équité derrière certaines solutions proposées par le juge. Le théoricien y trouvera un territoire à conquérir.

Tout semble encore à construire !

À la lecture d'auteurs amoureux de la science juridique et de ses complexités merveilleuses, le droit transitoire apparaît dans toute sa noblesse. L'existence de ces règles semble nécessaire à la compréhension de l'évolution du Droit dans toutes ses branches. Il s'agit d'un domaine où tout juriste rêve d'une approche déductive, caractérisée par une simplicité raisonnable.

Il faut dire que les doutes transitoires sont bien souvent tranchés suivant un arsenal de principes qui font office d'incantations magiques. Comme le simple bon sens n'a jamais suffi

¹ T. XUAN THUAN, *Le chaos et l'harmonie, La fabrication du réel*, Folio, essais, n° 366, 1998.

pour choisir la loi applicable à un litige, la combinaison de règles spéciales sert de justification rationnelle. Cependant, le raisonnement semble parfois construit « à l'envers », en fonction du résultat à atteindre. Il faut alors déceler les syllogismes apparents et comprendre les raisons de l'embarras éprouvé par le juge.

Dans la plupart des cas, l'épreuve de l'étudiant, puis du juriste accompli, consiste à analyser la démarche du juge, afin de l'utiliser à nouveau dans un cas de figure relativement proche. À ce stade, toute la difficulté réside dans la mise en relation des éléments caractéristiques de l'espèce avec ceux ayant déjà conduit le juge, dans pareille situation, à faire le choix de la loi nouvelle ou de la loi ancienne. Le juriste y côtoie son ennemie : l'insécurité juridique. Le chercheur pense alors trouver un emplacement idéal pour y établir ses cogitations.

Comme toute recherche efficace suppose de circonscrire sa curiosité, le droit de la propriété intellectuelle fixera les limites de cette étude de droit transitoire. Cette discipline est souvent approchée par un étudiant en mesure d'apprécier ses nombreuses nuances. Il est alors en mesure de découvrir les régimes indépendants qui la constituent et de comprendre la nécessité d'appréhender juridiquement l'immatériel. Le droit transitoire sera alors apprécié au regard du droit des brevets et de ses inventions biotechnologiques ou du droit d'auteur et de son droit moral faisant figure de mystère sacré. Le droit des marques, le droit des dessins et modèles, le droit des appellations d'origine, tous les droits voisins ainsi que le droit des obtentions végétales constitueront notre laboratoire.

2. Le point de départ se présente très simplement. Résoudre un conflit de lois dans le temps revient à trouver la loi applicable. Il s'agit d'effectuer un choix entre deux lois successives. À ce titre, le mode d'action de la loi nouvelle concentre logiquement toutes les attentions. En fonction de l'effet rétroactif ou immédiat de ses dispositions, la loi nouvelle dicte la solution du litige. Ensuite, l'empire de la loi antérieure ne sera trouvé que par défaut. En définitive, la première question que l'interprète se pose est la suivante : la loi nouvelle s'applique-t-elle de manière rétroactive ou seulement de manière immédiate ?

Il faut alors constater que la seule disposition légale de droit commun consacrée aux conflits de lois dans le temps est l'article 2 du Code civil. Il n'y est question que de rétroactivité : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». L'interprète comprend que le juge a l'interdiction de conférer un effet rétroactif au texte de loi, sans y avoir été préalablement autorisé par le législateur. L'hypothèse de la rétroactivité de la loi nouvelle est la plus dangereuse en termes d'atteintes éventuelles à l'exigence de sécurité juridique. C'est

aussi l'hypothèse transitoire la plus simple à reconnaître. En quelque sorte, le législateur abuse de son pouvoir de création des normes nouvelles et cet écart de conduite est flagrant.

Il convient toutefois de se souvenir qu'en matière pénale, le législateur est absolument contraint de respecter le principe de non-rétroactivité. La légalité des délits et des peines fait totalement obstacle à cette prise de position du législateur. Dans le domaine civil, la transgression du principe de non-rétroactivité est certes un outrage au principe de prévisibilité du droit, mais elle est parfaitement autorisée. En droit pénal, il faut évidemment retenir l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789² et l'article 112-1 du Code pénal³. Il faut se rappeler que le Conseil constitutionnel décida en 1981 que la règle de la rétroactivité de la loi pénale nouvelle « plus douce » était d'ordre constitutionnel⁴. Une loi pénale qui contreviendrait au principe de rétroactivité *in mitius* serait également contraire à l'article 15 alinéa 1^{er} du Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques⁵. Le juge français sait aussi qu'il s'agit d'un principe général du droit communautaire⁶ et que pour la CEDH, la rétroactivité *in mitius* est un « *principe fondamental du droit pénal* »⁷. Il a également présent à l'esprit la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸.

En s'intéressant cette fois au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, il est immédiatement remarqué qu'il n'est expressément abordé par aucune disposition légale. La doctrine et les juges en ont fait une solution automatique, applicable à défaut de toute indication contraire du législateur. C'est pour cette raison que le principe traditionnel s'avère parfois insuffisant. Il doit être enrichi d'autres considérations, qui rendent d'ailleurs son maniement plus compliqué. Bien souvent, plusieurs solutions transitoires différentes semblent acceptables. En d'autres termes, l'application immédiate de la loi nouvelle est en mesure de poser plus de difficultés que son application rétroactive.

² « La loi ne doit établir que des peines évidemment et strictement nécessaires ».

³ « Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

⁴ Cons. const., déc. n° 80-127 des 19 et 20 janv. 1981 : *Rec.* p. 15 ; *JCP* 1981, II. 19701, note C. FRANCK ; D. 1982. 441, note A. DEKEUWER. Ne pas appliquer la loi nouvelle reviendrait à « permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne, et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ». V. aussi Cons. const., déc. n° 84-181, des 10 et 11 oct. 1984 : *JO* du 13 oct. 1984, p. 3200 ; *Rev. Sc. Crim.* 1985, p. 341. Il fut précisé qu'une loi pénale nouvelle « ne pouvait pas sanctionner des situations existantes légalement acquises ».

⁵ Cité par B. BOULOC, *Droit pénal général*, coll. Précis Dalloz, 20^{ème} éd., droit privé, 2007, n° 152, p. 151, J. HUET, *Une méconnaissance du droit international ; à propos de la rétroactivité in mitius* : *JCP* 1987, I. 3293.

⁶ CJCE, 3 mai 2005, aff. C-387/02 « S. Berlusconi », § 69 : *JO* C/171/1 du 9 juill. 2005 ; CJCE, 8 mars 2007, aff. C-45/06 « Campina GmbH and co. », § 32. : *JO* C/154 du 1er juill. 2006.

⁷ CEDH, 17 sept. 2009, *Scoppola c/ Italie* (n°2), §106.

⁸ V. article 49 de la Charte.

3. Une fois la volonté du législateur cernée, même de manière grossière, l'interprète sait que la loi nouvelle reçoit une application rétroactive immédiate. Ce premier obstacle contourné, l'interprète doit accepter l'idée que la théorie classique des conflits de lois dans le temps n'ignore pas la discipline juridique au sein de laquelle le problème transitoire est posé. Actuellement, le droit transitoire ne jouit pas d'une complète autonomie. Cet état de fait est évidemment à déplorer. Le juriste ne doit pas, pour autant, se résigner. Dans l'histoire du droit transitoire, des éléments « de fond » ont constitué bien souvent l'origine d'une nouvelle forme de réflexion. C'est-à-dire que le raisonnement du juge s'est nourri des particularités du droit subjectif rencontré, du poids des contraintes impératives propres à la branche juridique examinée ou encore de la nature des libertés caractéristiques de la discipline analysée. En somme, le droit transitoire connaît une évolution propre, dont les soubresauts trouvent par exemple leur cause dans une réforme des régimes matrimoniaux ou dans une rénovation des baux commerciaux. En substance, l'historique des principes généraux du droit transitoire montre un système de résolution tributaire des grandes métamorphoses de l'ordonnement juridique. Par suite, si le droit transitoire n'est pas tout à fait indépendant des mutations subies par les règles « de fond », le chercheur doit s'assujettir un corps de règles en particulier. En ce sens, le droit civil, puis le droit public, furent l'objet d'analyses doctrinales magistrales. Pourquoi choisir le droit de la propriété intellectuelle comme nouveau terrain d'investigation ?

L'étude des conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle s'impose comme un enrichissement apporté à la théorie classique en raison de la spécificité des droits concernés. En effet, le droit de la propriété intellectuelle met en scène des droits patrimoniaux, dont la nature a toujours été en discussion. Monopole concentrant une exception manifeste au principe de liberté du commerce et de l'industrie ou droit de propriété inviolable et sacré, il est évident que l'analyse transitoire des différentes réformes change en fonction du prémisses adoptée. Il faut aussi compter sur l'existence et l'opposabilité de droits extrapatrimoniaux. Ils présentent une durée perpétuelle et sont dans le même temps porteurs de logiques économiques assumées. Il s'agira de trouver une réponse à cette question : dans quelle mesure la prise de position de l'interprète quant à la nature d'un droit de propriété intellectuelle a-t-elle une influence sur la résolution d'un problème transitoire ?

La mesure de l'efficacité des principes transitoires connus, quand ils sont appliqués au droit de la propriété intellectuelle, permet d'en effectuer un tri. Il s'agit de distinguer clairement les principes dont la mise en œuvre est conforme au principe de sécurité juridique, de ceux qui ne

permettent pas de satisfaire à cet objectif. Il convient de mettre en exergue les raisons pour lesquelles certains principes doivent être évincés. Cette démarche inspire une réflexion sur une éventuelle généralisation de la solution trouvée à l'ensemble du droit civil. Par exemple, des nouvelles prescriptions en matière de calcul des dommages et intérêts apparaissent récemment en droit de la contrefaçon, bousculant quelque peu le droit commun de la responsabilité civile. La manière dont une méthode d'évaluation *suis generis* du préjudice subi s'introduit au sein de l'ordonnancement juridique peut être la source d'enseignements. Ces derniers pourront incontestablement servir pour l'interprétation de réformes futures dérogeant au principe de la réparation intégrale.

Pareillement, il faut souligner que la genèse des différents droits de propriété intellectuelle est d'une extraordinaire diversité. L'interprète est souvent conduit à s'interroger : quel est ce droit antérieur qui précède l'entrée en vigueur d'une loi propre au droit de la propriété intellectuelle ? L'interprète doit alors envisager les facultés d'adaptation de mécanismes issus du droit commun et qui caractérisent un « droit ancien »⁹. L'étude des « premières lois » du droit de la propriété intellectuelle constitue une occasion formidable de se figurer l'abandon d'un droit antérieur pragmatique et jurisprudentiel, pour l'adoption d'un droit spécial, propre à la propriété intellectuelle.

4. L'exigence de sécurité juridique est un fil conducteur. Ce critère est seul en mesure de permettre la vérification d'une utilité des principes du droit transitoire « commun », quand ils sont appliqués au droit de la propriété intellectuelle.

En droit de la propriété intellectuelle, comme ailleurs, si le juge est contraint de respecter le principe énoncé à l'article 2 du Code civil, il est aussi tenu d'apporter un minimum de clarté à sa décision¹⁰. Il s'agit alors de vérifier si l'interprète est bien en mesure de comprendre le raisonnement du juge. La jurisprudence permet-elle de garantir l'accessibilité du Droit ? En principe, l'interprète devrait être parfaitement renseigné quand certaines qualifications qui appartiennent au droit transitoire classique sont employées, parce que celles-ci renvoient à un contenu établi par la doctrine et la jurisprudence. Par exemple, il est avéré qu'une loi nouvelle qualifiée d'« interprétative » peut être appliquée rétroactivement par le juge. Dans cette hypothèse, il est notoire que le juge est autorisé à ignorer le commandement de l'article 2 du

⁹ V. TGI Paris, 31 mars 1999 : *RIDA* janv. 2000, p. 333, note A. KEREVER : « De même qu'avant l'institution législative des droits voisins, les artistes-interprètes s'étaient vu reconnaître par la jurisprudence certaines prérogatives sur la base de l'article 1382, de même les chercheurs accédaient ainsi à une certaine protection de leur travaux scientifiques sur la base du droit commun et des usages en vigueur dans le monde scientifique ».

¹⁰ Rien ne serait plus contraire à l'exigence de sécurité juridique que de permettre au juge de dire : « je pressens que la volonté du législateur a été de donner au texte le plus grand champ d'application possible. Voilà la solution en l'espèce justifiée ».

Code civil. Le juge peut également se fonder sur une disposition transitoire insérée par le législateur. Dans ce cas, il devrait expressément indiquer dans sa décision qu'il entend se servir d'une information complémentaire qui est simplement juxtaposée au corps du texte légal. Ces garanties d'une parfaite compréhension des décisions judiciaires se retrouvent-elles en droit de la propriété intellectuelle ?

5. Afin de répondre à toutes les questions qui naissent de la confrontation de la théorie classique des conflits de lois dans le temps avec le droit de la propriété intellectuelle, l'adoption d'une démarche rationnelle s'impose.

La première face d'une étude transitoire concerne l'intervention du législateur à travers l'insertion de dispositions spéciales. Les dispositions transitoires concourent à une définition impérative du champ d'application temporel d'une loi nouvelle. C'est une première étape reconnaissable au sein du cheminement intellectuel de tout interprète confronté à un conflit de lois dans le temps.

Puis, à défaut d'indication laissée par le législateur, l'interprète se sert des principes généraux du droit transitoire¹¹. C'est une seconde étape au sein de la progression du juriste, soucieux de faire le bon choix de la loi applicable. Dans l'idée de confronter ces éléments de résolution au droit de la propriété intellectuelle, les dispositions transitoires seront donc étudiées avant les principes généraux proposés par la théorie classique.

Il convient d'ailleurs de concevoir ces principes sous la forme d'outils mis à la disposition de l'interprète et du juge. Le plus connu est sûrement celui qui consiste à sauvegarder les « droits acquis ». Pour BEUDANT, c'est la loi en vigueur au moment auquel le fait ou l'acte s'est accompli qu'il faut retenir¹² : *« Deux points sont certains. En premier lieu, quand une loi nouvelle survient, elle est entièrement inapplicable aux faits accomplis avant elle, aux droits qui sont acquis quand elle entre en vigueur. En second lieu, la loi nouvelle est seule applicable aux faits qui se produisent après elle, aux droits qui naîtront ensuite »*. Il faudrait étudier la *« distinction tirée de la relation plus ou moins directe qui existe entre le fait et les conséquences qui en découlent »*¹³. Lorsque ces conséquences se présentent seulement comme

¹¹ V. Cass., avis, 22 mars 1999 : *Bull. civ.* n° 2.

¹² C. BEUDANT, *Cours de droit civil : Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, Rousseau, 1896, n° 127, p. 132.

¹³ C. BEUDANT, *op. cit.*, n° 128, p. 133 : *« Il est certain qu'une loi nouvelle ne préjudicie pas aux droits acquis en vertu de l'ancienne. Par suite, les conséquences d'un fait intervenu sous une loi restent soumises à cette loi, quoiqu'elles ne se réalisent que sous la loi nouvelle, quand elles se rattachent à leur cause comme une suite nécessaire et directe, car elles constituent un droit acquis dès l'apparition de la cause à laquelle elles se rattachent. Il est non moins certain que la loi nouvelle peut modifier et même détruire les simples expectatives. Dès lors, les conséquences d'un fait intervenu sous une loi tomberont sous l'empire de la loi nouvelle,*

« une suite possible et indirecte », l'auteur concède : « C'est là que les difficultés surgissent, parce que, relativement à chaque acte, les applications peuvent être différentes »¹⁴. De plus, la théorie des droits acquis suppose de s'intéresser aux éléments du litige en tant qu'ils sont relatifs à la condition des personnes, à la condition des biens ou au domaine contractuel. Il faudra donc vérifier si le droit de la propriété intellectuelle donne un rôle à cette notion de « droit acquis », en accord avec le respect du principe de sécurité juridique.

D'une manière souvent implicite, il est courant de faire appel à un « critère de rattachement ». Il s'agit d'un deuxième outil, semblable à celui des droits acquis en ce que son utilisation relève de l'intuition. La loi nouvelle est choisie par le juge parce que le fait ou l'acte qui a été érigé en « critère de rattachement » s'est accompli après l'entrée en vigueur de la réforme. Il s'agit d'affirmer : « comme cet acte ou ce fait est d'une réalisation postérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le régime applicable est logiquement donné par ses dispositions ». Par exemple, la divulgation de l'œuvre a joué dans l'histoire du droit d'auteur un rôle essentiel¹⁵. L'interprète de la loi était implicitement conduit à voir dans cet événement un critère de rattachement de toute réforme intéressant le droit d'auteur. Pour cette raison, les conventions internationales devaient préciser la neutralité de l'acte de divulgation de l'œuvre, au regard des limites temporelles du traité¹⁶. La notion de « critère de rattachement » peut servir, par exemple, pour déterminer l'application dans le temps de l'article L. 131-8 du Code de la propriété intellectuelle, qui prévoit la création d'une sûreté au bénéfice de l'auteur et de ses ayants-droits. Le juge doit choisir entre plusieurs critères de rattachement possibles : la demande de paiement effectuée par le créancier, la naissance ou l'échéance de la créance¹⁷. À

quoiqu'elles se rattachent à un fait antérieur, quand elles n'apparaîtront que comme une suite possible et indirecte, comme ne constituant dès lors qu'une expectative et non un droit acquis ».

¹⁴ C. BEUDANT, *op. cit.*, n° 129, p. 134.

¹⁵ V. par exemple : A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Renouard, éd., 1838, p. 435 : « Un ouvrage non publié n'appartient qu'à l'auteur ; (...) ; l'auteur n'en doit compte à personne, et est maître absolu de le modifier ou de le détruire. (...) Par la publication, l'auteur ne demeure plus seul avec sa pensée ; et son œuvre est entrée dans toutes les intelligences auxquelles il en a communiqué l'expression. Naît-il, de ce fait, un droit en faveur de la société ? ».

¹⁶ V. la circulaire du ministre de l'intérieur du 1^{er} septembre 1859, sur les divers traités ou conventions diplomatiques ayant pour objet la protection internationale des œuvres d'esprit et d'art : *Rec. Sirey*, 1859, *Lois annotées*, p. 96. V. celle conclue avec la Belgique en 1852 (« les publications antérieures et postérieures » sont concernées) ; avec la Principauté de Reuss en 1853, avec l'Espagne en 1853, le Grand Duché de Luxembourg en 1856, ou encore le Canton de Genève en 1858. Il est rappelé que les conventions conclues avec les États Sardes « consacrent la garantie réciproque de la propriété des œuvres d'esprit et d'art, publiées, soit avant, soit après l'ordonnance de promulgation du 12 octobre 1843 ». La convention conclue avec Hanovre en octobre 1851 s'applique « aux œuvres publiées, soit avant, soit après, le décret de promulgation ». L'acte de création d'une œuvre constitua aussi un critère de rattachement intuitif dont il fallut parfois énoncer la neutralité. Par exemple, la convention signée avec le Portugal en avril 1851, prévoyait : « Sont protégées les œuvres antérieures comme les œuvres postérieures au décret de promulgation ». Celle conclue avec la Grande Bretagne en novembre 1851 « ne garantit que les œuvres postérieures au décret de promulgation ».

¹⁷ Le choix d'un critère exclut tout raisonnement sur un autre événement pour résoudre un conflit de lois dans le temps éventuel. Par exemple, si la date d'échéance de la créance doit être retenue, la loi nouvelle pourra

l'issue de la réforme opérée en droit des marques en 1991, il était nécessaire pour le juge de savoir si la date du dépôt de la demande de protection ou celle de la demande de déchéance de la marque devait être prise en compte pour déterminer la loi applicable au litige¹⁸. En réalité, l'interprète recherche le critère de rattachement de la loi nouvelle.

La découverte d'un critère de rattachement est aussi une étape décisive dans la compréhension d'une disposition transitoire. Par exemple, en droit d'auteur, la date de conclusion du mariage semblait constituer cet évènement particulier à la lecture de la disposition transitoire proposée par le législateur. C'est pourtant la date de divulgation de l'œuvre qui a ensuite retenu l'attention des interprètes de la loi¹⁹. Dès lors que la loi nouvelle peut s'appliquer aux époux mariés avant l'entrée en vigueur de la réforme, il faut abandonner l'idée que le critère de rattachement est la conclusion du contrat de mariage. D'un point de vue prospectif, le désir de trouver facilement un critère de rattachement trouve une illustration parfaite au regard des débats qui entourent la création salariée en droit d'auteur²⁰.

Évidemment, il faut aussi compter sur un outil très connu : la notion de « situation juridique ». Celle-ci permet *a priori* de gommer ce qui fait la particularité du droit de la propriété intellectuelle : une diversité de régimes qui se distinguent selon des modes de réservation hétérogènes. Le doyen ROUBIER²¹ présente deux phases dans le développement des moments successifs d'une situation juridique. Une phase « dynamique » correspond au moment de la constitution de la situation juridique. Cette phase se retrouve aussi au moment de son extinction. Une phase « statique » correspond à la période pendant laquelle la situation produit ses effets. La construction de ROUBIER s'appuie d'une part sur les deux types de phases que peut présenter la situation juridique, et d'autre part, sur l'objet de la loi nouvelle.

s'appliquer à toutes les créances échues après l'entrée en vigueur, peu importe qu'elles soient nées sous l'empire du droit antérieur.

¹⁸ V. par exemple : CA Paris, 14 avr. 1995 : *PIBD* 1995, III, 354.

¹⁹ V. CA Paris, 22 avr. 1982 : *D.* 1984, p. 397, note J. GHESTIN.

²⁰ Quand il est question d'attribution des droits, intuitivement, l'évènement « création de l'œuvre » semble revêtu d'une signification transitoire. Cependant, en imaginant un employeur désireux de jouir des droits de l'auteur, la date d'engagement d'une procédure comparable à celle connue en droit des brevets pourrait être retenue. En revanche, s'il fallait accorder des droits à l'employeur en raison de sa qualité d'investisseur, l'acte ou le fait révélant cette qualité devrait être choisi. Ce moment ne serait pas nécessairement concomitant avec la création terminée de la chose. Il serait aussi possible de se concentrer sur la perception de la somme reçue en contrepartie par l'auteur. La cause de cette cession devrait être trouvée dans le versement du salaire. V. CA Paris, 20 avr. 1989 : *RIDA*, janv. 1990, p. 317. Il est vrai que de tous temps, le paiement d'une somme d'argent à l'auteur a pu laisser penser à son cocontractant qu'il se trouvait investi des droits. L'idée a souvent été défendue que l'offre de versement de cette somme pouvait laisser penser que le consentement de l'auteur n'était pas nécessaire. V. par exemple : Trib. corr. de Toulouse, 26 juill. 1862 et CA Toulouse 17 nov. 1862 : *Rec. Sirey*, 1863, II, 43. Des œuvres musicales avaient été exécutées dans un café-concert sans le consentement de leur auteur. Les juges estimèrent que le délit prévu par les articles 3 de la loi des 13-19 janvier 1791 et 428 du Code pénal était constitué, peu important que le contrevenant ait préalablement offert à l'auteur d'acquitter les droits. D'une manière générale, dans l'hypothèse d'une réforme future, l'interprète devrait déterminer la date du fait générateur de la présomption.

²¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 39, p. 181 et s.

INTRODUCTION

Avant toute chose, il faut retenir que toute remise en question *a posteriori* des phases dynamiques de constitution et d'extinction des situations juridiques permet de reconnaître une application rétroactive de la loi nouvelle.

De même, les travaux de Monsieur MAYER²² sont très utiles. Il est démontré que la rétroactivité d'une norme a pour effet de lui faire perdre les caractères classiques d'une règle de droit. Celle-ci est transformée en une « décision » qui a un champ d'action dit « personnel ». C'est-à-dire qu'à la lecture du texte légal, si les destinataires de la règle sont dénombrables au jour de son entrée en vigueur, la loi est rétroactive. Par exemple, si le législateur donne un régime particulier à toutes les interprétations déjà fixées au jour de l'entrée en vigueur, il est théoriquement possible d'en entreprendre le décompte. Une certaine rétroactivité caractériserait alors la règle de droit, parce que sa mise en œuvre ne serait plus subordonnée à un évènement hypothétique.

Enfin, l'analyse structurale de la règle, méthode proposée par le doyen HÉRON²³, est souvent d'un grand secours. Il s'agit d'isoler le syllogisme qui est contenu dans la règle de droit. Les éléments du présumé de la règle sont notés (A), (A'), (A''). L'effet juridique est noté (B). Quand plusieurs effets sont produits, ils sont alors désignés de la manière suivante : (B), (B'), (B''). Par exemple, au regard de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, il est possible d'écrire : *si* une invention est nouvelle (A) et implique une activité inventive (A'), *alors* elle est protégeable par un droit de brevet (B). Cette écriture est utile en ce qu'elle permet de résoudre un conflit de lois dans le temps lorsque les conditions du présumé de la règle changent. Par exemple, à une époque, la condition relative à l'activité inventive n'était pas exigée. L'élément (A') n'était donc pas nécessaire. Par suite, il ne devait pas être requis pour des demandes déposées sous la loi ancienne. Appliquer la loi conformément au principe de non rétroactivité conduit à affirmer que tout effet juridique (B), réalisé sous la loi antérieure, ne doit pas être remis en question. Concrètement, l'invention doit être déclarée protégeable par un droit de brevet selon les conditions exigées par la loi en vigueur au jour de la demande de protection. À propos de l'analyse structurale de la règle de droit, le doyen HÉRON concède : « *Cet exercice n'est pas encore très courant, de sorte qu'il existe peu de*

²² P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973 ; P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préf. de L. BACH et de P. MAYER, Dalloz, 2005, n° 171 et s. p. 79 et s. L'application rétroactive d'une règle à des faits ou actes accomplis avant sa période d'« observabilité » est incompatible avec l'abstraction de la règle et avec son caractère hypothétique.

²³ J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)* : *RTD civ.* 1985, p. 277 et s., spéc. n° 17, p. 288 : « *Le résultat auquel nous parvenons ne prétend en rien à l'originalité. Lorsque les auteurs envisagent les « situations juridiques » dont il faut connaître les effets, ou encore les « actes » et les « conduites » des individus dont on se demande comment ils seront sanctionnés, ces mots n'évoquent-ils pas les faits correspondant au présumé d'une règle de droit ?* ».

repères pour baliser le chemin »²⁴. Pourtant, il est indéniable qu'en certaines circonstances, cette écriture constitue une méthode adaptée aux nuances du droit de la propriété intellectuelle.

6. Cette étude a pour objectif la vérification de l'utilité des outils transitoires classiques. Le droit de la propriété intellectuelle présente immédiatement des obstacles à cette transposition (**I**). Il faut noter que la conception préalable de cette discipline orientera dans bien des cas la démarche de l'interprète de la loi nouvelle (**II**).

I / Les obstacles présentés par le droit de la propriété intellectuelle à une transposition simple et rapide du raisonnement transitoire

7. Une hétérogénéité de la discipline à dépasser - Le droit de la propriété intellectuelle est divisé en deux branches. Le droit de la propriété littéraire et artistique d'un côté, le droit de la propriété industrielle de l'autre. Au sein même de chacune de ces branches, les choses réservées montrent encore de profondes disparités. Par suite, le droit de propriété intellectuelle se constitue à chaque fois différemment. Dans l'idéal, le droit transitoire devrait effacer ce qui distingue le droit d'auteur d'un droit voisin accordé à quelque producteur, donnerait une solution équivalente selon qu'il s'agit de la création d'une invention nouvelle ou du choix d'un signe distinctif orienté par les caractéristiques d'un produit industriel. Il faut toutefois remarquer que l'arrivée d'un terme est une cause universelle d'extinction des droits de propriété intellectuelle. De même, le pouvoir d'exclure les tiers de la jouissance de la chose est un facteur d'unité. Force est de constater qu'il est déjà pressenti que les difficultés transitoires viendront se concentrer sur la naissance des droits.

8. Un corps de règles à délimiter - Certaines législations, poursuivant des objectifs totalement extérieurs au droit de la propriété intellectuelle, tendent à exercer une influence sur la matière. Ces incursions sont souvent justifiées par l'intérêt général. Dans le cadre d'un problème transitoire, l'interprète peut être conduit à confronter deux systèmes juridiques qui n'entretiennent pourtant aucun lien. Par exemple, la loi du 5 juillet 1844²⁵ déclara non

²⁴J. HÉRON, *Principes de droit transitoire*, op. cit, n° 88, p. 82.

²⁵V. l'article 3 de la loi.

susceptibles d'être brevetées les compositions pharmaceutiques ou « *les remèdes de toutes espèces* ». L'interdiction avait pour finalité l'intérêt de la santé publique. Il s'agissait de lutter contre le « *charlatanisme* » développé autour de « *substances guérisseuses* ». Le but poursuivi par le législateur était extérieur au droit des brevets. Simplement, les règles propres au domaine médical n'étaient pas suffisantes pour atteindre cet objectif de lutte contre les fraudes²⁶. D'un point de vue transitoire, ce type d'intervention législative a pour inconvénient de « brouiller les pistes ».

Au départ, un « besoin de droit » est exprimé, mais il n'est pas réellement satisfait dans le domaine juridique attendu. Le législateur pense pouvoir y répondre par une modification du droit des brevets. Seulement, il ne s'agit pas d'opposer un régime juridique « nouveau » qui a pour ambition de clarifier le commerce des médicaments, à un ordonnancement juridique « ancien », qui a seulement pour objet de définir une procédure d'enregistrement des demandes de brevets²⁷. D'une manière générale, lorsque l'exploitation d'une invention se révèle contraire à certaines lois ou à certains règlements, la brevetabilité de l'invention n'est nullement affectée. En effet, le brevet confère un droit d'interdire aux tiers d'exploiter l'invention, mais ne constitue pas une autorisation d'exploiter celle-ci²⁸. La législation sur le brevet n'a pas vocation à remplacer d'autres dispositions légales, qui auraient justement pour objet la protection du bien commun²⁹. Aucun conflit de lois dans le temps n'est observable entre ces deux ensembles de règles parce qu'elles n'ont pas le même objet³⁰.

²⁶ Le recours à la législation sur les brevets fut d'ailleurs critiqué. V. L. NOUGUIER, *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Paris, 1856, p. 522 et s. ; P. OLAGNIER, *Le droit des savants*, préf. de L. DE BROGLIE, Paris, 1937, p. 94.

²⁷ Aujourd'hui, l'interdiction de breveter les éléments du génome permet de sauvegarder certaines valeurs considérées comme particulièrement importantes pour la société française. Lorsqu'un conflit de lois dans le temps est présumé, doivent uniquement être comparés les deux ordonnancements juridiques qui se succèdent dans la définition du domaine du brevetable. Autre exemple, la loi Évin (loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme : *JORF* n° 10 du 12 janvier 1991, p. 615) oblige le juge à condamner toute publicité indirecte pour le tabac. Une norme extérieure au droit des marques peut donc indirectement conditionner la validité du signe. Sur le fondement de cette loi, le « pouvoir d'interdire » de l'auteur peut aussi être paralysé puisqu'il devient possible de lui imposer une transformation de son œuvre. L'interprète ne doit comparer que les deux règles successives intéressant le droit de la propriété intellectuelle concerné. V. CA Paris, 5 mars 1990 : *Juridata* n° 1990-020525, affaire « Team Sonauto Gauloises » ; CA Paris, 14 févr. 2003 : *JCP E* 2003, n° 1434, n° 3, obs. N. BOESFLUG, P. GREFFE et J. BARTHÉLÉMY.

²⁸ Peu importe que cette utilisation de la chose soit contraire à des règles juridiques relatives à la santé publique, à la sécurité des citoyens, à la protection de l'environnement et des animaux, à la préservation de la diversité génétique ou même à l'éthique. Autant de règles qui ont pour finalité la réalisation de l'intérêt général et qui peuvent en théorie affecter le droit des brevets.

²⁹ Déjà sous l'empire de la loi du 5 juillet 1844, la question d'un brevet portant sur une invention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs était nettement distinguée du contrôle de la licéité de l'exploitation de l'objet protégé (V. l'article 4, alinéa 2 de la loi du 5 juillet 1844). La sanction d'un brevet non conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne se confondait aucunement avec les « *peines qui pourraient être encourues pour la fabrication et le débit d'objets prohibés* ». La convention de Paris confirma d'ailleurs cette indépendance (V. article 4 quater de la Convention de Paris du 20 mars 1883). De même, les accords ADPIC obligèrent les États à séparer nettement la question de la brevetabilité d'une invention des hypothèses d'interdiction d'exploiter celle-ci (V. article 27, 2. des accords ADPIC). L'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle ne dit aujourd'hui rien de moins, puisque le problème de la brevetabilité d'une invention garde une complète

De même, en droit des marques, il a toujours été admis que le dépôt assurait un droit de revendication contre tout « usurpateur », peu importerait la nature du produit ou du service désigné³¹. Autrement dit, le commerce d'un produit ou d'un service peut être prohibé, la validité de la marque n'en est pas affectée. En somme, le droit des marques n'a jamais constitué un réel instrument de protection des intérêts du public³². La conception d'un droit de marque comme un complément à la réglementation intéressant les fraudes, tromperies et autres publicités mensongères est critiquable³³. Comme l'intérêt général peut être à la source de normes nouvelles affectant indirectement cette discipline, l'interprète devra précisément distinguer selon que la disposition participe ou non du régime du livre VII du Code de la propriété intellectuelle.

9. Une modification de l'ordonnancement juridique à reconnaître - L'une des difficultés présentées par le droit transitoire est de reconnaître le degré d'importance d'un changement survenu au sein de l'ordonnancement juridique existant. Par exemple, chaque avancée scientifique ne devrait pas remettre en question un droit des brevets relativement souple. Autrement dit, il devrait revenir au juge de résoudre en premier lieu les questions

autonomie au regard des dispositions législatives ou réglementaires qui viendraient interdire « *la mise en œuvre* » de l'invention. En somme, apparaît une première idée de la neutralité du système des brevets fondé uniquement sur un mécanisme d'appropriation privative d'une création intellectuelle. Le mécanisme de réservation se détache d'une appréciation de la compatibilité de l'invention avec les valeurs sociales regardées comme essentielles par le plus grand nombre. En cas de dangerosité d'un procédé brevetable, par exemple, l'ordre public ne constitue pas un obstacle à la protection : TGI Paris, 11 mars 1998 : *PIBD* 1998, III, 398.

³⁰ À ce titre, le considérant n° 14 de la directive du 6 juillet 1998, relative à la protection des inventions biotechnologiques, exprime clairement l'idée que certaines réponses ne peuvent pas être trouvées dans la législation sur les brevets : « *Considérant qu'un brevet d'invention n'autorise pas son titulaire à mettre l'invention en œuvre, mais se borne à lui conférer le droit d'interdire aux tiers de l'exploiter à des fins industrielles et commerciales ; Que dès lors, le droit des brevets n'est pas susceptible de remplacer ou de rendre superflues les législations nationales, européennes ou internationales, fixant d'éventuelles limitations ou interdictions, ou organisant un contrôle de la recherche et de l'utilisation ou de la commercialisation de ses résultats, notamment par rapport aux exigences de santé publique, de sécurité, de protection de l'environnement, de protection des animaux, de préservation de la diversité génétique et par rapport au respect de certaines normes éthiques* ».

³¹ Cass. crim., 8 mai 1868: *Rec. Sirey* 1869, I, p.187. La marque peut licitement désigner des produits dont la fabrication et la vente sont réservées à des personnes investies d'un privilège. En l'espèce, il était question de la vente de médicaments. Les juges affirment que la marque ne cesse pas d'être la propriété du déposant et ne tombe pas pour cette seule raison dans le domaine public. D'un point de vue transitoire, cette précision est intéressante : « (...) *si [la marque] reste inerte entre les mains de son propriétaire, on peut prévoir pourtant des cas où, par la suite de modifications dans la législation (...) son application ne rencontrera plus, dans l'avenir, les obstacles qui s'opposaient d'abord à son usage légal* ». Autrement dit, la paralysie dont le droit de marque est affecté peut disparaître suite à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle.

³² V. J. PASSA, *Droit commun des marques et protection du consommateur*, in *Mélanges Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003, p. 781 et s. ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Précis Dalloz, n° 60 : la marque véhicule certes une information dont les consommateurs sont les destinataires, mais son « but promotionnel » l'emporte sur cette fonction informative.

³³ V. par exemple, l'article 8 alinéa 2 de la loi du 23 juin 1857 qui sanctionnait l'usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit. Aujourd'hui, l'usage de signes trompeurs n'est absolument pas prohibé par le livre VII du Code de la propriété intellectuelle. Cependant, si une législation a pour finalité d'empêcher l'adoption de certains comportements, la marque ne doit pas conduire, même indirectement, à magnifier l'adoption de ces derniers, comme la consommation de drogues par exemple.

inédites posées par le « progrès »³⁴. En effet, il revient au juge de donner une lecture concrète de la norme.

Dans cette optique, ce qui est susceptible de changements selon les époques ne devrait pas être du domaine de la loi. Cependant, le législateur décide parfois d'intégrer des données nouvelles de nature scientifique à une règle en vigueur, dans l'idée d'en permettre une application plus correcte. Dans ce cas, la prétention de donner au texte son véritable sens n'est pas très éloignée. C'est pour cette raison que certains plaideurs n'hésitent pas à arguer de la nature interprétative de la loi nouvelle, afin de faire régir par elle des actes ou des faits accomplis sous l'empire de la loi ancienne³⁵. Le législateur ne ferait que prendre acte d'impératifs nouveaux, sans modifier profondément l'ordonnement juridique. Par exemple, le droit d'auteur est né de l'apparition d'une technique et de nombreuses évolutions technologiques ont pu faire craindre l'inefficacité des règles en vigueur³⁶. Plane toujours la menace d'un droit obsolète au regard de la modernisation des moyens de reproduction ou de diffusion des œuvres. Il s'agit alors de savoir lequel, du juge ou du législateur, est le mieux placé pour répondre à ce besoin de droit spécifique³⁷. La question se pose d'ailleurs avec

³⁴ P. GOMEZ, *Évolution récente du droit de la propriété industrielle*, in Rapport de la Cour de cassation de 1992, La documentation française, p. 103 et s. spéc., p. 118. Les lois n° 90-1052 du 26 novembre 1990, n° 91-7 du 4 janvier 1991 et n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 auraient toutes permis une « mise à jour », une « rénovation » du droit des brevets au regard d'éléments extérieurs à cette discipline. Les défis à venir sont aussi envisagés : « Les progrès très importants réalisés par la science et la technique dans des domaines comme la biologie ou la génie génétique ou la médecine, ne manqueront pas de poser bientôt des problèmes aigus en matière de brevets. Le droit actuel ne porte pas en lui les réponses et il appartiendra à la pratique, confrontée aux problèmes de tenter d'y apporter une réponse ».

³⁵ V. par exemple : Cass. com., 22 oct. 2002 : *Bull.civ.* IV, n° 150. Il était question du caractère interprétatif d'un texte réglementaire adopté dans l'unique but de tenir compte de l'évolution de certaines données scientifiques. La société Kraft Jacobs Suchard France entendait démontrer la nature interprétative du texte réglementaire : « une loi est interprétative si elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse ; que le règlement de 1998 n'a nullement modifié le principe du paiement des droits d'importation sur le chocolat, ni le taux d'imposition basé sur la teneur en graisse du lait contenu dans le chocolat, mais seulement changé la méthode d'analyse critiquée, en permettant de connaître, en raison d'une méthode scientifiquement exacte, la véritable teneur en graisse ; que ce texte qui ne voulait pas innover mais avait pour seul but de préconiser une méthode scientifiquement exacte avait un caractère interprétatif le rendant applicable aux situations antérieures à sa date d'entrée en vigueur ; que la cour d'appel ne pouvait méconnaître le caractère interprétatif du règlement de 1998 sans violer l'article 2 du Code civil ». La Cour de cassation, reprenant la définition classique des lois interprétatives ne retiendra pas l'argumentation : « Mais attendu qu'une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse ; qu'ayant relevé que le règlement n° 203/98 du 26 janvier 1998 avait modifié le règlement n° 4154/87 du 22 décembre 1987 en ce qui concerne la méthode d'analyse utilisée pour déterminer la teneur en matières grasses provenant du lait, pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques en la matière, la cour d'appel, qui a ainsi mis en évidence l'innovation apportée par le nouveau texte, a, à bon droit, dit que celui-ci n'avait pas de caractère interprétatif ».

³⁶ A.-J. GASTAMBIDE, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, 1860 : « Quoiqu'il en soit, l'invention de l'imprimerie, en apportant un changement radical dans la reproduction des œuvres de l'intelligence, devait donner naissance à ce droit nouveau que nous allons voir poindre et se développer, depuis le jour où parut dans le monde le premier livre imprimé, jusqu'à ces derniers temps où la propriété littéraire a reçu de la loi et d'un ensemble de traités avec la plupart des Nations de l'Europe une extension qui n'est pas encore arrivée, sans doute, à ses dernières limites ».

³⁷ V. Par exemple V. M. KESSLER, *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite* : D. 2005, chron. p. 2527. Dans le cadre d'une réflexion sur les conséquences d'un développement rapide

acuité lorsqu'il est avancé que le droit d'auteur a déjà montré toute sa potentialité créatrice et qu'il ne s'agirait que d'adapter dans l'avenir des principes essentiels déjà connus³⁸.

Avec la loi n° 57-298 du 11 mars 1957, le législateur prit la mesure de l'apparition de nouvelles formes d'art surgies depuis la législation révolutionnaire³⁹. Aujourd'hui, il est possible d'imaginer qu'une nouvelle intervention législative intéressera dans le futur le domaine de l'art contemporain. Ces considérations sont intimement liées au droit transitoire. En effet, si la loi nouvelle ne vient que compléter, adapter ou moderniser la législation en vigueur, elle ne semble pas véritablement autonome au regard du droit existant⁴⁰. Par suite, le juge pourrait se sentir autorisé à appliquer le texte légal de la manière la plus générale. En effet, le degré de changement survenu au sein de l'ordonnement juridique a une influence directe sur la manière dont les dispositions en question vont s'appliquer dans le temps. Le législateur peut prendre en considération la maîtrise de technologies nouvelles. Par exemple, il peut prendre acte de l'existence d'un nouveau type de choses, comme les séquences géniques⁴¹ ou de nouvelles pratiques, comme l'apposition de mesures techniques de protection sur certains supports⁴². Le droit en vigueur a-t-il été modifié de telle façon que le choix de la loi nouvelle peut se révéler contraire au principe de non rétroactivité⁴³ ?

du *peer to peer*, l'auteur écrit en 2005 : « *Le droit fait face à une évolution qui le dépasse par sa rapidité et sa complexité (...). Les ressources offertes par le Code de la propriété intellectuelle sont devenues insuffisantes* ».

³⁸ V. par exemple, le considérant n° 5 de la directive CE n° 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « *L'évolution technologique a multiplié et diversifié les vecteurs de création, de production et d'exploitation. Si la protection de la propriété intellectuelle ne nécessite aucun concept nouveau, les règles actuelles en matière de droit d'auteur et de droits voisins devront être adaptées et complétées pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation* ».

³⁹ V. le texte du projet de loi déposé le 9 juin 1954 à l'Assemblée nationale : *RIDA* janv. 1955, p. 162 ; V. aussi l'exposé des motifs : *RIDA*, oct. 1954, p. 150.

⁴⁰ V. M. PLAISANT et F. JACQ, *Traité des noms et appellations d'origine*, Paris, 1921, n° 61, p. 83. La loi du 6 mai 1919 sur les appellations d'origine fut au départ présentée comme « *un texte de perfectionnement* » de la loi du 28 juillet 1824 : « *elle entendait compléter et améliorer la législation antérieure* ». Les qualifications ne sont pas anodines : le projet de loi, selon le rapporteur, n'aurait fait que suivre « *la voie qui avait été tracée depuis longtemps par la jurisprudence et qu'il se borne à constater une fois de plus* ».

⁴¹ V. l'article L. 613-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 6 août 2004. Le législateur semble seulement indiquer que la revendication couvrant une séquence génique doit être appréciée selon ses caractères particuliers : « *La portée d'une revendication couvrant une séquence génique est limitée à la partie de cette séquence directement liée à la fonction spécifique concrètement exposée dans la description* ».

⁴² L'article L. 331-9 du Code de la propriété intellectuelle est issu de la loi du 1^{er} août 2006, il dispose : « *Les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à des mesures techniques de protection qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique, dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3. Le Conseil Supérieur de l'Audiodisuel veille au respect des obligations du 1^{er} alinéa dans les conditions définies par les articles 42 et 48-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ». Même si le législateur indique l'autorité qui sanctionne le non respect de l'exception de copie privée dans ce secteur particulier de la création, le législateur semble préciser que le bénéfice de copie privée existe aussi quand le support ou le format est numérique. Si le droit antérieur ne précisait rien à ce propos, il aurait néanmoins été possible de considérer que le mécanisme de la copie privée s'opérait déjà sur ce type de support ou de format.

⁴³ Par exemple, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite de modernisation de l'économie, vint préciser que les brevets pouvaient être obtenus dans « *tous les domaines technologiques* » (V. l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, modifié par l'article 132 de la loi du 4 août 2008). La précision nouvelle découle du

Également, il faut considérer que la réécriture d'une disposition légale, qui semble anodine de prime abord, peut annoncer un changement véritable de l'ordonnancement juridique. Par exemple, l'inventeur salarié « pouvait bénéficier » d'une rémunération supplémentaire sous le droit antérieur et « bénéficie » de cette rémunération sous le droit nouveau. Malgré le changement rédactionnel mineur de la norme, le droit des brevets fut réellement modifié par la réforme en question⁴⁴.

L'analyse transitoire peut se révéler délicate lorsque le législateur semble seulement réaffirmer l'existence d'une liberté. Par exemple, l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle précise que les droits du producteur d'une base de données « *peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence* »⁴⁵. Le législateur ne fait-il que rappeler le principe de la liberté contractuelle ? Le principe de la libre disponibilité des biens est aussi concerné puisque les droits en question constituent des biens qui peuvent être transmis à cause de mort ou cédés entre vifs⁴⁶. À l'inverse, il faudrait isoler les dispositions qui consacrent une liberté spécifique⁴⁷. Par exemple, lorsque l'article L. 331-7 du Code de la propriété

respect par la France de ses engagements internationaux (V. l'article 27 des accords ADPIC et l'article 52 de la Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973 et sa révision par l'acte du 29 octobre 2000). Au Sénat fut évoquée une modification du « *champ du brevetable* » (V. débat. Sénat, séance du 10 juillet 2008). Il a été dit que la mention « *contribue[rail] moins à encadrer le champ de l'innovation qu'à l'élargir, dans un contexte où les technologies du vivant se développent, notamment de manière marchande* ». Cette précision sur les « domaines technologiques », ajoutée à l'admission de la brevetabilité de la seconde application thérapeutique, serait susceptible de porter atteinte « *au champ des biens communs* ». Par conséquent, l'ensemble des choses brevetables sous le droit antérieur et celui existant depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008 ne devraient pas entièrement se recouper. En théorie, le juge pourrait sanctionner le défaut de caractère brevetable de l'invention quand le titre de brevet a été délivré sous l'empire du droit antérieur, et ce, pour une raison inopérante après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Pourtant, il est difficile de scinder un droit « antérieur » d'un droit « nouveau » au regard des conditions de validité du dépôt. En effet, ce droit « antérieur » ne préconisait pas expressément que les inventions appartenant à tel ou tel domaine technologique n'étaient pas brevetables.

⁴⁴ V. l'article 19 la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 : « *Dans la deuxième phrase du deuxième alinéa (1) de l'article 1^{er} ter de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 précitée, les mots : « peut bénéficier » sont remplacés par le mot « bénéficie »* ». V aussi l'article 15 de cette même loi qui remplace l'expression « brevets antérieurs » par celle de « brevets étrangers ». Il est aussi possible de citer l'ordonnance du 11 décembre 2008 qui a ajouté une courte expression au sein de l'alinéa 2 de l'article L. 612-19 du Code de la propriété intellectuelle. Le délai de six mois pendant lequel le breveté peut encore payer sa redevance est simplement qualifié de « *délai de grâce* ».

⁴⁵ V. l'alinéa 2 de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle. L'alinéa 1^{er} énonce les deux types d'actes que le producteur d'une base de données a le droit d'interdire (article 5 de la loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998).

⁴⁶ Il est vrai que la précision sur la possibilité de conclure un contrat de licence peut constituer en tant que telle un éclaircissement parce que la notion de concession se conçoit difficilement en droit de la propriété intellectuelle. En droit des dessins et modèle, l'article L. 513-2 du Code de la propriété intellectuelle (issu de l'ordonnance n° 2001- 670 du 25 juillet 2001) énonce que le droit de propriété qui est acquis à l'issue de la procédure d'enregistrement peut être « *cédé ou concédé* ». En droit des brevets, l'article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle (alinéa 2) rappelle que les « *droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie* » et qu'ils « *peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive* ».

⁴⁷ Par exemple, l'article L. 611-3 du Code de la propriété intellectuelle consacre une liberté spécifique au droit des brevets. En utilisant l'analyse structurale de la règle, il est possible d'écrire : *si* le brevet a pour objet une spécialité pharmaceutique qui fait l'objet d'une AMM (A), *alors* (i) le propriétaire du brevet d'invention *peut* à compter de sa délivrance, obtenir un CCP pour les parties de son invention qui correspondent à cette AMM (B). La possibilité d'obtenir ce CCP est l'effet juridique de la règle. Le juge semble autorisé à admettre généreusement l'exercice de cette liberté, sans devoir distinguer selon que le titre de brevet a été obtenu avant ou après l'entrée en vigueur de la réforme.

intellectuelle dispose : « *Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies* », le législateur donne une liberté particulière aux titulaires de droits. Les destinataires de la règle ont la possibilité de donner un objectif particulier aux mesures techniques qu'ils mettent en place. Comme le droit civil ne permet pas d'expliquer cette liberté, elle apparaît complètement nouvelle aux yeux de l'interprète⁴⁸.

De même, il semble souvent difficile de mesurer la valeur normative des définitions légales. Incontestablement, sont présentées les conditions que le juge doit vérifier dans le cadre d'une opération de qualification. En ce sens, une définition correspond toujours à un besoin d'encadrement juridique particulier. En droit de la propriété intellectuelle, ce besoin concerne les caractéristiques de la chose réservée⁴⁹ ainsi que les qualités que le titulaire du droit doit présenter⁵⁰. D'un point de vue transitoire, l'hésitation de l'interprète se traduit ainsi : soit la définition est annonciatrice d'un droit nouveau dont il faut préciser le champ d'application, soit la définition montre un caractère intemporel et le juge est autorisé à en faire une application étendue⁵¹. Le cas échéant, le droit antérieur peut être complètement ignoré.

À ce titre, en droit de la propriété intellectuelle, il convient de remarquer que le législateur ne donne pas de définitions quand il s'agit de s'y attendre⁵². La création d'une définition relève

⁴⁸ L'exception de copie privée, quand son exercice est conforme aux exigences légales, donne en théorie la possibilité à son bénéficiaire d'effectuer un nombre illimité de copies. D'un autre côté, le titulaire des droits est en mesure de porter atteinte à l'exercice de l'exception prévue à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, en plaçant des mesures techniques de protection sur le support de l'œuvre. Avec l'article L. 331-7 du Code de la propriété intellectuelle, le législateur offre au juge la possibilité d'arbitrer un conflit éventuel. Le juge est logiquement tenté de ne pas distinguer selon que l'œuvre, protégée par la barrière des mesures techniques de protection, a été créée avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

⁴⁹ La loi du 11 mars 1957 apporta un nombre important de dispositions consacrées à des définitions (V. les articles 8 à 13 de la loi du 11 mars 1957). Par exemple, le caractère spécifique de certaines œuvres justifia l'effort du législateur. Il ne s'agissait pas de distinguer selon que les œuvres plurales en question avaient été créées avant ou après l'entrée en vigueur de la réforme. Il ne s'agissait pas de dire : « seules les œuvres plurales créées de cette manière après l'entrée en vigueur recevront la qualification d'œuvre de collaboration ou d'œuvre collective ». Par suite, le juge fut implicitement autorisé à faire une application étendue des dispositions nouvelles. Ce type de raisonnement pourrait être vérifié pour un nombre important de dispositions en droit de la propriété intellectuelle. Il est possible de citer l'alinéa 2 de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle qui donne la définition des bases de données ; l'article L. 623-1 du Code de la propriété intellectuelle qui donne une définition de l'obtention végétale ou l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle qui donne une définition des mesures techniques de protection.

⁵⁰ Par exemple, l'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle donne la définition d'un artiste-interprète ; l'article L. 213-1 du Code de la propriété intellectuelle donne la définition d'un producteur de phonogrammes ; l'article L. 215-1 du Code de la propriété intellectuelle donne la définition d'un producteur de vidéogrammes ; l'alinéa 1^{er} de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, celle du producteur d'une base de données.

⁵¹ V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, les personnes, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, 2004, vol. 1, n° 107, p. 195 ; V. aussi : S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, Introduction générale, p. 3. S'agissant d'une définition du standard juridique, Monsieur RIALS évoque un type de disposition dont l'un des aspects principaux est de voir son caractère normatif contesté. C'est précisément le cas quand il est question de définitions.

⁵² Lorsque la loi du 3 juillet 1985 vint consacrer la place des logiciels au sein des objets protégeables par le droit d'auteur, aucune définition des logiciels et matériaux « *de conception préparatoire* » ne fut apportée. Pourtant, dès 1978, l'OMPI ne concevait pas une clarification du régime de protection des logiciels sans une définition précise des expressions consacrées : V. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Dispositions types*

du domaine de la politique législative. Le choix du législateur de rester silencieux permet la consécration de certains standards juridiques. L'ajout d'une définition légale n'est pas toujours perçu comme une amélioration qualitative de la norme⁵³. En droit des biens, il fut « *de tradition législative de s'en défier* »⁵⁴ et le droit de la propriété intellectuelle montre une tendance similaire. Par exemple, ni l'œuvre, ni l'invention, ne reçurent jamais de définition légale. L'objet protégeable au titre du droit des dessins et modèles est indiqué depuis la réforme de 2001 par une pluralité d'indices⁵⁵ et le législateur ne formula une définition précise de la marque qu'en 1991⁵⁶. En somme, l'apport d'une définition légale n'est pas toujours traduisible d'un point de vue transitoire parce que la volonté du législateur est souvent difficile à analyser.

En conclusion, l'hétérogénéité apparente de la discipline, la difficile détermination de ses limites impératives, ainsi que la tâche parfois ardue qui consiste à identifier une modification réelle de ses normes, constituent autant d'obstacles à une transposition rapide et simple du raisonnement transitoire classique.

Il convient également de souligner que le choix de la loi applicable est nécessairement influencé par la manière dont on conçoit, en amont, le droit de la propriété intellectuelle.

II / Un raisonnement transitoire nécessairement influencé par une conception préalable du droit de la propriété intellectuelle

sur la protection des logiciels, 1978, documentation OMPI, p. 9. Sont définis, « *les programmes d'ordinateur* », la « *description de programmes* », la « *documentation auxiliaire* » au sein d'un article premier. De même, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 : *JORF* du 30 juillet 1994, n° 175, p. 11056) et la loi n° 94-654 du même jour, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 : *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059) ne définirent aucunement les termes de « *corps humain* », d'« *éléments* », de « *produits* », ou encore l'expression « *connaissance d'un gène humain* ». Le législateur préféra que l'interprète se réfère aux définitions médicales (Doc. AN, *Rapp.* au nom de la Commission des lois, n° 2871, 30 juin 1992, p. 127). Certaines définitions auraient pourtant été souhaitables dans un domaine aussi technique, à l'instar de garde-fous.

⁵³ Sur les aspects négatifs d'une définition légale : V. F. STELLA MARANCA, *Les regulae juris et la définition in juri civili*, in *Mélanges François GÉNY*, Topos, Librairie Edouard Duchemin, 1977, t. 2, p. 91. Voir aussi : G. CORNU, *Les définitions dans la loi, L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 259.

⁵⁴ C. ATIAS, *L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil)* : D. 2009, chron. p. 1165.

⁵⁵ V. l'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁶ V. l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle.

10. Le rôle du droit naturel - Parfois, la loi ne ferait que consacrer « *un principe de droit juste* »⁵⁷. Dans ce cas, la norme régit à la fois le passé et l'avenir⁵⁸. À ce titre, les lois « morales » feraient exception au processus de promulgation des lois. Elles se rapprocheraient des textes interprétatifs en ce sens qu'elles n'apporteraient aucun changement réel au sein de l'ordonnement juridique existant⁵⁹ et pourraient être appliquées sans limitation dans le temps. En un mot, l'invocation du droit naturel peut permettre de justifier une solution transitoire. Or, ce type de référence se retrouve au sein de décisions anciennes en droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, en droit d'auteur, il a pu être affirmé que : « *la création d'une œuvre intellectuelle constitue au profit de son auteur une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel et dont la jouissance est réglementée par le droit civil* »⁶⁰. En d'autres termes, il serait possible d'énoncer que le droit d'auteur n'appartient, dans son principe, à aucune époque en particulier. Pourtant, lors de l'apparition d'une réforme, l'interprète a toujours pour tâche de distinguer précisément ce qui appartient au droit antérieur et ce qui constitue le droit nouveau. La difficulté provient du fait que la manière dont on conçoit l'apparition *ab initio* des normes propres au droit de la propriété intellectuelle aura nécessairement une influence sur l'approche transitoire à adopter⁶¹.

Par exemple, la paralysie de la « condition de réciprocité »⁶², dès lors qu'il est question du droit moral de l'auteur, révèle un droit naturel dont la force ne doit pas nécessairement être inscrite dans la loi pour être pleinement reconnue. De même, à l'occasion de l'exclusion de

⁵⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 61, p. 282 et n° 19, p. 69. L'opposition est consacrée entre les lois naturelles d'une part, et les « lois humaines », d'autre part. Ces dernières, « *que dominant mille influences de temps et de lieu* », ne peuvent obliger que « *le pays et l'époque pour lesquels elles ont été faites* ».

⁵⁸ V. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre Ier, sect. I, XII et XII. En plus de régler l'avenir, les lois naturelles régiraient « *tout ce qui peut avoir du passé qui reste indécis* ». V. A.-M.-J.-J. DUPIN, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Bruxelles, 1835, p. 281 : les lois naturelles « *sont immuables ; il n'est point donné à l'homme de s'y soustraire, ni de les changer* » ; p. 340 : « *La loi naturelle n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux, parce qu'elle est de tous les pays et de tous les siècles* ». Au contraire, les lois « positives » « *n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent* ». V. aussi : C. BEUDANT, *op. cit.*, n° 126, p. 131.

⁵⁹ P. LEVEL, *op. cit.*, p. 29. Il est expliqué que certaines lois ont pu, à une époque, être présentées comme des « déclarations ». Le législateur annonçait alors ne pas vouloir créer un droit nouveau. V. par exemple, Cass. civ. 11 janv. 1905 : *Rec. Sirey* 1909, I, p. 366 : « *L'article 3, titre 2, de la loi du 8 avril 1898, d'après lequel « le lit des cours d'eau non navigables, ni flottables appartient aux propriétaires des deux rives », est une disposition de loi purement interprétative de la loi générale, et déclarative de droits préexistants* ».

⁶⁰ J. RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, Paris, 1880, t. 5, V° « Propriété artistique », n° 2, p. 888 et les notes citées.

⁶¹ En droit de la propriété industrielle, quand il était question des droits des étrangers fondés sur le droit des gens, il a été soutenu que le législateur français n'avait fait que consacrer un principe préexistant issu du droit naturel. Dès lors, l'application des règles nouvelles ne devait pas trouver de limites temporelles. V. Cour royale de Rouen le 8 juin 1845 : *Rec. Sirey* 1845, II, p. 354 ; Cour royale de Paris 30 novembre 1840 : *Rec. Sirey* 1841, II, p. 85 ; Cass. civ., 14 août 1844 : *Rec. Sirey* 1844, I, p. 756.

⁶² V. la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 relative à l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur : *JORF* du 9 juillet 1964, p. 6092. Les règles sont aujourd'hui codifiées à l'article L. 111-4 du Code de la propriété intellectuelle. V. les conclusions générales de M. l'avocat général DELAFAYE sous : CA Paris, 6 juill. 1988 : *Gaz Pal.* 1989, II, p. 741, spéc. p. 746.

l'œuvre de la masse commune, DESBOIS estimait que la règle nouvelle aurait dû s'appliquer aux mariages célébrés avant son entrée en vigueur. Il était expliqué que dans certaines hypothèses, « *la loi n'a d'autre résultat que de constater un fait inhérent à la nature des choses* »⁶³. En outre, l'idée a été fortement soutenue que le juge était autorisé à faire application de la loi nouvelle à des contrats antérieurs, parce que le législateur ne faisait que réaffirmer la nature véritable des droits de l'auteur⁶⁴. De même, le principe de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle ferait partie du « *droit naturel de l'acte créatif* »⁶⁵. De toute évidence, une étude de droit transitoire doit nécessairement prendre en compte l'existence de ces principes intemporels⁶⁶.

11. L'attribution des rôles respectifs du juge et du législateur en droit de la propriété intellectuelle - D'un côté, il y a le domaine public⁶⁷, de l'autre, il y a le domaine protégeable. Il est contraire à l'ordre public que le juge étende un droit de propriété intellectuelle en dehors de ses limites, comme il est impossible de laisser à tout un chacun la liberté de choisir arbitrairement l'une des protections offertes par le Code de la propriété intellectuelle. En somme, les conditions d'accès des différents régimes propres à la discipline ne sont pas disponibles. Par principe, le législateur est habilité à modifier les limites du domaine public et à imposer un classement péremptoire des « choses intellectuelles ». Ces choses sont spécialement visées par la loi comme étant susceptibles d'être réservées lors de la création d'un droit de propriété intellectuelle. En revanche, le juge ne peut pas porter atteinte

⁶³ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, n° 312, p. 404 : « *Le législateur ne prend pas une disposition arbitraire en optant pour une solution opposée à celle de la Cour de cassation : il se conforme aux résultats de l'analyse du droit d'auteur, si bien qu'en raison, son intervention aurait dû revêtir un caractère interprétatif et produire un effet rétroactif* ».

⁶⁴ V. Cass. 1^{ère} civ. 16 juin 1982 : *D.* 1983, p. 96.

⁶⁵ P. GAUDRAT, *Droit des nouvelles technologies : RTD com.* 2007, chron., n° 52, p. 122.

⁶⁶ Par exemple, en qualifiant le principe d'interprétation stricte des contrats de « principe général du droit », il ne semble plus nécessaire d'isoler les dispositions de la loi du 11 mars 1957 qui lui servent pourtant de fondement, ni de déterminer leur date d'entrée en vigueur. V. P-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7^{ème} éd., 2010, n° 247, p. 275.

⁶⁷ V. CHOISY S., *Le domaine public en droit d'auteur*, préf. de P.-Y. GAUTIER, LITEC, 2002, n° 313, p. 151. Pour une distinction entre le domaine public qui désigne des choses qui ne sont plus protégées en raison de l'expiration du délai de protection et le fond commun, qui désigne toutes les choses qui ne peuvent accéder à la protection.

au « caractère fermé » des droits proposés⁶⁸. C'est-à-dire qu'il n'est pas autorisé à créer des droits intellectuels inédits⁶⁹. Il soit seulement veiller à la conservation de la structure en place. Toutefois, dans certaines hypothèses, le juge apporte des modifications substantielles aux conditions de réservation requises. Par exemple, dans le domaine de l'art contemporain, l'idée tend parfois à devenir un critère discriminant de protection⁷⁰. Certes, la condition liée à la forme originale, ainsi que le principe de l'indifférence du genre de l'œuvre, obligent le juge à se montrer prudent. Néanmoins, il est possible de voir la création implicite et sans fracas d'une branche indépendante au sein du droit d'auteur. Il faut se souvenir que dans le passé, le juge a pu être encouragé à forcer les conditions de protection d'une œuvre originale. Il suffit de penser à la reconnaissance de l'œuvre logicielle⁷¹.

Par suite, une certaine confusion des rôles respectifs du juge et du législateur est identifiable. Si le juge crée des normes et qu'ultérieurement le législateur ne fait que les « reconnaître », il semble bien difficile de séparer nettement un ordonnancement juridique « nouveau » d'un ordonnancement juridique « ancien », selon la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le juge sera légitimement tenté de faire une application des plus générales des normes légales. En conclusion, suivant l'idée que l'on se fait du rôle du juge en droit de la propriété intellectuelle, la loi nouvelle peut recevoir un champ d'application temporel plus ou moins étendu.

12. Les intérêts en présence – Le droit de la propriété intellectuelle est en lui-même un compromis permanent. Par suite, la notion de loi nouvelle « plus favorable » aura toujours pour défaut de permettre au juge de justifier *a posteriori* la solution transitoire adoptée. En d'autres termes, le juge ne peut pas choisir la loi applicable en procédant à une balance des intérêts en présence, tant cette démarche serait source d'insécurité juridique pour les

⁶⁸ En présence d'un « besoin de droit », soit un droit de propriété intellectuelle inédit est créé, soit le domaine d'application d'un droit existant est étendu. V. Par exemple le considérant n° 8 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Il est affirmé que les innovations biotechnologiques ne nécessitent pas la création d'un « *droit particulier* » qui se substituerait au droit national des brevets.

⁶⁹ Le juge aurait du moins pour mission de surveiller de près les stratégies de protection élaborées par la pratique. Par exemple, le juge va déterminer si la protection de la forme d'un médicament par le droit des marques, alors même que le brevet relatif au médicament lui-même vient d'expirer, revêt ou non un caractère artificiel. V. J. AZÉMA, *Médicament générique et référence au princeps (à propos de Cass. com., 26 mars 2008)* : D. 2008, p. 1524, spéc. p. 1525 ; V. aussi : S. LIPOVETSKI, *Une marque communautaire 3D à deux vitesses : l'esthétique au service de la marque de luxe ?* : D. 2008, chron. p. 1367, spéc. p. 1370.

⁷⁰ V. M. CAUVIN, *Les concepts du droit d'auteur dans l'enfer de l'art conceptuel... (À propos de Cass. 1^{ère} civ. 13 nov. 2008)* : *Comm. com. électr.* 2009, étude n° 20, p. 17 ; E. TREPPOZ, « *La nouvelle Ève* » au « *Paradis* » du droit d'auteur, suite et fin ! (à propos de Cass. 1^{ère} civ. 13 nov. 2008) : D. 2009, p. 266.

⁷¹ Encore aujourd'hui, le juge sait que l'OEB est favorable à la brevetabilité des logiciels. V. F. FOREST, *Faut-il craindre les chasseurs de brevets en Europe ?* : D. 2006, p. 2473.

plaideurs. Par exemple, l'intérêt de la société peut se confondre avec celui des auteurs et des inventeurs, quand il s'agit d'encourager la liberté de création de l'auteur ou la libre recherche scientifique. Quand la loi nouvelle a pour objet d'offrir des prérogatives essentielles au créateur ou de récompenser l'investissement, le législateur soutient le travail d'un écrivain ou d'un biologiste⁷². L'intervention législative est alors conforme à l'intérêt général.

Cependant, certaines difficultés apparaissent quand on découvre que la société peut aussi être représentée par le domaine public, espace de libre jouissance de tous les éléments qui s'y trouvent réunis. Cette fois, les intérêts de la société se retrouvent en complète opposition avec les intérêts du créateur ou du chercheur, qui souhaite profiter pleinement de la période de protection de la chose. Le « public » peut considérer que le brevet constitue un frein au libre accès à la connaissance ou qu'il conduit à une « appropriation du vivant » quand des inventions biotechnologiques sont réservées.

Les choses se compliquent encore quand la notion de consommateur, classiquement présente au sein du droit des marques⁷³, apparaît aujourd'hui en droit d'auteur⁷⁴. Le consommateur cristallise des demandes nouvelles, qui ne sont pas favorables aux intérêts des titulaires de droits, mais qui ne se recoupent pas pour autant avec celles du public traditionnel. En conclusion, c'est une caractéristique du droit de la propriété intellectuelle de s'être construit sur un ensemble mouvant de compromis. Aucun raisonnement transitoire ne peut donc se fonder sur la satisfaction d'un intérêt en particulier.

⁷² La mise en rapport des intérêts de l'auteur ou de l'inventeur avec ceux du public a toujours suscité les débats les plus passionnés. Il est possible de se poser la question suivante : dans quelle mesure le créateur est-il débiteur de la société? Il est possible de penser que l'auteur a emprunté au fond commun et qu'il doit divulguer la teneur de ses travaux. Au contraire, en adoptant une approche « réelle » du droit de la propriété intellectuelle, il faut se poser la question suivante : dans quelle mesure « l'utilisateur » de la chose créée est-il créancier de l'auteur ? Il faut alors remarquer que l'assimilation contemporaine de « l'utilisateur de l'œuvre » à un consommateur donne à penser que la société est aujourd'hui en droit d'exiger une « production culturelle ». Elle serait donc créancière de l'auteur. V. L. PFISTER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^{ème} siècle* : RIDA 2005, n° 205, p. 117, spéc. p. 125.

⁷³ La fonction « d'identification de provenance » de la marque, ainsi que la garantie de qualité que le consommateur déduit de cette origine constante, assurent la transparence du marché et une certaine fiabilité des produits. C'est en ce sens que la fonction de la marque, outil de loyauté commerciale, semble entretenir un lien évident avec la réalisation de l'intérêt général. De manière absolue, cette garantie de qualité dans l'intérêt des consommateurs est assurée par les marques collectives de certification.

⁷⁴ C. CARON, *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz 2003, p. 245 et s. Classiquement, le consommateur est un personnage dont la faiblesse présumée est génératrice de règles protectrices. Aussi le « public » ne devrait-il pas être entièrement constitué par des « consommateurs ». V. aussi : CA Paris, 22 janv. 1992 : *Juris-data* n° 1992-020143. L'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle n'indique pas selon quel délai l'éditeur est tenu d'assurer la diffusion commerciale de l'œuvre. Lorsque le contrat est silencieux sur ce point, il appartient aux tribunaux d'apprécier si le retard apporté par l'éditeur à la publication de l'œuvre peut justifier la résolution du contrat ou l'allocation de dommages et intérêts à l'auteur. Si les juges ont parfois pris en compte « l'intérêt des lecteurs en puissance » qui ont pu souffrir d'un retard apporté dans la publication de l'œuvre, il ne s'agissait que d'un indice pour apprécier la réalité du préjudice subi par l'auteur.

13. Les rapports ambigus du droit de la propriété intellectuelle avec le droit des biens - Le droit de la propriété intellectuelle est composé de lois spéciales dont l'interprétation doit rester restrictive. Il existe plusieurs systèmes de réservation, adaptés aux caractéristiques particulières des différentes « choses intellectuelles » reconnues⁷⁵. Par exemple, si le régime des biens postule une appropriation de principe de toute chose « *porteuse d'utilités et objet de convoitises* »⁷⁶, le droit d'auteur ne s'applique qu'à des œuvres originales. La conservation des frontières de la discipline, au regard d'un droit des biens qui fait figure d'univers en perpétuelle expansion, est alors subordonnée au respect d'une approche raisonnée de la forme protégée.

Toute loi nouvelle en droit de la propriété intellectuelle doit être considérée dans sa singularité, au regard d'un droit des biens protecteur de toute valeur, mais incapable d'assurer une protection efficace à une chose intellectuelle. Par exemple, la protection des parfums fait pressentir un rapprochement du concept d'originalité vers celui de la nouveauté, apanage des créations techniques⁷⁷. Est redoutée à ce propos une extension démesurée de l'objet du droit d'auteur, la protection étant susceptible d'être reconnue à « *toute activité intellectuelle* », à « *tout effort personnalisé* »⁷⁸. En somme, le droit d'auteur ne doit pas servir de « protection refuge », parce que le droit des biens joue déjà ce rôle. D'un point de vue transitoire, l'article 544 du Code civil peut, dans une certaine mesure, représenter la teneur d'un droit antérieur à toute loi nouvelle en droit de la propriété intellectuelle.

La difficulté est liée au fait que le droit des biens semble parfois constituer le fondement d'une vision extensive de la protection des utilités d'une chose intellectuelle. Par exemple, la protection des bases de données consiste en un rapport d'appropriation entre le producteur et « sa » base. C'est un « droit d'interdire » dont les modalités sont précisées aux articles L. 342-1 et L. 342-2 du Code de la propriété intellectuelle. La CJUE a élargi ces définitions de la manière suivante : « *Les notions d'extraction et de réutilisation doivent être interprétées comme se référant à tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public de tout ou partie du contenu d'une base de données* »⁷⁹. Ces considérations ont évidemment un impact en droit transitoire. En effet, il faut toujours connaître la consistance exacte du « droit

⁷⁵ La qualification de « chose intellectuelle » désigne des choses qu'il est possible de réserver par la création d'un droit de propriété intellectuelle.

⁷⁶ F. ZÉNATI et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2008, n° 67, p. 115.

⁷⁷ V. CA Paris, 25 janv. 2006 : *D.* 2006, A.J. p. 580, obs. J. DALEAU.

⁷⁸ V. Cass. 1^{ère} civ. 13 juin 2006 : *D.* 2006, jurispr., p. 2470, note B. ÉDELMAN.

⁷⁹ CJCE, 9 nov. 2004 : *D.* 2005, pan. 1495, obs. P. SIRINELLI ; *RTD com.* 2005, p. 90, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Comm. com. électr.*, comm. n° 2, note C. CARON ; *Prop. ind.* 2005, comm. n° 7, note P. KAMINA.

ancien », pour comprendre la manière dont la loi nouvelle s'introduit au sein de l'ordonnement juridique⁸⁰.

Il est possible de considérer que le droit des biens constitue toujours la norme antérieure à toute réforme du droit de la propriété intellectuelle. Il est aussi envisageable de concevoir le droit des biens comme un outil d'interprétation des règles de la discipline. Cependant, en fonction de la vision adoptée, les solutions transitoires diffèrent. Dans le premier cas, il est nécessaire d'opérer une scission stricte, selon la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans le second, le juge semble autorisé à faire une application étendue de la réforme parce que le droit de la propriété intellectuelle n'est alors qu'un prolongement du droit des biens.

14. Annonce de plan - Le raisonnement transitoire du juge dépend de la manière dont le droit de la propriété intellectuelle est conçu en amont. Le rôle du droit naturel, les attributions respectives du juge et du législateur, les intérêts en présence, ainsi que la place du droit des biens, sont autant de paramètres qui peuvent influencer l'interprète, dès lors qu'il entreprend de transposer les principes généraux du droit transitoire au droit de la propriété intellectuelle. Malgré ce constat de départ quelque peu pessimiste, le défi consiste à répondre aux questions suivantes : Existe-t-il un droit transitoire spécifique au droit de la propriété intellectuelle ? De quelle manière la théorie classique des conflits de lois dans le temps résiste-t-elle aux subtilités du droit de la propriété intellectuelle ?

Afin d'y répondre, il a semblé que le plus simple serait encore d'adopter la démarche de l'interprète de la loi nouvelle. Ce personnage n'est pas l'adepte d'une doctrine transitoire en particulier. Il entend simplement se servir des principes généraux du droit transitoire qui lui paraissent adaptés au problème rencontré.

Le droit transitoire a fait couler beaucoup d'encre et sollicita l'avis des plus grands auteurs. C'est pour cette raison qu'il est préférable de se laisser guider par les étapes que tout juriste doit vérifier, lorsqu'il tente de résoudre un problème transitoire. En toute objectivité, la préférence pour un système de résolution des conflits de lois dans le temps ne devrait être qu'une déduction.

⁸⁰ Par exemple, dans la jeunesse du droit d'auteur, lorsqu'il s'agissait d'étendre la règle de droit existante à des cas non expressément prévus par le législateur, le raisonnement était souvent alimenté par des considérations tirées du droit des biens. Il était soutenu que le droit d'auteur pouvait constituer la réponse à toute nouvelle question, parce qu'après tout, il ne s'agissait que d'adapter le droit de propriété à un objet bien particulier. D'un point de vue transitoire, lors de l'apparition d'une loi nouvelle, il était inutile de s'intéresser à la date de création de l'œuvre, à la date de sa divulgation ou encore à la date du décès de son auteur. La loi nouvelle recevait un champ d'application temporel étendu parce qu'elle n'était pas censée modifier l'ordonnement juridique existant.

L'interprète cherche d'abord dans le texte de la loi nouvelle des indices laissés par le législateur. En effet, une solution transitoire peut être entièrement justifiée par la rédaction même des dispositions du texte légal (**Première partie**). Sa seule lecture peut permettre à l'interprète de découvrir le moyen simple et efficace de justifier son choix de la loi applicable. L'entrée en vigueur de la norme nouvelle, ainsi que la mesure dans laquelle la norme ancienne se trouve automatiquement abrogée, retiendront son attention. Les dispositions transitoires seront également minutieusement analysées.

Ensuite, si cette première étape n'est pas concluante, l'interprète va tenter d'utiliser les principes généraux du droit transitoire (**Deuxième partie**). La doctrine et la jurisprudence ont élaboré plusieurs systèmes de résolution. Deux en particulier sont communément utilisés et connus même de l'étudiant converti aux joies de l'abstraction juridique. La théorie des droits acquis et le système proposé par le doyen ROUBIER seront à ce titre mis en valeur. Le travail de qualification est alors concentré sur les éléments déterminants de l'espèce. L'interprète dispose également de plusieurs systèmes de qualification fondés sur la nature des dispositions légales elles-mêmes. Les « lois interprétatives » et les « lois pénales plus douces » d'une part, les « lois d'ordre public » et les « lois de procédure » d'autre part, évoquent toutes une application temporelle précise de la loi nouvelle. Ce sont ces principes généraux qui seront utilisés pour appréhender les conflits de lois dans le temps propres au droit de la propriété intellectuelle.

Première partie / LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE PAR UNE SIMPLE LECTURE DE LA LOI NOUVELLE

15. Le premier réflexe du juriste et de l'interprète en général est de lire attentivement les dispositions de la loi nouvelle. L'étude de toute réforme suppose intuitivement une comparaison entre le droit existant et les dispositions inédites apportées par la loi nouvelle. S'ensuivent les questions suivantes : à quel moment les règles nouvelles vont-elles entrer en vigueur ? Dans quelle mesure la loi ancienne se trouve-t-elle abrogée ?

Ces questions permettent de connaître précisément la manière dont le nouveau texte s'insère dans l'ordonnement juridique existant. Il importe donc de s'intéresser, au premier chef, aux informations données par le législateur au sein de la loi et qui peuvent permettre de répondre à ces questions. D'une manière générale, le droit transitoire s'entend comme tout système qui permet de circonscrire précisément l'empire d'une loi nouvelle.

Il est courant de trouver aujourd'hui, au sein des lois nouvelles, l'indication selon laquelle la loi entrera en vigueur à une date donnée. Il n'en est pas de même au regard des informations qui concernent l'abrogation de la loi ancienne. En droit de la propriété intellectuelle, ce procédé a été utilisé plusieurs fois. Il est incontestable que la prolifération des lois rend moins facile cette énumération limitative de toutes les lois générales ou spéciales qui se trouvent abrogées par le seul effet de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cependant, il s'agit d'un

moyen de garantir efficacement l'insécurité juridique puisqu'il suffit de consulter la liste donnée par le législateur afin de comprendre les conséquences réelles de la réforme.

Il ne faut pas confondre ces indications relatives à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et à l'abrogation de la loi ancienne avec les dispositions transitoires. Certes, il est question dans tous les cas de délimiter le champ d'action temporel d'un texte normatif inédit. Seulement, la disposition transitoire a, en principe, directement pour objet de résoudre un conflit de lois dans le temps que le législateur considère d'une réalisation très probable. Il s'agit en quelque sorte d'une clef spécialement adaptée à ce cas de figure problématique. D'ailleurs, toute disposition transitoire ne devrait être utilisée que dans cette optique de résoudre un conflit de lois dans le temps. En d'autres termes, elle ne devrait pas pouvoir servir à donner une directive d'application temporelle pour les autres dispositions de la loi. En revanche, les indications relatives à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ou à l'abrogation de la loi ancienne n'ont pas pour finalité de faciliter le choix de la loi applicable lors d'un litige ultérieur. En somme, ces informations forment le point de départ éventuel d'une réflexion transitoire, mais ne permettent pas, en elle-même, de déterminer le régime juridique applicable à un fait ou un acte potentiellement susceptible de recevoir deux régimes juridiques différents.

D'autre part, les dispositions transitoires vont assurément répondre à une attente de simplification du droit. Le législateur anticipe les difficultés que le juge et l'interprète en général pourraient rencontrer⁸¹. Souvent, il s'agit de proposer une lecture de l'article 2 du Code civil adaptée à la spécificité d'une discipline donnée.

Si une échelle devait être établie au regard de l'exigence de sécurité juridique, la disposition transitoire serait à considérer en premier lieu, l'information relative à l'abrogation de la loi ancienne se placerait en second. En dernier lieu viendrait la précision sur la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En considérant maintenant que les indications relatives à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ainsi qu'à l'abrogation de la loi ancienne sont les premières informations recueillies par l'interprète de la réforme, il s'agit de les étudier en premier (**Titre I**). Ces précisions, portant sur la manière dont la loi nouvelle s'introduit au sein de l'ordonnement juridique existant, se retrouvent facilement en droit de la propriété intellectuelle. Seront ensuite étudiées les dispositions transitoires, indications que le

⁸¹ Il faudrait toujours craindre l'absence de dispositions transitoires dans l'hypothèse de bouleversements véritables. V. X. LABBÉE, *Souviens toi que tu es poussière, à propos de la loi du 19 décembre 2008* : JCP G 2009, I, 34, n° 4, p. 3-5. La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire apporta un régime nouveau aux cendres. L'absence de dispositions transitoires est regrettée : « *L'ordre public peut-il changer aussi brutalement dans un domaine aussi délicat ?* ».

législateur a laissé à l'intention de l'interprète en général et du juge en particulier afin qu'ils puissent très simplement résoudre un conflit de lois dans le temps (**Titre II**). Le droit de la propriété intellectuelle montre à cet égard un domaine d'étude conséquent, propre à satisfaire les attentes du chercheur.

Titre I / LES INDICATIONS DU LÉGISLATEUR SUR L'ESPACE OCCUPÉ PAR LA LOI NOUVELLE AU SEIN DE L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE

16. L'introduction de la loi nouvelle au sein de l'ordonnement juridique est déterminée par sa date d'entrée en vigueur. Le législateur dispose d'une liberté limitée par le principe de non-rétroactivité. C'est-à-dire qu'en regardant vers l'avenir, le législateur peut moduler comme il le souhaite la manière dont la loi nouvelle viendra s'immiscer au sein de l'ordonnement juridique existant. En droit de la propriété intellectuelle, le législateur a usé de cette liberté. Les raisons des inflexions données à la règle posée à l'article 1^{er} du Code civil, disposition applicable par défaut, ont toujours été légitimes.

Une fois entrée en vigueur, la loi nouvelle occupe un espace qui est en partie déterminé par l'effacement de la loi ancienne. Il est possible que le législateur indique lui-même la date à laquelle la loi nouvelle devra être considérée comme ne faisant plus partie de l'ordonnement juridique. En droit de la propriété intellectuelle, il s'agit par exemple de penser à la loi relative aux inventions intéressant la défense nationale du 12 avril 1916⁸². Cependant, le procédé est plutôt rare. C'est ainsi qu'une certaine insécurité juridique est en mesure d'être constatée quand la disparition d'une norme ancienne reste incertaine. Le droit de la propriété intellectuelle offre de nombreux exemples d'hésitations jurisprudentielles consécutives à un silence du législateur sur l'éclipse d'un texte existant.

Une question peut encore rester en suspens : l'étude de la manière dont la loi nouvelle va occuper un espace précis au sein de l'ordonnement juridique participe-t-elle réellement d'une approche transitoire ? Si l'on se place du côté du juriste confronté à un conflit de lois

⁸² Loi du 12 avril 1916 relative aux inventions intéressant la défense nationale : *JO* du 14 avril 1916 : *Rec. Sirey* 1916, Lois annotées, p. 165. L'article 5 dispose : « *La présente loi demeurera applicable pendant la durée de la guerre, et jusqu'à une date qui sera fixée par décret à la cessation des hostilités* ».

dans le temps, une réponse positive peut être apportée. La date d'entrée en vigueur détermine le moment auquel le juge, chargé de dire le droit, peut considérer la loi nouvelle comme figurant au sein de l'ensemble des normes applicables. Cette date indique aussi l'instant auquel le sujet de droit est censé adapter son comportement à de nouvelles exigences.

En considérant que l'abrogation par désuétude n'est pas acceptée en droit français, une date d'abrogation est toujours déterminable, certes avec plus ou moins de facilité. Autrement dit, résoudre un problème transitoire impose de connaître l'intervalle précis pendant lequel le juge est autorisé, dans l'absolu, à se servir d'une norme donnée pour fonder sa solution. Il est également nécessaire de connaître la période durant laquelle le sujet de droit est autorisé à se prévaloir de son application. Ce point éclairci, il faut s'intéresser aux indications données par le législateur sur l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (**Sous-titre I**) et éventuellement aux informations délivrées sur l'abrogation de la loi ancienne (**Sous-titre II**). Ainsi l'interprète pourra se figurer précisément l'espace occupé par la nouvelle norme.

Sous-titre I / LES INDICATIONS DU LÉGISLATEUR SUR L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI NOUVELLE

17. La mise en vigueur d'une loi consiste à porter son texte à la connaissance du public⁸³. Deux mécanismes d'entrée en vigueur peuvent être distingués. Un premier processus s'applique par défaut. Longtemps, la règle applicable fut donnée par le décret du 5 novembre 1870⁸⁴. Aujourd'hui, il faut se référer à l'article 1^{er} du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004⁸⁵. Dans le silence du législateur, le texte de loi entre en vigueur le lendemain de la publication du texte. Évidemment, il faudra prendre garde de vérifier si la publication d'un décret est érigé en condition d'application de la réforme. En droit de la propriété intellectuelle, ce dernier cas de figure se rencontre souvent. Il faut ajouter un second procédé qui est exceptionnel : le législateur indique expressément à l'interprète de la loi qu'il s'est permis de déroger au système supplétif⁸⁶.

Monsieur BACH évoque « *le problème de la date d'applicabilité d'une loi, c'est-à-dire d'acquisition de son caractère obligatoire pour les sujets de droit* ». Quand le législateur diffère la date d'applicabilité de la loi, l'objectif serait de « *laisser du temps aux sujets de droit et aux praticiens du droit pour se familiariser avec une réforme de quelque importance* », c'est une hypothèse « *d'entrée en vigueur différée de la loi* »⁸⁷. Le choix de reporter l'application des dispositions nouvelles à un futur proche est vérifiable en droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, en droit des brevets, la loi du 5 juillet 1844 donnait un

⁸³ P. FLEURY-LE-GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit interne privé*, préf. L. BACH et P. MAYER, Dalloz, 2005, vol. 43, n° 43, p. 23.

⁸⁴ Le décret portait en son article 2 : « *Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement* ».

⁸⁵ Il dispose dans son alinéa 1^{er} : « *Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs, entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures* » (article 1^{er} de l'ordonnance). V. par exemple : Cass. soc., 15 déc. 2009 : D. 2010, AJ, p. 156.

⁸⁶ Il est possible de citer un arrêté du 5 vendémiaire an 9 (27 septembre 1800) relatif au mode de délivrance des brevets d'invention. Il portait cette précision transitoire : « *À compter de ce jour, le certificat de demande d'un brevet d'invention sera délivré par le ministre de l'intérieur, et les brevets seront ensuite délivrés tous les mois, par le premier consul, et promulgués dans le Bulletin des lois* ». La date d'entrée en vigueur était fixée au jour même de la publication du texte. Il s'agissait donc d'une solution contraire à celle postulée par le décret ultérieur du 5 novembre 1870. Il convient tout de même de noter qu'il s'agissait de la mise en place d'une procédure et non de règles prescrivant un comportement précis pour les destinataires de la règle. L'insécurité juridique était donc moindre. V. *Rec. Sirey* (1800, an XI), *Lois, décrets et ordonnances*, p. 548.

⁸⁷ E.-L. BACH, *Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps* : RTD civ. 1969, p. 413 et s.

délai d'un mois⁸⁸. En droit des marques, la loi du 23 juin 1857 donnait un délai de six mois⁸⁹. Il fallait compter une année pour la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 en droit des brevets⁹⁰. La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information a donné un délai de trois années⁹¹. Ce choix est toujours inspiré par des considérations pragmatiques⁹². Les dispositions qui permettent de reporter l'entrée en vigueur de la loi⁹³ à une date postérieure à la date de sa promulgation, accordent indirectement un délai aux destinataires de la réforme⁹⁴. En droit de la propriété intellectuelle, le législateur est préoccupé par l'existence d'accords contractuels collectifs. Le principe de sécurité juridique constitue la finalité de son intervention. Pour le doyen ROUBIER, ce cas de figure doit être distingué d'avec celui de la « *clause de survie* », par laquelle le législateur « *proroge l'effet de la loi antérieure jusqu'au terme de la situation en cours* »⁹⁵. Madame DEKEUWER-DÉFOSSEZ reprend également cette nuance : « *Le report de l'entrée en vigueur concerne toutes les situations juridiques, même celles qui sont créées après la loi nouvelle, alors que la survie de la loi ancienne ne peut viser que celles qui ont commencé sous la loi ancienne, et*

⁸⁸ La loi du 5 juillet 1844 a été promulguée le 8 juillet 1844 (V. l'article 50 au sein du titre VI intitulé « *Dispositions particulières et transitoires* »).

⁸⁹ V. l'article 22 de la loi. Au sein de l'exposé des motifs, il est expliqué : « *Un règlement d'administration publique doit déterminer, aux termes de l'article 22, toutes les mesures d'exécution que comporte la loi, notamment ce qui concerne les formalités du dépôt des marques, la formation de la collection au Conservatoire des Arts et Métiers, etc. ... La publication ultérieure de ce règlement et les mesures à prendre par le commerce et par l'industrie pour se mettre en règle vis-à-vis de la loi nouvelle, obligeaient à déclarer que la loi ne sera exécutoire que six mois après sa promulgation* ».

⁹⁰ V. l'article 48 et 79 de la loi.

⁹¹ V. l'article 50, III de la loi. Il s'agit d'une disposition transitoire qui octroie un délai pour l'applicabilité d'une disposition pénale, celle-ci sanctionnant l'inexécution de l'obligation d'effectuer un dépôt légal.

⁹² Pour Monsieur ROUJOU DE BOUBÉE, le procédé de report de l'entrée en vigueur des lois nouvelles est surtout utilisé pour les lois d'organisation judiciaire et les lois de compétence. Le report de l'entrée en vigueur se justifie toujours pour des raisons pratiques : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La loi nouvelle et le litige* : RTD civ. 1968, p. 479, spéc. n° 8, p. 483.

⁹³ Il convient d'écarter les solutions adoptées dans un domaine extra-légal. En ce sens, l'entrée en vigueur des décisions de certaines commissions rencontrées en droit de la propriété littéraire et artistique a souvent été différée de quelques jours. La décision du 30 juin 1986 de la commission prévue à l'article 34 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 prévoit en son article 7 : « *La présente décision qui sera publiée au Journal Officiel de la République française [JO du 23 août] entrera en vigueur quinze jours après sa publication* ». La disposition n'a pas été codifiée à l'article L 311-5 du Code de la propriété intellectuelle. La décision du 22 décembre 1993 de la commission créée par l'article L. 214-4 du Code de la propriété intellectuelle, complétant la décision du 9 septembre 1987, dispose en son article 5 : « *La présente décision prendra effet le 1^{er} janvier 1994 et sera publiée au Journal Officiel de la République française* ».

⁹⁴ Madame DEKEUWER-DÉFOSSEZ explique que le report de l'entrée en vigueur donne aux praticiens « *le temps d'étudier les nouvelles lois, et de se préparer à les appliquer* ». Il est dit qu'il s'agit d'un « *délai de réflexion et non d'action* ». L'exemple qui peut servir en droit de la propriété industrielle est celui de formalités de publicité qui ne peuvent être accomplies pendant ce délai, faute d'ouverture nécessaire des registres adaptés. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 1977, n° 85, p. 106.

⁹⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 72, p. 351 : « *Il ne faut pas confondre, avec la clause de survie, la disposition en vertu de laquelle l'entrée en vigueur de la loi nouvelle est reportée à un jour postérieur à sa promulgation (...). Des dispositions de ce genre intéressent au plus haut point la politique des transitions législatives, parce qu'elles permettent aux particuliers de prendre les mesures nécessaires dans l'intervalle pour accommoder leurs intérêts à la nouvelle loi. Mais, au point de vue technique, elles ne constituent pas des lois de conflits (...)* ».

parfois seulement quelques-unes d'entre elles »⁹⁶. Afin de souligner la spécificité du droit de la propriété intellectuelle au regard de ce débat général sur les raisons d'un report de l'entrée en vigueur d'un texte normatif, l'analyse portera successivement sur le report de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle quand il est expliqué par l'existence d'accords contractuels collectifs (**Chapitre I**), puis sur le report de l'entrée en vigueur d'une réforme en raison de la nécessité d'une intervention réglementaire (**Chapitre II**).

⁹⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, n° 83, p. 104.

Chapitre I / LE REPORT DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI NOUVELLE EXPLIQUÉ PAR L'EXISTENCE ACTUELLE OU À VENIR D'ACCORDS CONTRACTUELS COLLECTIFS

18. Le report de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle expliqué par l'attente d'accords contractuels à venir - L'application d'une disposition légale peut être subordonnée à l'entrée en vigueur d'un « accord de branche ». Selon l'optimisme du juriste, il faudra y voir une condition ou un terme⁹⁷. Pour un exemple récent, l'article L. 132-45 du Code de la propriété intellectuelle, relatif à une présomption légale de cession portant sur les droits de certains journalistes⁹⁸, dispose en son alinéa premier : « *L'article L. 132-41 s'applique à compter de l'entrée en vigueur d'un accord de branche déterminant le salaire minimum des journalistes professionnels (...)* »⁹⁹. Il faut comprendre que le jeu de la présomption ne fera réellement partie de l'ordonnancement juridique, qu'une fois l'accord de branche conclu. Le décalage créé est favorable à une application efficace de la réforme. Il faut noter que l'alinéa 2 de l'article L. 132-45 du Code de la propriété intellectuelle donne une limite à ce report dans le temps de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle : « *À défaut d'accord dans un délai de deux ans à compter de la publication de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, un décret fixe les conditions de détermination de ce salaire minimum* ». En somme, l'entrée en vigueur de la norme est parfaitement encadrée. Dans l'hypothèse où l'accord contractuel ferait défaut, l'échéance du délai prévu marquerait le retour d'une procédure réglementaire plus classique. Cette technique, qui vise à délimiter strictement l'intervention future d'un décret d'application, a déjà été utilisée en droit d'auteur. Il faut penser par exemple à la réglementation du fonctionnement de la Caisse nationale des lettres¹⁰⁰ ou à certaines dispositions de la loi du 28 octobre 2009 dite « HADOPI II »¹⁰¹.

⁹⁷ La dépendance du mécanisme de l'entrée en vigueur d'une loi à un accord contractuel est d'ailleurs critiquable.

⁹⁸ Il est question d'un journaliste professionnel, auteur d'une image fixe, qui tire l'essentiel de ses revenus de l'exploitation de ses œuvres. Sa collaboration à l'élaboration du titre de presse doit rester occasionnelle. La cession des droits est subordonnée à l'hypothèse d'une commande passée par l'entreprise de presse.

⁹⁹ Cet article est issu de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009. (V L'article 20).

¹⁰⁰ V. la loi n° 46-2196 du 11 octobre 1946 créant une Caisse nationale des lettres, modifiée par loi n° 56-202 du 25 février 1956 tendant à assurer le fonctionnement de la Caisse Nationale des lettres. L'article 12 dispose : « *Un décret portant règlement d'administration publique pris sur le rapport du ministre chargé des arts et des lettres*

19. Le report de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle expliqué par l'existence antérieure d'accords contractuels - Avec la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, le report de l'entrée en vigueur de certaines dispositions a pu s'expliquer par le souhait de préserver certains accords contractuels existants. Lors de la réforme opérée par la loi DADVSI, il fut question d'ajouter des exceptions de pédagogie et de recherche¹⁰². Un report de la date d'entrée en vigueur a été mis en place en raison de l'existence récente d'accords contractuels signés par le gouvernement avec l'ensemble des titulaires de droits¹⁰³. Il s'agissait de les laisser arriver naturellement à leurs termes. D'une manière plus classique, l'attente d'une intervention du pouvoir réglementaire peut conduire à un report de l'entrée en vigueur d'une réforme.

et du ministre des finances, déterminera les conditions d'application de la présente loi dans un délai de trois mois à compter de sa promulgation. Celle-ci entrera en vigueur un mois après la publication dudit règlement d'administration publique » : RIDA avril 1956, Législation, p. 151.

¹⁰¹ V. l'article 19 II de la loi. Les articles L. 335-5 à L. 335-37 du Code de la propriété intellectuelle « *entrent en vigueur à la date de la première réunion de l'HADOPI et au plus tard le 1^{er} novembre 2009* ». V. aussi l'article 25 de la loi, disposition transitoire par laquelle l'application de la règle sur les portails de référencement est subordonnée à un accord collectif.

¹⁰² V. les articles L. 122-5, 3^o, e) ; L. 211-3, 3^o et L. 342-3, 4^o du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰³ Les accords en question dataient de mars 2006. Comme les dispositions légales nouvelles semblaient incompatibles avec ces accords, il fut donc décidé de les maintenir jusqu'à leur terme. Les dispositions nouvelles sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Chapitre II / LE REPORT DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI NOUVELLE EXPLIQUÉ PAR UNE INTERVENTION DU POUVOIR RÈGLEMENTAIRE

20. L'entrée en vigueur d'une loi peut être suspendue en totalité ou en partie quand l'intervention d'un décret est absolument nécessaire. Cette solution a toujours été admise¹⁰⁴ et se trouve à la source de complications propres au droit de la propriété intellectuelle¹⁰⁵. La tâche de l'interprète est alors de distinguer clairement les règles dont l'applicabilité est temporairement reportée à l'édition d'un décret futur. La règle dont l'application effective est subordonnée à une intervention du pouvoir réglementaire suscite une attente du juriste. En droit de la propriété intellectuelle, des exemples montrent que celle-ci est parfois déçue (**Section I**). Il faut alors s'intéresser à la consistance de cet ordonnancement juridique auquel fait défaut un texte normatif nécessaire. De plus, alors que la question de l'entrée en vigueur semble se poser en des termes identiques dans toutes les disciplines juridiques, le droit de la propriété intellectuelle se caractérise néanmoins par une mise en œuvre progressive de certaines réformes. La question se pose des avantages et inconvénients de la mise en œuvre d'une réforme « par paliers », méthode rencontrée en droit de la propriété industrielle (**Section II**).

SECTION I / L'attente parfois déçue d'une intervention réglementaire

21. L'importance des décrets d'application en droit de la propriété intellectuelle –
En droit des brevets, le décret du 31 décembre-7 janvier 1791¹⁰⁶ faisait déjà mention de la

¹⁰⁴ V. par exemple : Cass. soc. 5 nov. 1981 : *Bull. civ.* V, n° 864 : « *Si une loi est immédiatement applicable, il n'en est pas ainsi lorsque sa mise en application est subordonnée à la publication d'un acte réglementaire ultérieur* ».

¹⁰⁵ La partie législative du Code de la propriété intellectuelle a été promulguée le 1^{er} juillet 1992, tandis que la partie réglementaire a fait l'objet d'un décret de codification (n° 95-385) en date du 10 avril 1995. Ce retard fut à l'origine d'interrogations sur l'applicabilité des textes nouveaux dans le temps.

¹⁰⁶ Décret du 31 décembre-7 janvier 1791 : *Rec. Sirey* 1791, I, p. 109. Le dernier article du décret dispose : « *Le comité d'agriculture et de commerce, réuni au comité des impositions, présentera à l'Assemblée nationale un*

nécessité d'un texte complémentaire, exigence qui sera d'ailleurs satisfaite par le décret du 14-25 mai 1791¹⁰⁷. Dans de nombreuses hypothèses, le législateur affirma la nécessité d'une intervention du pouvoir réglementaire¹⁰⁸. Il est alors revenu à la doctrine de préciser dans quelle mesure l'application immédiate de la réforme s'en trouvait affectée¹⁰⁹.

22. Une application de la loi nouvelle temporairement paralysée – En droit des brevets, la procédure de l'avis documentaire n'a pas été immédiatement appliquée faute des prolongements réglementaires nécessaires¹¹⁰. En droit d'auteur, il est possible de citer l'article 111-4 du Code de la propriété intellectuelle¹¹¹ : le principe de réciprocité fut créé en 1964, mais il fallut attendre le décret n° 67-181 du 6 mars 1967¹¹² pour le mettre en application. Il est aussi possible d'évoquer le régime du droit de suite. Celui-ci fut créé par la loi du 20 mai 1920¹¹³ avant d'être modifié par la loi n° 57-298 du 11 mars 1957. Sous l'empire de la loi ancienne, le droit de suite ne s'appliquait qu'aux seules ventes publiques¹¹⁴. La loi du 11 mars 1957 changea le dispositif¹¹⁵. Il fut affirmé : « *Un règlement d'administration publique déterminera les conditions dans lesquelles les auteurs feront valoir à l'occasion des ventes prévues au premier alinéa les droits qui leur sont reconnus par les dispositions du présent article* »¹¹⁶. Aucun décret d'application en Conseil d'État n'est jamais intervenu. Par conséquent, le droit de suite ne fut effectif qu'à l'occasion des ventes aux enchères publiques.

projet de règlement qui fixera les taxes des patentes d'inventeurs, suivant la durée de leur exercice, et qui embrassera tous les détails relatifs à l'exécution des divers articles contenus au présent décret ».

¹⁰⁷ Décret du 14-25 mai 1791 « portant règlement sur la propriété des auteurs d'inventions et découvertes en tout genre ».

¹⁰⁸ Par exemple, le législateur précisa qu'un décret devait établir les conditions du dépôt simplifié créé par la loi du 14 juillet 1909 en matière de dessins et modèles ; l'article L. 623-16 du Code de la propriété intellectuelle, dans le domaine des certificats d'obtention végétale, énonce que le barème des redevances annuelles est fixé par voie réglementaire (alinéa 3) ; l'article L. 712-5 du Code de la propriété intellectuelle affirme que la procédure contradictoire d'opposition à l'enregistrement d'une marque est définie par décret. D'ailleurs, très simplement, l'article 45 de la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 regroupa toutes les dispositions pour leur application qui nécessitaient des décrets en Conseil d'État

¹⁰⁹ J.-M. MOUSSERON, *Nouveau régime des textes réglementaires*, Centre du droit de l'entreprise, *Dossiers Brevets*, 1979, V, p. 7 : « La loi nouvelle des brevets est entrée en application le 1^{er} juillet 1979, date ultime de mise en vigueur de la loi du 13 juillet 1978 (...), nonobstant la sortie tardive des textes d'application, à la parution desquels elle n'était ni expressément, ni tacitement subordonnée ».

¹¹⁰ J.-M. MOUSSERON, *Le droit du brevet d'invention. Contribution à une analyse objective*, Bibl. dr. pr., t. XXIII, Paris, LGDJ, 1961, n° 60, p. 60

¹¹¹ L'article est issu de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 sur l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur : *JORF* du 9 juillet 1964, p. 6092.

¹¹² Décret n° 67-181 du 6 mars 1967 pris pour l'exécution de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 sur l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur : *JORF* du 10 mars 1967, p. 2363. Ces dispositions ont été codifiées aux articles R 111-1 et R 111-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹³ Loi du 20 mai 1920 frappant d'un droit au profit des artistes les ventes publiques d'objet d'art : *JORF* du 22 mai 1920, p. 7610.

¹¹⁴ Il s'agit de ventes effectuées par le ministère d'officiers publics ou ministériels.

¹¹⁵ V. l'article 42 de la loi, alinéa 1^{er}.

¹¹⁶ V. le dernier alinéa de l'article 42.

Le mécanisme de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle était bien paralysé et le Conseil d'État condamna à ce propos les autorités françaises par une décision du 9 avril 1993¹¹⁷. Il fut alors question de la survie d'un décret en date du 17 décembre 1920, pris en application de la loi du 20 mai 1920¹¹⁸. La critique subséquente fut parfaitement fondée : comme la loi du 11 mars 1957 avait abrogé la loi antérieure de 1920, la loi nouvelle aurait dû logiquement faire disparaître le décret d'application correspondant. Ce décret fut tout de même appliqué en pratique¹¹⁹. Le décret n° 95-385 du 10 avril 1995, relatif à la partie réglementaire du Code de la propriété intellectuelle, l'aurait « réveillé » par sa codification¹²⁰. En somme, devant une « *lacune intra legem* »¹²¹, une valeur normative fut accordée à un texte officiellement abrogé, et ce, dans l'optique de garantir la mise en vigueur effective de la loi nouvelle. Il fallut attendre la loi du 1^{er} août 2006 pour retrouver une certaine sécurité juridique en ce domaine¹²². Une hypothèse similaire de carence du pouvoir réglementaire peut être trouvée en droit des marques collectives de certification. Lorsque la personne du titulaire du droit fait l'objet d'une dissolution, le législateur prévoit un moyen de sauvegarder la marque malgré la survenance de cet événement. L'article L. 715-2 du Code de la propriété intellectuelle, dans son 4^o, prévoit, dans cette hypothèse, que la marque peut être transmise à une autre personne morale dans les conditions fixées par un décret. Ce dernier n'a jamais été adopté. Récemment, il fallait constater une suspension de la réforme sur la compétence géographique des tribunaux de grande instance, faute de parution des décrets d'application spécialement envisagés au sein des dispositions légales¹²³. Il convient à présent de s'intéresser à l'application « par paliers » d'une réforme intéressant le droit de la propriété industrielle.

¹¹⁷ CE, 9 avr. 1993 : D. 1993, IR p. 146 ; RTD com. 1993, p. 511, obs. A. FRANÇON ; R. LINDON, *Pauvre droit de suite* : JCP G 1976, I, 2779. Le rapport de la Cour de cassation pour l'année judiciaire 1971-1972 invitait déjà le pouvoir réglementaire à combler ce « vide juridique » (V. H. SOLUS : JCP G 1973, I, 2571, n° 17 et 97)

¹¹⁸ Décret du 17 décembre 1920, relatif à l'application de la loi du 20 mai 1920, frappant d'un droit de 2% au profit des artistes, des ventes publiques d'œuvres d'art : JORF du 29 décembre 1920, p. 21652.

¹¹⁹ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} éd., LITEC, 2006, n° 427, p. 332 ; n° 429, p. 334 et n° 434, p. 336.

¹²⁰ V. les articles R. 122-1 à R. 122-11 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²¹ Monsieur PÉRELMAN appelle une « *lacune intra legem* » une lacune résultant d'une omission du législateur. L'exemple donné montre une loi qui prévoit l'élaboration de dispositions complémentaires qui ne seront finalement pas adoptées, V. C. PÉRELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, n°30, p. 47.

¹²² Le législateur profita de la transposition de la directive CE n° 2001/ 29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001 pour transposer dans le même temps la directive CE n° 2001-84 du 27 septembre 2001 sur le droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale. Le droit de suite ne fut donc retouché que par la loi du 1^{er} août 2006.

¹²³ L'alinéa 2 de l'article L. 521-3-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Les tribunaux de grande instance appelés à connaître des actions et demandes en matière de dessins et modèles sont déterminés par la voie réglementaire* ». L'article est issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite de modernisation de l'économie, venue préciser la loi n° 2007-544 du 29 octobre 2007 sur la lutte contre la contrefaçon.

SECTION II / Les avantages et inconvénients de
l'application « par paliers » d'une réforme en droit
de la propriété industrielle

23. Le droit des marques, le droit des brevets et le droit des obtentions végétales -

En droit des marques, au sein de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 il était prévu : « *La présente loi entrera en vigueur le 28 décembre 1991. Toutefois, les dispositions de l'article 8 seront appliquées progressivement par référence à la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques établi en application de l'arrangement de Nice du 15 juin 1957 (...)* »¹²⁴. L'article 8 dont il est ici question organise la procédure d'opposition à une demande d'enregistrement. En droit des obtentions végétales, l'article L. 623-4 du Code de la propriété intellectuelle énonce : « *Des décrets en Conseil d'Etat rendent progressivement applicables les dispositions de l'aliéna précédent aux différentes espèces végétales en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques et des moyens de contrôle. Ces mêmes décrets déterminent pour chacune des espèces végétales les éléments de la plante sur lesquels porte le droit de l'obtenteur* »¹²⁵. Le mécanisme de l'entrée en vigueur « par paliers » semble adapté à la spécificité de la propriété industrielle. La nature technique et scientifique de l'objet du droit est prise en compte. Pourtant, il faut remarquer qu'en droit des obtentions végétales, le type de décret en question ne fut jamais adopté. C'est même une vision des choses totalement contraire qui a été retenue puisqu'un décret en date du 28 décembre 1995 entreprit de supprimer la liste limitative des espèces protégeables par le certificat¹²⁶. En somme, la mise en œuvre « par paliers » du droit des obtentions végétales, en fonction des « *connaissances scientifiques et des moyens de contrôle* » aurait conduit à une impasse. D'ailleurs, l'idée d'une application « par paliers » du nouveau régime instauré par la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 en droit des brevets a été critiquée. La création d'une pluralité de régimes distincts n'aurait pas permis de garantir une application effective et rapide de la réforme¹²⁷. En somme, cette technique aurait nuit à une uniformisation du régime des brevets.

¹²⁴ V. l'article 41 de la loi.

¹²⁵ L'article est issu de l'article 3 de la loi n° 70-489 du 11 juin 1970, relative à la protection des obtentions végétales.

¹²⁶ V. Le décret n° 95-1407 du 28 décembre 1995 modifiant le Code de la propriété intellectuelle (partie Règlementaire) et relatif au champ d'application des certificats d'obtention végétale ainsi qu'à leur durée et à la portée des droits de l'obtenteur : *JORF* n° 3 du 4 janvier 1996, p. 135.

¹²⁷ Débats à l'Assemblée Nationale sur loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets : *JORF* du 15 déc. 1967, premières séance du jeudi 14 décembre 1967, discussion en 2^{ème} lecture du projet de loi, p. 5864, rapporteur

Il convient de rappeler que le droit transitoire est familier de ces considérations sur l'existence de plusieurs régimes à un instant (t). Elles s'inscrivent au sein d'une discussion sur l'opportunité de conserver une certaine valeur au droit antérieur au regard du principe de l'égalité devant la loi.

24. Conclusion du Sous-titre I – En droit de la propriété intellectuelle l'intervention du pouvoir réglementaire est parfois inadaptée au regard des enjeux d'une réforme d'ampleur. Évidemment, il faut voir ici une cause d'insécurité juridique manifeste. En effet, le message adressé à l'interprète de la loi nouvelle devient difficile à comprendre. Doit-on ou non considérer l'ordonnancement juridique comme changé ? Le juriste a conscience de l'exception prévue à l'article 1^{er} du Code civil¹²⁸. Toutefois, il n'est pas évident que le destinataire de la réforme se représente simplement cette paralysie temporaire d'un texte légal promulgué. Il convient de noter que le droit de la propriété industrielle présente un débat tout à fait spécifique, relatif à l'opportunité de procéder à une mise en vigueur « par paliers » d'une réforme. Il s'agit de prendre conscience de la difficulté d'assurer une adaptation constante de la loi aux progrès scientifiques et à l'évolution des techniques en général. La raison du choix de cette mise en œuvre graduée souligne un aspect procédural particulier du droit de la propriété industrielle, au sein duquel les systèmes de réservation reposent sur une démarche d'enregistrement. Tous les monopoles existant à une même époque correspondent à autant de demandes de réservation d'une chose intellectuelle effectuées en amont. Ces demandes répondaient, lors de leur conception, à un régime juridique propre. Le législateur peut logiquement être tenté de proposer une application tempérée de la loi nouvelle en distinguant selon les conditions posées à l'enregistrement. Le bilan des avantages et inconvénients de ce procédé ne peut être dressé qu'en étudiant la durée totale de mise en place du nouveau régime et qu'en recherchant les discriminations éventuellement subies par les

Monsieur Maurice HARZOG : « Une critique a été élevée à l'encontre de la mise en application de ce texte. En effet, pour des raisons, disons purement matérielles, il a été prévu que son entrée en vigueur aurait lieu progressivement par secteurs industriels. On nous a fait valoir que l'INPI n'était pas en mesure d'appliquer immédiatement ces dispositions et qu'il fallait lui laisser un certain temps pour s'adapter, pour recueillir les moyens financiers nécessaires et pour recruter des ingénieurs, spécialistes, ce qui est loin d'être aisé. J'estime cette pratique critiquable. En effet, elle placera les industries, les chercheurs, les inventeurs sous deux régimes différents. Il y aura, d'un côté, ceux qui dépendront de l'ancien régime et, de l'autre, ceux qui seront régis par la nouvelle législation. J'espère que ce délai sera aussi court que possible. En Suisse, où un dispositif comparable a été prévu, on a commencé il y a vingt ans par l'horlogerie. On en est toujours à l'application progressive par secteurs, au point que nos voisins abordent seulement maintenant les textiles. Cette disposition au surplus me paraît être plutôt d'ordre réglementaire. Si la voie réglementaire était choisie, le ministère aurait toute latitude pour mettre en application la législation nouvelle au fur et à mesure des possibilités qui apparaîtraient ».

¹²⁸ L'article 1^{er} alinéa 1 du Code civil prévoit que l'entrée en vigueur de la loi nouvelle peut être reportée au jour de l'entrée en vigueur des « mesures d'application » nécessaires.

titulaires des droits en cause. Il convient à présent de s'intéresser aux indications du législateur quand elles ont cette fois pour objet l'abrogation de la loi ancienne.

Sous-titre II / LES INDICATIONS DU LÉGISLATEUR SUR L'ABROGATION DE LA LOI ANCIENNE

25. Au moment de l'abrogation de la loi, la période d'observabilité ainsi que la période d'applicabilité de la norme prennent fin. Autrement dit, le destinataire de la règle n'est plus tenu d'observer le comportement qui y était énoncé et le juge n'est plus autorisé à faire jouer le syllogisme qui y était inscrit. Pour Monsieur PETIT, l'étude de l'abrogation des lois n'est pas véritablement rattachée au problème des conflits de lois dans le temps¹²⁹. D'une manière plus générale, Monsieur FLEURY-LE-GROS critique l'idée selon laquelle toute incertitude quant au champ d'application de la loi nouvelle est en mesure de constituer le fait générateur d'un conflit de lois dans le temps¹³⁰. Il rappelle en ce sens que si les lois en présence sont dotées de champs d'application qui ne se recoupent pas, il n'existe aucun conflit. La distinction théorique est comprise : il ne faudrait pas confondre l'examen du domaine d'application temporel d'une loi avec l'étude des conflits de lois dans le temps. Ces conflits peuvent seulement apparaître « au contact » de plusieurs lois.

Néanmoins, les incertitudes sur la possibilité de choisir la loi ancienne comme fondement du litige, en raison d'une abrogation implicite douteuse, participe de l'insécurité juridique que le droit transitoire a précisément pour fonction d'éradiquer¹³¹. Il faut comprendre comment une loi qui n'est plus censée participer de l'ordonnancement juridique peut encore constituer le

¹²⁹ J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préf. J. MOREAU, bibl. dr. pub., t. 195, LGDJ, 2002, n° 28 et 29, p.12 et 13 : « Assurément, l'abrogation et, généralement, les divers modes de disparition des règles de droit, forment une part importante du droit de l'application des normes juridiques dans le temps. (...) Mais ces questions ne ressortissent pas au droit transitoire : le conflit de lois dans le temps suppose une règle ancienne, qui a donc disparu ; peu importe comment cette disparition s'est opérée. C'est, au demeurant, l'opinion générale de la doctrine de droit privé ». Il cite en ce sens Monsieur BONNEAU : V. T. BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application et l'application de la loi dans le temps*, préf. M. GOBERT, Paris, PUF, 1990, p. 2 voir note 18.

¹³⁰ P. FLEURY-LE-GROS, *op. cit.*, Introduction, n° 29, p. 15 et s., spéc. n° 31, p. 17 : « La nécessité de s'interroger sur les domaines respectifs des lois en présence n'est pas révélatrice de l'existence d'un conflit. Pour considérer que la modification de l'ordonnancement juridique génère un conflit, la loi ancienne et la loi nouvelle devront avoir pour effet de régir les mêmes faits ; c'est à cette seule condition que l'application de l'une entrera en conflit avec l'application de l'autre ».

¹³¹ Il faut rappeler que l'abrogation de la loi ancienne n'empêche pas le juge de fonder sa solution sur ses dispositions. Pour le doyen HÉRON, la loi abrogée garde une valeur normative même après son abrogation, ne serait-ce qu'en vertu du principe de l'action déclarative du juge : J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps*, article précité, n° 19, p. 290.

visa d'arrêts de cassation. Si le juge peut parfaitement se fonder sur un texte déjà abrogé depuis une décennie, il semble que le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle ne joue pas d'une manière absolue¹³². En pratique, il apparaît que le processus d'abrogation des lois anciennes n'est pas totalement à exclure d'une étude consacrée au droit transitoire. Par exemple, il a été dit, suite à la réforme opérée par la loi du 4 janvier 1991 en droit des marques, que la loi du 31 décembre 1964 avait « *cessé de produire ses effets à compter du 28 décembre 1991, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991* »¹³³. Cette expression tend faussement à laisser penser que la loi ancienne n'est plus en mesure de constituer le régime d'aucune marque. Pourtant, la doctrine de ROUBIER enseigne de différencier avec patience les « effets passés » des « effets futurs » de toute situation juridique existante au jour de l'entrée en vigueur d'une réforme.

En définitive, une vision nette des changements de l'ordonnement juridique constitue une étape essentielle dans la résolution d'un conflit de lois dans le temps. Le droit de la propriété intellectuelle montre de nombreux exemples de controverses à ce sujet. Les discussions les plus animées se retrouvent au sein de l'histoire de la propriété intellectuelle. Pendant une période, les critères de reconnaissance d'une abrogation implicite de la loi ancienne furent variables (**Chapitre I**). Comme la finalité de toute réflexion en droit transitoire est de trouver les moyens les plus efficaces de satisfaire à l'exigence de sécurité juridique, après la description de certaines controverses sur la question de l'abrogation des lois, il s'agira de proposer, sur ce point, la rédaction d'une disposition légale idéale (**Chapitre II**).

¹³² D'ailleurs, si le juge ne conserve pas l'empire de la loi ancienne alors qu'il était pourtant de son devoir de le faire, sa décision peut constituer une violation de l'article 2 du Code civil.

¹³³ CA Paris, 14 avr. 1995 : *PIBD* 1995, III, 354.

Chapitre I / UNE SÉRIE DE CONTROVERSES HISTORIQUES RELATIVES À L'ABROGATION DES TEXTES EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

26. L'interprète est d'abord dans une phase d'observation. Il entreprend la lecture attentive de la loi nouvelle et cherche les indications que le législateur aurait pu laisser à son intention. Dans le silence du législateur, il doit « deviner » de quelle manière la loi nouvelle est venue abroger les textes antérieurs. Force est de constater que se découvre ici une source indéniable d'insécurité juridique. L'histoire du droit de la propriété intellectuelle en fournit un remarquable exemple. Les juges se sont longtemps attachés à des textes normatifs antérieurs à la révolution française, nonobstant leur abrogation de principe (**Section I**). Par suite, l'interprète des lois nouvelles pouvait éprouver quelques difficultés à concevoir clairement la composition de l'ordonnement juridique. Le silence du législateur sur l'abrogation des lois anciennes a pu conduire en droit des marques (**Section II**) et en droit d'auteur (**Section III**) à des controverses jurisprudentielles interminables. Cette approche historique permet de comprendre l'effort du législateur quant à la rédaction détaillée des dispositions rédigées sur ce sujet au sein des lois du XX^{ème} siècle¹³⁴.

SECTION I / La valeur normative de certains textes antérieurs à la révolution française

27. **Une référence aux anciens règlements du 30 août 1777 en droit d'auteur** - La Cour de cassation affirma en 1806¹³⁵ qu'une Cour d'appel « [avait] légalement opéré en rapprochant de la loi du 19 juillet 1793 le règlement du 30 août 1777, sous le rapport de l'insuffisance des augmentations, et le décret du 1^{er} germinal an XIII, sous le rapport de l'incorporation et de la confusion prohibée par ce décret », et ce, afin de déterminer dans

¹³⁴ V. par exemple l'article 77 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

¹³⁵ Cass. civ., 23 oct. 1806 : *Rec. Sirey* 1791-1830 (an XII-1808), I, 299 : « Quelques légères additions faites à un ouvrage littéraire devenu une propriété publique, ne suffisent pas pour en acquérir la propriété exclusive à l'auteur de ces additions. En conséquence, il ne peut poursuivre en contrefaçon ceux qui auraient reproduit l'ouvrage en cet état ».

quelle mesure des additions effectuées à un ouvrage du domaine public pouvaient recevoir une protection par le droit d'auteur. Il faut constater que les décrets fondateurs du XVIII^{ème} siècle ne donnaient aucune information sur ce problème des « additions créatives » à des ouvrages tombés dans le domaine public. La loi de 1793 fut « rapprochée » d'un texte antérieur à la Révolution française et surtout antérieur à l'abolition des privilèges¹³⁶. Si le texte normatif de 1777 est utilisé, ce n'est pas en considération de faits réalisés sous son empire, mais à l'instar d'une loi toujours présente au sein de l'ordonnement juridique¹³⁷. Les anciens règlements du 30 août 1777 caractérisaient une volonté de régir la propriété littéraire sous l'Ancien régime. Ils représentaient les premières réponses apportées à la création littéraire en général. Malgré leur abrogation, leur autorité semble naturellement s'imposer aux juges. Le processus d'abrogation est alors volontairement ignoré. Le décret de 1806 sur les œuvres posthumes¹³⁸ est aussi utilisé par la Cour de cassation, en tant qu'il permet à d'autres personnes que les auteurs eux-mêmes d'acquérir des droits sur l'œuvre littéraire. Cette dernière référence s'explique par l'obligation qui est alors imposée aux héritiers de ne pas créer une confusion avec une œuvre tombée dans le domaine public.

28. Une référence à un arrêt du 14 juillet 1787 en droit des dessins et modèles - À l'occasion d'un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 1^{er} juillet 1850, le conseiller rapporteur NACHET avait présenté des observations fort détaillées¹³⁹. Il était question de la conservation du droit de propriété de « l'inventeur » d'un dessin de fabrique. Le dépôt organisé par la loi du 18 mars 1806¹⁴⁰ avait cette finalité. Cependant, NACHET souligna que la loi était silencieuse sur les circonstances dans lesquelles la propriété exclusive d'un dessin de fabrique pouvait être perdue et qu'il s'agissait alors de faire application du « *principe général qui rend le domaine public maître de toutes les inventions qui lui sont livrées sans réserve* ». En somme, la liberté d'usage de la chose était le principe et pendant la durée de réservation de ses utilités, une « indemnité » compensait un préjudice globalement subi par

¹³⁶ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1838-1839, p. 189 : « Les règlements de 1777 résistèrent à ces vives et nombreuses attaques et se maintinrent en vigueur jusqu'à la révolution » ; p. 299 : « La révolution française, en proclamant la liberté de la presse, et en supprimant les corporations détruisait les bases sur lesquelles l'ancienne législation sur la librairie s'était appuyée, et abolissait cette législation toute entière ».

¹³⁷ Avant la révolution française, les « augmentations » faites à un ouvrage existant permettaient au titulaire d'un privilège d'en demander une prorogation. Cet avantage était toutefois subordonné à une condition : les ajouts devaient représenter au moins le quart de l'ouvrage originaire. V. A-C. RENOARD, *op. cit.*, p. 111 et p. 168.

¹³⁸ Le décret du 1^{er} germinal an XIII (22 mars 1805) : *Rec. Sirey* 1791-1830, I, p. 696. Le texte concerne tous « les propriétaires, par succession ou à autre titre d'un ouvrage posthume ».

¹³⁹ V. sous Cass. req., 1^{er} juillet 1850 : *Rec. Sirey*, 1851, I, p. 785.

¹⁴⁰ V. l'article 15 de la loi. Le dépôt aux archives du conseil des prud'hommes est présenté comme le moyen pour le fabricant « de pouvoir revendiquer par la suite la propriété » de son dessin.

l'industrie¹⁴¹. Les fondements du raisonnement étaient constitués par la législation antérieure à la loi du 18 mars 1806 et par un arrêt du Conseil en date du 14 juillet 1787¹⁴². Cet arrêt était utilisé en jurisprudence, en tant qu'il était représentatif de « l'ancienne législation »¹⁴³. Il avait renouvelé le principe de l'interdiction d'un usage non consenti de la chose et ajouté une amende au dispositif¹⁴⁴. L'utilisation de cet arrêt au sein du raisonnement judiciaire aperçu est d'autant plus remarquable que tous les règlements, « ainsi que les dispositions pouvant résulter des statuts particuliers de certains corps de métiers »¹⁴⁵ auraient dû subir une abrogation automatique avec la suppression des corporations. Est consacré en quelque sorte un « principe naturel » du droit des dessins de fabrique de l'époque. Il s'écrivait ainsi : « aucune exploitation ne doit avoir été effectuée avant la procédure de dépôt »¹⁴⁶. Le mécanisme de l'abrogation est volontairement mis de côté. En conclusion, l'attribution d'une valeur normative à des textes antérieurs à la révolution française peut être discutable au regard du processus de l'abrogation et conduire à une certaine insécurité juridique. Il convient de remarquer qu'au XIX^{ème} siècle, le droit des marques s'est aussi caractérisé par une série de controverses sur l'abrogation successive des textes antérieurs.

¹⁴¹ Le dépôt devait s'accompagner d'une indemnité, calculée en fonction des années « pendant lesquelles il [voulait] conserver la propriété exclusive de son dessin ». V. l'article 19 de la loi.

¹⁴² « Faute par les fabricants d'avoir rempli les formalités prescrites par l'article précédent [la formalité de présentation du dessin] avant la mise en vente des étoffes fabriquées suivant de nouveaux dessins, [les fabricants] seront et demeureront déchus de toutes réclamations ». V. A.-C. RENOUARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, 1860, p. 434. V. l'article 6 de la loi du 18 mars 1806, applicable à toutes les manufactures françaises et pas seulement celles de la ville de Lyon.

¹⁴³ V. par exemple : CA Lyon, 11 mai 1842 : *Rec. Sirey* 1849, II, p. 647 : « Attendu que cette solution, qui se rattache ainsi à l'ancienne législation, et que la loi du 18 mars 1806 a implicitement consacrée, n'est pas seulement la plus conforme aux principes de la matière ; qu'elle est encore la plus propre à concilier les droits privés de l'inventeur avec l'intérêt des progrès de l'industrie ».

¹⁴⁴ Pour comprendre l'importance du texte normatif de 1787, il faut remonter à des lettres patentes de 1737, « portant règlement pour la communauté des maîtres marchands et maîtres ouvriers à façon, en étoffe d'or, d'argent et de soie de la ville de Lyon et des provinces de Lyonnais, Forez et Beaujolais ». Il était question de faire défense « à tous maîtres travaillant à façon de vendre, prêter, remettre ou se servir, directement ou indirectement, des dessins qui leur auront été confiés pour fabriquer, à peine de confiscation, des étoffes qui auraient été furtivement fabriquées sur les dits-dessins ». L'arrêt du 14 juillet 1787 étendit le principe à toutes les industries de soierie du Royaume.

¹⁴⁵ A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, p. 434.

¹⁴⁶ Dans l'histoire des dessins et modèles, beaucoup de comparaisons ont été faites avec les inventions industrielles protégées par un droit de brevet. Lorsque le propriétaire du dessin rendait ses caractéristiques publiques, et ce, avant d'en effectuer le dépôt, il en faisait « une propriété commune », comme l'invention en droit des brevets.

SECTION II / Des controverses historiques relatives
à l'abrogation des lois en droit des marques

29. Présentation - Au XIX^{ème} siècle, la question fut débattue de l'abrogation implicite des lois antérieures. En droit des marques, il s'agissait de constater une exécution « *absolument inconciliable* »¹⁴⁷ de la loi nouvelle avec certaines normes préexistantes.

30. Les marques répondant au régime général – Pour MERLIN, un « *système complet et général de législation* »¹⁴⁸ n'a pu être constaté qu'à partir de 1803. Cette date correspond à la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803), qui punissait des peines du faux en écritures privées la contrefaçon de marque que tout manufacturier ou artisan avait le droit d'appliquer sur les ouvrages de sa fabrique¹⁴⁹. Une formalité de dépôt conditionnait la recevabilité de l'action en contrefaçon¹⁵⁰. Elle devait être effectuée au tribunal de commerce. Un décret du 11 juin 1809 énonça par la suite : « *Nul ne sera admis à intenter une action en contrefaçon de sa marque, s'il n'a déposé un modèle de sa marque au secrétariat du conseil des prud'hommes* »¹⁵¹. La question s'est rapidement posée de savoir dans quelle mesure ce décret du 11 juin 1809 dérogeait à la loi du 22 germinal an XI. Pour MERLIN, aucune abrogation ne devait être constatée : « *En thèse générale, une loi qui prescrit une formalité, n'abroge pas de plein droit la loi antérieure qui en prescrit une différente, à moins que les deux formalités ne soient exclusives l'une de l'autre* »¹⁵². En somme, le raisonnement aurait dû se fonder sur la compatibilité des deux dispositions successives.

L'article 142 du Code pénal reprit l'essentiel du contenu de la loi du 22 germinal an XI¹⁵³. La loi du 28 juillet 1824, relative aux altérations ou suppositions de noms sur les produits

¹⁴⁷ Cass, section crim., 26 avril 1861 : *Rec. Sirey* 1791-1830, I, p. 424 : « *L'abrogation des lois antérieures par les lois postérieures n'a lieu que quand elle est prononcée d'une manière expresse et formelle, ou lorsque l'exécution des premières est absolument inconciliable avec l'exécution des secondes* ».

¹⁴⁸ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^{ème} éd., tome 10^{ème}, M DCCC XXVII. V. aussi : M. MERLIN, *Table générale dans le répertoire de jurisprudence et dans le recueil alphabétique des questions de droit*, par L. BONDONNEAU, Paris, 1829, V. « *marque de fabrique* », p. 473.

¹⁴⁹ V. l'article 16 de la loi.

¹⁵⁰ Selon l'article 18 de la loi : « *Nul ne peut former action en contrefaçon de sa marque s'il ne l'a préalablement fait connaître d'une manière légale, par le dépôt d'un modèle au greffe du tribunal de commerce d'où relève le chef lieu de la manufacture ou de l'atelier* ».

¹⁵¹ V. l'article 7 du décret.

¹⁵² P.-A. MERLIN, *Table générale dans le répertoire de jurisprudence et dans le recueil alphabétique des questions de droit*, *op. cit.*, p. 473.

¹⁵³ V. l'article 16 de la loi.

fabriqués, permit de soustraire certaines incriminations du Code pénal¹⁵⁴. De nombreux arrêts citèrent dans le même temps la loi du 22 germinal an XI¹⁵⁵ ainsi que la loi du 28 juillet 1824¹⁵⁶, postulant ainsi une coexistence paisible. En réalité, il s'agissait d'opérer une « ventilation » complexe. La Cour de cassation affirma en chambres réunies: « *Attendu que si l'article 2 de la loi de 1824 ne mentionne expressément que l'abrogation de l'article 17 de la loi du 22 germinal an XI, l'abrogation implicite de l'article 16 résulte nécessairement de l'incompatibilité de ses dispositions avec celles par lesquelles la loi de 1824 a formellement statué* »¹⁵⁷. En somme, le juge aurait dû reconnaître le processus de l'abrogation implicite, en observant simplement l'incompatibilité des textes légaux successifs¹⁵⁸.

À la même époque, il fut également question de l'abrogation de la loi du 28 juillet 1824 par la loi du 23 juin 1857¹⁵⁹. Au sein de l'exposé des motifs de la loi nouvelle, furent comparés les objets respectifs de ces deux lois¹⁶⁰. Le législateur avait donné une indication : « *Il n'est pas dérogé aux dispositions antérieures qui n'ont rien de contraire à la présente loi* »¹⁶¹. En raison de cette différence d'objet, les juges devaient considérer que la loi de 1824 n'avait pas été implicitement abrogée par la loi nouvelle¹⁶².

Évidemment, les juges devaient également déterminer dans quelle mesure l'article 142 du Code pénal se trouvait affecté par les réformes opérées tant en 1824 qu'en 1857¹⁶³. En

¹⁵⁴ Il s'agissait de l'imitation du nom du fabricant, la supposition du lieu de la fabrique ou l'altération de ce nom. La loi du 28 juillet 1824 punissait précisément ces infractions des peines prévues à l'article 423 du Code pénal relatif à la tromperie sur la marchandise vendue.

¹⁵⁵ En ses articles 16 et 17.

¹⁵⁶ V. par exemple : CA Lyon, 21 août 1851 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 607.

¹⁵⁷ Cass. ch. réunies., 29 novembre 1847 : *Rec. Sirey* 1848, I, p. 173 (V. les articles 1 et 2 de la loi).

¹⁵⁸ Il s'agissait par suite de résoudre des questions complexes relatives à la compétence juridictionnelle. V. par exemple : Cass. crim. 12 juillet 1845 : *Rec. Sirey*, 1845, I, p. 842 : « *L'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 1824 a nécessairement abrogé l'article 16 de la loi du 22 germinal an XI, en ce qui touche la contrefaçon des marques de fabrique qui consistent dans l'indication du nom du fabricant. Dès lors, ce fait n'étant plus punissable de peines afflictives, mais de simples peines correctionnelles, c'est aux tribunaux correctionnels qu'il appartient d'en connaître* » ; V. aussi : Cass. crim. 3 juin 1846 : *Rec. Sirey* 1846, I, p. 848.

¹⁵⁹ Loi du 23 juin 1857 : *Rec. Sirey* 1857, *Lois annotées*, p. 37.

¹⁶⁰ La loi nouvelle du 23 juin 1857 avait pour objet « *d'assurer une protection réelle à la marque de fabrique et de commerce, d'intéresser, par l'efficacité de la protection qui la couvrira désormais, le fabricant ou le commerçant qui la possède, à lui donner de la valeur et à s'en faire une source de fortune par la loyauté de ses produits, et d'arriver, par ce moyen indirect, à sauvegarder les intérêts du consommateur lui-même (...)* ». En revanche, la loi de ancienne du 28 juillet 1824 était présentée comme « *celle qui punit des peines portées en l'article 423 du Code pénal (...), celui qui usurpe non plus la marque, c'est-à-dire le signe conventionnel qui remplace le nom du fabricant, mais le nom lui-même ou la raison commerciale du fabricant, ou même le nom du lieu de la fabrication* ».

¹⁶¹ L'exposé des motifs précisait alors à ce propos : « *Cela est de principe ; il a été jugé utile de le dire cependant pour mieux faire ressortir que la loi nouvelle a un but restreint et ne touche qu'à une partie de la législation des marques* », (article 23 de la loi).

¹⁶² V. par exemple, où il est question d'une recherche du champ d'application exact de la loi du 28 juillet 1824 : Cass. crim. 8 décembre 1827 : *Rec. Sirey* 1825-1827, I, p. 718.

¹⁶³ Cass. crim., 8 janvier 1859 : *Rec. Sirey* 1859, I, p. 526 ; Cass. crim. 12 juin 1863 : *Rec. Sirey* 1864, I, p. 509 : « *L'article 142 du Code pénal, qui punit comme crime la contrefaçon des marques des établissements particuliers, n'a été abrogé par la loi du 28 juillet 1824 et par les articles 1 et 7 de la loi du 23 juin 1857 qu'en ce qui concerne la contrefaçon opérée en vue d'une concurrence déloyale au préjudice d'un négociant ou*

somme, il s'agissait le plus souvent de constater un processus partiel d'abrogation, simplement justifié par une interprétation de la volonté du législateur.

31. Les marques répondant à un statut spécial - Parallèlement au régime général applicable à toutes les marques, s'étaient développés à partir de la révolution française certains régimes spéciaux¹⁶⁴. Par exemple, un arrêté des consuls du 23 nivôse an IX¹⁶⁵ (13 janvier 1801) autorisait les fabricants de quincaillerie et de coutellerie à « *frapper leurs ouvrages* » d'une marque particulière. La « *propriété* » de celle-ci leur était assurée, « *à charge par eux de la faire empreindre sur des tables communes déposées à cet effet à la sous-préfecture de leur domicile* ». À la suite de la loi du 22 germinal an XI, du décret du 11 juin 1809 et de la promulgation du Code pénal le 22 février 1810, un décret du 5 septembre 1810 vint réglementer précisément le domaine de la quincaillerie et de la coutellerie.

Indirectement, il s'agissait de constater l'insuffisance de la réglementation générale des marques et de répondre à un « besoin de droit » justifié par la nature particulière de certains produits¹⁶⁶. Le droit transitoire fut alors sollicité pour un problème de compétence. Le décret du 11 juin 1809 investissait le Conseil des prud'hommes d'un droit d'arbitrage. En cas d'échec, le tribunal de commerce était compétent. Le décret spécial du 5 septembre 1810 sur la coutellerie prévoyait quant à lui la compétence des Conseils de prud'hommes et à défaut la compétence du juge de paix. En somme, le Conseil des prud'hommes qui avait une simple mission d'arbitrage sous la loi ancienne, devenait une véritable juridiction sous l'empire d'une loi nouvelle spécifique au domaine de la quincaillerie et de la coutellerie. Force est de constater que le mécanisme de l'abrogation implicite semble ici entretenir une certaine

fabricant, et que ces lois punissent de simples peines correctionnelles : cet article 142 reste en vigueur à l'égard des contrefaçons ne présentant pas ce caractère ». L'article 1^{er} de la loi de 1857 fait état de la nature facultative de la marque de fabrique et une liste des signes acceptés est donnée. L'article 7 prévoit la peine applicable aux différents faits de contrefaçon appréhendés selon trois catégories.

¹⁶⁴ La compétence des tribunaux, de même que les peines appliquées quand le signe était contrefait prouvent suffisamment la nature spéciale de ce corps de règles. Par exemple, les « marque de draps » furent régies par deux décrets en date du 25 juillet 1810 et du 22 décembre 1812. Avec le décret du 25 juillet 1810, les fabricants de Louviers obtinrent le droit exclusif de donner à leurs draps une lisière jaune et bleue. Devaient être sanctionnés par une amende les fabricants d'une autre ville qui utiliseraient cette lisière. Le second décret du 22 décembre 1812 offrit la possibilité à chaque manufacture de draps d'obtenir « *l'autorisation d'une lisière particulière exclusivement affectée à ses produits* ». La marque de fabrique pour les draps fut rendue obligatoire, mais cette législation spéciale souffrit cependant d'un défaut d'exécution. L'information est importante parce qu'en l'absence d'effectivité de la règle ancienne, les litiges postulant la résolution d'un conflit de lois dans le temps se raréfient.

¹⁶⁵ Pour un résumé des textes applicables avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce : V. *Rec. Sirey 1857, Lois annotées*, p. 37.

¹⁶⁶ V. le commentaire de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce : *Rec. Sirey 1857, Lois annotées*, p. 37.

proximité avec le principe *specialia generalibus derogant*. Or, ce principe ne devrait pas être utilisé comme une clé de résolution des problèmes transitoires.

La question s'est aussi posée de savoir dans quelle mesure la loi du 28 juillet 1824 portait abrogation du décret du 5 septembre 1810¹⁶⁷. Là encore, les rapports entretenus entre les lois générales et les lois spéciales dérogatoires, d'une part, et le processus d'abrogation des lois, d'autre part, se chassent l'un l'autre sans que le choix adopté par les juges ne soit réellement expliqué.

Enfin, il fut aussi question de savoir si la loi du 23 juin 1857¹⁶⁸ avait pu abroger le décret du 5 septembre 1810. La loi de 1857 précisait : « *Il n'est pas dérogé aux dispositions antérieures qui n'ont rien de contraire à la présente loi* »¹⁶⁹. Au sein de l'exposé des motifs, il était question des « *décrets spéciaux sur les savons et la quincaillerie* » au titre de la législation qu'il s'agissait de réviser. Le décret spécial devait alors être considéré comme abrogé par la loi plus générale du 23 juin 1857. Il convient de noter que cette solution n'aurait pu être trouvée facilement par le juge, en l'absence d'indications précises du législateur sur ce point.

En somme, l'histoire du droit de marques montre que les indications du législateur sur le moment auquel la loi ancienne doit être considérée comme « sortie » de l'ordonnancement juridique sont toujours utiles. La méthode jurisprudentielle de référence a longtemps été fondée sur une comparaison des objets respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle. Cette méthode comparative a pour défaut de donner lieu très facilement à des solutions divergentes et d'entretenir une proximité avec le raisonnement fondé sur le principe *specialia generalibus derogant*. Il convient de se pencher à présent sur les controverses rencontrées en droit d'auteur sur la question de l'abrogation des lois anciennes.

¹⁶⁷ Cass. crim : 8 décembre 1827 : *Rec. Sirey* 1825-1827, I, p. 718. Un coutelier avait cité devant le tribunal de police correctionnelle des fabricants qui avaient apposé son nom sur des rasoirs. Le tribunal s'était déclaré incompétent sur le fondement du décret du 5 septembre 1810. La Cour royale de Paris s'affirmait compétente, au motif que la contravention consistait en une supposition de nom de fabricant. Comme ce délit était prévu par la loi du 28 juillet 1824, les juges considéraient que le tribunal correctionnel devait connaître du litige. Les prévenus avaient formé un pourvoi. Ils dénonçaient une fausse application de la loi de 1824. Il était affirmé que cette loi « *n'[avait] pas abrogé le décret du 5 septembre 1810, spécial pour la contrefaçon des marques des ouvrages de quincaillerie et de coutellerie* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi et confirma qu'en l'espèce l'arrêté du gouvernement du 23 nivôse an IX et le décret du 5 septembre 1810 ne devaient pas s'appliquer. Il s'agissait « *d'une usurpation du nom d'un fabricant autre que celui qui a fabriqué les ouvrages : que ce dernier fait a été spécialement prévu et réprimé par la loi du 28 juillet 1824 ; que les dispositions de cette loi sont conçues en termes généraux qui n'admettent aucune exception* ».

¹⁶⁸ V. *Rec. Sirey* 1857, *Lois annotées*, p 37.

¹⁶⁹ V. l'article 23 de la loi.

SECTION III / Des controverses historiques relatives
à l'abrogation des lois en droit d'auteur

32. Présentation – Les lois du XVIII^{ème} siècle constituent les premiers fondements du droit d'auteur. Dans quelle mesure devaient-elles, au fur et à mesure, être abandonnées ?

33. L'abrogation du décret du 13-19 janvier 1791 par le décret du 19-24 juillet 1793 en question - Le conseiller DAGALLIER fit état d'une importante controverse relative au domaine d'application de la loi du 19 juillet 1793 : « *Cette loi, qui garantissait pendant dix années aux héritiers des auteurs la propriété exclusive de leurs ouvrages, étendait-elle également en leur faveur à dix années le droit d'en autoriser la représentation, droit fixé à cinq années seulement par la loi de 1791 ?* »¹⁷⁰. Certains commentateurs soutenaient que la loi du 13 janvier 1791, relative aux spectacles, était encore en vigueur, quand d'autres, au contraire, prétendaient qu'elle avait été abrogée et remplacée par la loi du 19 juillet 1793. La Cour de cassation affirma en 1843 que la loi du 19 juillet 1793 « *réglait le droit des auteurs, tant au point de vue de la reproduction typographique qu'à celui de la représentation théâtrale* »¹⁷¹. Par conséquent, le droit d'édition et de représentation étaient tous les deux d'une durée de dix années. En somme, les juges devaient reconnaître une abrogation implicite d'un texte antérieur en procédant simplement à une analyse comparative des objets des deux lois successives.

34. L'abrogation du décret du 19-24 juillet 1793 par le décret du 5 mars 1810 en question - Il fut question de savoir si le décret du 5 mars 1810, qui avait pour objet la police de l'imprimerie et de la librairie, avait ou non abrogé la loi du 19 juillet 1793¹⁷². Même si ce décret avait pour finalité de régir la diffusion des livres¹⁷³, pour MERLIN¹⁷⁴, il ne faisait aucun doute que ce décret de 1810 avait implicitement abrogé l'article 6 de la loi de 1793¹⁷⁵.

¹⁷⁰ V. sous Cass. req., 11 mars 1873, affaire « Clémenti » : *Rec. Sirey* 1873, I, p. 324.

¹⁷¹ Cass. crim., 5 décembre 1843 : *Rec. Sirey* 1844, I, p. 28.

¹⁷² Cass. req., 11 mars 1873 : *Rec. Sirey* 1873, I, p. 324.

¹⁷³ V. les articles 39 et 40 de la loi.

¹⁷⁴ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^{ème} éd., tome 3^{ème}, Bruxelles, 1825, p. 111.

¹⁷⁵ L'article 48 du décret du 5 mars 1810 disposait : « *Chaque imprimeur sera tenu de déposer à la préfecture de son département, et, à Paris, à la préfecture de police, cinq exemplaires de chaque ouvrage, savoir : un pour la*

35. L'abrogation du décret du 19-24 juillet 1793 par le Code pénal en question –

À l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1880, LYON-CAEN soulignait que le décret de 1793 n'avait établi aucune peine à l'encontre des contrefacteurs¹⁷⁶. Il est vrai que le texte indiquait seulement la manière dont seraient fixés les dommages-intérêts auxquels ces contrefacteurs pouvaient être condamnés. Par la suite, le Code pénal est venu sanctionner la contrefaçon par une peine d'emprisonnement et une amende. LYON CAEN en déduit : « *par son silence, [le Code pénal] abroge les règles du décret de 1793 sur l'évaluation des dommages-intérêts* ». La jurisprudence fut effectivement en ce sens¹⁷⁷. L'article 429 du Code pénal devait être le seul fondement utile dans le calcul des dommages et intérêts à accorder à la victime. En conclusion, le silence du Code pénal fut analysé comme portant en lui-même une mesure abrogative. Il semble que le mécanisme de l'abrogation implicite ait atteint ici un degré d'abstraction relativement élevé.

36. L'abrogation du décret du 13-19 juillet 1793 par la loi du 29 juillet 1881 en question

- La Cour de cassation affirma que le décret du 19 juillet 1793 avait été implicitement abrogé par la loi du 29 juillet 1881. Le débat était centré sur les modalités du dépôt de l'œuvre littéraire¹⁷⁸. Ces deux lois montraient des objets différents, ce qui laissait

bibliothèque impériale, un pour le ministre de l'intérieur, un pour la bibliothèque de notre conseil d'État, un pour le directeur général de la librairie ».

¹⁷⁶ V. sous Cass. civ., 28 décembre 1880 : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 113.

¹⁷⁷ Cour royale de Toulouse, 3 et 17 juillet 1835 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 39. Pour la première espèce, « *Attendu que si les droits à la propriété et les conditions auxquelles l'exercice en est subordonné, ont été fixés par la loi du 19 juillet 1793 et le décret du 5 janvier 1810, les atteintes que la contrefaçon ou débit peuvent lui porter ont été caractérisés délits et réprimés par les articles 426, 427 et 429 du Code pénal, qui, en organisant une nouvelle pénalité, soit dans l'intérêt de la vindicte publique, soit dans celui de l'auteur lésé, a implicitement abrogé les dispositions de ces lois, qui déterminaient l'indemnité due à celui-ci* ». Sur la seconde espèce : « *Attendu, sur les dommages et intérêts réclamés par la partie civile, que, si la loi du 19 juillet 1793 subsiste encore dans celles de ses dispositions qui n'ont été ni virtuellement, ni explicitement abrogées par des lois postérieures, il n'en saurait être de même pour celles relatives aux objets dont les lois plus récentes se sont spécialement occupées. Attendu que le Code pénal, actuellement en vigueur, règle dans son article 429, le mode d'indemnité qui doit être attribuée au propriétaire d'ouvrages contrefaits, et que, dès lors, c'est d'après les bases déterminées par cet article que les tribunaux doivent en cette matière statuer sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile* ».

¹⁷⁸ Il s'agissait de s'interroger sur l'abrogation éventuelle de l'article 6 du décret de 1793 (le « *citoyen qui mettra à jour l'ouvrage* » est tenu d'une obligation de dépôt, « *faute de quoi il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs* »). Ce dépôt était obligatoire, le défaut d'accomplissement de cette formalité était sanctionné par une déchéance. V. par exemple : Cass. crim., 17 novembre 1904 : *Rec. Sirey* 1908, I, p. 378 : « *Si l'article 6 de la loi du 19 juillet 1793, qui assure la propriété littéraire à la charge du dépôt de deux exemplaires à la bibliothèque nationale, continue à subsister quand à l'application de la déchéance de cette propriété, faute de dépôt, la quantité du nombre d'exemplaires à déposer et le lieu du dépôt, successivement modifiés par le décret du 5 février 1810, la loi du 21 octobre 1814 et le règlement du 9 juin 1828, sont actuellement réglés par la loi du 29 juillet 1881, qui prescrit à tout imprimeur, dans son article 3, de faire, au moment de la publication de tout imprimé, un dépôt de deux exemplaires au ministère de l'intérieur, pour Paris, et, dans son article 4, fixe à trois exemplaires le dépôt qui devra être fait des estampes, de la musique, et en général des reproductions autres que les imprimés. C'est donc à tort que, pour rejeter l'exception de déchéance tirée par le défendeur à l'action en contrefaçon du défaut de dépôt régulier de l'ouvrage contrefait (un recueil d'estampes), les juges se*

supposer une coexistence paisible¹⁷⁹. Devaient pourtant s'opposer pendant plusieurs années les partisans de la théorie de la « *confusion des dépôts* », aux partisans de la théorie de la « *non-confusion* ». Il s'agissait de répondre à la question suivante : le dépôt exigé par le décret du 19-24 juillet 1793 pour conserver la propriété littéraire, devait-il se confondre avec les formalités exigées par les textes relatifs à la presse et adoptés dans un but de police ? En somme, l'issue d'un litige en contrefaçon dépendait de la complémentarité éventuelle des deux interventions législatives en question¹⁸⁰. Le droit d'auteur était déchu ou conservé selon la réponse donnée. Force est de constater que le mécanisme de l'abrogation implicite, fondé sur une comparaison des objets des lois successives, était le facteur d'une insécurité juridique certaine.

37. Conclusion du Chapitre I - En droit de la propriété intellectuelle, l'absence d'indications laissées par le législateur sur l'abrogation des textes existants fut la source de controverses importantes. Au XIX^{ème} siècle, la notion d'abrogation implicite était fortement sollicitée. Le raisonnement était le suivant : quand deux lois régissent le même objet, elles sont présumées incompatibles. Elles ne pourraient donc pas coexister au sein de l'ordonnement juridique. L'une d'elle est alors réputée abrogée, c'est la plus ancienne. Il est certain que cette méthode ne permet pas de répondre à l'exigence de sécurité juridique, parce qu'elle entretient des rapports confus avec l'adage *specialia generalibus derogant*. Cependant, il ne faut pas oublier que le droit de la propriété intellectuelle montre aussi un législateur plus moderne, soucieux de rendre transparent le processus d'abrogation de la loi ancienne. Il convient dès lors de chercher la disposition idéale sur ce sujet.

fondent sur ce qu'un dépôt de deux exemplaires de cet ouvrage aurait été effectué dans les conditions prescrites par l'article 6 de la loi du 19 juillet 1793 ». Les premiers juges avaient estimé que l'article 6 de la loi de 1793 n'avait pas été remplacé par l'article 4 de la loi du 29 juillet 1881, « *sous prétexte que chacune de ces lois avait un objet différent, la première s'appliquant aux auteurs ou aux artistes, et la seconde aux imprimeurs* ». Pour la Cour de cassation, les dispositions du décret de 1793 relatives au nombre des exemplaires à déposer et au lieu du dépôt avaient cessé d'être en vigueur.

¹⁷⁹ Il faut noter que le caractère dérogatoire de la loi dite nouvelle s'apprécie souvent au regard de ses destinataires. En considérant que l'auteur est concerné par la loi ancienne et que l'imprimeur est le destinataire de la loi nouvelle, les deux lois successives devaient pouvoir coexister.

¹⁸⁰ Cass. crim., 1^{er} mars 1834 : *Rec. Sirey* 1834, I, p. 65 ; CA Rouen, 13 décembre 1839 : *Rec. Sirey* 1840, II, p. 76 ; Cass. 20 août 1852 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 234 ; Cass. 6 novembre 1872 : *Rec. Sirey* 1872, I, p. 362 ; Cass. crim., 30 juin 1832 : *Rec. Sirey* 1832, I, p. 633 ; Cour royale de Rouen, 13 décembre 1839 : *Rec. Sirey* 1840, II, p. 74.

Chapitre II / À LA RECHERCHE DE LA DISPOSITION LÉGALE IDÉALE RELATIVE À L'ABROGATION DE LA LOI ANCIENNE

38. Une information donnée par le législateur - Il est rare qu'un texte normatif présente lui-même sa date d'abrogation. Le cas échéant, il faut retenir la nature temporaire de la norme en question¹⁸¹. Dans la plupart des cas, il faut donc rechercher au sein de la loi nouvelle des indications sur l'abrogation de la loi antérieure¹⁸². Une disposition claire et concise sur ce point est assurément conforme au principe de sécurité juridique.

Il faut d'ailleurs préciser que l'exigence de sécurité juridique ne devrait pas être satisfaite par une abrogation qui se comprendrait comme la résultante d'une incompatibilité entre une disposition nationale et un texte communautaire d'harmonisation. Le législateur devrait clairement indiquer son abrogation au sein de la loi de transposition. Si cet effort avait été fourni lors de la rédaction de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997¹⁸³, le sort des lois antérieures du 3 février 1919 et du 21 septembre 1951 sur les prorogations de guerre aurait été

¹⁸¹ Les lois temporaires se rencontrent rarement en droit de la propriété intellectuelle. Il faudrait citer les lois dites « transitoires » de 1855 et 1867, sur les expositions universelles. Ces lois temporaires ont par la suite été rendues permanentes par une loi du 11 mai 1868. V. E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Paris, Marchal et Billard, 3^{ème} éd., 1899, n° 100, p. 137. Les lois temporaires se caractérisent par une précision sur la durée d'application définitive dans le temps de ses dispositions. Il est possible de citer le règlement européen n° 2349/84 du 23 juillet 1984 concernant l'application de l'article 85 § 3 du traité CEE à des catégories d'accords de licence de brevets (*JOCE*, 16 août 1984, n° L. 219, p. 15 et s.). Il s'agissait de procéder à l'application du Traité CEE à des contrats spécifiques du droit de la propriété industrielle. Le règlement indique sa date d'abrogation (V. l'article 14). V. aussi : J. AZÉMA, *Nouveaux apports législatifs au droit des brevets d'invention* : D. 1985, chron. p. 91. De même, il est caractéristique que l'éthique puisse justifier la présence de « lois temporaires » ou de « lois révisables », notions qui n'ont d'autres buts que d'imposer une adaptation permanente du cadre législatif. V. le Rapport du 17 décembre 2008 sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique. En droit d'auteur, le point 5 du II de l'avis du CSPLA sur les œuvres orphelines montre également la vocation provisoire du régime qui serait mis en place. L'objectif est d'éviter l'apparition d'œuvres orphelines à l'avenir. Dans cette optique, il peut donc être imaginé que la loi nouvelle comporte déjà en son sein une date d'abrogation. Les lois temporaires ont une nature proche des dispositions transitoires en ce qu'elles ont vocation à assurer une transition entre deux ordonnancements juridiques successifs.

¹⁸² Par exemple, l'abrogation de la loi n° 52-300 du 12 mars 1952 réprimant la contrefaçon des créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure par la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle, a conduit à la réinsertion des créations visées au sein de la loi de 1952 à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. Avant cette date, les deux protections offertes par la loi du 11 mars 1957 et du 12 mars 1952 étaient cumulables. L'invocation de la protection sur le seul fondement de la loi de 1952 était plutôt rare. L'interprète aurait alors pu commettre l'erreur de croire que la loi de 1952 avait été implicitement abrogée, bien avant la codification de la propriété littéraire et artistique. La précision des textes abrogés par la loi du 1^{er} juillet 1992 évite donc toute réflexion hasardeuse sur le mécanisme de l'abrogation d'un texte légal par désuétude.

¹⁸³ Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des communautés européennes n° 93/83 du 27 septembre 1993 et n° 93/98 du 29 octobre 1993 : *JORF* du 28 mars 1997, p. 4831.

rapidement fixé¹⁸⁴. En ce sens, il suffit que le législateur prenne le temps de considérer les avantages d'une communication claire de ses intentions à l'interprète de la loi en général et au juge en particulier.

39. La réunion des indications du législateur en un point précis du texte de loi -

D'une manière idéale, il faut souhaiter que toutes les indications du législateur sur le champ d'application temporel de la loi nouvelle soient réunies en un point unique. Le législateur n'a pas toujours procédé de cette manière. Par exemple, en droit des brevets, la loi du 5 juillet 1844 présente une section finale intitulée : « *Dispositions particulières et transitoires* ». En droit des marques, la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964¹⁸⁵ répond aussi à ce schéma avec un titre V intitulé : « *Dispositions générales et transitoires* ». La loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service, présente au sein de ses dispositions transitoires une règle qui aurait pu être placée à la suite des dispositions consacrées à la procédure de réservation du signe. Les demandes déposées sous l'empire de la loi précédente du 31 décembre 1964 devaient encore être examinées et enregistrées selon l'ancienne procédure¹⁸⁶. La loi du 3 juillet 1985 apporte une disposition transitoire essentielle, pourtant introduite au beau milieu du texte de loi et environnée de dispositions « de fond »¹⁸⁷. Il faut constater que la disposition transitoire placée de manière arbitraire au sein du texte légal est peut-être moins facile à reconnaître pour ce qu'elle est réellement : une information destinée uniquement à faciliter la compréhension du changement apporté au sein de l'ordonnement juridique.

Il convient de noter qu'au sein des directives européennes, le problème se pose dans les mêmes termes. La directive n° 92/100 du 19 novembre 1992¹⁸⁸, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, présente un article 13 intitulé : « *Applicabilité dans le temps* ». Plusieurs dispositions transitoires sont ainsi annoncées. Au contraire, la directive du 27 septembre 1993

¹⁸⁴ V. par exemple sur ce sujet : CA Paris, 12 oct. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-285392 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. n° 183, note C. CARON. Les juges décidèrent de cumuler les prorogations de guerre avec la durée légale de soixante-dix années.

¹⁸⁵ Loi du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce et de service : *JORF* du 1^{er} janvier 1965, p. 3.

¹⁸⁶ V. l'article 41 de la loi du 4 janvier 1991, au sein d'un titre VI, intitulé « *Dispositions diverses* ».

¹⁸⁷ V. l'article 19 alinéa 5 de la loi : « *Les contrats passés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi entre un artiste-interprète et un producteur d'œuvre audiovisuelle ou leurs cessionnaires, sont soumis aux dispositions qui précèdent en ce qui concerne les modes d'exploitation qu'ils excluaient (...)* ».

¹⁸⁸ La directive 92/100/CEE a été abrogée et remplacée par la directive 2006/115/CE, sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition des règles européennes en droit interne.

n° 93/83 sur la radiodiffusion par satellite et retransmission par câble présente un article 8 qui est une disposition transitoire et qui se situe pourtant au sein d'autres dispositions « de fond »¹⁸⁹.

40. Les différentes structures de la disposition « abrogative » - Avec la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, le législateur donne à la disposition abrogative une construction bipartite. D'abord, la liste des textes antérieurs abrogés est donnée. Ensuite, il est précisé que doivent être également considérés comme abrogés tous les textes existants qui présentent un objet identique à la loi nouvelle¹⁹⁰. Avec la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 en droit des marques, cette construction en deux parties est retrouvée. Toutefois, les lois antérieures dont l'objet est semblable à la loi nouvelle ne sont pas visées. En revanche, il est question des lois dont les dispositions sont « contraires » à celle-ci¹⁹¹. Avec la loi du 2 janvier 1968, le législateur choisit aussi cette méthode rédactionnelle¹⁹². En droit d'auteur, la loi du 11 mars 1957 présente la liste impressionnante des textes antérieurs abrogés. Il est aussi précisé que l'abrogation concerne les dispositions « contraires » au nouveau texte. Il est possible de trouver d'autres exemples de cette construction bipartite, peu important la place de la liste des textes abrogés et de la précision sur les textes « contraires »¹⁹³. Enfin, un dernier type de rédaction rencontré en droit de la propriété intellectuelle présente une simple liste des textes abrogés par la loi nouvelle¹⁹⁴.

¹⁸⁹ L'article 8 dispose en son 2° : « *Nonobstant le § 1, les États membres peuvent maintenir jusqu'au 31 décembre 1997 les licences légales en cours de validité ou expressément prévues à la date du 1^{er} juillet 1991 par la législation nationale* ». D'ailleurs, l'intitulé de l'article n'annonce aucunement la présence d'une disposition transitoire : « *Droit de retransmission par câble* ».

¹⁹⁰ La loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'inventions dispose en son article 52 : « *Seront abrogées, à compter du jour où la présente loi sera devenue exécutoire, les lois des 7 janvier et 25 mai 1791, celle du 20 septembre 1792, l'arrêté du 17 vendémiaire an 7, l'arrêté du 5 vendémiaire an 9, les décrets des 25 novembre 1806 et 25 janvier 1807, et toutes dispositions antérieures à la présente loi, relatives aux brevets d'invention, d'importation et de perfectionnement* ».

¹⁹¹ La loi du 31 décembre 1964, en droit des marques, dispose en son article 38 : « *Sont abrogées la loi du 23 juin 1857 et toutes les autres dispositions contraires à la présente loi* ».

¹⁹² V. l'article 72 de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, sur les brevets d'invention, dans sa version antérieure à la réforme opérée par la loi du 13 juillet 1978.

¹⁹³ Le décret n° 65-622 du 27 juillet 1965, relatif aux taxes et redevances perçues en matière de propriété industrielle dispose en son article 22 : « *Les dispositions contraires à celles du présent décret sont abrogées, et notamment (...) le dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles et l'article 21 du décret du 26 juin 1911 pris pour l'exécution de ladite loi* ». (Titre IV « *dispositions diverses* »).

¹⁹⁴ Par exemple, la loi du 13 avril 1908, relative à la protection temporaire de la propriété industrielle dans les expositions internationales étrangères officiellement reconnues et dans les expositions organisées en France ou dans les colonies avec l'autorisation de l'Administration ou avec son patronage, précise simplement dans son dernier article (4) : « *Est abrogée la loi du 23 mai 1868* ». Le titre V de la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 précise dans des « *dispositions finales* » toutes les dispositions de la loi du 2 janvier 1968 abrogées. L'article 14 de la loi précisait déjà l'abrogation du titre VII, entièrement consacré au certificat d'addition. La loi du 4 janvier 1991 prévoit au sein de son article 44 que la loi du 31 décembre 1964 cesserait « *de produire effet à la date d'entrée en vigueur de la présente loi* ».

41. Conclusion du Chapitre II - La rédaction idéale de la disposition abrogative prévoit une liste des textes antérieurs abrogés ainsi qu'une précision sur l'abrogation des dispositions « contraires », laissant ainsi une certaine marge de manœuvre à l'interprète. Encourager le juge à rechercher les textes ayant le même objet que la loi nouvelle appartient à un droit transitoire révolu. Il faut y voir la reprise d'une solution jurisprudentielle critiquable, selon laquelle des lois ayant un objet identique sont nécessairement incompatibles. Il faut également souhaiter que la précision du législateur appartienne à une division spéciale, expressément consacrée aux dispositions transitoires.

42. Conclusion du Sous-titre II - L'histoire du droit de la propriété intellectuelle montre souvent un législateur peu préoccupé par les questions d'abrogation de la norme. Le juge adoptait une méthode fondée sur une comparaison des objets des lois successives et cette technique fut reprise par le législateur au sein de dispositions transitoires. Il convient de noter que si le législateur a utilisé différents types de rédaction pour ces dispositions spéciales, la plus complète consiste certainement en la confection d'une liste des textes abrogés, accompagnée d'une précision sur les dispositions qui se révéleraient contraires aux normes créées par la loi nouvelle.

43. Conclusion du Titre I – Le droit transitoire a pour objectif de résoudre les conflits de lois dans le temps. Ces conflits sont provoqués par la concurrence de deux normes au regard d'un même fait ou d'un même acte juridique. Si l'on se place du côté de l'interprète de la loi, connaître la manière dont la loi nouvelle s'insère dans l'ordonnement juridique existant au jour de son entrée en vigueur est assurément une information essentielle. La date à laquelle le sujet de droit est censé modifier son comportement et celle à laquelle le juge est autorisé à faire application des syllogismes inédits apportés par la loi nouvelle doit être connue de tous¹⁹⁵. Il a été constaté que le report de l'entrée en vigueur du texte légal peut être spécialement adapté à l'objet de la réforme. En droit de la propriété littéraire et artistique, l'existence actuelle ou future d'accords contractuels est en mesure d'influencer le législateur quant à la date d'effectivité d'une réforme. En droit de la propriété industrielle, le souci d'adapter les procédures de dépôt à l'évolution de la technique est également une cause d'aménagement exprès du processus d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. S'agissant des

¹⁹⁵ Il doit aussi connaître le moment auquel le sujet de droit n'est plus contraint d'obéir à la loi ancienne et à partir de quelle date le juge n'est plus autorisé à faire application de la loi.

indications relatives à l'abrogation de la loi ancienne, des difficultés d'interprétation se retrouvent indifféremment au sein de l'histoire des deux branches de la propriété intellectuelle. Il faut trouver dans cette recherche l'espoir d'une prise de conscience du législateur pour la rédaction à venir de lois futures intéressant la propriété intellectuelle. En outre, il ne s'agirait pas de réserver un sort différent aux lois de transposition des directives européennes. En donnant des indications sur l'entrée en vigueur et sur l'abrogation des lois, le législateur satisfait assurément à l'exigence de sécurité juridique. En effet, il faut y voir autant de réponses aux questions éventuelles de l'interprète, simple observateur de la succession des règles juridiques. Il convient à présent de s'intéresser aux dispositions transitoires propres au droit de la propriété intellectuelle, en tant qu'elles offrent directement une clef de résolution de certains conflits de lois dans le temps, anticipés par le législateur.

Titre II / LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

44. L'absence de dispositions transitoires est toujours ressentie comme une entrée en vigueur quelque peu brutale de règles inédites. Pourtant, ce type de disposition n'a pas, en réalité, pour objectif de préciser la manière dont une loi nouvelle s'introduit au sein de l'ordonnement juridique existant. Les dispositions transitoires se définissent assurément par leur fonction. Le législateur introduit ce type de disposition pour permettre au juge de résoudre facilement un conflit de lois dans le temps. Évidemment, l'interprète est de la sorte renseigné sur la manière dont le législateur conçoit la réforme envisagée. En ce sens, la prévisibilité du droit est assurée¹⁹⁶.

Il convient de noter que le besoin d'une réponse adaptée aux spécificités d'une discipline juridique ne semble satisfait que par une disposition transitoire. Cependant, dans l'absolu, il n'est pas opportun que chaque branche juridique reçoive un « traitement transitoire » unique. Il faut alors retenir qu'une disposition transitoire est un instrument toujours intéressant, sous réserve de rester dans le domaine de l'exception. Il s'agit toujours d'éviter que le juge puisse valablement se prononcer de la sorte : « cette loi nouvelle est relative à la capacité, elle doit donc s'appliquer de telle ou telle façon ». Il faut refuser qu'un système de résolution des conflits de lois dans le temps se justifie au regard du droit de la famille, du droit de la consommation ou du droit des contrats d'assurance¹⁹⁷. D'ailleurs, lorsque ROUBIER se

¹⁹⁶ En ce sens, l'insertion de dispositions transitoires a pu être considérée comme impérative pour le pouvoir réglementaire : V. CE, Ass. 24 mars 2006, Sociétés KPMG et autres, n° 288460 : *Bull. des contrats publics*, 2006, n° 46, p. 173 ; R. DAMMANN : *D.* 2006, point de vue, p. 1224 ; *ibid.* P. CASSIA, chron. p. 1190 ; *AJDA* 2006, 1028, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RTD civ.* 2006, p. 527, obs. R. E. M. ; *RDC* 2006, p. 1038, obs. C. PÉRES.

¹⁹⁷ Cette branche du droit offre d'ailleurs un formidable terrain d'étude des problèmes transitoires, mettant en œuvre de nombreux principes de résolution. V. par exemple, sur la garantie contractuelle des conséquences d'une faute inexcusable de l'employeur : Cass. Civ. 2^{ème} 19 mars 2009 : *RGDA* 2009, p. 585, note J. KULLMANN ; *JPC G* 2009, IV, 1686. Ces conséquences n'étaient pas assurables sous l'empire d'une loi du 30 octobre 1946, mais le sont devenues depuis l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle du 27 janvier 1987. En somme, une créance spécifique put de manière inédite faire l'objet d'un contrat d'assurance. Pour la Cour de cassation, la loi nouvelle n'aurait pas validé rétroactivement certains contrats antérieurs. C'est-à-dire qu'elle n'aurait pas pu rendre efficaces des contrats au sein desquels les parties avaient passé outre la législation

concentre sur l'incidence des lois sur les différents « moments » d'une situation juridique, la méthode adoptée exclut nécessairement tout raisonnement fondé sur l'objet matériel de la loi nouvelle. Il n'y a qu'une confrontation entre des normes nouvelles et un ensemble de faits ou d'actes correctement qualifiés. De plus, il ne faut pas oublier que les dispositions transitoires ont parfois pour finalité d'exclure le jeu des principes du droit transitoire commun.

En principe, afin de distinguer une disposition transitoire des autres règles normatives du texte légal, il suffit de se remémorer quelques critères permanents (**Sous-titre I**). En outre, pour le doyen ROUBIER, la catégorie des dispositions transitoires ne serait pas homogène. Selon que la disposition transitoire reçoit la qualification de « loi de conflit » ou de « loi de transition », le législateur exprimerait plus ou moins sa créativité¹⁹⁸. Très simplement, une « loi de conflit » est une disposition qui affirme par exemple : « pour ce cas de figure bien précis, il faudra faire application de la loi ancienne ». Le législateur ne fait que précéder le juge dans son approche du problème du choix de la loi applicable. Il donne directement la solution. En revanche, la « loi de transition » peut être assimilée à l'organisation d'un régime temporaire autonome¹⁹⁹. Autrement dit, le législateur crée une règle indépendante des deux textes légaux successifs. Si les dispositions de la loi ancienne ne sont pas reprises, celles de la loi nouvelle

applicable à l'époque de leur conclusion, en garantissant ce risque spécifique. Cependant, une autre question s'est posée : les parties peuvent-elles, sous l'empire de la loi nouvelle, stipuler une « reprise du passé » sans limitation de durée, pour toutes les réclamations qui seraient émises pendant sa période de validité ? En souhaitant que les assureurs jouent pleinement leur rôle de garant des victimes de l'amiante et au motif surprenant que les parties avaient convenu de déroger au principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle, la Cour a décidé qu'il était possible d'opérer une reprise illimitée du passé.

Il aurait été plus clair de dire que sous le droit antérieur, certains dommages ne pouvaient pas être couverts, en raison de la nature de la faute qui était à son origine. La créance de réparation ne pouvait pas faire l'objet d'un contrat. Il convient alors de retenir sa qualité de chose hors du commerce pour le temps précédant l'entrée en vigueur. La loi nouvelle donne au contraire la possibilité de disposer de cette créance. Le statut de la créance a donc été modifié par la loi nouvelle. Elle peut dès lors recevoir la qualification de bien parce que le législateur lève l'interdiction liée à son appropriation. Par conséquent, les créances nées d'une faute de l'employeur avant la réforme peuvent faire l'objet d'un contrat conclu sous l'empire du droit nouveau.

En droit de la propriété intellectuelle, une analogie pourrait être trouvée au regard des choses contrefaisantes. Choses hors du commerce sur le fondement d'une loi actuelle, elles pourraient acquérir le statut d'une chose licite à l'issue d'une réforme plus permissive. Dès l'entrée en vigueur, elles pourraient donc faire l'objet de transactions commerciales. Cela correspondrait à une application immédiate de la loi nouvelle. En revanche, les contrats antérieurs ayant pour objet cette chose contrefaisante ne seraient pas « validés » afin de respecter le principe de non-rétroactivité. Le principe de survie de la loi ancienne postulerait également cette solution. Il serait cependant possible d'imaginer qu'une chose, créée à l'issue d'un acte de contrefaçon réalisé sous une loi ancienne, pourrait faire ensuite l'objet d'un contrat conclu sous l'empire de la loi nouvelle, dès lors que son « statut de chose du commerce » autorise son créateur à en disposer. Il faut à ce titre souligner que le législateur ne raisonne jamais en termes de « choses contrefaisantes » mais en termes d'actes de contrefaçon. C'est le juge qui doit énoncer cette nature de chose contrefaisante. Tout raisonnement sur le « statut de la chose » est donc atteint d'une certaine précarité si l'on considère que son fondement ne peut être que jurisprudentiel.

¹⁹⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 30, p. 146 et s.

¹⁹⁹ « La loi de transition a pour but d'établir un régime intermédiaire entre les deux lois, pour permettre aux intérêts particuliers de se concilier avec la législation nouvelle. L'hypothèse la plus fréquente est celle de la concession d'un délai donné aux titulaires de droits pour se conformer à la loi (...) » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 30, p. 147.

ne sont pas non plus appliquées²⁰⁰. Il s'agit alors de reconnaître ces qualifications au sein du droit de la propriété intellectuelle (**Sous-titre II**).

²⁰⁰ La finalité d'une « loi de transition » est toutefois « *d'établir un régime qui facilite le glissement des situations antérieures sous le statut de la loi nouvelle, on peut dire qu'elle prend visiblement le parti de la loi nouvelle (...)* » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 30, p. 148. Finalement, le parti pris du législateur serait tout de même conforme à la position de principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.

Sous-titre I / LA VÉRIFICATION EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DES CARACTÈRES PARTICULIERS DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

45. Pourquoi convient-il de rechercher les critères invariables d'une disposition transitoire ? Il faut se souvenir de l'objectif de l'interprète. D'abord, il lui faut découvrir rapidement toutes les informations nécessaires à la perception la plus exacte possible de l'espace occupé par la loi nouvelle au sein de l'ordonnement juridique. Ensuite, il entend vérifier la présence, au sein du texte légal, de clefs de résolution que le législateur aurait spécialement laissé à son intention. C'est au cours de cette seconde étape, qui se concrétise toujours par une lecture assidue de la loi nouvelle, qu'il va intuitivement tenter de rassembler les critères classiques d'une disposition transitoire.

Certes, la tâche peut être facilitée par la présence d'un titre spécial. Le droit de la propriété intellectuelle montre ainsi l'exemple d'un décret créé en 1911 en droit des dessins et modèles²⁰¹. Sûrement, une disposition transitoire se reconnaît en premier lieu par son objet. Elle constitue une exception, quand le principe est la découverte par l'interprète du champ d'application temporel de la loi nouvelle. Seulement, ce statut exceptionnel peut se révéler, *a posteriori*, être une fausse piste dans le domaine de la propriété intellectuelle. En effet, le principe de l'interprétation restrictive, accessoire classique de toute exception, ne se retrouve pas toujours en droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, l'article 19 de la loi du 3 juillet 1985 a pu recevoir une interprétation extensive en jurisprudence²⁰². Sa nature de disposition transitoire était pourtant indéniable. Il convient alors de se demander si le juge doit être encouragé dans cette voie, pourtant dérogatoire à la théorie générale des conflits de lois dans le temps. Il semble qu'une réponse négative doive être apportée, en l'absence de

²⁰¹ Décret du 26 juin 1911, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, *JO* du 18 juillet 1911 : *Rec. Sirey* 1911, Lois annotées, p. 182.

²⁰² Cass. 1^{ère} civ. 16 juill. 1992 : *D.* 1993, p. 220, note X. DAVERAT. Les juges d'appel avaient choisi une interprétation stricte de l'expression « mode d'exploitation » prévue au sein de la disposition transitoire. Il ne s'agissait pas de distinguer selon les différents types de communication de l'objet protégé au public, mais de préciser encore au sein de ceux-ci toutes les utilisations éventuelles de cet objet. Il en résultait que tous les types de diffusion non expressément visés au contrat entraient dans le cadre de la présomption de cession.

bénéfices directs offerts aux titulaires des droits en termes de sécurité juridique. Cette exigence doit toujours constituer le fil conducteur à tout raisonnement suivi dans le domaine du droit transitoire.

De plus, il faut déjà noter que le désir d'envisager la propriété intellectuelle en un seul corps de règles a toujours une influence au regard de la compréhension d'une disposition transitoire. Par exemple, lorsque le législateur précise que l'effet absolu des décisions d'annulation, règle inédite, s'applique aux brevets demandés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle²⁰³, l'interprète peut légitimement se demander s'il convient de reconnaître ici une règle commune à la propriété industrielle, voire à toute la propriété intellectuelle²⁰⁴. En d'autres termes, une disposition transitoire correspond à une prise de parole du législateur sur un problème transitoire qu'il estime d'une réalisation probable. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, la matière dont l'interprète de la loi nouvelle conçoit l'homogénéité de la matière jouera un rôle essentiel parce que le silence du législateur dans un domaine précis laisse toujours planer plusieurs interprétations possibles. Afin de dresser un tableau complet, les certitudes (**Chapitre I**) ainsi que les incertitudes (**Chapitre II**) qui entourent la qualification de « disposition transitoire » doivent être abordées, et ce, au regard des spécificités du droit de la propriété intellectuelle.

²⁰³ V. l'article L. 613-27 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

²⁰⁴ V. Cass. com. 22 oct. 2002 : *Propr. ind.* 2003, comm. n° 55, obs. P. KAMINA. Pour une interprétation *a contrario* de la solution donnée par le législateur en droit des brevets. Dans le domaine du droit des dessins et modèles, le législateur étant silencieux. Il faudrait en déduire que l'effet absolu des décisions d'annulation ne s'applique pas aux dépôts antérieurs à la réforme de 2001.

Chapitre I / LE RAPPEL DE QUELQUES CERTITUDES À PROPOS DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

46. Une information sécurisante, temporaire et pragmatique - En présence d'une disposition transitoire, le travail du juge est en principe facilité. Il est assuré de donner une solution à un problème transitoire qui est conforme à la volonté du législateur²⁰⁵. En principe, il n'est pas nécessaire de vérifier si la solution proposée est en accord ou non avec les principes généraux du droit transitoire. En effet, le législateur est toujours autorisé à déroger à ces commandements.

Le plus souvent, à l'origine d'une disposition transitoire, figure une difficulté pressentie sur l'application dans le temps du texte nouveau²⁰⁶. Dans la majorité des cas, le législateur anticipe les conséquences d'une application immédiate de la loi qui s'avère déjà délicate²⁰⁷. Comme ces dispositions servent de transition, elles ne devraient être que temporaires. Le législateur donne un ordre à l'intention du juge : « il faut faire application de la loi nouvelle d'une manière bien précise ».

Il est évident qu'à partir d'une certaine date, le problème transitoire ne se pose plus. Par exemple, en droit des marques, la loi du 4 janvier 1991 a considérablement innové en matière de déchéance du droit pour défaut d'exploitation du signe²⁰⁸. Dès lors que toutes les actions engagées après son entrée en vigueur ont concerné des périodes de défaut d'exploitation entièrement « réalisées » depuis la réforme, les lois du 31 décembre 1964 et du 4 janvier 1991 ne pouvaient plus entrer en conflit. En somme, au-delà d'une certaine date, la précision du législateur n'est plus qu'un indice d'une politique transitoire appartenant au passé.

Il convient de noter qu'en droit de la propriété intellectuelle, les conventions internationales montrent l'exemple de dispositions transitoires très précises. Il pourrait s'agir d'une source

²⁰⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op.cit.*, n° 13, p. 17 : « Émanant du législateur, elles jouissent d'une autorité incontestable ».

²⁰⁶ *A contrario*, quand une procédure est simplifiée par la loi nouvelle, la création de dispositions transitoires ne semble pas utile. Par exemple, la CBE 2000 a assoupli certaines règles de recevabilité formelle des demandes de brevets. Aucune difficulté n'a nécessité la rédaction de telles dispositions.

²⁰⁷ V. J. NORMAND, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, 1985, p. 555, n° 7. Il est expliqué que l'application du principe de l'application immédiate peut présenter au législateur des solutions qui ne seraient pas opportunes. C'est pour cette raison, qu'il procéderait à l'insertion de dispositions transitoires « fruit de l'expérience et de l'intuition ».

²⁰⁸ Les lois du 31 décembre 1964 et du 4 janvier 1991 se différenciaient essentiellement par le mode de calcul du délai de déchéance.

d'inspiration pour le législateur français. Que ce soit l'Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques²⁰⁹, l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international²¹⁰ ou l'Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses²¹¹, la réforme n'est jamais envisagée sans une référence explicite au droit existant²¹². Il est vrai qu'il est classique qu'une convention internationale montre une entrée en vigueur échelonnée, ce qui appelle indirectement la rédaction de dispositions transitoires explicatives²¹³. Tout de même, il faut constater que les dispositions transitoires au sein de ces conventions ont un aspect pragmatique très prononcé. En ce sens, il est possible de citer l'Arrangement de Locarno du 8 octobre 1968²¹⁴ ou à la Convention de Stockholm du 14 juillet 1967, instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle²¹⁵. Il convient à présent d'aborder les incertitudes qui entourent la notion de disposition transitoire.

²⁰⁹ V. par exemple l'article 4 de l'Arrangement de Nice (intitulé : « *Notification, entrée en vigueur et publication des changements* ») concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, en date du 15 juin 1957 et entré en vigueur le 22 avril 1980.

²¹⁰ V. l'article 18 de l'Arrangement de Lisbonne en date du 31 décembre 1958, concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, révisé en 1967 et entré en vigueur en 1975.

²¹¹ V. l'article 1^{er} de l'Arrangement de Madrid, concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuse, révisé en 1958, entré en vigueur en 1963 et révisé en 1967.

²¹² Ces précisions ne doivent pas être confondues avec celles qui donnent seulement des directives d'interprétation du nouveau texte. V. par exemple l'article 5 de l'Accord pour la sauvegarde mutuelle du secret des inventions intéressant la défense et ayant fait l'objet de demandes de brevet, du 21 septembre 1960, entré en vigueur en France en 1965, révisé en 1967. V. aussi l'article 1^{er} de la Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome, le 26 octobre 1961, entrée en vigueur en 1987.

²¹³ Par exemple, les articles 8, 9 et 10 de l'Acte de Stockholm du 14 juillet 1967, acte complémentaire de l'Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels sont des dispositions montrant plusieurs dates d'entrée en vigueur.

²¹⁴ V. l'article 15 de cet Arrangement instituant une classification internationale pour les dessins et modèles intitulé « *disposition transitoire* ».

²¹⁵ V. l'article 21 intitulé : « *Clauses transitoires* ».

Chapitre II / QUELQUES INCERTITUDES À PROPOS DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

47. Une codification nécessaire ? – En conséquence du caractère temporaire des dispositions transitoires, leur codification ne semblent pas *a priori* nécessaire²¹⁶. L'accessibilité du droit est pourtant favorisée par cette codification. À ce titre, il convient de remarquer que le droit de la propriété intellectuelle ne montre pas une politique unique sur ce sujet. Par exemple, en considérant seulement le domaine des lois ayant pour objet l'augmentation de durée d'un droit de propriété intellectuelle : en 1997, les dispositions du titre II intitulé « *Dispositions diverses et transitoires* » de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 n'ont pas été codifiées ; en 2001, les dispositions transitoires relatives à la durée des droits de dessins et modèles de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 ont été en revanche insérées au sein du Code de la propriété intellectuelle²¹⁷ ; en 2006, les dispositions transitoires de la loi n° 2006-236 du 1^{er} mars 2006 relative aux obtentions végétales n'ont pas été codifiées.

Madame BÉNABOU et Monsieur VARET²¹⁸, à propos de la loi du 27 mars 1997 précitée, remarquaient que les dispositions transitoires ajoutées étaient « *loin d'être momentanées* » ; « *elles continueront à produire leurs effets dans le temps pendant au moins soixante-dix ans après l'entrée en vigueur de la loi* »²¹⁹. Pour ces auteurs, le législateur devrait inclure les dispositions transitoires en annexe pendant leur durée effective d'application²²⁰. Assurément, cette solution permet de garantir une plus grande sécurité juridique. Par exemple, en droit des

²¹⁶ V.-L. BÉNABOU et V. VARET, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, sous la dir. d'A. FRANÇON, mission de recherche, droit et justice, La documentation française, n° 37, p. 25 : « *Un objectif de fixation inhérent à la codification commande le rejet des articles qui n'ont pas vocation à une certaine permanence* ».

²¹⁷ V. par exemple, l'alinéa 2 de l'article L. 513-1 du Code de la propriété intellectuelle.

²¹⁸ V.-L. BÉNABOU et V. VARET, *op.cit.*, n° 37, p. 25.

²¹⁹ Ces auteurs constatent que l'exclusion des dispositions transitoires du Code de la propriété intellectuelle n'est pas systématique. Est cité l'article L. 716-16 du Code de la propriété intellectuelle. Cet article a « survécu » à la codification puisqu'il était issu au départ de la loi du 4 janvier 1991. V. la rédaction de cet article, avant la réforme opérée par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 (V. la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992). L'article L. 716-16 du Code de la propriété intellectuelle disposait : « *Les dispositions de l'article L. 712-4 (procédure de l'opposition) seront appliquées progressivement, par référence à la classification internationale des produits et services aux fins de l'enregistrement des marques. Les demandes déposées antérieurement au 28 décembre 1991 seront examinées et enregistrées selon la procédure instituée par la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service* ».

²²⁰ L. BÉNABOU et V. VARET, *op.cit.*, note n° 53, au sein du n° 38, p. 27. Il est ajouté : « *On pourrait également suggérer la codification de certaines d'entre elles. Cette codification pourrait intervenir dès lors que leur effet dans le temps est supérieur à un an* ».

brevets, l'article L. 611-4 n'apparaît plus aujourd'hui dans le Code de la propriété intellectuelle. Cette disposition était issue de la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 et fut abrogée par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008. Le législateur donnait à l'interprète des indications sur la loi à retenir pour l'instruction des demandes de brevets qui étaient « en cours » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Les demandes déposées avant le 1^{er} juillet 1979 étaient concernées. Comme la durée d'un brevet est de vingt années, l'article n'eut plus d'utilité à compter du 30 juin 1999. Selon le système proposé, la disparition de cette disposition transitoire du Code de la propriété intellectuelle aurait donc été légitime à partir de cette date.

48. Une nature exceptionnelle qui interdit en principe au juge tout raisonnement par analogie - Pour Madame DEKEUWER-DEFFOSSEZ, il faudrait parfois reconnaître une certaine logique d'ensemble aux normes d'une loi nouvelle qui contient des dispositions transitoires²²¹. Par exemple, si les sujets de droit ont la possibilité d'opter pour le régime nouveau, mécanisme proposé au sein d'une disposition transitoire, c'est que le principe à retenir par le juge devrait être celui d'une application étendue de la loi nouvelle. Finalement, dans une certaine mesure, l'interprète serait autorisé à procéder à une extension du principe énoncé par la disposition transitoire. Il est vrai que l'application temporelle des autres normes du texte s'en trouverait considérablement facilitée. Cependant, les dispositions transitoires doivent rester l'exception. L'intervention du législateur est une sorte de faveur. En principe, l'utilisation des principes traditionnels du droit transitoire devrait suffire à la résolution des conflits de lois dans le temps. Par conséquent, le juge ne devrait pas être autorisé à s'inspirer des dispositions transitoires pour adopter une approche globale, applicable à l'ensemble de la loi²²². D'ailleurs, le raisonnement par analogie devrait être exclu s'il conduit à une solution dérogoratoire à la théorie classique. En conclusion, le rapprochement des dispositions transitoires avec les autres règles « de fond » imposées par le législateur ne doit procéder que d'une déduction, c'est une découverte *a posteriori*.

49. Un facteur de complication : l'utilisation, au sein d'une disposition transitoire, d'une date distincte de celle de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle - Il est classique de considérer qu'une disposition transitoire devrait avoir pour référentiel la date d'entrée en

²²¹ F. DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 40, p. 54 et p. 55, *in fine*.

²²² V. le débat sur l'interprétation des articles 10 et 11 de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 (*JORF* du 14 juillet 1965, p. 6044) : F. DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 40, p. 52.

vigueur de la loi nouvelle²²³. Pourtant, l'article 50 de la loi DADVSI n° 2006-691 du 1^{er} août 2006 dispose en son I : « *Les dispositions de l'article 7 n'ont pas pour effet de protéger une interprétation, un phonogramme ou un vidéogramme dont la durée de protection a expiré au 22 décembre 2002* ». La référence n'est pas faite à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ni même à la date d'entrée en vigueur de la directive. Il ne s'agit pas pour autant de constater un choix arbitraire du législateur puisque le 22 décembre 2002 est la date limite de transposition de la directive. Le principe transitoire qui est utilisé est facilement reconnaissable : la loi nouvelle qui a pour objet de régir les conditions d'extinction d'une situation juridique ne peut remettre en cause, d'une manière ou d'une autre, les situations juridiques définitivement éteintes. L'extinction définitive des situations juridiques doit être appréciée en se plaçant le 22 décembre 2002 et non pas le 4 août 2006, date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle²²⁴. Il convient de remarquer que le droit international peut parfois encourager le législateur à revenir à une solution classique, c'est-à-dire à garder le référentiel de la date d'entrée en vigueur de la loi interne²²⁵.

50. La qualité rédactionnelle des dispositions transitoires en question – Incontestablement, l'exigence de sécurité juridique n'est pas satisfaite quand l'interprétation des dispositions transitoires est difficile²²⁶. La qualité rédactionnelle de ces dispositions est évidemment un facteur à considérer²²⁷, notamment parce que leur présence est le plus souvent justifiée par la complexité pressentie d'un conflit de lois dans le temps²²⁸. Il s'agit ici de

²²³ Par exemple, le législateur affirme : « Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur échappent à l'application de telle disposition » ; « les instances en cours à la date d'entrée en vigueur sont soumises ou non aux règles nouvelles », « les titres délivrés avant l'entrée en vigueur obéissent à tel régime ». Ce type de rédaction est classique.

²²⁴ Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : *JORF* n° 178 du 3 août 2006, p. 11529.

²²⁵ V. par exemple l'article 38 de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961 (Convention publiée par le décret n° 83-294 du 31 mars 1983, elle est entrée en vigueur pour la France le 17 mars 1983). Cet article est intitulé « *Limitation transitoire de l'exigence de nouveauté* ». Il dispose : « (...), tout État de l'Union a la faculté (...) de limiter l'exigence de nouveauté prévue à l'article [6] susvisé, en ce qui concerne les variétés de création récente existant au moment où ledit État applique pour la première fois les dispositions de la présente Convention au genre ou à l'espèce auquel de telles variétés appartiennent ». La date à retenir est celle à laquelle l'État « applique pour la première fois les dispositions de la présente convention au genre ou à l'espèce » d'une variété donnée, il s'agit donc de l'entrée en vigueur d'une loi interne nouvelle (Convention publiée par le décret n° 83-294 du 31 mars 1983, elle est entrée en vigueur pour la France le 17 mars 1983).

²²⁶ Le doyen BACH fait remarquer que : « les difficultés résident aujourd'hui, très souvent, moins dans l'interprétation de l'article 2 du code civil, que dans celle de ces dispositions et dans la détermination de leur applicabilité aux faits de l'espèce » : L. BACH, *Rép. Civ. Conflits de lois dans le temps*, n° 48.

²²⁷ V. V. BRÉMONT, *Indignité et droit transitoire, à propos de l'article 25 II 3° de la loi du 3 décembre 2001* : *JCP N* 2002, II, 1541. Les dispositions transitoires eurent une portée réduite en raison d'une rédaction maladroite. La conciliation entre la disposition transitoire et le « jeu du droit commun de l'application dans le temps » a été la source de difficultés.

²²⁸ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Brèves réflexion sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 ; durée de protection du droit d'auteur et dispositions diverses* : *JCP E* 1997, I, 666.

penser à la loi n° 97-283 du 27 mars 1997²²⁹ portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle des directives CE n° 93-83 du 27 septembre 1993 et n° 93-98 du 29 octobre 1993. L'article 16 de cette loi est d'une longueur remarquable et fit l'objet d'un rectificatif au regard d'une date pourtant essentielle à la compréhension de l'ensemble²³⁰. En somme, le dispositif choisi était déjà complexe, cette erreur matérielle n'a pas facilité la tâche de l'interprète. Il est possible d'évoquer à cet endroit la loi du 3 juillet 1985 dont l'une des dispositions transitoires est particulièrement déconcertante : « *Les contrats passés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi entre un artiste-interprète et un producteur d'œuvre audiovisuelle ou leurs cessionnaires, sont soumis aux dispositions qui précèdent en ce qui concerne les modes d'exploitation qu'ils excluaient (...)* »²³¹. De même, la question spécifique de la déchéance du droit de marque pour défaut d'exploitation du signe peut être évoquée. L'avis rendu par la Cour de cassation le 2 mai 1994, relativement à l'application dans le temps de la loi du 4 janvier 1991, est d'une remarquable complexité²³². Certes, ce n'est pas le législateur qui s'est prononcé de la sorte sur l'application temporelle de la loi nouvelle. Il ne s'agit donc pas d'une disposition transitoire. Cependant, il faut bien reconnaître que l'issue de cette procédure exceptionnelle consistait, d'une manière identique aux dispositions transitoires, à poser des principes généraux détachés de tout contexte factuel.

51. Conclusion du Sous-titre I - Certaines incertitudes entourent les dispositions transitoires et se retrouvent en droit de la propriété intellectuelle. Toutes les problématiques n'appellent pas nécessairement un constat d'impuissance. D'abord, la codification des dispositions transitoires pourrait être rationalisée. Il s'agirait de délimiter l'efficacité temporelle de celles-ci et de les inclure dans le Code de la propriété intellectuelle pour une période bien précise. L'interprète de la loi serait ainsi parfaitement renseigné. Ensuite, le juge devrait rendre son raisonnement transparent. S'il s'inspire d'une disposition transitoire pour résoudre un conflit de lois dans le temps, il devrait l'énoncer clairement. Cette précision

²²⁹ *JORF* du 28 mars 1997.

²³⁰ Le « 1^{er} janvier 1995 » est devenu le « 1^{er} juillet 1995 ». V. le rectificatif : *JORF* du 3 juillet 1997.

²³¹ V. l'article 19 alinéa 5 de la loi.

²³² Avis n° 0940007 P du 2 mai 1994. V. le 3^o : « *l'article 27 de la loi du 4 janvier 1991 peut être appliqué pour statuer sur une demande de déchéance pour non exploitation formée après le 28 décembre 1991, date d'entrée en vigueur de cette loi : à compter du 28 décembre 1996, lorsque le délai de cinq ans s'est entièrement écoulé avant le 28 décembre 1991, c'est-à-dire pour des dépôts effectués avant le 28 décembre 1986* » ; « *l'article 27 de la loi du 4 janvier 1991 peut être appliqué pour statuer sur une demande de déchéance pour non exploitation formée après le 28 décembre 1991, date d'entrée en vigueur de cette loi : à la date de la demande de déchéance, formée à titre principal ou par voie d'exception, lorsque le délai de non-exploitation de la marque s'est partiellement écoulé avant le 28 décembre 1991, c'est-à-dire pour des dépôts effectués avant le 28 décembre 1986* ». La difficulté provient de la multitude des critères envisagés : l'écoulement du délai de non-exploitation, la date de la demande de déchéance et la date des dépôts effectués.

s'imposerait d'autant plus que cette solution ne dépendrait pas directement de la disposition transitoire, mais résulterait de son interprétation. D'autre part, il a été constaté que l'influence grandissante du droit communautaire est en mesure d'expliquer l'abandon de la date référentielle de l'entrée en vigueur de la loi au sein de ses dispositions transitoires. L'interprète de la loi nouvelle doit aujourd'hui connaître parfaitement les arcanes du droit européen. L'enseignement de l'article 1^{er} du Code civil ne suffit plus. Enfin, la clarté des dispositions transitoires est une revendication classique, tant la finalité de telles dispositions s'explique par la complexité du droit transitoire lui-même. En somme, le droit de la propriété intellectuelle n'appelle pas une réflexion spécifique à ce stade. Il ne s'agit que d'inscrire ses dispositions transitoires au sein d'un débat classique sur les qualités attendues d'une information essentielle à destination de l'interprète de la loi. Il convient à présent d'adopter la distinction de ROUBIER entre les « lois de conflits » et les « lois de transition » afin de faciliter l'étude des dispositions transitoires rencontrées en droit de la propriété intellectuelle.

Sous-titre II / L'APPLICATION AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DE LA DISTINCTION ENTRE LES « LOIS DE CONFLITS » ET LES « LOIS DE TRANSITION »

52. La reconnaissance d'une disposition transitoire au sein d'une loi nouvelle est un exercice d'interprétation du texte légal en tant que tel. Il s'agira par exemple de ne pas confondre ces dispositions avec les règles relatives au cumul des droits qui se rencontrent souvent au sein du Code de la propriété intellectuelle²³³. ROUBIER propose de distinguer les « lois de conflits » des « lois de transition » dans le but d'appréhender avec rigueur cette catégorie des dispositions transitoires. Par l'insertion d'une « loi de conflit », le législateur donne l'ordre au juge d'appliquer la loi qui est expressément visée par le législateur, dès lors que le cas de figure décrit peut être précisément reconnu. Le législateur se prononce expressément pour le choix de la loi ancienne ou de la loi nouvelle. En revanche, une « loi de transition » crée un véritable régime intermédiaire qui se distingue de la loi ancienne comme de la loi nouvelle. La norme présente donc un contenu normatif autonome, qui se caractérise par une durée de vie très brève. La disparité des dispositions transitoires propres au droit de la propriété intellectuelle se constate facilement. C'est pour cette raison que l'adoption de toute classification en mesure d'en faciliter l'étude est toujours bienvenue. Les qualifications de

²³³ L'article L. 513-2 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, dispose : « *Sans préjudice des droits résultant de l'application d'autres dispositions législatives, notamment des livres I^{er} et III du présent Code, l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder* ». L'article L. 511-1 « ancien » du Code de la propriété intellectuelle, première disposition de la loi du 14 juillet 1909, affirmait également que le créateur d'un dessin ou modèle et ses ayants-cause avaient un droit exclusif d'exploitation « *sans préjudice des droits qu'ils tiendraient d'autres dispositions légales et notamment des livres I^{er} et III* ». Le législateur affirme qu'un cumul des droits est possible sur le même objet. C'est l'idée qu'un droit d'auteur né avant l'enregistrement du dessin ou modèle ne doit pas être affecté dans son existence par l'accomplissement de cette formalité ultérieure. Malgré la rédaction ambiguë de la disposition, il ne s'agit pas de sauvegarder des « droits acquis » dans le passé. Le critère essentiel des conflits de lois dans le temps ne se retrouve pas : il n'y a pas concurrence de deux normes successives s'appliquant sur un seul objet et qui lui donneraient deux régimes distincts. La loi nouvelle rappelle simplement la possibilité d'observer un cumul de deux droits différents, afin de parfaire la construction commencée avec les deux lois du 18 mars 1806 et du 11 mars 1902. L'article 21 de la Convention de Rome montre l'exemple d'une meilleure rédaction sur ce point : « *La protection prévue par la présente convention ne saurait porter atteinte à celle dont pourraient bénéficier autrement les artistes-interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion* ». Le terme « autrement » démontre que le cumul se situe sur un plan unique. Il ne s'agit aucunement d'une approche chronologique.

« loi de conflit » (**Chapitre I**) et de « loi de transition » (**Chapitre II**) sont ainsi confrontées aux spécificités du droit de la propriété intellectuelle.

Chapitre I / LA QUALIFICATION DE « LOIS DE CONFLIT » EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

53. Pour le doyen ROUBIER : « *La loi de conflit est la loi dont l'objet direct est de trancher les conflits dans un sens ou dans l'autre, ce qui veut dire qu'elle décidera si on appliquera la loi ancienne ou la loi nouvelle, ou dans quelle mesure on appliquera chacune de ces lois* »²³⁴. C'est-à-dire que ce sont des règles établies par le législateur pour un conflit transitoire en particulier. ROUBIER précise d'ailleurs que la disposition transitoire peut correspondre à l'application d'un principe de résolution traditionnel²³⁵. Autrement dit, le législateur n'entend pas nécessairement déroger aux principes généraux du droit transitoire. Dans tous les cas, le législateur se contente d'opérer un choix entre deux législations « *en présence* »²³⁶. Il devient alors très facile pour l'interprète de savoir si un acte ou un fait est régi par la loi antérieure ou par la loi nouvelle. Monsieur BACH évoque également des dispositions transitoires qui ont seulement pour objet de préciser le domaine d'application de deux lois successives, « *afin d'éviter les difficultés que ne cessent de susciter l'interprétation de l'article 2 du code civil* »²³⁷. En définitive, cette catégorie des « lois de conflit » s'impose logiquement dans le cadre d'une appréhension rigoureuse des dispositions transitoires, quelque soit la qualification adoptée. C'est donc tout naturellement que les dispositions transitoires propres au droit de la propriété intellectuelle seront étudiées selon que le législateur opte pour la loi ancienne (**Section I**) ou pour la loi nouvelle (**Section II**). Dans les deux cas de figure, le législateur a pour objectif de résoudre très simplement un problème transitoire dont l'apparition lui semble très probable.

²³⁴ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 30, p. 146.

²³⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 30, p. 147.

²³⁶ P. ROUBIER, *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, in *Mélanges Jacques MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, t. 2, p. 513.

²³⁷ L. BACH, *Rép. Civ. Conflits de lois dans le temps*, n° 43.

SECTION I / Le choix de la loi ancienne par le
législateur présenté au sein d'une loi de conflit

54. Il est évident que choisir la loi ancienne revient à refuser l'application de la loi nouvelle. Il faudrait simplement reconnaître une mise à l'écart de la solution applicable par défaut. Pour autant, l'empire de la loi ancienne peut être justifié par des raisons propres. Autrement dit, il ne s'agit pas seulement de refuser que l'empire de la loi nouvelle ne s'étende. En premier lieu, cette préférence pour la loi ancienne peut être conforme ou dérogatoire aux principes transitoires traditionnels²³⁸. En effet, il ne faut pas oublier que ceux-ci conduisent parfois à la conservation de la loi ancienne. Finalement, le choix du législateur peut constituer un simple rappel de ce que le juge aurait lui-même pu découvrir, en faisant une application des principes généraux du droit transitoire (I). À l'inverse, le législateur peut imposer au juge le choix de la loi ancienne, alors même que cette option apparaît dérogatoire aux enseignements de la doctrine classique (II). Il est alors intéressant de connaître les causes de cette dérogation.

*I / Le choix de la loi ancienne conforme aux principes
transitoires traditionnels*

55. Le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle et la loi du 1^{er} août 2006 – L'article 50 II de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 rappelle que les œuvres créées par les agents de l'Etat antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, ne sont régies par les règles nouvelles qu'à compter de son entrée en vigueur. Il faut y voir l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets d'une situation juridique « en cours ». Le législateur précise : « *Toutefois, l'application de ces dispositions ne peut porter atteinte à l'exécution des conventions en cours lors de l'entrée en vigueur de la présente loi, lorsque celles-ci ont pour objet des œuvres créées, par ces agents dans l'exercice de leur fonction ou d'après les instructions reçues, pour l'accomplissement de la mission de service public par la personne qui les emploie* ». Le législateur prévoit expressément que la loi nouvelle n'est pas

²³⁸ ROUBIER critique l'absence de théorie générale adoptée par le législateur quand celui-ci choisit d'imposer des règles contraires aux principes classiques du droit transitoire : P. ROUBIER, *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, article précité, p. 513.

en mesure de porter atteinte aux contrats antérieurs²³⁹. Il s'agit donc de constater la reprise au sein d'une disposition transitoire du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle.

Seulement, sous le droit antérieur à la loi DADVSI du 1^{er} août 2006, deux cas de figure pouvaient se présenter. Soit l'agent administratif n'était pas concerné par la jurisprudence *contra legem* « OFRATEM » et il restait titulaire des droits d'auteur. Soit, il était concerné par cette jurisprudence et l'Administration s'était vue directement attribuer les droits d'auteur. Quelles sont ces « *conventions en cours* » que le législateur souhaite toujours régies par la loi ancienne ?

Il faut avoir à l'esprit que la loi nouvelle donna une nouvelle rédaction à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Au sein d'un troisième alinéa, le principe selon lequel : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit [d'auteur]* », a été étendu aux auteurs agents publics. En considérant ce principe en premier lieu, plutôt que les nombreuses exceptions qui en limitent la force, il faudrait admettre que la loi nouvelle est venue briser l'avis « OFRATEM »²⁴⁰. Dès lors, ces « *conventions en cours* » dont la sauvegarde est prévue au sein d'une disposition transitoire, devraient désigner les contrats d'exploitation portant sur des œuvres dont les droits étaient réputés cédés à l'Administration. En effet, si l'auteur devait rester titulaire des droits malgré son statut de fonctionnaire, le législateur n'aurait pas eu à se préoccuper des contrats antérieurs déjà respectueux des dispositions protectrices des articles L. 131-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. En somme, la disposition transitoire serait favorable aux intérêts de l'Administration, qui aurait, « dans le passé », légitimement ignoré l'existence de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Concrètement, après l'entrée en vigueur de la réforme, l'auteur ne pouvait pas remettre en question l'existence du contrat au motif que la loi nouvelle l'aurait réinvesti dans ses droits.

Cependant, tout semble se compliquer quand on sait que la loi nouvelle organise une cession des droits patrimoniaux « *de plein droit* » au profit de l'Administration²⁴¹. Certes, des

²³⁹ L'objet d'ordre public de la loi nouvelle n'a pas été considéré par le législateur comme suffisant pour écarter le principe classique de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle.

²⁴⁰ CE, avis, 21 nov. 1972, in *Les grands avis du Conseil d'État* : Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 105, note G. KUPERFELS.

²⁴¹ V. l'article 33 de la loi du 1^{er} août 2006, codifié à l'article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle.

conditions précises doivent être remplies²⁴² et cette cession s'inscrit « *dans la mesure strictement nécessaire d'une mission de service public* ». Tout de même, il semble simpliste d'opposer un droit des agents publics défavorable aux intérêts de l'auteur avant la loi nouvelle à un droit devenu « favorable » avec la réforme, en vertu de la nouvelle rédaction de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Par suite, la convention antérieure dont les termes devraient être sauvegardés malgré l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, pourrait avoir été consentie par l'Administration et avoir pour objet l'exploitation commerciale de l'œuvre. C'est-à-dire qu'il pourrait s'agir d'une exploitation qui ne relève pas des nécessités du service public en cause. Certes, la loi nouvelle a créé un régime spécial applicable à cette forme d'exploitation²⁴³, mais en application de la disposition transitoire, le contrat antérieur ne pourrait être dénoncé par aucune des parties en arguant du système prôné par la loi nouvelle. Le compromis proposé en 2006 ne pourrait pas être invoqué et le contrat antérieur entièrement favorable aux intérêts de l'Administration continuerait de s'appliquer. Force est de constater que la superposition d'une réécriture du principe fondateur de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle et d'exceptions inédites aboutit à un résultat complexe. Il faut admettre qu'il est pratiquement impossible de déterminer si la survie de la loi ancienne est globalement à l'avantage des destinataires de la loi nouvelle. Tout dépend de la manière dont le droit antérieur à la loi du 1^{er} août 2006 est analysé.

56. La directive du 13 octobre 1998 et la conservation facultative de motifs antérieurs de nullité en droit des dessins et modèles – L'article 11 § 8 de la directive du 13 octobre 1998²⁴⁴ dispose que « (...) *tout État membre peut prévoir que des motifs de refus d'enregistrement ou de nullité, valables dans cet État avant la date d'entrée en vigueur des dispositions nécessaires pour transposer la présente directive, sont applicables aux demandes d'enregistrement de dessins ou modèles qui ont été introduites antérieurement à cette date, ainsi qu'aux enregistrements qui en résultent* ». En d'autres termes, une offre est faite à l'État membre de choisir la loi ancienne au sein d'une disposition transitoire de la loi de transposition. Il faut imaginer une demande d'enregistrement déposée sous l'empire du droit antérieur. Ensuite, les motifs de refus d'enregistrement changent avec l'entrée en vigueur de

²⁴² L'œuvre doit avoir été créée par l'agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues.

²⁴³ V. l'alinéa 2 de l'article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle. Un droit de préférence est accordé à l'État. Cette information doit être combinée avec l'encadrement précité : « *dans la mesure strictement nécessaire d'une mission de service public* ».

²⁴⁴ Directive 98/71 du Parlement et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles : JO n° L. 289 du 28 octobre 1998, p. 28.

la loi nouvelle. À ce moment, l'interprète doit vérifier si l'État membre a fait le choix de soumettre toute demande d'enregistrement engagée sous le droit antérieur aux motifs anciens de refus d'enregistrement. Le cas échéant, l'autorité d'enregistrement, saisie d'une demande en annulation du droit, peut se reporter à la date de dépôt de la demande, sans tenir compte du droit modifié au jour de l'enregistrement effectif. C'est une manière de conserver l'empire de la loi ancienne²⁴⁵. Il convient de noter que les deux hypothèses de refus d'enregistrement et de nullité de l'enregistrement constituent un même « lot » que l'État membre doit accepter ou au contraire refuser. Ce dernier ne pourrait pas choisir de conserver la loi ancienne relativement aux motifs de refus d'enregistrement et omettre de demander au juge de l'appliquer quand il s'agirait d'apprécier ultérieurement les motifs de nullité de ce même titre. Le jeu des principes transitoires classiques aurait-il conduit à cette solution ?

Les conditions de validité d'un titre sont en principe analysées à la lumière de la loi en vigueur au jour de son acquisition. L'enregistrement d'un titre de propriété intellectuelle ne doit s'effectuer qu'au regard de la loi en vigueur à cette date. Le choix de la loi ancienne par l'État membre ne serait alors qu'une confirmation d'une solution classique : les conditions de constitution d'une situation juridique doivent être vérifiées à la lumière de la loi en vigueur au jour de sa formation. Il faudrait en déduire qu'un enregistrement valable à la date de son accomplissement ne pourrait pas être remis en question ultérieurement sur le fondement de la loi nouvelle. En somme, le choix de la loi ancienne effectué par l'État membre serait la réaffirmation d'un raisonnement transitoire connu. Pourtant, est déjà touchée du doigt une difficulté majeure. Un défendeur en contrefaçon pourrait-il faire état, dans le cadre d'un litige qui l'oppose au titulaire des droits, d'un motif inédit de nullité créé ultérieurement par une loi nouvelle ?

Il peut sembler injuste de ne pas permettre au défendeur de se prévaloir d'un motif de nullité nouveau, quand des considérations d'intérêt général ont causé l'apparition de ce motif d'extinction du droit. Si la demande principale était refusée, au moins devrait-on permettre l'invocation de la loi nouvelle à titre d'exception. Dans tous les cas, la survie de la loi ancienne n'est pas facile à justifier. Il est alors possible de comprendre la liberté qui est offerte à l'État membre. Par défaut, les motifs de nullité contenus au sein de la loi nouvelle sont applicables à l'ensemble des titres en vigueur, peu importe leur date d'acquisition. Il convient de noter que cette solution ne témoignait pas d'une rétroactivité condamnable parce

²⁴⁵ Si au contraire, l'État membre a choisi de soumettre toute demande en nullité d'un titre acquis sous l'empire du droit ancien aux motifs de nullité alors en vigueur, le juge devrait toujours se reporter au droit en vigueur au jour de l'enregistrement du titre pour connaître les causes de nullité applicables.

que le droit interne antérieur ne disposait d'aucun système de protection aussi détaillé que celui proposé par la directive du 13 octobre 1998²⁴⁶. Il convient à présent de connaître les dispositions transitoires par lesquelles le législateur a opté pour une survie de la loi ancienne alors que le jeu des principes généraux du droit transitoire ne commandait pas cette solution.

II / Le choix de la loi ancienne dérogatoire aux principes transitoires traditionnels

57. La loi du 5 juillet 1844 et la sauvegarde du droit antérieur - L'article 53 de la loi du 5 juillet 1844 dispose : « *Les brevets d'invention, d'importation et de perfectionnement actuellement en exercice, délivrés conformément aux lois antérieures à la présente, ou prorogés par ordonnance royale, conserveront leur effet pendant tout le temps qui aura été assigné à leur durée* ». Pour le législateur, peu importe la durée des titres anciens, cette donnée ne doit pas être remise en question par la loi nouvelle. L'article 8 du décret du 31 décembre 1790 - 7 janvier 1791 prévoit que les patentes sont données pour cinq, dix ou quinze années. Cette faculté de choix au regard de la durabilité du monopole est reprise à l'article 4 de la loi du 5 juillet 1844. Si l'éventail des durées est conservé par la loi nouvelle, la possibilité pour l'inventeur d'obtenir une prolongation de la durée du titre est également maintenue²⁴⁷. Assurément, il faut voir dans la disposition transitoire une mesure de simplification. La loi nouvelle ne revient ni sur les durées en cours, ni sur les prolongations accordées. L'article 54 de la loi du 5 juillet 1844 dispose : « *Les procédures commencées avant la promulgation de la présente loi seront mises à fin conformément aux lois antérieures. Toute action, soit en contrefaçon, soit en nullité ou déchéance de brevet, non encore intentée, sera suivie conformément aux dispositions de la présente loi, alors même qu'il s'agirait de brevets délivrés antérieurement* ». Le législateur prévoit d'abord qu'une procédure déjà commencée devra être poursuivie selon la loi ancienne. La procédure en question, à la lecture de la seconde phrase, a pour finalité la perte du droit de brevet. En matière procédurale, le principe est classiquement celui d'une application immédiate de la loi nouvelle. Au sein de la disposition transitoire étudiée, le législateur préconise pourtant la

²⁴⁶ L'État membre avait toujours la possibilité d'appliquer un droit d'auteur antérieurement étendu aux créations « techniques ». Une protection de la chose pouvait donc être refusée à ce titre. Si le choix de la loi nouvelle conduit à une certaine rétroactivité, elle semble atténuée par le commandement qui est donné au juge de refuser désormais la protection sur un autre fondement.

²⁴⁷ L'article 8 du décret du 31 décembre 1790-7 janvier 1791 prévoyait qu'un décret particulier du corps législatif pouvait accorder cette prorogation, quand l'article 15 de la loi du 5 juillet 1844 énonçait qu'elle pouvait être accordée par une loi.

survie de la loi ancienne, dès lors que la procédure s'est ouverte sous son empire. Le législateur propose donc une application de la loi ancienne dérogatoire aux principes transitoires communs²⁴⁸. Dans la seconde phrase de l'article 54 étudié, il est dit que la loi nouvelle régira toutes les procédures qui débiteront après son entrée en vigueur. Le législateur précise donc l'indifférence de la date de délivrance des brevets concernés. Toutes les actions seront soumises aux dispositions de la loi nouvelle, « *alors même qu'il s'agirait de brevets délivrés antérieurement* ». En somme, le législateur interdit au juge d'ériger l'évènement « délivrance du brevet » en un critère de rattachement de la loi ancienne. Il faudrait au contraire se concentrer sur la date de l'assignation en justice. Pour NOUGUIER²⁴⁹, les articles 50 à 54 de la loi du 5 juillet 1844 sont assurément des dispositions transitoires²⁵⁰. Quand le législateur dit qu'il sera indifférent au juge, au regard de la procédure à suivre (en contrefaçon, en nullité ou en déchéance), que le titre ait été délivré sous la loi précédente, l'auteur en déduit que toutes les actions en nullité ou en déchéance ne devront s'apprécier qu'au regard du droit antérieur²⁵¹. Ce n'est pas exactement ce qu'affirme le législateur. Cette solution serait pour l'auteur la seule en mesure de sauvegarder le principe de non-rétroactivité. En étendant cette solution à toute la propriété industrielle contemporaine, il s'agirait de dire que le titulaire du droit ne pourrait jamais se voir opposer une cause de nullité qui n'existait pas au jour du dépôt de sa demande de protection.

58. La loi du 31 décembre 1964 et la conservation de la durée initialement prévue du droit de marque – L'article 35 de la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 dispose : « *Sont maintenus les droits acquis antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.*

²⁴⁸ Il est classique de soutenir que l'organisation de la justice est une question d'ordre public ou que l'amélioration du système judiciaire ne saurait être limitée par des considérations d'intérêt privé. L'application de la loi nouvelle aux instances en cours ne saurait rencontrer des obstacles tels que des droits acquis. Au contraire, considérer que la procédure déjà engagée doit se poursuivre sans interruption permet de rendre une logique d'ensemble à une suite de formalités nécessaires. Il pourrait aussi être question de sauvegarder les espérances légitimes d'un plaideur.

²⁴⁹ L. NOUGUIER, *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Paris, 1856, p. 458, n° 1093 et s. n° 1094, p. 459 : « *Du reste, disons-le, la loi de 1844 ne pouvait, sans avoir un effet rétroactif, altérer ou anéantir les droits acquis en vertu de l'ancienne législation. De ce que les formes de la procédure des actions intentées depuis la loi nouvelle sont, même pour les anciens brevets, régies par cette loi, il ne s'ensuit pas qu'une atteinte puisse être portée au fond du droit que confèrent ces anciens brevets. Au contraire, l'article 53 a eu le soin de déclarer que ces brevets conservent leur effet pendant tout le temps qui a été assigné à leur durée* ».

²⁵⁰ Le législateur avait quand même orienté l'interprète. Le titre 6 de la loi, qui contenait ces articles, était intitulé : « *Dispositions particulières et transitoires* ».

²⁵¹ L. NOUGUIER, *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, op. cit., n° 1094, p. 459 : « *En conséquence, il s'agit d'examiner la validité de brevets d'importation ou de perfectionnement, d'appliquer les principes constitutifs des inventions ou découvertes, de prononcer la nullité ou la déchéance, il faudra, pour résoudre ces questions et toutes autres semblables, faire retour vers le passé et emprunter aux lois antérieures leurs règles et leurs principes* ».

Les dépôts de marque valablement effectués en application de la loi du 23 juin 1857 produiront leurs effets conformément aux dispositions de la présente loi à compter de la date de sa mise en vigueur. Toutefois, la durée de protection attachée à ces dépôts demeure fixée à quinze années (...) ». Dans un premier temps, il est demandé au juge de sauvegarder l'existence de « droits acquis ». Ils représentent ce qui doit être protégé de l'empire de la loi nouvelle. En second lieu, le législateur considère que les dépôts effectués sous la loi ancienne devront produire les effets que la loi nouvelle attache à tout dépôt. Il s'agit d'une illustration du principe selon lequel la loi nouvelle relative aux effets d'une situation juridique s'applique immédiatement aux situations juridiques « en cours ». La troisième phrase de la disposition transitoire organise une survie de la loi ancienne. Pour le comprendre, il faut avoir à l'esprit qu'un droit de marque, tant qu'il n'est pas arrivé à terme, est une situation juridique « en cours d'effets ». Sous l'empire de la loi du 23 juin 1857, le droit de marque naissait du premier usage du signe²⁵². Le droit de marque ainsi obtenu était reconnu valable pour une durée de quinze années renouvelable. Selon la loi du 31 décembre 1964²⁵³, l'acquisition du droit de marque ne pouvait dépendre que d'un enregistrement. La durée de protection était de dix années à compter du dépôt. Il y a bien une diminution de la durée du droit de marque. Par conséquent, le législateur organise au sein de la disposition transitoire une survie de la loi ancienne qui est dérogoratoire au jeu des principes généraux du droit transitoire. Il faut retenir que la durée du monopole est en principe modifiable par toute loi nouvelle s'appliquant seulement immédiatement. Par conséquent, le signe déposé sous l'empire de la loi ancienne, encore protégé au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, devrait être concerné par la réduction de la durée de protection souhaitée par le législateur. L'utilisation des principes classiques du droit transitoire postule cette solution, qui peut se révéler en pratique extrêmement défavorable au titulaire du droit. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur a toujours souhaité éviter ce résultat, en accompagnant les lois de ce type de dispositions transitoires rassurantes.

59. La loi du 2 janvier 1968 et la conservation de la loi ancienne pour déterminer la manière dont le juge prononce l'annulation du brevet - L'article L. 623-27 du Code de la propriété intellectuelle est issu de la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978²⁵⁴. La deuxième phrase

²⁵² La marque devait être toutefois déposée pour être opposable aux tiers. Quand la marque n'était pas déposée, seul l'article 1382 du Code civil pouvait être invoqué par le titulaire du droit.

²⁵³ Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} août 1965 (article 39).

²⁵⁴ L'Article 50 bis a été ajouté à la loi du 2 janvier 1968, par l'article 26 de la loi du 13 juillet 1978.

de l'alinéa 1^{er} dispose : « À l'égard des brevets demandés avant le 1^{er} janvier 1969, l'annulation s'applique aux parties du brevet déterminées par le dispositif de la décision ». Il est question de la manière dont le juge prononce l'annulation d'un brevet²⁵⁵. Le législateur sauvegarde l'empire de la loi ancienne, c'est-à-dire la loi n°68-1 du 2 janvier 1968, pour les brevets dont la demande a été faite avant l'entrée en vigueur de la nouvelle. Au 3° de l'article 50 bis créé par la loi du 13 juillet 1978, il est dit : « Lorsque la décision annule partiellement une revendication, elle renvoie le propriétaire du brevet devant l'institut national de la propriété industrielle afin de présenter une rédaction de la revendication modifiée selon le dispositif du jugement. Le directeur de l'institut a le pouvoir de rejeter la revendication modifiée pour défaut de conformité au jugement, sous réserve d'un recours devant la Cour d'appel de Paris ». En somme, avec la loi nouvelle du 13 juillet 1978, le seul dispositif du jugement ne produit aucun effet sur la rédaction des revendications. Ce n'est pas au juge de procéder à la réécriture de celles-ci, mais au déposant lui-même et sous le contrôle de l'INPI. Si le système ancien est conservé au sein de la disposition transitoire, le législateur choisit pour référence la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 1968. Par conséquent, le choix de la loi ancienne, tel qu'il est aménagé ici, est dérogoratoire au jeu des principes transitoires traditionnels.

60. La loi du 4 janvier 1991 et la continuation de la procédure d'enregistrement selon les règles du droit antérieur en droit des marques – Si l'article L. 716-16 du Code de la propriété intellectuelle est aujourd'hui issu de la loi n° 2007-544 du 29 octobre 2007²⁵⁶, à l'origine, cet article était issu de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991²⁵⁷ et constituait une disposition transitoire. Il était affirmé : « Les demandes déposées antérieurement au 28 décembre 1991 seront examinées et enregistrées selon la procédure instituée par la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service ». Le législateur conserve ici l'empire de la loi ancienne. Or, l'enregistrement peut s'analyser

²⁵⁵ Il s'agit d'une disposition transitoire qui répond à la question : comment le juge prononce-t-il l'annulation d'un brevet quand la loi a changé sur ce point entre la date de l'obtention du titre et la date du prononcé du jugement ? Il est possible de penser qu'il est fait indication au juge de retenir la loi en vigueur au jour de la demande d'annulation du brevet. En effet, dans une logique procédurale, l'annulation est prononcée conformément à l'état du droit en vigueur au jour de l'assignation en justice. Cependant, le législateur va beaucoup plus loin dans le « passé » puisqu'il demande au juge de retenir le droit en vigueur au jour de la demande de brevet. La question reçoit donc le même traitement que s'il s'agissait d'une règle « de fond ».

²⁵⁶ Il dispose : « Des décrets en Conseil d'Etat fixent en tant que de besoin les conditions d'application du présent livre ».

²⁵⁷ V. l'article 41 de la loi. Il n'est pas fait état de son abrogation par la loi de codification n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992.

comme une série de formalités à remplir afin d'aboutir au prononcé d'une décision²⁵⁸. En acceptant une certaine proximité entre les lois relatives à l'enregistrement d'une demande de protection et les « lois de procédure », il faudrait leur attacher une application immédiate de principe. Par suite, la conservation de la loi ancienne pour la poursuite de la procédure d'enregistrement constituerait une solution dérogatoire aux principes transitoires traditionnels.

61. En droit des dessins et modèles, la directive du 13 octobre 1998 et l'offre qui est faite aux États membres de conserver temporairement la loi ancienne – Il fut question pour les États membres de réduire le droit des fabricants de produits complexes sur les pièces qui les composent. À titre transitoire, l'article 14 de la directive CE n° 98/71 du 13 octobre 1998 affirma que les États membres pouvaient maintenir temporairement certaines règles dans leur droit interne, dans l'attente d'une modification de la directive. Les dispositions en question sont relatives à la jouissance de certains dessins et modèles par des tiers non autorisés. Ce point demeurait temporairement non harmonisé, l'objectif des autorités consistant à ne pas retarder l'adoption de la directive²⁵⁹. Cette disposition transitoire offre aux États membres la possibilité de conserver l'empire de la loi ancienne. Elle fait figure de compromis. Le droit de propriété intellectuelle valable au jour de l'entrée en vigueur d'une réforme est une situation juridique « en cours ». Celle-ci est immédiatement modifiable dans ses effets par toute loi nouvelle. En présence d'une loi réduisant pour l'avenir les effets de la situation juridique, le législateur intervient afin d'amenuiser les conséquences défavorables d'une application immédiate de ses dispositions aux titulaires de droit. En conclusion, la survie de la loi ancienne est ici une solution dérogatoire aux principes généraux du droit transitoire.

62. Conclusion de la Section I - En droit de la propriété intellectuelle, quand le législateur opte pour une prorogation de l'empire de la loi ancienne en matière contractuelle, il s'agit de la transposition d'un principe transitoire connu. Néanmoins, quand il choisit la loi ancienne pour garder à la procédure d'enregistrement d'un droit de propriété industrielle une certaine unité, il est possible d'y voir *a priori* une solution dérogatoire au principe de

²⁵⁸ Il peut paraître excessif de comparer une décision de rejet ou d'enregistrement d'une demande de protection par l'autorité compétente en droit de la propriété industrielle, à une décision judiciaire. Cependant, il convient de tenter de simplifier les problèmes transitoires rencontrés.

²⁵⁹ Il s'agissait de reporter la question à une date postérieure, quatre années après la date limite de transposition de la directive. Il était indiqué que si un État membre devait modifier sa législation sur ce point, ce ne pouvait être que dans le sens de « libéraliser le marché de ces pièces ».

l'application immédiate des lois « de procédure ». De même, lorsque le législateur choisit la loi ancienne pour maintenir la durée plus longue d'un droit de propriété intellectuelle, que la réforme a pourtant pour objet de raccourcir, la solution est clairement dérogatoire au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Il faut d'ailleurs remarquer que le droit communautaire peut inspirer le législateur français. La conservation du droit antérieur est une solution possible au regard d'une réforme qui conduit à une diminution des prérogatives du titulaire du droit. L'hypothèse de loin la plus complexe est la conservation de la loi ancienne pour apprécier, dans le futur, la validité d'un titre de propriété industrielle. Le principe de non rétroactivité semble postuler l'impossibilité de remettre en question des conditions de validité d'un droit valablement acquis dans le passé. Seulement, un droit de propriété intellectuelle est aussi un monopole d'une durée conséquente et qui s'analyse toujours comme une limite à la liberté du commerce et de l'industrie. Concrètement, la loi nouvelle pourrait être invoquée dans le cadre d'une défense à une action en contrefaçon. Pourquoi refuser qu'une cause inédite de nullité puisse concerner un titre « ancien », dès lors que le législateur n'estime plus opportun de maintenir, dans cette hypothèse, une exception au principe de libre concurrence ? Le principe de sécurité juridique sert alors de dernier rempart à cette réflexion fondée sur la légitimité perdue d'un monopole. Accepter que le contrefacteur puisse automatiquement opposer la loi nouvelle, se traduit par une fragilisation imprévisible du droit de propriété intellectuelle valablement acquis. Il convient à présent de s'intéresser au choix du législateur de privilégier la loi nouvelle au sein d'une loi de conflit.

SECTION II / Le choix de la loi nouvelle par le législateur présenté au sein d'une loi de conflit

63. L'application immédiate de la loi nouvelle constitue la solution applicable à défaut de précision du législateur. Toutes les difficultés rencontrées lors de l'utilisation de ce principe se résument à l'existence de plusieurs solutions envisageables. Selon le « degré d'occupation » de la loi nouvelle, une situation juridique sera totalement régie par ses dispositions, en partie seulement ou y échappera complètement. La frontière avec la rétroactivité n'est jamais lointaine puisque cette notion sera précisément évoquée par le juge ou l'interprète afin de condamner l'un de ces résultats. C'est en raison de ces hésitations que

l'insertion par le législateur d'une disposition transitoire est toujours bienvenue, alors même que le principe de l'application immédiate est en cause. D'abord, le législateur peut simplement rappeler à l'interprète que le principe d'application immédiate doit recevoir application au regard des circonstances de la mise en œuvre de la réforme (I). Ensuite, le législateur peut choisir d'anticiper certaines difficultés transitoires. C'est-à-dire qu'il précise la manière dont l'application immédiate des normes nouvelles doit être comprise (II). Enfin, il peut souhaiter donner à la loi nouvelle le plus grand champ d'application temporel possible et, de la sorte, autoriser le juge à donner au texte des effets rétroactifs. Les limites d'une application immédiate sont franchies, la loi nouvelle est choisie de la manière la plus absolue (III).

I / La simple consécration par le législateur du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle

64. Présentation – Le législateur peut choisir de donner à l'interprète une image concrète de l'application immédiate de la loi nouvelle. Il peut être encouragé en ce sens par des accords internationaux.

65. La Convention de Berne et la création d'un régime applicable aux œuvres existantes au jour de son entrée en vigueur – La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, en date du 9 septembre 1886²⁶⁰, dispose en son article 18 § 1 : « *La présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de protection* ». Cette précision évite à l'interprète de commettre une erreur et de penser que la Convention ne s'applique qu'aux œuvres créées après son entrée en vigueur. Cette interprétation erronée, mais courante, du principe de l'application immédiate des lois nouvelles est donc écartée en amont. L'exigence de sécurité juridique est ainsi satisfaite. Le § 2 de cet article 18 précise également : « *Cependant, si une œuvre, par l'expiration de la durée de protection qui lui était antérieurement reconnue, est tombée dans le domaine public du pays où la protection est réclamée, cette œuvre n'y sera pas protégée à*

²⁶⁰ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, publiée par le décret n° 74-743 du 21 août 1974 (JO du 28 août), entrée en vigueur pour la France le 15 décembre 1972 pour les articles 22 à 38 et le 10 juillet 1974 pour les articles 1^{er} à 21.

nouveau »²⁶¹. La disposition transitoire exclut tout rappel à la protection d'œuvres qui appartiennent au domaine public le jour de son entrée en vigueur. Il s'agit ici d'une illustration du principe de non-rétroactivité des lois nouvelles. La situation juridique « titularité du droit d'auteur » est définitivement éteinte quand l'œuvre tombe dans le domaine public. La disposition transitoire étudiée réunit donc deux types d'information afin de donner à l'interprète une vision nette de ce que le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle recouvre. D'une part, la loi nouvelle est en mesure de régir des œuvres qui existent déjà, d'autre part, elle ne concerne en aucune façon des œuvres déjà tombées dans le domaine public. Même si cette solution peut être obtenue en utilisant les principes traditionnels du droit transitoire, force est de constater que l'interprète est parfaitement éclairé. Indéniablement, il peut s'agir d'une source d'inspiration pour le législateur français.

66. La loi du 11 juin 1970, l'application immédiate d'une loi nouvelle à une variété végétale dont la nouveauté a été perdue - La loi n° 70-489 du 11 juin 1970²⁶² fut la première loi relative à la protection des obtentions végétales. Elle contient un article 36 qui dispose : « *L'obtenteur d'une variété végétale peut demander, si ladite variété a perdu son caractère de nouveauté à la date de la demande, la protection de son droit par un certificat, à la condition que la variété en cause ait, depuis moins de vingt ou vingt-cinq ans, suivant les cas visés à l'article 6 ci-dessus et, en tout état de cause, avant l'entrée en vigueur du décret prévu à l'article 39 [décret n° 71-764 du 9 sept. 1971²⁶³] et relatif à la procédure de délivrance du certificat et à l'organisation du comité de la protection des obtentions végétales : fait l'objet d'un brevet d'invention délivré dans un État partie à la Convention de Paris du 20 mars 1883, ou a été inscrite à un catalogue officiel de l'un des États parties à la Convention de Paris du 2 décembre 1961, ou fait l'objet d'un enregistrement auprès d'un groupement professionnel français agréé par le comité de la protection des obtentions végétales. L'authenticité de l'obtention sera déterminée par la date, soit du dépôt de la demande de brevet, soit de l'inscription au catalogue officiel, soit de l'enregistrement par le groupement professionnel. Le certificat d'obtention végétale, s'il est accordé, prend effet à la*

²⁶¹ Le § 3 énonce : « *L'application de ce principe aura lieu conformément aux stipulations contenues dans les conditions spéciales existantes ou à conclure à cet effet entre pays de l'Union. À défaut de semblables stipulations, les pays respectifs régleront, chacun pour ce qui le concerne, les modalités relatives à cette application* ». Le § 4 dispose : « *Les dispositions qui précèdent s'appliquent également aux cas de nouvelles accessions à l'Union et dans le cas où la protection serait étendue par application de l'article 7 ou par abandon de réserves* ».

²⁶² Loi n° 70-489 relative à la protection des obtentions végétales : *JORF* du 12 juin 1970, p. 5435.

²⁶³ V. les articles R. 623-1 à R. 623-50 et R. 811-1 du Code de la propriété intellectuelle.

date à laquelle il a été demandé. Sa durée est réduite de la durée écoulée depuis le dépôt de la demande de brevet, de l'inscription au catalogue officiel, ou l'enregistrement par le groupement professionnel. Au cas où l'obtenteur de la variété en cause a satisfait cumulativement, à des dates différentes, à plusieurs des conditions ci-dessus, la date la plus ancienne sera retenue ». Cette disposition transitoire est une illustration du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. À cette époque, la durée du titre était de vingt ou de vingt cinq années. Le législateur subordonne la délivrance d'un certificat « *à la condition que la variété en cause ait, depuis moins de vingt ou vingt-cinq ans* » fait l'objet d'une inscription ou d'un enregistrement quelconque. Cette condition remplie, l'obtention végétale, même dépourvue de nouveauté, peut faire l'objet d'une protection par un certificat d'obtention végétale. La disposition transitoire est favorable aux intérêts de l'inventeur ou du « découvreur ». Elle concerne les obtentions végétales dont un enregistrement, faisant office de réservation des utilités de la chose, ne remonte pas à une date antérieure à plus de vingt ou de vingt cinq années. De même, le législateur précise que la durée du certificat sera réduite du temps déjà écoulé depuis l'accomplissement de cette première formalité. Force est de constater que le législateur prend le temps d'observer les éléments factuels existants au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. C'est une manière de garantir l'exigence de sécurité juridique.

En réalité, la difficulté du problème transitoire n'est qu'apparente. L'interprète était capable de deviner la manière dont devait s'opérer une telle transition en utilisant simplement le principe de l'application immédiate. Il aurait suffi de considérer que les trois techniques de réservation qui étaient envisageables sous le droit antérieur devaient être assimilées dans leurs effets à la protection instaurée par la loi nouvelle. C'est-à-dire que la chose intellectuelle avait reçu, avant l'entrée en vigueur du texte, une certaine protection en contrepartie de laquelle son « maître légitime » consentait à une divulgation de ses caractéristiques. Le législateur substitue en quelque sorte un titre de protection à un autre, mais ne touche pas au statut de « chose réservée » de l'obtention végétale. La durée de protection sous l'empire du texte nouveau doit tenir compte du temps déjà écoulé sous l'empire du droit antérieur, afin de ne pas repousser arbitrairement la chute de la chose dans le domaine public. C'est pour cette raison que le calcul de la durée de protection restante s'effectue au *pro rata* du temps de réservation de la chose constaté sous l'empire de la loi ancienne. En conclusion, il faut voir dans cette disposition transitoire une explication détaillée de la mise en œuvre du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.

67. La directive du 22 mai 2001 et la création d'un régime applicable aux objets déjà protégés par les législations internes ou qui remplissent déjà les conditions de protection demandées par celle-ci – La directive CE n° 2001/29 du 22 mai 2001 contient un article 10, intitulé : « *Application dans le temps* ». Son § 1 dispose : « *Les dispositions de la présente directive s'appliquent à toutes les œuvres et à tous les autres objets protégés visés par la présente directive qui, le 22 décembre 2002, sont protégés par la législation des États membres dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, ou qui remplissent les critères de protection en application des dispositions de la présente directive ou des directives visées à l'article 1^{er} paragraphe 2* ». Le §2 énonce : « *La présente directive s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002* ». La date du 22 décembre 2002 correspond à la date limite de transposition de la directive²⁶⁴. Cette disposition transitoire se décompose en deux parties. La première donne à l'interprète une simple illustration du principe d'application immédiate de la loi nouvelle. Le jeu des principes transitoires aurait pu permettre d'aboutir à cette solution. En effet, toute loi nouvelle peut s'appliquer à des œuvres ou des objets protégés par un droit voisin au jour de son entrée en vigueur, c'est-à-dire tant qu'ils ne sont pas entrés dans le domaine public. Comme le texte normatif étudié est une directive, la référence est faite aux œuvres et autres objets de droits voisins déjà protégés par la législation des États membres. Comment l'ajout concernant les œuvres ou objets « *qui remplissent les critères de protection en application de la présente directive ou des directives visées à l'article 1^{er} § 2* » doit-il être compris ?

Il convient d'abord de se rappeler que plusieurs directives préexistaient à la directive du 22 mai 2001. La protection juridique des ordinateurs, le droit de location et de prêt en droit de la propriété littéraire et artistique, la question spécifique de la radiodiffusion de programmes par satellite et la retransmission par câble de ceux-ci, la durée de protection applicable en droit de la propriété littéraire et artistique, ainsi que la protection spéciale accordée aux bases de données, furent abordés par le droit de l'Union européenne avant l'adoption du texte étudié. Il faut comprendre qu'il importe peu que la législation nationale n'ait pas expressément reconnu à certaines choses intellectuelles le bénéfice d'une protection au titre du droit de la propriété littéraire et artistique. L'ensemble des directives a donné un cadre suffisamment précis pour que l'interprète soit en mesure aujourd'hui de recenser toutes les choses intellectuelles²⁶⁵

²⁶⁴ V. l'article 13 de la directive.

²⁶⁵ On entend par cette qualification de « chose intellectuelle », une chose qui est susceptible d'être réservée par la constitution d'un droit de propriété intellectuelle. Il ne s'agit pas de créer une nouvelle catégorie de choses,

auxquelles la directive du 22 mai 2001 est en mesure de s'appliquer. Dès lors qu'une chose présente les critères de protection mentionnés par ces directives, elle est immédiatement concernée par les nouvelles règles apportées en 2001. Là encore, le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle reçoit une simple illustration, destinée à faciliter la tâche de l'interprète. Le jeu des principes de droit transitoire aurait pu conduire à cette solution.

La seconde partie de la disposition, placée au sein du § 2 de l'article, fait référence aux « *actes conclus* » et aux « *droits acquis* » avant la date limite de transposition de la directive. Ces éléments sont protégés contre l'empire des règles nouvelles. Il est évident que le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle est indirectement visé par l'expression « *actes conclus* ». Ce sont des actes qui doivent rester régis par les règles en vigueur au jour de leur naissance. Quant aux « *droits acquis* », ils ont pour fonction d'indiquer un domaine interdit à l'application des règles nouvelles sur le fondement du principe de non-rétroactivité de l'article 2 du Code civil. Les limites relativement incertaines de cette qualification lui donnent un rôle de standard juridique. Le juge français s'estime alors parfaitement autorisé à faire application de la théorie des droits acquis, si souvent contestée par la doctrine française.

68. La directive du 22 mai 2001 et le refus de remettre en question la chute dans le domaine public d'objets protégés- La directive CE n° 2001/29 du 22 mai 2001, contient un article 11, intitulé « *Adaptations techniques* ». Son alinéa 2 dispose : « *Cependant, si les droits des producteurs de phonogrammes, par expiration de la durée de protection qui leur était reconnue en vertu du présent paragraphe dans sa version antérieure à la modification par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ne sont plus protégés le 22 décembre 2001, ce paragraphe ne peut avoir pour effet de protéger ces droits à nouveau* ». La date du 22 décembre 2001 est la date limite de transposition²⁶⁶. L'intérêt de cette disposition transitoire est de préciser qu'un droit éteint ne peut pas « *renaître* » par l'effet d'une configuration nouvelle des durées de protection. L'application immédiate de la réforme trouve ainsi une limite. Tous les producteurs de phonogrammes sont concernés, sauf ceux dont les droits étaient déjà éteints au jour de la date limite de transposition de la directive. Le cas échéant, la règle nouvelle serait appliquée de

mais de viser une étape chronologiquement antérieure à la naissance du bien. C'est aussi le moyen de nommer ce qui tombe dans le domaine public lorsque le bien n'existe plus.

²⁶⁶ V. l'article 13 de la directive. L'article 14 précise que la directive entre en vigueur le jour de sa publication au Journal Officiel des Communautés européennes, c'est-à-dire le 22 juin 2001.

manière rétroactive. Le texte communautaire ne fait que préciser la manière dont il convient de comprendre l'application immédiate d'une réforme ayant cet objet particulier. L'indication de la date à prendre en compte au sein du raisonnement transitoire a pour but de supprimer toute incertitude.

69. La loi du 1^{er} août 2006 relative aux obtentions végétales : l'application immédiate de la loi nouvelle qui allonge la durée de protection d'un titre de propriété industrielle - La loi n° 2006-236 du 1^{er} mars 2006²⁶⁷ relative aux obtentions végétales, comporte un article unique, codifié à l'article L. 623-13 du Code de la propriété intellectuelle. Il dispose : « I *La durée de protection est de vingt-cinq ans à partir de sa délivrance. Pour les arbres forestiers, fruitiers ou d'ornement, pour la vigne ainsi que pour les graminées et légumineuses fourragères pérennes, les pommes de terre et les lignées endogames utilisées pour la production de variétés hybrides, la durée de protection est fixée à trente ans* » ; « II *La durée des certificats d'obtention, délivrés avant l'entrée en vigueur de la présente loi et en vigueur à cette date, est prolongée dans les limites fixées par l'article L. 623-13 du Code de la propriété intellectuelle* » ; « III *Les dispositions du présent article s'appliquent de plein droit dès la publication de la présente loi* ». Seul le I de cet article est codifié dans le Code de la propriété intellectuelle. Le point de départ de la durée de protection est la délivrance du titre. La loi du 1^{er} août 2006 a allongé la durée de ce titre d'une durée de cinq années. La durée de protection était de vingt ans pour le droit commun et de vingt-cinq ans pour les espèces qui nécessitent des temps de mise au point plus longs. L'objectif annoncé de la réforme²⁶⁸ consistait à rendre le droit national conforme aux dernières règles prévues par l'UPOV²⁶⁹ et le droit communautaire²⁷⁰. Il s'agissait d'offrir aux entreprises françaises une protection équivalente à celle dont bénéficiaient déjà leurs concurrentes européennes. En somme, il convenait d'éviter qu'une inégalité de traitement perdure.

L'examen du texte fut estimé tardif par beaucoup d'intéressés²⁷¹. Le projet de loi risquait de « manquer sa cible », parce que certains certificats d'obtention végétale étaient sur le point de

²⁶⁷ JORF n° 52 du 2 mars 2006, p. 3136.

²⁶⁸ V. Déb. Ass. Nat., 1^{ère} séance du 23 février 2006.

²⁶⁹ L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV) est établie sur la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (Convention UPOV). Cette convention a été adoptée le 2 décembre 1961, par une conférence diplomatique tenue à Paris. Elle est entrée en vigueur le 10 août 1968. Les États qui veulent accéder à la Convention UPOV doivent présenter des lois sur la protection des obtentions végétales qui correspondent à l'Acte de 1991 de la Convention.

²⁷⁰ À l'époque, le droit communautaire prévoyait déjà des durées de vingt-cinq et de trente années.

²⁷¹ V. Déb. Ass. Nat., 1^{ère} séance du 23 février 2006.

tomber dans le domaine public. Le rapporteur du projet de loi s'exprimait ainsi: « *À quelques semaines près, les entreprises obtentrices de ces variétés ne pourraient donc pas bénéficier des dispositions plus favorables contenues dans le projet de loi* ». En résumé, il était clairement souhaité que la loi nouvelle entre en vigueur avant la date d'expiration des certificats d'obtention végétale concernés par une arrivée imminente de leurs termes²⁷². Les défenseurs d'une conservation de la durée de protection initiale pour les titres en cours de validité, firent état de ce que les agriculteurs, ayant adopté certaines semences, pouvaient avoir fait ce choix dans la perspective de l'extinction prochaine du monopole les concernant. Ils auraient pu penser développer, par la suite, les « semences de ferme ». Indirectement, le législateur modifiait les termes d'un « contrat tacite antérieur » et obligeait ces agriculteurs à rester cinq années supplémentaires assujettis à des entreprises semencières²⁷³. Autrement dit, la rétroactivité de la loi nouvelle pouvait être déduite d'un sacrifice des espérances légitimes de l'agriculteur. Dans l'histoire du droit d'auteur, cet argument se retrouve souvent. L'exploitant de l'œuvre pouvait avoir pensé au jour de la conclusion du contrat, qu'une fois celle-ci tombée dans le domaine public, il jouirait d'un avantage au regard de la concurrence. En effet, les efforts structurels fournis pendant la durée du monopole lui auraient assuré une exploitation facilitée de l'œuvre une fois le droit exclusif éteint. En somme, la loi nouvelle n'aurait pu lui ôter l'espérance légitime d'une chute annoncée de l'œuvre dans le domaine public, sans une certaine rétroactivité. Cet exemple sur les obtentions végétales montre que le législateur peut simplement expliquer à l'interprète ce en quoi consiste une application immédiate de la norme. La loi nouvelle dont l'objet est d'augmenter la durée d'un droit de propriété intellectuelle, doit s'appliquer à tous les droits en cours d'existence au jour de l'entrée en vigueur. La disposition transitoire ne fait que matérialiser une solution que l'interprète aurait été en mesure de trouver lui-même.

70. Conclusion du I – En droit de la propriété intellectuelle, le législateur se contente parfois de rappeler la manière dont le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle doit être compris. C'est assurément un moyen de satisfaire l'exigence de sécurité juridique. En effet, l'interprète est rassuré dans sa démarche. Le risque d'erreur est restreint puisqu'il n'est plus tenté de faire jouer d'autres éléments pour trouver la solution transitoire. Il a été

²⁷² Il s'agissait notamment des pommes de terre « Charlotte » et « Mona Lisa ». De plus, il était espéré que la loi nouvelle ne soit pas subordonnée dans son application à l'entrée en vigueur d'un décret. Cette volonté explique certainement la formule quelque peu maladroite selon laquelle les dispositions nouvelles s'appliquent « *de plein droit* » dès la publication de la loi.

²⁷³ Fut dénoncée une « *loi de circonstance* ». Pour ses détracteurs, la loi nouvelle établissait une « *rente de situation au profit des semenciers* ».

constaté qu'en droit de la propriété intellectuelle, un « premier texte » peut, de manière inédite, affirmer la faculté pour une chose nommée d'être concernée par un système spécial de réservation. Lorsque le législateur ajoute que la règle nouvelle concerne toutes celles qui existent au jour de son entrée en vigueur, l'interprète est totalement apaisé. À la lecture de la disposition transitoire, il n'est plus tenté d'attendre la création future de ces choses pour se référer à la loi nouvelle. Il s'agira seulement, pour la protection des intérêts des tiers, de différencier clairement une période antérieure et une période postérieure à la réforme. De même, quand le législateur rappelle qu'une loi nouvelle ne peut pas concerner une chose auparavant protégée par un droit de propriété intellectuelle, mais tombée dans le domaine public avant la date de l'entrée en vigueur de la loi, l'interprète ne se préoccupe plus de savoir si la jouissance de certaines utilités de la chose par le public peut être remise en cause. En fin de compte, le législateur se montre prévoyant en droit de la propriété intellectuelle. Il est d'ailleurs encouragé dans cette démarche par les accords internationaux en général et par le droit européen en particulier. Il faut ensuite constater que le législateur franchit un pas supplémentaire lorsqu'il anticipe les difficultés que la succession de deux lois dans l'ordonnement juridique est susceptible de créer.

*II / L'anticipation par le législateur des difficultés
présentées par une application immédiate de la loi nouvelle*

71. Des précisions utiles données par le législateur quant à la coexistence d'anciens privilèges et de brevets d'invention – Le décret relatif aux auteurs de découvertes utiles du 31 décembre 1790 - 7 janvier 1791 énonçait²⁷⁴ : « *N'entend, l'Assemblée nationale, porter aucune atteinte aux privilèges exclusifs ci-devant accordés pour inventions et découvertes, lorsque toutes les formes légales auront été observées pour ces privilèges, lesquels auront leur plein et entier effet ; et seront au surplus, les possesseurs de ces anciens privilèges, assujettis aux dispositions du présent décret* ». En somme, le législateur prévoit que les anciens privilèges seront encore valables à l'issue de la réforme apportée par le décret nouveau. Seul, l'interprète de la loi n'aurait pu facilement parvenir à cette conclusion. Il aurait toujours été douteux que deux types de titres si différents aient pu coexister. Il était également précisé : « *Les autres privilèges, fondés sur de simples arrêts du conseil, ou sur des lettres*

²⁷⁴ V. l'article 17.

patentes non enregistrées, seront convertis, sans frais, en patentes, mais seulement pour le temps qui leur reste à courir, en justifiant que lesdits privilèges ont été obtenus pour découvertes et inventions du genre de celles énoncées aux précédents articles ». D'abord, il faut constater que les « *privilèges exclusifs* », d'une part, et les privilèges « *fondés sur de simples arrêts du conseil ou sur des lettres patentes non enregistrées* », d'autre part, ne reçoivent pas le même traitement transitoire. Pour ces derniers, un comportement positif est exigé du titulaire du droit antérieurement acquis. Le titulaire du privilège est contraint de justifier la conformité de son droit aux critères de l'invention tels qu'ils ont été établis au sein de la loi nouvelle²⁷⁵. La règle en question n'appartient ni à la loi ancienne, ni à la loi nouvelle. Pour cette raison, il s'agit d'une disposition transitoire du type des « lois de transition »²⁷⁶. D'une manière générale, une difficulté fondamentale est évitée pour le juge. Il n'est plus nécessaire de comparer la nature des titres anciens et des titres nouveaux. Dans le silence du législateur, les deux systèmes de récompense de l'innovation auraient certainement été opposés. Cela aurait conduit à la survie temporaire de deux régimes distincts, facteur d'insécurité juridique pour les tiers et signe d'encouragement aux procédés dilatoires pour les contrefacteurs.

72. La loi du 13 juillet 1978 et la prise en considération par le législateur du degré d'avancement de la procédure d'enregistrement en droit des brevets - L'article L. 611-4 du Code de la propriété intellectuelle a été introduit par la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978²⁷⁷. Il fut ensuite abrogé par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008. Il était affirmé : « *Les demandes de brevet et brevets déposés avant le 1^{er} juillet 1979 restent soumis aux règles applicables à la date de leur dépôt. Toutefois, les dispositions du présent livre sont applicables à l'exercice des droits résultant de ces brevets et demandes de brevets, ainsi qu'à la poursuite de l'instruction des demandes de brevets pour lesquelles le premier projet d'avis documentaire n'a pas été établi avant le 1^{er} juillet 1979* »²⁷⁸. Au sein de cette disposition

²⁷⁵ L'article 17 poursuit : « *Pourront, les propriétaires desdits anciens privilèges enregistrés, et de ceux convertis en patente, en disposer à leur gré, conformément à l'article 14* ». Il s'agit alors de présenter un régime uniforme pour les deux types de titres en question. Cet article 14 dispose : « *Tout propriétaire de patente aura droit de former des établissements dans toute l'étendue du royaume, et même autoriser d'autres particuliers à faire l'application et l'usage de ses moyens et procédés ; et dans tous les cas, il pourra disposer de sa patente comme d'une propriété mobilière* ». En somme, alors que les brevets s'opposent fondamentalement au système des privilèges anciens, le législateur rappelle que la loi nouvelle va saisir les situations juridiques en cours, et ce, de la manière la plus classique. On retrouve la qualité essentielle du principe de l'application immédiate, qui est d'assurer une unité simplificatrice dans l'application d'un nouveau régime juridique.

²⁷⁶ V. *infra*, n° 104 et s.

²⁷⁷ Article 45 de la loi du 18 juillet 1978.

²⁷⁸ La loi du 2 janvier 1968 contenait en son article 71 une disposition transitoire similaire. Cependant, il n'était pas question des demandes de brevets. Le législateur se contentait de dire que l'exercice des droits se trouvait

transitoire, il est d'abord précisé qu'un brevet délivré avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne peut pas être remis en question. Le cas échéant, la loi serait dotée d'un effet rétroactif. L'interprète aurait pu trouver cette solution seul parce que ce n'est qu'une illustration de la distinction entre une loi d'application immédiate et une loi d'application rétroactive. Ensuite, le législateur précise que l'exercice des droits « *résultant de ces brevets et demandes de brevets* » seront régis par le droit nouveau. Là encore, le législateur ne fait que rappeler à l'interprète la manière dont l'application immédiate de la loi nouvelle doit être comprise. Les titres délivrés sous la loi ancienne peuvent être régis par la loi nouvelle, sans qu'il n'y ait aucune violation de l'article 2 du Code civil à regretter. Cependant, le législateur prévient également une difficulté prévisible. Il est dit que « *les dispositions du présent livre sont applicables (...) à la poursuite de l'instruction des demandes de brevets pour lesquelles le premier projet d'avis documentaire n'a pas été établi avant le 1^{er} juillet 1979* »²⁷⁹. En considérant que la procédure d'enregistrement d'un titre de propriété industrielle est assimilable à une procédure judiciaire au regard du droit transitoire, la loi nouvelle devrait être appliquée immédiatement. Le législateur reprend cette solution pour les procédures peu avancées. En effet, la loi nouvelle sera applicable à la poursuite de l'instruction des demandes de brevets dès lors que le premier projet d'avis documentaire n'a pas encore été établi. Le législateur donne ici un point de non retour « à l'intérieur » même de la procédure. L'avis documentaire ayant déjà été réalisé, la loi nouvelle ne peut plus régir la procédure d'instruction. C'est-à-dire que cette procédure est déjà trop engagée et doit rester, à ce titre, régie par le droit antérieur. Finalement, le législateur anticipe les interrogations suscitées par le fait que la procédure présente plusieurs phases. Il propose un « critère de rattachement » de la loi ancienne fondé sur une approche pragmatique des choses²⁸⁰.

73. La loi du 26 novembre 1990, les précisions du législateur quant aux conséquences d'une suppression du certificat d'addition - L'article L. 611-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Les certificats d'addition demandés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 relative à la propriété industrielle restent soumis aux règles applicables à la date de leur demande. Toutefois,*

régi par la loi nouvelle « à compter du jour de son entrée en vigueur », sous réserve de l'existence de « *droits acquis* ». Force est de constater que le droit transitoire subit lui-même une évolution selon les époques, mais ceci est un autre sujet d'étude puisqu'il faudrait appréhender toutes les branches du droit.

²⁷⁹ Il convient de noter qu'est mis sur le même plan les effets de la situation juridique « en cours » et le déroulement de la procédure d'enregistrement de la demande de protection.

²⁸⁰ Une analyse théorique de la solution pourrait également consister à dire que l'établissement de cet avis documentaire déclenche la création d'un « droit acquis » à se prévaloir de la loi ancienne.

l'exercice des droits en résultant est régi par les dispositions du présent livre »²⁸¹. Dans un premier temps, le législateur fait une application du principe de la non rétroactivité des lois. Indirectement, le législateur répond à la question suivante : « pourquoi ne pas considérer, dès la date d'entrée en vigueur de la loi, que la chose intellectuelle protégée par un certificat d'addition tombe dans le domaine public ? ». Il est répondu que la validité des certificats d'addition doit toujours être analysée au regard du droit antérieur qui les a vu naître. Il faut se souvenir que la loi du 2 janvier 1968 permettait à l'inventeur de recourir au certificat d'addition²⁸². C'est-à-dire qu'une faculté lui était offerte de demander un titre accessoire rattaché à au moins une revendication du brevet principal. Le législateur qui décide d'abroger un titre de propriété industrielle ne peut mettre fin immédiatement aux titres existant au jour de son entrée en vigueur, sans porter atteinte aux intérêts légitimes des tiers exploitant les utilités de la chose, ni consacrer une expropriation du titulaire du droit. D'un autre côté, cette solution a pour mérite d'être en accord avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, la barrière constitutive du monopole perdant sa justification légale, elle ne devrait plus être respectée pour toutes les choses intellectuelles visées par le législateur. En outre, il serait paradoxal d'admettre qu'une loi nouvelle puisse immédiatement diminuer la durée d'un droit de propriété intellectuelle, mais ne saurait l'anéantir automatiquement²⁸³. Ici, le législateur affirme que la loi nouvelle s'applique immédiatement aux titres en vigueur au jour de la réforme. En d'autres termes, le régime des brevets est applicable dès l'entrée en vigueur de la loi du 26 novembre 1990 aux certificats d'addition existant à cette époque. Est encore retrouvé cet avantage évident de l'application immédiate : offrir une homogénéité au régime juridique concerné. En d'autres termes, que le titre soit un certificat d'addition « ancien » ou un brevet, le même régime juridique s'applique. Force est de constater que le législateur anticipe les difficultés majeures que l'application immédiate de la loi nouvelle était

²⁸¹ Cette disposition est issue de l'article 54 bis de la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 relative à la propriété industrielle : *JORF* n° 276 du 28 novembre 1990, p. 14624.

²⁸² V. l'article 62 de la loi du 2 janvier 1968.

²⁸³ ROUBIER avait décelé la difficulté. Il la présente au sein de développements consacrés aux lois qui « *suppriment des situations juridiques* » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 210 et s. La loi qui supprime un titre de propriété intellectuelle pourrait être comprise comme une loi qui ne vient supprimer qu'un moyen d'obtenir la réservation d'une chose intellectuelle. Cette loi aurait pour objet le *moyen* de constituer une situation juridique et ne concernerait pas l'*existence* de la situation elle-même. Loi de « dynamique juridique », elle devrait donc respecter les situations juridiques déjà établies. En clair, si le titre de propriété industrielle de certificat d'addition est supprimé pour l'avenir, l'application seulement immédiate de la loi nouvelle postule une survie des situations juridiques « titularité d'un certificat d'addition en cours » au jour de l'entrée en vigueur. En ce sens, la disposition transitoire étudiée n'apporterait pas une solution dérogatoire au principe de l'application immédiate. En revanche, l'application rétroactive reviendrait à dire « maintenant c'est fini » au titulaire du droit. Encore faut-il admettre que la réservation d'une chose intellectuelle ne soit qu'un moyen parmi d'autres d'établir un rapport d'appropriation sur cette chose.

en mesure de présenter. Il propose une solution qui sauvegarde les intérêts du titulaire du droit.

74. La loi du 27 mars 1997 sur le droit de retransmission d'une œuvre télédiffusée, la précision par le législateur de la marche à suivre - L'article L. 132-20-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 2 de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997, dispose : « *À compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997, le droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement sur le territoire national, d'une œuvre télédiffusée à partir d'un État membre de la communauté européenne ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits (...)* ». L'alinéa 2 de cet article facilite l'application immédiate de la loi nouvelle : « *Si le titulaire du droit n'en a pas déjà confié la gestion à l'une de ces sociétés, il désigne celle qu'il charge de l'exercer. Il notifie par écrit cette désignation à la société, qui ne peut refuser* ». L'obligation qui est faite au titulaire du droit de désigner la société de perception et de répartition des droits est assurément une précision bienvenue. L'interprète ne se pose donc pas la question suivante : « comment appliquer la loi nouvelle dès lors qu'aucune société de perception et de répartition des droits n'a fait l'objet d'une désignation²⁸⁴ ? ». Comme la société désignée ne peut pas refuser la gestion des droits, il faut constater une atteinte à la liberté contractuelle de choisir son cocontractant. Il convient de remarquer que la norme nouvelle ne peut pas s'appliquer de manière automatique sans ce choix préalable d'une société de perception et de répartition des droits (SPRD). Le législateur s'immisce donc dans un domaine contractuel, afin de rendre possible l'application rapide de la réforme. En conclusion, la caractéristique principale de la disposition étudiée réside dans l'effort d'anticipation du législateur des difficultés suscitées par le caractère impératif du système mis en place.

75. La loi du 3 janvier 1995, le législateur répond à une question éventuelle quant au champ d'application de la réforme en matière de reprographie - Une cession automatique des droits est décrite à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle²⁸⁵ : « *La publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par*

²⁸⁴ Le titulaire du droit ne se pose pas cette question : « comment la réforme peut-elle me concerner si je n'ai pas auparavant confié la gestion de mes droits à une société de perception et de répartition des droits ? ».

²⁸⁵ Loi n° 95-4 du 3 janvier 1995, complétant le Code de la propriété intellectuelle et relative à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie : *JORF* n° 3 du 4 janvier 1995, p. 120, article 1^{er}.

reprographie à une société régie par le titre II du livre III et agréée à cet effet par le ministre chargé de la culture ». Le dernier alinéa de cet article dispose : « *Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions du présent article s'appliquent à toutes les œuvres protégées quelle que soit la date de leur publication* ». De prime abord, il peut sembler paradoxal qu'un système de cession automatique qui a pour « élément déclencheur » un acte de publication de l'œuvre, puisse s'appliquer à des ouvrages déjà publiés au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le législateur fait-il seulement œuvre de simplification à ce stade ? Quand l'œuvre a été publiée « dans le passé », le droit de reproduction par reprographie est-il cédé automatiquement au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1995 ?

Il convient de décomposer le problème. La règle principale, apportée par la loi nouvelle, donne à l'acte de publication de l'œuvre l'effet de provoquer une cession immédiate de certains droits de l'auteur. L'application non rétroactive de la loi nouvelle suppose que seules les publications effectuées après l'entrée en vigueur sont en mesure de produire cet effet automatique. Que signifie alors cette précision sur les « *œuvres protégées quelle que soit la date de leur publication* » ?

Il faut comprendre que la loi nouvelle ne s'applique pas seulement aux œuvres qui seraient publiées pour la première fois après l'entrée en vigueur du régime proposé par la loi du 3 janvier 1995. Une seconde publication, effectuée après l'entrée en vigueur de la loi, pourrait « déclencher » la cession automatique prévue²⁸⁶. Cette vision des choses n'est évidemment possible qu'en admettant que le terme de « publication » ne soit pas regardé comme l'équivalent du mot « divulgation »²⁸⁷. En outre, le législateur semble également tenir compte de l'évènement « création de l'œuvre » : il est dit que la règle nouvelle s'appliquera « *à toutes les œuvres protégées* ». En réalité, l'interprète ne devra pas faire de l'évènement « création de l'œuvre » un « critère de rattachement » de la loi nouvelle. C'est-à-dire qu'il n'est pas question, ici, de s'intéresser à la date de création de l'œuvre, selon qu'elle serait antérieure ou postérieure à celle de l'entrée en vigueur de la loi. En effet, cet acte de création ne fait pas partie du présumé de la règle juridique énoncée. Cette dernière s'écrit de la manière suivante : *si* une œuvre protégée (A) est publiée (A'), *alors* (i) le droit de reproduction par reprographie est cédé à une société de perception et de répartition des droits (B)²⁸⁸. La cession

²⁸⁶ Une seconde édition d'un ouvrage devrait permettre l'application du syllogisme inédit apporté par la loi nouvelle.

²⁸⁷ Il faut noter que la majorité de la doctrine est favorable à la règle dite de « l'épuisement » du droit de divulgation. Il n'y aurait donc pas de seconde divulgation possible.

²⁸⁸ L'analyse structurale est utilisée quand subsiste une difficulté que l'utilisation des principes transitoires ne parvient pas à résoudre. La présentation du doyen HÉRON est reprise : les éléments « (A) » sont constitutifs du présumé de la règle, quand les éléments « (B) » désignent les conclusions du syllogisme. Le signe (i)

automatique des droits constitue l'effet juridique du syllogisme fondé sur la publication d'une œuvre protégée. Avec la disposition transitoire, le législateur souhaite éradiquer une source de confusion potentielle. En somme, il indique à l'interprète qu'il ne faut pas considérer que la réforme est applicable seulement aux œuvres créées après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle²⁸⁹. Comment comprendre l'application rétroactive de la loi nouvelle du 3 janvier 1995 ?

Cette application aurait conduit à donner à des actes de publication antérieurs à l'entrée en vigueur l'effet juridique inédit qui consiste en la cession automatique du droit de reprographie. Cependant, il est possible de se demander si cette approche transitoire classique de la rétroactivité serait toujours valable quand le droit de reproduction par reprographie reçoit la qualification de « démembrement fictif » du droit d'auteur. L'opinion doctrinale selon laquelle il ne s'agirait pas réellement d'un droit, parce qu'il n'aurait jamais été question de le faire « rester » dans le patrimoine de l'auteur, change-t-elle la manière de voir les choses d'un point de vue transitoire ?

Une réponse positive doit être apportée. L'application rétroactive d'une loi nouvelle est par définition injuste pour le sujet de droit. Dans cette hypothèse, la loi s'applique dans le passé, à une époque où elle n'était pas encore « observable ». Autrement dit, le destinataire de la règle de droit ne pouvait pas la connaître avant qu'elle ne soit publiée, et pourtant, il est censé avoir adapté son comportement au commandement qu'elle suppose. Dans l'exemple étudié, une conséquence immédiate est attachée à l'acte de publication de l'œuvre. Dès lors que l'auteur publie celle-ci, un droit préexistant de reproduction par reprographie devrait quitter son patrimoine. Une société de perception et de répartition des droits en deviendrait alors le titulaire. L'application rétroactive de la loi reviendrait à expliquer à l'auteur la chose suivante : « Vous qui pensez avoir le droit de reproduction par reprographie au sein de votre patrimoine, vous vous trompez. Le législateur en 1995 a décidé de vous l'ôter, et ce, depuis la date à laquelle vous avez publié votre œuvre ». En somme, depuis 1981, par exemple, l'auteur ne serait plus censé être titulaire de ce droit. Incontestablement, l'injustice classiquement attachée à la rétroactivité serait vérifiée. Des difficultés seraient à déplorer. Par exemple :

s'assimile à une déduction. Le signe (n) signifie que le rapprochement de la majeure et de la mineure n'aboutit pas à la conclusion juridique prévue. V. J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps*, *op. cit.*, n° 4, p. 280.

²⁸⁹ Ce faisant, l'application immédiate de la loi nouvelle assure une certaine égalité entre les auteurs. D'une manière générale, dès lors que le raisonnement se concentre sur le statut de la chose intellectuelle concernée, il faut constater une application uniforme des règles nouvelles. Seule la chose est considérée, le droit qui a cette chose pour objet est alors mis au second plan.

comment comprendre aujourd'hui la validité de conventions antérieures dont l'objet aurait précisément été ce droit de reproduction par reprographie²⁹⁰ ?

En revanche, en imaginant cette fois que la loi du 3 janvier 1995 n'a pas réellement organisé la cession automatique d'un droit préexistant de l'auteur, il faudrait admettre que le législateur est simplement venu instaurer un droit inédit au profit des sociétés de perception et de répartition des droits. Il ne s'agirait que d'une « prérogative fictive » accordée à l'auteur, parce que celui-ci n'aurait jamais été en mesure de l'exercer individuellement. Cette prérogative n'aurait figuré dans son patrimoine à aucun moment. Comme il est tout de même question d'une utilité de « sa chose », il est logique qu'il puisse retirer un avantage économique du système mis en place. C'est pour cette raison qu'il perçoit des redevances²⁹¹. Admettre que la loi nouvelle n'a pas reconnu l'existence d'un droit préexistant de l'auteur²⁹², mais qu'elle a plutôt créé un droit au profit des sociétés de perception et de répartition des droits, change la façon dont le droit transitoire doit être appréhendé. Il pourrait être considéré qu'un droit de jouissance sur l'œuvre fut accordé, dès l'entrée en vigueur, à une société de perception et de répartition des droits. À ce titre, l'évènement « publication de l'œuvre » pourrait être totalement ignoré. En considérant le système de cession automatique comme emprunt d'un caractère fictif, le syllogisme proposé à l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle ne serait d'aucune utilité. Le principe de l'application immédiate de la loi pourrait donc suffire pour expliquer que des œuvres déjà créées soient concernées par la réforme. Il suffit que l'œuvre existe au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1995²⁹³. Toujours est-il qu'en doctrine, est préférée l'idée d'une cession légale d'un droit

²⁹⁰ Dès lors que la technique permet de jouir des utilités de l'œuvre de cette manière, la conclusion d'une convention ayant précisément cette utilité pour objet est concevable.

²⁹¹ Ce « retour » des sommes perçues dans le patrimoine de l'auteur n'était d'ailleurs pas prévu au départ. En effet, il s'agissait d'instaurer une taxe qui n'avait pas pour finalité de réparer un quelconque préjudice. Par conséquent, la première conception de la réforme conduisait à nier tout « pouvoir d'interdire » de l'auteur, relativement à cette utilité de la chose. V. la taxe de 3% sur les appareils de reprographie créée par la loi de finances du 30 décembre 1975 (loi n° 75-1278 du 31 décembre 1975 de finances pour 1976 : *JORF* du 31 décembre 1975, p. 13564). Cette taxe aurait été affectée à des fins culturelles et versées au Centre national du livre. Que la taxe eût été appliquée lors de la fabrication, l'achat ou l'utilisation de la machine en cause, peu importe. Il aurait fallu considérer ces actes en tant qu'ils se seraient produits après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

²⁹² D'ailleurs, en considérant que la cession par l'auteur du droit de reprographie à un éditeur, n'empêche aucunement la société de perception et de répartition des droits de devenir titulaire de ce « droit », montre bien que l'on se situe dans un autre cadre que celui du droit civil des obligations. Quel est ce droit qui peut se trouver dans n'importe quel patrimoine avant la publication de l'œuvre et dont une société de perception et de répartition des droits serait toujours considérée comme titulaire au jour de sa publication ?

²⁹³ En revanche, la loi serait appliquée d'une manière rétroactive si le point de départ du système légal était reporté dans le passé. Par exemple, il serait demandé à l'auteur de verser aux sociétés de perception et de répartition des droits une somme représentative d'années de jouissance par l'auteur de cette utilité au « détriment » de ces sociétés de perception (depuis la date de création de l'œuvre jusqu'à celle de l'entrée en vigueur).

exclusif²⁹⁴ et qu'il faut constater que le législateur ne donne aucune rétroactivité à la loi nouvelle. La disposition transitoire étudiée est simplement une explication de la manière dont l'application immédiate de la loi nouvelle doit être entendue.

76. Conclusion du II – L'intervention du législateur, par l'insertion d'une disposition transitoire, est toujours la bienvenue, dès lors qu'elle a pour finalité d'anticiper une difficulté importante. Le droit européen offre de nombreux exemples qui peuvent constituer autant de sources d'inspiration pour le législateur français. Des difficultés se présentent lorsqu'il est question de faire disparaître un droit de propriété industrielle pour l'avenir, notamment parce que la suppression d'une situation juridique ne correspond pas, en doctrine, à une hypothèse clairement décrite. Également, il n'est pas évident de déterminer la loi applicable lorsque l'enregistrement d'une demande de protection est « en cours » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle²⁹⁵. En droit de la propriété littéraire et artistique, selon la façon dont est conçue la loi nouvelle qui nomme et confirme l'existence de nouvelles manières de jouir des utilités de la chose réservée, le raisonnement transitoire change. Quand le législateur met en exergue l'une de ces utilités nouvelles, il faut se demander s'il prend seulement acte d'une nouvelle façon de profiter des caractères intrinsèques de la chose ou s'il crée une manière de tirer profit de la chose qui serait totalement inédite. Dans le premier cas, la loi nouvelle peut recevoir un champ d'application temporel étendu. Dans le second, la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle scinde strictement un droit ancien d'un droit nouveau. Le raisonnement transitoire est alors délicat lorsque la mise en place de systèmes de gestion collective fait douter de la titularité originaires de la prérogative concernée. Il reste à étudier l'hypothèse dans laquelle le législateur donne à la loi nouvelle le plus grand champ d'application temporel possible.

²⁹⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistiques*, PUF, 7^{ème} éd., 2007, n° 340, p. 363; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LITEC, 2^{ème} éd., 2009, n° 310, p. 261 et s.

²⁹⁵ Il faut noter que cette procédure peut recevoir plusieurs significations : condition préalable d'obtention d'un droit de propriété spécifique ou simple démarche administrative pour rendre public un droit de propriété aménagé. Selon le point de vue adopté, soit la situation juridique est en cours de formation, soit la situation juridique est déjà constituée. Dans ce cas, elle serait simplement en attente d'une parfaite opposabilité aux tiers. V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008, n° 68, p. 117 : « *De l'ensemble des dispositifs spéciaux [en droit de la propriété intellectuelle] émerge un principe de rattachement d'une création à la personne physique ou morale qui en est l'auteur, pour avoir fourni un travail créateur ou avoir maîtrisé l'entreprise créatrice. Même lorsque la loi subordonne l'acquisition du droit de propriété à un dépôt ou à la délivrance du titre par l'autorité, ces conditions participent de l'opposabilité bien plus que de l'attribution du droit. Le principe « Is quid fecit » apparaît comme l'axe fondamental de la propriété intellectuelle* ».

III / La volonté du législateur de donner à la loi nouvelle le plus grand champ d'application temporel possible

77. Quand le législateur prend soin d'indiquer, au sein de la loi nouvelle, qu'il confère le plus grand champ d'application possible à certaines de ses dispositions, le juge et l'interprète devraient pouvoir correctement fixer les frontières du champ d'application temporel du texte légal. En principe, il n'y a plus de question à se poser. Il n'est pas nécessaire d'identifier la limite exacte entre une application immédiate « généralisée » et une application clairement rétroactive de la loi nouvelle. En effet, le législateur est parfaitement autorisé à conférer des effets rétroactifs à son texte. Il convient seulement de vérifier que la rétroactivité de la loi reçoit une interprétation stricte par l'interprète et correspond à la réalisation d'un objectif particulier. Le législateur peut conférer à la loi nouvelle un domaine élargi qui participe encore d'une application immédiate de la loi nouvelle (A). Il peut également choisir de donner des effets rétroactifs à certaines de ses dispositions (B).

A / Des dispositions transitoires qui participent encore d'une application immédiate de la loi nouvelle

78. L'anticipation par le législateur d'un retard éventuel dans la conclusion d'un accord collectif, des exemples en droit de la propriété littéraire et artistique – Par une disposition transitoire, le législateur tente d'éviter les difficultés que le retard dans la conclusion d'un accord collectif pourrait engendrer. L'article 132-32 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *À défaut d'accord conclu soit avant le 4 avril 1986, soit à la date de l'expiration du précédent accord, les bases de la rémunération visées au deuxième alinéa de l'article L. 132-31 sont déterminées par une commission (...)* »²⁹⁶. L'article L. 214-4 du Code de la propriété intellectuelle affirme : « *À défaut d'accord intervenu avant le 30 juin 1986, ou si aucun accord n'est intervenu à l'expiration du précédent accord, le barème de rémunération et des modalités de versement de la rémunération sont arrêtés par une*

²⁹⁶ Cet article est issu de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 (V. l'article 14, alinéa 5). L'alinéa premier de l'article L. 132-31 du Code de la propriété intellectuelle crée une présomption légale de cession des droits patrimoniaux de l'auteur au bénéfice d'un producteur. C'est l'alinéa 2 qui dispose : « *Un accord entre les organisations représentatives d'auteurs et les organisations représentatives des producteurs en publicité fixe les éléments de base entrant dans la composition des rémunérations correspondant aux différentes utilisations des œuvres* ». L'alinéa 3 précise que la durée de l'accord est comprise entre un et cinq ans. L'alinéa 4 énonce que ses stipulations peuvent être rendues obligatoires « *pour l'ensemble des intéressés* » par décret. Une décision en date du 23 février 1987 a été rendue par la commission envisagée par l'article L. 132-32 du Code de la propriété intellectuelle.

*commission (...) »*²⁹⁷. L'article L. 212-9 du Code de la propriété intellectuelle énonce : « *À défaut d'accord conclu dans les termes des articles L. 212-4 à L. 212-7 soit avant le 4 janvier 1986, soit à la date d'expiration du précédent accord, les modes et les bases de rémunération des artistes-interprètes sont déterminées pour chaque secteur d'activité, par une commission (...) »*²⁹⁸. Ces trois articles présentent une rédaction identique. Le législateur prévoit en premier lieu que « tout se passe comme prévu ». Un accord collectif doit être conclu dans l'avenir. Seulement, en cas de carence des protagonistes, le risque de blocage du système mis en place est réel. Le législateur anticipe alors les difficultés en prévoyant, par défaut, l'intervention d'une commission spécialisée. Évidemment, en raison du risque de « vide juridique » qui se trouve ainsi évité, la disposition transitoire apparaît conforme à l'exigence de sécurité juridique. De plus, l'application de la loi nouvelle est facilitée. C'est une façon pour le législateur d'agrandir dans tous les cas l'empire de la loi nouvelle, sans que la négligence des différents intéressés ou le refus de s'entendre entre eux ne soit en mesure de ralentir la mise en œuvre de la réforme.

79. La loi du 27 mars 1997, l'ajout d'une autorisation supplémentaire qui ne pouvait pas être prévue dans un contrat antérieur et l'annulation de clauses contractuelles pourtant valables au jour de leur stipulation – La loi n° 97-283 du 27 mars 1997 présente un titre III intitulé : « *Dispositions diverses et transitoires* ». L'article 13 de la loi dispose : « *Lorsqu'un contrat de coproduction d'une œuvre audiovisuelle, conclu avant l'entrée en vigueur de la présente loi entre un ou plusieurs coproducteurs établis en France et un ou plusieurs coproducteurs établis dans un autre État, prévoit expressément un régime de répartition des droits d'exploitation par zones géographiques sans distinguer le régime applicable à la télédiffusion par satellite des dispositions applicables aux autres moyens d'exploitation, et dans le cas où une telle diffusion par satellite porterait atteinte à l'exclusivité, notamment linguistique, de l'un des coproducteurs ou de ses ayants droit sur un territoire déterminé, l'autorisation par l'un des coproducteurs ou ses ayants droit de télédiffuser l'œuvre par satellite est subordonnée au consentement préalable du bénéficiaire*

²⁹⁷ L'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un système de licence légale qui limite les droits du producteur de phonogrammes et de l'artiste-interprète en cas de publication d'un phonogramme à des fins de commerce. À l'alinéa 3 il est prévu que « *Ces utilisations de phonogrammes publiés à des fins de commerce (...) ouvrent droit à rémunération au profit des artistes interprète et des producteurs* ». L'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que le barème de rémunération et les modalités de versement de la rémunération sont établis par des accords spécifiques à chaque branche d'activité. Le dernier alinéa prévoit que la durée de ces accords est comprise entre un et cinq ans.

²⁹⁸ Au dernier alinéa de l'article L. 212-9 du Code de la propriété intellectuelle, il est précisé que la décision de la commission « *a effet pour une durée de trois ans, sauf accord des intéressés intervenu avant ce terme* ».

de cette exclusivité, qu'il soit coproducteur ou ayant droit ». Le premier élément du présumé est l'existence d'un contrat « ancien » qui ne présente aucune distinction entre les différents moyens d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle (A). Le second élément du présumé correspond à une diffusion par satellite de l'œuvre audiovisuelle qui porterait atteinte à l'exclusivité, notamment linguistique, de l'un des coproducteurs ou de ses ayants droit sur un territoire déterminé (A'). L'effet juridique de la règle consiste en un devoir d'obtenir une autorisation supplémentaire mis à la charge de celui qui souhaite diffuser l'œuvre ((i) B). La loi nouvelle est venue régir la télédiffusion par satellite qui est un mode d'exploitation de l'œuvre issu d'une évolution technologique. Le législateur reconnaît une utilité nouvelle à une chose intellectuelle existante et apporte à ce titre un régime particulier. Il se permet d'introduire dans les conventions « en cours » certains éléments appartenant au nouveau régime. En quelque sorte, l'application de la loi nouvelle à un contrat en cours se trouverait expliquée par la nature déclarative de ses dispositions au regard des utilités de la chose²⁹⁹.

Il convient de remarquer que la référence à des « contrats antérieurs » permet en théorie de dénombrer les destinataires de la norme nouvelle. À ce titre, il serait possible de déceler une certaine rétroactivité au sein de la disposition transitoire. La norme perd en partie son caractère hypothétique dès lors que le législateur n'envisage pas seulement la conclusion éventuelle et dans le futur d'un contrat d'exploitation³⁰⁰. Il faudrait reconnaître une règle véritable pour le futur et plusieurs « décisions » pour le passé³⁰¹.

L'article 14 de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 est placé au sein d'une division intitulée « *Dispositions diverses et transitoires* ». Il est précisé : « *À compter du 1^{er} janvier 2000, sont réputées non écrites, si elles sont contraires aux dispositions des articles L. 122-2-1, L. 122-2-2 et L. 217-1 du Code de la propriété intellectuelle, les clauses des contrats relatifs à la télédiffusion par satellite, sur le territoire de la Communauté européenne, d'œuvres ou d'éléments protégés par un droit voisin, et qui auront été conclus avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi* ». Quand le législateur répute non écrite une clause d'un contrat conclu sous la loi ancienne, cela constitue indubitablement une atteinte à la loi des parties. En

²⁹⁹ La loi nouvelle ne crée pas réellement cette utilité. Télédiffuser l'œuvre par l'intermédiaire d'un satellite a été rendu possible par la technique et c'est ensuite que le législateur a reconnu cette nouvelle façon de jouir de la chose « œuvre audiovisuelle ».

³⁰⁰ V. P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 53 p. 27. La rétroactivité attachée à une règle de droit a pour conséquence de la « transformer » en une « décision ». Si cette approche peut sembler complexe de prime abord, il ne s'agit que d'un moyen proposé par la doctrine pour déceler la rétroactivité quand le législateur ne se prononce pas expressément sur celle-ci.

³⁰¹ P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 223, p. 100.

effet, la sanction de clauses pourtant valablement stipulées correspond à la remise en cause *a posteriori* des conditions de validité d'une situation juridique contractuelle. Le juge se trouve contraint de déclarer sans valeur les stipulations contractuelles contraires aux articles L. 122-2-1, L. 122-2-2 et L. 217-1 du Code de la propriété intellectuelle. Il ne doit donner aucune importance à la date de conclusion du contrat et semble alors appliquer la loi nouvelle de manière rétroactive³⁰².

80. La loi du 3 juillet 1985, l'application de la loi nouvelle aux modes d'exploitation exclus par les parties de leur accord antérieur - L'article 19 de la loi du 3 juillet 1985 dispose en son alinéa 5 : « *Les contrats passés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi entre un artiste-interprète et un producteur d'œuvre audiovisuelle ou leurs cessionnaires, sont soumis aux dispositions qui précèdent en ce qui concerne les modes d'exploitation qu'ils excluaient* ». La référence faite aux contrats conclus sous l'empire de la loi ancienne permet de reconnaître une disposition transitoire. Elle ne se situe pas dans un titre isolé de la loi consacré aux dispositions de cette nature, mais se trouve au contraire totalement incorporée à une disposition nouvelle. Comme le législateur vise expressément des contrats déjà existants au jour de l'entrée en vigueur³⁰³, la norme a pour « cible » un nombre déterminable de destinataires. Les propriétés classiques de la règle de droit feraient donc défaut, à savoir sa généralité, son caractère abstrait et hypothétique³⁰⁴. Il faudrait alors supposer une certaine rétroactivité au sein de cet article 19 de la loi de 1985.

Plus précisément, la loi nouvelle est appliquée à des modes d'exploitation de l'œuvre qui ne sont pas entrés dans le champ contractuel. Cette disposition repose entièrement sur l'idée que le principe de survie de la loi ancienne s'applique dans le silence de la loi. Par suite, si les « quatre coins » du contrat permettent de déterminer ce qui doit demeurer intangible, ce qui se situe « en dehors » de cette surface doit être immédiatement régi par la loi nouvelle. Cette hâte dans l'application de la réforme serait expliquée par la volonté d'aboutir à une solution rapide quant à l'établissement de barèmes de rémunération, si possible avant l'entrée en vigueur de la loi³⁰⁵. En somme, des considérations économiques furent à l'origine du choix de

³⁰² Cependant, il faut constater que ce type de mesure pourrait tout aussi bien s'analyser comme l'application immédiate d'une disposition d'ordre public à un contrat en cours. Les intérêts privés des parties devraient « céder » devant un intérêt général communautaire V. *infra*, sur les lois d'ordre public, n° 357 et s.

³⁰³ V. les travaux de P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, ainsi que leur utilisation par Monsieur P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 53, p. 27.

³⁰⁴ P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 54, p. 28.

³⁰⁵ B. ÉDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins, loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises*

donner à la loi nouvelle un champ d'application temporel si élargi. Il faut alors constater que seul, le juge n'aurait pas pu satisfaire à cet objectif³⁰⁶.

L'absence de contrat suffisamment clair pour appliquer la distinction proposée par le législateur fut évidemment une source de difficultés. L'interprète dut répondre à ces questions : « au vu de ce contrat, quels sont les modes d'exploitation entrés dans le champ contractuel, quels sont les modes d'exploitation qui sont au contraire exclus de celui-ci ? Cette exclusion doit-elle résulter d'un choix exprès du contractant ? ».

Le juge donna la signification la plus large aux termes « modes d'exploitation ». Il conféra à l'expression « modes d'exploitation qu'ils excluaient », le sens de : « modes d'exploitation qui n'étaient pas prévus »³⁰⁷. Il est curieux qu'une disposition transitoire, jouant le rôle d'une exception selon la théorie générale des conflits des lois dans le temps, reçoive du juge une application si étendue. Il est certain qu'un mode d'exploitation « exclu » a d'abord été envisagé par les parties, pour être ensuite « rejeté » du champ contractuel. Ajouter les modes d'exploitation « non prévus », c'est soumettre à la loi nouvelle des usages de la chose qui n'ont été rendus techniquement possibles que de nombreuses années après la conclusion du contrat. Dans cette hypothèse, les parties n'ont pas pu apprécier l'opportunité de les inclure au sein de la convention. En somme, le juge est autorisé par le législateur à procéder à la réécriture du contrat, à retoucher son économie globale, voire même, sa cause³⁰⁸. Ce procédé est condamnable. Il convient d'ailleurs de noter que ROUBIER ne faisait aucune distinction entre les stipulations claires du contrat, d'une part, et les règles « entrées » implicitement au sein du champ contractuel, d'autre part³⁰⁹. L'introduction implicite de la règle au sein de l'accord contractuel constitue toutefois un minimum pour le doyen. Il convient à présent de

de communication audiovisuelle, commentaire, Paris, Dalloz, 1987, n° hors série de Actualité législative Dalloz, p. 130.

³⁰⁶ Il faut noter que le droit transitoire est alors entièrement au service des exigences du marché de l'audiovisuel.

³⁰⁷ V. CA Paris, 13 mai 1998 : *D. aff.* 1998. 135 ; CA Paris, 10 juill. 1990 : *RIDA* janv. 1991, p. 315, *ibid.* p. 297, obs. A. KÉRÉVER, approuvé sur ce point par : Cass. 1^{ère} civ. 16 juill. 1992 : *RIDA* janv. 1993, p. 177 ; *D.* 1993, p. 220, note M. DAVÉRAT.

³⁰⁸ Le juge prend le relais du législateur dans cet objectif de conférer à la loi nouvelle le champ d'application temporel le plus étendu possible. V. Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 1999, *Comm. com. élect.* oct. 1999, p. 201 ; CA Paris, 13 mai 1998, « Bécaud » : *D. Aff.* 1998, p. 1135 ; *RIDA* oct. 1998, p. 285, comm. A. KÉRÉVER ; CA Versailles, 1^{ère} ch. 9 avr. 1998 : *Gaz. Pal.* 1998, II, som., p. 688. ; TGI Paris, 3^{ème} ch., 30 sept. 1997 : *RIDA* 1998, n° 177, p. 273.

³⁰⁹ ROUBIER, *op. cit.*, n° 75, p. 360 et s., spéc. p. 366 : « (...) il n'y a pas lieu de distinguer (...) entre les effets qui résultent d'une disposition expresse du contrat et ceux qui sont attachés au contrat, en l'absence de clause expresse, par la loi. Sans doute, si la loi nouvelle venait, dans ce dernier cas, s'appliquer aux contrats en cours, il n'y aurait pas, à proprement parler, rétroactivité. Mais, en matière de contrats, l'effet immédiat doit être repoussé comme l'effet rétroactif, pour ce motif qu'il est toujours possible que les parties contractantes aient pris en considération les dispositions légales ; il serait absurde d'exiger, pour que les parties soient soustraites à l'action des lois nouvelles, qu'elles aient reproduits expressément dans leur contrat toutes les dispositions auxquelles elles attachaient quelque importance, du moment que ces dispositions étaient dans la loi ».

s'intéresser aux dispositions transitoires qui postulent une application clairement rétroactive de la loi nouvelle.

B / Des dispositions transitoires qui postulent clairement une application rétroactive de la loi nouvelle

81. L'insertion de dispositions transitoires rétroactives constitue un procédé ancien³¹⁰. Aujourd'hui, en matière civile, le « *principe général* »³¹¹ selon lequel les lois n'ont pas d'effet rétroactif n'a qu'une valeur législative. Il est donc tout à fait possible pour le législateur d'y déroger. Le principe de non-rétroactivité n'en reste pas moins une « *vérité utile* »³¹², dont l'intérêt se situe surtout dans le refus d'une banalisation du procédé³¹³. Selon la doctrine classique, le processus de rétroactivité correspond à l'application d'une norme nouvelle à des faits ou des actes survenus avant sa date d'entrée en vigueur³¹⁴. Il convient toutefois de rappeler que pour le doyen HÉRON, il ne faut pas dire que la loi s'applique à une date antérieure à son entrée en vigueur, mais que son entrée en vigueur se situe à un moment antérieur à la publication du texte³¹⁵. En somme, la norme n'est pas appliquée avant sa date d'entrée en vigueur, c'est la date d'entrée en vigueur elle-même qui est avancée dans le temps³¹⁶. Quoiqu'il en soit, la « *clause de rétroactivité* » introduite par le législateur³¹⁷ doit être intelligible³¹⁸. Le juge comme l'interprète doit savoir qu'il est porté atteinte au principe de non rétroactivité. Les lois qui présentent une rétroactivité expresse ne sont pas nombreuses

³¹⁰ Dès la Constitution de Théodose II et Valentinien III, il était déjà possible de prévoir que le texte de loi, à la condition d'être explicite, pouvait décider de sa propre application dans le passé. V. P. LEVEL, *op. cit.*, n° 10, p. 19, n° 12, p. 23. Il faut noter que sous la Constitution de l'an III, le législateur ne pouvait pas créer des lois rétroactives. L'insertion d'une disposition transitoire en ce sens était donc interdite. V. l'article 14 de la Constitution de l'an III : « aucune loi ni criminelle ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif ».

³¹¹ A.-M.-J.-J. DUPIN, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Bruxelles, 1835, p. 340 : « Après avoir fixé l'époque à laquelle les lois deviennent exécutoires, nous nous sommes occupés des effets. C'est un principe général que les lois n'ont point d'effet rétroactif ».

³¹² A.-M.-J.-J. DUPIN, *op. cit.*, p. 340.

³¹³ J. HERON, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et Théorie générale du droit, 1996, n° 70, p. 66.

³¹⁴ P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 96, p. 49.

³¹⁵ J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, article précité*, n° 21, p. 291 : « (...) si une loi rétroagit, ce n'est pas, comme on l'énonce généralement, que cette loi s'applique à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, mais tout au contraire que son entrée en vigueur se situe à un moment antérieur à celui où se produisent les faits, donc à une date antérieure à celle de sa publication ».

³¹⁶ Cette approche permet de souligner l'injustice apportée par la rétroactivité et subie par le destinataire de la règle nouvelle. Il ne pouvait en avoir connaissance au moment qu'il choisissait d'adopter un comportement particulier ou lors de la conclusion d'un acte juridique. D'une manière fictive, la règle nouvelle est pourtant appliquée pour apprécier juridiquement ce comportement ou cet acte antérieur.

³¹⁷ P. LEVEL, *op. cit.*, n° 68, p. 121.

³¹⁸ ROUBIER précise que la rétroactivité doit être « *formellement inscrite dans la loi* » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 61, p. 278.

en droit de la propriété intellectuelle Il s'agit de la loi n° 93-924 du 20 juillet 1993³¹⁹ (§ 1) et de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997³²⁰ (§ 2).

§ 1 / La loi du 20 juillet 1993

82. La mise en place difficile de la licence légale - La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985³²¹ reconnaît l'existence d'un droit exclusif au profit des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes. Dans le cadre d'un « *consensus dynamique* »³²², apparaît le mécanisme particulier de la licence légale. Le législateur prévoit que si ces deux protagonistes ne peuvent s'opposer valablement à toute « *communication directe dans un lieu public* » du phonogramme, ni à toute « *radiodiffusion* » ou « *distribution par câble simultanée et intégrale* » de cette radiodiffusion, ils reçoivent néanmoins une contrepartie financière, qualifiée de « *rémunération équitable* »³²³. Son barème, ainsi que ses modalités de versement, devaient être établis par des accords collectifs³²⁴, spécifiques à chaque « *branche d'activité* »³²⁵. En raison de l'absence persistante de certains de ces accords, une commission fut constituée par un décret du 14 mars 1986³²⁶. Celle-ci prit une première décision le 9 septembre 1987³²⁷, qui fut en partie annulée le 14 mai 1993 par le Conseil d'État³²⁸. La

³¹⁹ Loi fixant les modalités de calcul de la rémunération due aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes par les services privés de radiodiffusion sonore : *JORF* du 21 juillet 1993, n° 166, p. 10259.

³²⁰ Loi portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des communautés européennes n° 93/ 83 du 27 septembre 1993 et n° 93/98 du 29 octobre 1993 : *JORF* du 28 mars 1997, n° 74, p. 4831.

³²¹ Loi relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle : *JORF* du 4 juillet 1985, n°166 , p. 7495.

³²² L'expression est de M. Alain RICHARD : *JO*, Déb. Ass. Nat., séance du 26 juin 1985, p. 2014.

³²³ L'article 22 de la loi dispose : « *Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer : 1° à sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ; 2° à sa radiodiffusion, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion. Ces utilisations des phonogrammes publiés à des fins de commerce, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes, ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs* ». Cet article est aujourd'hui codifié à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle. Il a été modifié par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. V. A. LUCAS (sous la direction de), *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, éd. LexisNexis, 2006, fasc. 1450, n° 61. V. l'article 12 de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 ; R. PLAISANT, *La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle* : *JCP G* 1986, I, 3230.

³²⁴ V. l'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle (article 23 alinéa 1^{er} de la loi).

³²⁵ Six branches d'activités furent identifiées : les radios de service public, les stations périphériques, les radios locales privées, les discothèques et une dernière branche réunissait les établissements et lieux sonorisés.

³²⁶ Décret n° 86-537 du 14 mars 1986 pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 : *JORF* du 16 mars 1986, p. 4428. Selon l'article 24 de la loi du 3 juillet 1985, en l'absence d'accords intervenus dans un délai de six mois depuis son entrée en vigueur, une commission était autorisée à fixer elle-même les éléments nécessaires au versement de cette somme.

³²⁷ *JORF* du 13 décembre 1987, p 14512.

commission s'était rendue coupable d'une discrimination entre les stations de radio³²⁹. Pour le Conseil d'État, d'une part il était certain que les stations locales privées et les radios périphériques constituaient des « branches d'activités » distinctes³³⁰, d'autre part, au sein de chacune de ces branches, une égalité de traitement devait être assurée. Or, au sein d'une branche d'activité unique, la commission faisait état d'un contrat conclu entre les bénéficiaires de la rémunération équitable et une station de radio en particulier³³¹. Cette différence de traitement constituait une violation de la loi du 3 juillet 1985³³².

83. L'apport de la loi nouvelle du 20 juillet 1993 - Certains articles de la décision du 9 septembre 1987 furent rétroactivement considérés comme n'ayant jamais existés³³³. Évidemment, la mise en œuvre du système de la licence légale s'en trouvait compromise³³⁴. Les créanciers de la rémunération équitable pouvaient craindre des actions en remboursement des sommes déjà reçues à ce titre. C'est dans ce contexte qu'intervint la loi n° 93-924 du 20 juillet 1993. Le législateur confirma la distinction entre les radios périphériques et les radios locales privées. Les taux adoptés de manière unilatérale par la commission, ceux applicables en l'absence d'accords partiels antérieurs, furent repris³³⁵. Le dernier article de la loi du 20 juillet 1993 dispose³³⁶ : « *Les dispositions de la présente loi sont applicables aux rémunérations dues à compter du 1^{er} janvier 1988 et jusqu'au 31 décembre 1993, à défaut de l'application d'accords conclus ou étendus conformément à l'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle ou d'une décision de la commission visée à l'article L. 214-4 du même code, et sous réserve des décisions individuelles passées en force de chose jugée* ». Le second

³²⁸ CE, 14 mai 1993, n° 95042 : *Recueil CE*, 1993, p. 156 ; *RIDA*, juill. 1993, p. 313, note A. KÉRÉVER ; *JCP G* 1993, II, 22121, note D. TRUCHET ; *Petites Affiches*, 1994, n° 70, p. 12, note C. CARON. La compétence du Conseil d'État est comprise au regard du caractère administratif de la décision de la commission attaquée. V. CA Paris, 18 déc. 1990 : *RIDA* avr. 1991, p. 124 ; TGI Paris, 13 févr. 1992 : *Prop. intell.*, 1992, n° 39, p. 33.

³²⁹ V. les articles 2 et 3 de la décision annulée. Ils sont consacrés aux stations périphériques et aux radios locales privées. La commission aurait ignoré la notion de « branche d'activité » lors de la fixation des barèmes.

³³⁰ Le critère de différenciation consistait dans les conditions d'exploitation des stations de radio considérées.

³³¹ Au sein de la décision de la commission en date du 9 septembre 1987, les stations périphériques et les stations locales étaient régies par deux articles distincts. Chacun comportait deux alinéas. L'article 2 alinéa 1^{er} prenait acte d'un accord conclu le 7 septembre 1987 entre Europe 1 et les représentants des créanciers de la rémunération équitable. L'article 3 alinéa 1^{er} faisait état d'un accord conclu le 9 septembre entre Radio-Luxembourg et ces mêmes représentants.

³³² Articles 23 et 24 de la loi.

³³³ Les articles 2 et 3 de la décision.

³³⁴ Ce ne fut pas, pour autant, une remise en question des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes, fondés sur la loi du 3 juillet 1985.

³³⁵ La loi détermine les modalités de calcul de la rémunération due aux artistes-interprètes et aux producteurs de disques pour les radios périphériques (article 1). En ce qui concerne les radios locales privées, le dispositif antérieurement prévu par la commission est repris (article 2). L'article 3 opère un renvoi aux conventions et usages existant en droit d'auteur quant aux délais et modalités de versement de la rémunération et impose la production de justificatifs aux redevables.

³³⁶ Article 4 de la loi.

alinéa est ainsi rédigé : « *Les perceptions effectuées en application de la décision du 9 septembre 1987 de la commission instituée par l'article L. 214-4 du Code de la propriété intellectuelle n'ouvrent droit à aucune restitution, remboursement ou indemnité de quelque nature que ce soit à la charge des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes ou des sociétés les représentant* ». Le législateur rétablit les barèmes fixés par la commission en septembre 1987. La « limite » fixée à la fin de l'année 1993 s'explique par une volonté de voir la commission fixer rapidement de nouveaux barèmes. Par ailleurs, la loi nouvelle conditionne son application à l'absence : « *d'accords conclus ou étendus conformément à l'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle ou d'une décision de la commission visée à l'article L. 214-4 du même code* ». La loi nouvelle a donc un caractère provisoire et subsidiaire³³⁷. Surtout, la rétroactivité de la loi nouvelle est clairement énoncée par le législateur. Les rémunérations dues depuis le 1^{er} janvier 1988, date d'entrée en vigueur de la première décision de la commission, sont régies de manière fictive par une loi qui n'a été publiée au Journal Officiel que le 21 juillet 1993. Cette rétroactivité formellement énoncée constitue l'apport essentiel de la loi.

84. Les qualifications de « loi de validation » et de « vide juridique » - Lors des discussions parlementaires, il fut affirmé que le dispositif présentait un « *caractère de validation* »³³⁸. C'est-à-dire que le législateur prend acte de la disparition d'un acte administratif pour ensuite priver d'effet la décision du Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel encadrerait déjà, à cette époque, les lois de validation. La substitution d'un acte législatif à un acte administratif annulé ne constituait pas une immixtion fautive du législateur dans le cours de la justice³³⁹. Aujourd'hui, il faut rappeler que le droit à un procès équitable ne prohibe pas automatiquement l'intervention du législateur dans le cours d'une procédure

³³⁷ Proposition de loi de M. HUGOT, déposée au Sénat le 17 juin 1993, n° 372, annexe au procès verbal de la séance du 17 juin 1993 : « *le dispositif* » mis en place « *n'a [ainsi] vocation à s'appliquer – au plus tard jusqu'au 31 décembre de cette année – qu'à défaut de la conclusion d'accords ou de décision de la commission. Ainsi, une décision rapide de celle-ci mettrait fin ipso facto à l'application de la loi, en l'absence de disposition contraire* ». V. aussi : Mme COUDERC, rapporteur, *JO Déb.*, Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3233. Finalement, la loi s'applique d'une manière provisoire à un double titre. Son action est d'une part limitée par un terme, le 31 décembre 1993. D'autre part, elle se trouve conditionnée par l'absence d'accords spécifiques propres à chaque branche d'activité ou par l'absence d'intervention éventuelle de la commission.

³³⁸ *JO Déb.*, Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3233.

³³⁹ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, coll. Droit public positif, Economica, 1987, p. 230 et s. (V. Cons. Const. Déc. n° 84-186 DC, du 29 décembre 1984, loi de finance rectificative pour 1984, *JO* du 30 décembre 1984, p. 4171). L'intervention du législateur était essentiellement contrôlée à l'aune du principe de la séparation des pouvoirs, sur le fondement de l'article 64 de la Constitution pour les juridictions de l'ordre judiciaire et sur le fondement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour les juridictions de l'ordre administratif. V. Cons. const., déc. n° 80-119, DC, du 22 juillet 1980 : *Rec.* p. 46 ; *RDP* 1980, p. 1658, chron. L. FAVOREU ; *AJDA* 1980, p. 602, obs. G. CARCASSONNE.

juridictionnelle pour en modifier l'issue³⁴⁰. Avec la loi du 20 juillet 1993, le législateur aurait comblé un vide juridique partiel³⁴¹. En effet, les accords conclus par « *les stations de radio volontaires* » n'étaient pas affectés par l'annulation prononcée par le Conseil d'État³⁴². Néanmoins, au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, certains de ces barèmes ne s'appliquaient déjà plus³⁴³. En somme, l'expression de « vide juridique » permet de rendre compte d'une situation devenue « *inextricable* »³⁴⁴. Surtout, Monsieur PETIT démontre que le vide juridique, lorsqu'il est compris comme l'absence illégale d'un règlement pour une période déterminée, peut rendre la rétroactivité nécessaire³⁴⁵. Il faut garder à l'esprit que ce « vide juridique » n'autorisait pas pour autant un retour au régime antérieur à la consécration des droits voisins opérée par la loi du 3 juillet 1985³⁴⁶. Le principe de libre utilisation de ces choses intellectuelles ne correspondait plus à la réalité depuis de nombreuses années. Les mécanismes de la responsabilité délictuelle et contractuelle avaient déjà préparé les esprits sur ce point³⁴⁷. En d'autres termes, la licence légale ne pouvait être envisagée qu'à l'instar d'une exception au *jus prohibendi*³⁴⁸.

³⁴⁰ Après avoir paru condamner le principe même des validations législatives au motif que « *le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige* », la Cour européenne a nuancé par la suite sa position : V. CEDH., 9 déc. 1994 « *Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce* : A301-B ; RTD civ. 1995, p. 652 et s., obs. F. ZÉNATI ; RTD civ. 1996, p. 1018, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; CEDH., 23 oct. 1997 « *National et Provincial Building Society et autres c/ Royaume Uni* : Rec. 1997-VII. ; CEDH., 6 oct. 2005 « *Draon c/ France et Maurice c/ France* : JCP G 2006, I, 109, n° 16., obs. F. SUDRE.

³⁴¹ JO Déb., Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3233. La notion de « vide juridique » est entendue comme une raréfaction de la « matière juridique », une absence de réglementation du domaine en cause.

³⁴² V. note sous CE, 14 mai 1993, n° 95042 : JCP G, 1993, II, 22 121, note D. TRUCHET : « *Il en résulte que les accords signés par Europe 1 et Radio Luxembourg sont désormais paralysés rétroactivement* » ; « *[Mais] cette validation n'affecte évidemment pas l'existence et la validité des accords partiels déjà conclus, qui continuent à s'appliquer entre les parties, ce qui n'est pas le moins savoureux de l'affaire : car c'est leur présence qui fonde l'annulation mais celle-ci les laisse seuls en vigueur !* »

³⁴³ Les accords collectifs en question ont tous été conclus en 1987 et la loi du 3 juillet 1985 limite leur durée de validité à cinq années.

³⁴⁴ D. TRUCHET, note déjà citée, p. 362 : « *Le législateur a bien fait de tout « remettre à plat » pour le passé, car il fallait bien sortir d'une situation qui devenait inextricable* ».

³⁴⁵ J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, bibl. droit public., préf. J. MOREAU, LGDJ, n° 195, n° 575 et s., p. 277 et s. Par hypothèse, l'administration est tenue par une obligation de réglementer un domaine particulier, à compter d'une date ou pour une période déterminée. Un règlement n'est adopté qu'après cette date ou au cours de cette période. Le vide juridique, né au moment où l'administration aurait dû intervenir, s'étendrait jusqu'à la date de publication du règlement attendu.

³⁴⁶ L'entrée en vigueur du dispositif était fixée au 1^{er} janvier 1986. Il faut savoir que l'article 66 apporte une dérogation au mécanisme normal de l'entrée en vigueur, prévu par le décret du 5 novembre 1870. Toutes les dispositions, à l'exception de deux articles (les articles 19 et 20 de la loi du 3 juillet 1985 entreront en vigueur dès la promulgation de la loi), sont concernées par cette dérogation.

³⁴⁷ La Cour de cassation s'était fondée sur le droit commun de la responsabilité délictuelle pour poser le principe selon lequel l'interprétation de l'artiste-interprète ne peut recevoir d'autre utilisation que celle qu'il a autorisée, V. Cass. civ., 4 janv. 1964, « *Fürtwängler* » : D. 1964, p. 322, obs. M. PLUYETE. L'action en concurrence déloyale fut utilisée par les producteurs de phonogrammes afin de lutter contre l'exploitation non autorisée des œuvres communiquées au public. V. CA Paris, 5 mai 1969 : JCP, 1970, II, 16386, obs. R PLAISANT ; RTD com., 1971, 1026, obs. H. DESBOIS. S'agissant de la responsabilité contractuelle, les producteurs de phonogrammes eurent l'idée de recourir aux « clauses étiquettes ». Un autocollant sur le disque devait indiquer

85. Une rétroactivité « bénéfique » - L'intervention rétroactive du législateur a pu être expliquée par une volonté de pacifier des rapports juridiques entre les acteurs concernés³⁴⁹. La coordination des différents droits des « *acteurs de l'action culturelle* »³⁵⁰ constituait l'objectif avoué du législateur. Il est incontestable que la vague d'actions en justice qui aurait déferlé sur les juridictions, ayant pour objet le remboursement de rémunérations déjà versées, aurait fortement déstabilisé le système créé en 1985³⁵¹. Au regard de la mission des sociétés de gestion collective, garantir la continuité de leurs services fut considéré comme satisfaisant l'intérêt général³⁵². L'annulation prononcée par le Conseil d'État eut pour effet indirect d'offrir une sorte de récompense aux utilisateurs de phonogrammes qui n'avaient pas exécuté leurs obligations. Lors des débats parlementaires, certaines stations de radios sont indirectement désignées³⁵³. Sont comparées les radios associatives plutôt diligentes et certaines radios commerciales « *en infraction* »³⁵⁴. Les radios n'ayant jamais procédé au paiement de leurs dettes semblaient, à l'issue de la décision du Conseil d'État, à l'abri du moindre recours. En somme, en accord avec DUPIN³⁵⁵, si le « *retour au passé* » est traditionnellement « *source d'injustices* », « *il peut arriver qu'une telle disposition soit fondée sur des raisons d'intérêt général et même d'équité* ».

Il convient de remarquer que le législateur sauvegarde les « *décisions individuelles passées en force de chose jugée* ». Il s'agit d'une limite classique apportée aux effets rétroactifs d'une loi

la réserve de leurs droits. Il s'agissait de rendre opposables des stipulations contractuelles d'une nature proche des conditions générales d'un contrat de vente.

³⁴⁸ Il ne faut pas oublier que ce sont les modalités de versement de la rémunération équitable qui concentraient principalement les critiques c'est-à-dire les éléments qui permettaient de rendre la dette exigible. Même si la critique de tout système de licence imposée conduit naturellement à faire le procès des modalités de calcul des redevances prévues, ce ne sont pas ces modalités qui conditionnent l'*existence* de la dette.

³⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1642, p. 952. Pour l'auteur, les différentes étapes qui conduisirent à l'intervention du législateur montrent « *la complexité et les faiblesses des systèmes de licence légale* », ainsi que « *l'âpreté des discussions entre les représentants des diverses catégories d'intéressés* ».

³⁵⁰ Selon l'expression utilisée par M. Alain Richard, lors de la discussion du projet de loi du 4 juin 1984 : Déb. Ass. Nat., séance du 28 juin 1984, *JO* 29 juin 1984, p. 3833.

³⁵¹ Sur le fondement de la décision de la commission de 1987. V. A. FRANÇON : *RTD com.* 1993, p. 508. Pour l'auteur : « *Cette dette était susceptible d'être énorme et d'un remboursement problématique* ».

³⁵² Il s'agissait de mettre un terme aux manœuvres dilatoires, portant sur le calcul des barèmes, la détermination de l'assiette à retenir par la SPRE ou la composition de la commission paritaire. Sur l'ensemble des arguments développés, V. H. RONY, *Les radios FM à la recherche d'un consensus sur les droits voisins : L'Égipresse*, n° 75, octobre 1990, II, p. 57.

³⁵³ *JO* Déb., Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3234 : « *La plus importante des radios privées n'a jamais fait face à ses obligations du droit à rémunération (...)* » ; p. 3236 : « *Il est inadmissible que les radios locales privées puissent soustraire aux artistes-interprètes 160 millions de francs en cinq ans. À lui seul le réseau NRJ, qui n'a jamais fourni ses relevés de programme, serait redevable de plus de 40 millions de francs* ».

³⁵⁴ *JO* Déb., Ass. Nat., *op. cit.*, p. 3238 : « *Celles qui se sont mises en infraction, ce sont les radios commerciales, et pas les plus petites!* »

³⁵⁵ A.-M.-J.-J. DUPIN, *op. cit.*, p. 344 et s.

nouvelle³⁵⁶. Le Sénat est à l'origine de ce rappel traditionnel du droit transitoire³⁵⁷, certainement soucieux de rendre la loi conforme à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et de la Cour de cassation³⁵⁸. Toutefois, la loi du 20 juillet 1993 n'a probablement pas été en mesure de créer ce type de situation³⁵⁹.

86. Les limites de l'application rétroactive de la loi nouvelle – Le législateur fait référence aux « *rémunérations dues* ». Il faudrait alors se reporter à la date de naissance et d'exigibilité de la dette. En réalité, peu importe que la rémunération équitable puisse s'analyser comme le prix de l'usage par autrui d'un phonogramme (la dette naîtrait à chaque usage), comme une indemnité d'expropriation (la dette naîtrait le jour de la première diffusion du phonogramme) ou encore comme une taxe (il faudrait déterminer le fait générateur)³⁶⁰. Quoiqu'il en soit, la dette n'était exigible qu'à compter de l'entrée en vigueur de la première décision de la commission, le 1^{er} janvier 1988. Le législateur précise : « *Les perceptions effectuées en application de la décision du 9 septembre 1987 de la commission instituée par l'article L. 214-4 du code de la propriété intellectuelle n'ouvrent droit à aucune restitution, remboursement ou indemnité de quelque nature que ce soit à la charge des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes ou des sociétés les représentant* »³⁶¹. Cette précision ne semblait pas nécessaire parce que les règles adoptées par la commission avaient déjà été validées³⁶². Cet alinéa a pour seul mérite de rappeler le caractère contraignant des barèmes et des modalités de versement adoptés en 1987. Le législateur précise encore que les sommes antérieurement acquittées sur ce fondement ne devaient pas être considérées comme indues. La paralysie des effets rétroactifs de la décision du Conseil d'État est rendue concrète.

³⁵⁶ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 62, p. 285 : « *La clause de rétroactivité, dans sa portée ordinaire, atteint les faits du passé et, en ce qui concerne ceux qui ont fait ou font l'objet d'un litige, elle atteint les causae pendentes et respecte les causae finitiae* » ; J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, n° 63, p. 61. Quand bien même le législateur ne prévoirait pas le cantonnement de la rétroactivité, la loi nouvelle ne régirait que les « *faits qui n'ont pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée ou devenue irrévocable* ».

³⁵⁷ V. L. BACH, *Rép. Civ. Conflits de lois dans le temps* : Dalloz, 1996, n° 187, p. 29.

³⁵⁸ *JORF* Déb., Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3237. V. Cass. ass. plen., 21 déc. 1990 : *Bull. civ.* 1990, A.P. n°12, p. 23.

³⁵⁹ Il faudrait considérer des décisions dotées de la force de chose jugée susceptibles de constituer une contradiction aux dispositions de la loi nouvelle. Il s'agirait de litiges à l'occasion desquels le juge aurait fait application de barèmes déterminés par la voie contractuelle et par la suite sanctionnés par le Conseil d'État. Il est peu vraisemblable qu'une décision ait eu « le temps de devenir définitive » avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1993.

³⁶⁰ Pour une référence indirecte à la notion de taxe au sein des travaux parlementaires : *JO* déb., Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3234. V. Discussion sur le projet de loi n° 2169 du 4 juin 1984, séance du 28 juin 1984, p. 3825 : « *la redevance équitable n'est ni un impôt, ni une redevance pour service rendu, ni une taxe parafiscale* » ; V. CE., 27 sept. 1993, n° 95173 : *JCP G* 1993, IV, p. 314, n° 2576, note M.-C. ROUAULT. Le Conseil d'État fit la critique de l'assimilation de la rémunération équitable à une taxe.

³⁶¹ V. l'article 4, alinéa 2.

³⁶² V. l'article 4, alinéa 1^{er}.

Cependant, le terme d'«*indemnité*» est difficile à appréhender. Les stations de radios, au lendemain de la décision du Conseil d'État, étaient certes en mesure d'invoquer une créance de restitution des sommes versées au titre de la rémunération équitable, mais non pas une créance de réparation³⁶³. Il serait toutefois envisageable qu'au moyen de cette qualification, le législateur ait entendu désigner de la manière la plus globale possible toutes les demandes que les stations de radios s'apprêtaient à formuler devant le juge judiciaire. Ce qui expliquerait également cette précision : « *Les perceptions effectuées (...) n'ouvrent droit à aucune restitution, remboursement ou indemnité de quelque nature que ce soit (...)* ».

87. Le sort des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la décision de la commission - Selon Monsieur KEREVER³⁶⁴, l'erreur de la commission peut s'expliquer par le silence du législateur relativement à la compétence de celle-ci pour procéder à la substitution de nouveaux barèmes à ceux fixés par des accords antérieurs. L'auteur souligne que le législateur, lorsqu'il voulut prescrire l'application immédiate de la loi du 3 juillet 1985 à certains contrats, l'a expressément précisé au sein d'une disposition transitoire³⁶⁵. Il convient de noter que la commission a sûrement préféré ratifier ces contrats plutôt que de procéder à une résiliation ou une annulation, sanctions qui auraient dues être précisément motivées. D'ailleurs, comme les contrats continuèrent de s'appliquer à l'issue de l'intervention de la commission et du Conseil d'État, il s'agissait de savoir si la loi nouvelle du 20 juillet 1993 avait pu les concerner. Ayant été conclus en juin et septembre 1987, ils devaient prendre fin par l'arrivée du terme légal de cinq années, c'est-à-dire au cours de l'année 1992. Alors que le contrat conclu par Radio France (le 19 juin 1987) n'était plus « en cours » au moment de l'élaboration de la loi du 20 juillet 1993, les contrats conclus en septembre 1987 avec Europe 1 et la CLT avaient déjà été rendus conformes aux barèmes

³⁶³ Il serait possible de penser à un manque à gagner causé par le versement de sommes importantes ; une perte de temps liée à l'organisation nécessaire (comme les justificatifs que les redevables doivent fournir et qui permettent de calculer le montant de la redevance réclamée) ; une perte de chance de s'épanouir par la conquête de nouveaux marchés. Les stations de radios ayant procédé au paiement des redevances auraient pu souffrir d'une rupture d'égalité, engendrée par le refus des autres utilisateurs d'honorer leurs engagements. De manière plus audacieuse, il aurait pu être soutenu que l'annulation prononcée par le Conseil d'État avait créé à leur bénéfice une situation favorable, constitutive d'une sorte de « droit acquis ». Cette qualification concrétiserait le souhait de maintenir une situation dans laquelle la dette de rémunération équitable n'était pas exigible, faute de pouvoir être liquidée. C'est la légitimité de ce droit acquis qui serait alors discutable.

³⁶⁴ CE., 14 mai 1993, n° 95042 : *RIDA*, juill. 1993, p. 319.

³⁶⁵ V. l'article 19 de la loi du 3 juillet 1985, alinéa 5. Lorsque le législateur souhaite écarter l'application de la « loi du contrat », il exprime clairement son souhait. En n'autorisant pas expressément la commission à remettre en question les contrats antérieurs à son intervention, le législateur aurait implicitement imposé à la commission leur ratification. Il convient cependant de garder à l'esprit que les accords collectifs en question n'étaient pas antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985, mais seulement antérieurs à l'intervention de la commission.

établis par la commission, avant l'intervention législative³⁶⁶. Par conséquent, la question de savoir si les dispositions de la loi du 20 juillet 1993 s'appliquaient immédiatement à ces accords à partir de son entrée en vigueur ne se posait pas³⁶⁷.

En considérant maintenant la période comprise entre leur conclusion et la date de l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1993, il s'agissait de savoir si cet intervalle était protégé ou non des effets rétroactifs de la loi nouvelle. Pour Monsieur TRUCHET, comme la loi nouvelle établit un régime pour les radios locales privées qui constitue la reprise des barèmes que la commission avait unilatéralement fixés, ces derniers accords se seraient retrouvés « paralysés »³⁶⁸. De prime abord, il convient de constater que la loi nouvelle ne fait nulle part mention de l'existence éventuelle de contrats antérieurs. En application de l'adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, l'interprète pourrait être tenté de considérer que toutes « les rémunérations dues à compter du 1^{er} janvier 1988 et jusqu'au 31 décembre 1993 » sont rétroactivement soumises aux barèmes imposés par la loi nouvelle. Aucune distinction ne devrait être permise entre les rémunérations liquidées en vertu de barèmes contractuels et celles liquidées en vertu des barèmes fixés unilatéralement par la commission paritaire. Certes, considérer que le contrat a toujours été régi, de manière fictive, par les dispositions de la loi nouvelle, représente toujours une atteinte importante à l'exigence de sécurité juridique. Cependant, il ne faut pas oublier que le législateur entendait consolider certaines situations devenues précaires. Il n'avait aucun intérêt à remettre en cause « pour le passé » ces contrats, principalement parce que les modalités de calcul choisies étaient proches de celles retenues unilatéralement pour les autres stations.

88. Conclusion du § 1 – La rétroactivité de la loi du 20 juillet 1993 est largement justifiée par la volonté du législateur de confirmer le mécanisme de la licence légale. La clause de rétroactivité constitue une mesure de validation assurément favorable aux titulaires de droits voisins. Aucune atteinte aux droits acquis des usagers des phonogrammes concernés ne pouvait être constatée³⁶⁹. La rétroactivité ne semble donc pas dangereuse au regard de

³⁶⁶ Déb. Ass. Nat., séance du 9 juillet 1993, p. 3234.

³⁶⁷ Si ces contrats avaient été « en cours » à l'époque de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le législateur aurait certainement écarté le principe de survie de la loi ancienne. En effet, son ambition fut d'assurer une égalité effective au sein de chaque branche d'activité.

³⁶⁸ CE, 14 mai 1993, n° 95042 : *JCP G*, 1993, II, 22 121, note D. TRUCHET : « Il en résulte que les accords signés par Europe 1 et Radio Luxembourg sont désormais paralysés rétroactivement ».

³⁶⁹ Il avait été soutenu que les stations de radios inexistantes à la date de la décision de la commission de 1987 étaient en droit de ne pas faire application des barèmes ainsi fixés. Il s'agit d'un argument bien fragile. D'une part, la décision administrative ne s'applique, dans cette hypothèse, que de manière immédiate à la station de radio en question. D'autre part, la décision administrative lui était opposable, en raison du système de

l'exigence de sécurité juridique³⁷⁰. Il s'agit à présent d'étudier la seconde loi expressément rétroactive rencontrée en droit de la propriété intellectuelle, la loi du 27 mars 1997.

§2 / La loi du 27 mars 1997

89. L'appartenance des normes à un même texte législatif n'est aucunement la garantie d'un objet partagé³⁷¹. Elle n'est pas non plus l'assurance d'une nature semblable au regard du droit transitoire³⁷². La loi n° 97-283 du 27 mars 1997 a pour objet de transposer deux directives européennes. La première, en date du 27 septembre 1993, est relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble³⁷³. La seconde, en date du 29 octobre 1993, concerne la durée de protection des droits d'auteurs et de certains droits voisins³⁷⁴. La loi du 27 mars 1997 s'organise autour de trois titres³⁷⁵. C'est le titre III, « *Dispositions diverses et transitoires* », qui a naturellement vocation à contenir des informations sur l'application dans le temps de la loi nouvelle. Parmi les nombreuses dispositions transitoires que le législateur a créé à cette occasion, les articles 16 et 18 sont le

représentation instauré. Le fait que la station de radio n'ait pas pu participer à la première concertation sur la fixation des barèmes n'a donc aucune conséquence. Il avait été soutenu que les stations de radio qui s'étaient créées après la décision d'annulation du Conseil d'État ne pouvaient se voir appliquer rétroactivement le texte de la loi du 20 juillet 1993. Il s'agissait de souligner l'iniquité de cette application à une station de radio née au moment où aucune règle n'était applicable. Un « droit acquis » serait violé. L'argumentation doit être entièrement rejetée. D'une part, la station de radio invoque en réalité un droit acquis à l'absence de normes, ce qui est contraire à la mutabilité constante du droit objectif. D'autre part, en étant constituée après le mois de mai 1993, la station de radio n'a pu faire usage de phonogrammes qu'après cette date. Ces usages ne sont donc concernés que dans une moindre mesure par la rétroactivité de la loi nouvelle. En effet, seuls les mois de mai et de juin 1993 suscitent l'application du barème « pour le passé », puisque dès le mois de juillet, la station de radio subit simplement l'application immédiate du barème en question. Il ne faut pas oublier que le syllogisme qui permet de sanctionner pénalement l'absence de paiement de la rémunération équitable a pour fondement la loi du 3 juillet 1985 et n'est pas concerné par la rétroactivité de la loi du 20 juillet 1993.

³⁷⁰ Il faut noter que la commission est ensuite intervenue bien avant l'arrivée du terme indiqué, conformément aux souhaits exprimés par les parlementaires (*JORF* du 9 juillet 1993 précité, p. 3233) avec une décision en date du 22 décembre 1993 (Décision du 22 décembre 1993 de la commission créée par l'article L. 214-4 du Code de la propriété intellectuelle complétant la décision du 9 septembre 1987, *JO* n° 2 du 4 janvier 1994, p. 15). Elle avait vocation à régir le système de la rémunération équitable à partir du 1^{er} janvier 1994, date de son entrée en vigueur (V. l'article 5).

³⁷¹ Par exemple, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, concerne pour quelques unes de ses nombreuses dispositions la propriété intellectuelle. Ces règles cohabitent avec d'autres prescriptions relatives aux sûretés, sociétés ou baux commerciaux (*JORF*, 5 août 2008, n° 181, p. 12471, V. Titre III, « *Mobiliser l'attractivité au service de la croissance* », Chapitre III « *Développer l'économie de l'immatériel* », articles 132 et s.).

³⁷² Par exemple, la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service, contient au sein d'un dernier titre les définitions et sanctions de plusieurs infractions pénales. Dans cette hypothèse, l'interprète doit se rappeler que les dispositions de nature civile et pénale ne répondent pas au même régime transitoire (*JORF* du 6 janvier 1991, n° 5, p. 316).

³⁷³ Dir. CE n° 93/83 du 27 septembre 1993.

³⁷⁴ Dir. CE n° 93/98 du 29 octobre 1993.

³⁷⁵ Le titre I s'intitule : « *Dispositions relatives à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble* », le titre II : « *Dispositions relatives à la durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins* ».

siège d'effets rétroactifs. L'article 16 de la loi du 27 mars 1997 sera étudié (a) avant l'article 18 (b).

a / L'article 16 de la loi du 27 mars 1997

90. Présentation - L'article 16 de la loi du 27 mars 1997 est composé de quatre parties³⁷⁶. C'est au sein de la première partie que le législateur affirme clairement sa volonté de faire rétroagir certaines règles de la loi nouvelle. Les autres parties constituent des précisions bienvenues.

91. L'article 16 I de la loi - La première phrase de l'article 16 I est la suivante : « *Les dispositions du titre II de la présente loi sont applicables à compter du 1^{er} juillet 1995* ». L'application du titre II de la loi nouvelle est donc reportée à une date antérieure à sa publication, le 29 mars 1997. La seconde phrase de l'article 16 I a été ajoutée à l'initiative du Sénat : « *Toutefois, ne peuvent donner lieu à des poursuites pénales que les infractions à ces dispositions commises postérieurement à la date de publication de la présente loi* ». C'est un rappel du principe de non rétroactivité de la loi en matière répressive. L'objectif de départ était d'une nature économique³⁷⁷. Il s'agissait de supprimer les différences constatées au sein des différents États membres au regard de la durée des droits de propriété littéraire et artistique. Ces variations constituaient des gênes à la libre circulation des marchandises, à la libre prestation de services et à la libre concurrence au sein du marché commun. En somme, les droits d'auteur comme les droits voisins étaient en mesure de provoquer des distorsions de concurrence en raison des seules disparités observées. La date du 1^{er} juillet 1995 qui figure à l'article 16 de la loi nouvelle a elle-même été choisie en considération d'impératifs européens. Il s'agit de la date limite de transposition de la directive³⁷⁸.

³⁷⁶ Le législateur s'est inspiré de la directive du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. V. l'article 10 de la directive 93/98 du 29 octobre 1993, intitulé : « *Applicabilité dans le temps* ».

³⁷⁷ V. le Considérant n° 2 et le Considérant n° 10 de la directive 93/98 du 29 octobre 1993. Ce dernier est une reprise du principe énoncé par la Commission dans les « Suites à donner au livre vert » du 17 janvier 1991. Il est affirmé que la protection des droits d'auteur et des droits voisins permet d'assurer le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des industries culturelles, des consommateurs et de la collectivité toute entière.

³⁷⁸ V. l'article 13 de la directive 93/98, intitulé « Dispositions générales ».

92. L'article 16 II de la loi - L'article 16 II de la loi du 27 mars 1997 dispose : « *L'application des dispositions du titre II de la présente loi ne peut avoir pour effet d'abrèger la durée de protection des droits d'auteur et des droits voisins qui ont commencé à courir avant le 1^{er} juillet 1995* ». Ce titre II de la loi du 27 mars 1997 modifia un nombre important d'articles du Code de la propriété intellectuelle³⁷⁹. La place de cette précision se comprend parfaitement à la suite de l'article 16 I qui neutralise la rétroactivité en matière répressive. Ce sont des garanties. Suivant la première, celui qui a joui des utilités de la chose intellectuelle en toute légalité n'a pas à craindre que le juge procède ensuite à une analyse *a posteriori* de son comportement. Les conditions de constitution du délit de contrefaçon seront toujours appréciées au regard du droit en vigueur à la date des faits. La seconde garantie accordée est la suivante : le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin n'a pas à craindre que la durée de son droit puisse être raccourcie à la suite de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le droit « en cours de validité » au 1^{er} juillet 1995 doit recevoir l'échéance qui était prévue par la loi antérieure. Il faut alors observer une extension du domaine d'application de la loi ancienne parce que la loi nouvelle est, en principe, en mesure de réduire immédiatement la durée d'un droit de propriété intellectuelle.

93. L'article 16 III de la loi - L'article 16 III dispose : « *Les dispositions du titre II de la présente loi n'ont pour effet de faire renaître des droits sur des œuvres, prestations, fixations ou programmes tombés dans le domaine public avant le 1^{er} juillet 1995 que s'ils étaient encore protégés à cette date dans au moins un autre État membre de la Communauté européenne* »³⁸⁰. Il faut noter que le juge n'aurait jamais pu décider seul qu'une loi nouvelle puisse ressusciter un droit de propriété intellectuelle arrivé à son terme³⁸¹. Il y a ici une illustration de la remise en question par une loi nouvelle de l'extinction d'une situation juridique valablement constatée sous la loi ancienne. La chose intellectuelle entrée dans le domaine public « en ressort » parce qu'elle se trouve protégée plus longtemps dans un autre État membre. La chose redevient l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Le bien renaît. L'objectif d'harmonisation nécessitait « d'en arriver là ».

³⁷⁹ Ont été modifiés par le titre II de la loi du 27 mars 1997 (*Dispositions relatives à la durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*) les articles suivants : L. 123-1, L. 123-2, L. 123-3, L. 123-4, L. 123-7, L. 123-12, L. 211-4 et L. 211-5 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁸⁰ Cet article indiquait à l'origine la date du 1^{er} janvier 1995, il s'agissait d'une erreur qui fut corrigée par un erratum (*JORF* du 3 juillet 1997). V. l'article 10, 2^o de la directive du 29 octobre 1993.

³⁸¹ Certes, le législateur aurait pu imposer en théorie cette solution en fonction d'impératifs de droit interne. Il est évident que la rétroactivité de cette loi aurait dû être justifiée et parfaitement encadrée.

Après avoir affirmé la renaissance éventuelle de certains droits d'auteurs et droits voisins, le législateur précise la manière dont ces droits pourront être opposés par leurs titulaires. Cette information est fondamentale quand on sait que l'opposabilité *erga omnes* des droits de propriété intellectuelle est l'effet juridique principal des situations juridiques rencontrées. Cet effet juridique est accordé automatiquement en droit d'auteur. Il est recherché en droit de la propriété industrielle par l'accomplissement de formalités d'enregistrement. L'information délivrée par le législateur est la suivante : dans l'hypothèse d'une renaissance des droits, « *les titulaires de ces droits ne peuvent pas les opposer aux actes d'exploitation accomplis licitement avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi* ». En résumé, le droit s'est éteint à une époque. Le droit est ressuscité ultérieurement. La rétroactivité se situe à cet endroit. Pour autant, le droit n'est ressuscité que pour l'avenir. Autrement dit, le titulaire du droit ne peut pas opposer ses prérogatives à des personnes ayant accompli des actes d'exploitation avant la « renaissance » du monopole. Dans ce détail, il n'y a pas d'application rétroactive de la loi. Au contraire, le principe selon lequel les actes d'exploitation doivent être appréciés par le juge selon le droit en vigueur au jour de leur réalisation est respecté. En conclusion, sur ce seul terrain de l'opposabilité du droit, il ne faut constater qu'une application immédiate de la règle nouvelle³⁸².

La deuxième précision donnée par le législateur au sein de l'article 16 III de la loi du 27 mars 1997 et relative aux droits ressuscités, est la suivante : « *les titulaires de ces droits ne peuvent s'opposer à l'exploitation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme pendant un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi si l'exploitation en a été licitement engagée avant cette date* »³⁸³. Du côté du titulaire du droit, l'opposabilité de ses prérogatives est limitée pour le futur. Il semble bien que la norme montre un caractère personnel, puisque les destinataires de la règle sont uniquement les titulaires de ces droits « ressuscités ». Selon la doctrine de MEYER³⁸⁴, cette précision du législateur montre alors en elle-même une certaine rétroactivité.

En faisant cette fois appel à l'analyse structurale de la norme, il s'agirait d'écrire : *si* un acte d'exploitation de la chose par un tiers s'accomplit dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (A) et qu'il s'inscrit dans la poursuite d'une exploitation commencée avant

³⁸² La protection des intérêts des tiers avait été prise en compte par le droit communautaire. Le législateur se conforme à l'article 10, 3) de la directive n° 93/98 du 29 octobre 1993.

³⁸³ Cette garantie des intérêts des tiers est expliquée par la liberté créatrice du législateur français, liberté autorisée par la directive du 29 octobre 1993. L'article 10, 3° énonce : « *Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour protéger notamment les droits acquis des tiers* ».

³⁸⁴ V. P. FLEURY-LE-GROS, *op. cit.*, n° 171 et s. p. 79 et s.

l'entrée en vigueur (A'), *alors* le droit de propriété intellectuelle, même rétroactivement rétabli, ne pourra pas être opposé à l'exploitant (B). D'un côté, les prémisses du syllogisme font état des caractéristiques présentées par l'exploitation de l'œuvre. D'un autre côté, l'effet juridique consiste en une paralysie du droit de propriété intellectuelle ressuscité. En somme, l'élément relatif à l'exploitation déjà commencée avant l'entrée en vigueur de la loi, (A'), donne un champ d'action restreint à la norme.

Du côté de l'exploitant, dès lors que l'exploitation de l'œuvre a été « engagée » avant la date de l'entrée en vigueur, un délai lui est donné pour poursuivre celle-ci en toute sérénité. Autrement dit, la loi nouvelle a d'abord produit des effets rétroactifs en rendant possible la renaissance de droits de propriété intellectuelle pourtant valablement éteints « dans le passé ». Ensuite, le « délai de grâce » offert à l'exploitant dans cet article 16 III se présente comme un aménagement de cette rétroactivité³⁸⁵. Le législateur aurait pu dire à l'exploitant : « à partir de maintenant c'est fini, vous n'êtes plus autorisé à exploiter l'œuvre choisie ». Une sorte de caducité aurait atteint les contrats « en cours en » raison d'un objet devenu illicite. En effet, il s'agirait alors d'exploiter les utilités de la chose d'autrui. Avec l'ajout de l'article 16 III relatif au « délai de grâce », le législateur lui dit : « préparez-vous, dans un an vous ne serez plus autorisé à exploiter l'œuvre choisie ».

Il est affirmé à l'alinéa 3 de l'article 16 III : « *Les titulaires de ces droits ne peuvent s'opposer, pendant un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, à la poursuite de l'exploitation d'une œuvre, d'une prestation, d'une fixation ou d'un programme licitement créés avant cette date, à partir de l'œuvre, de la prestation, de la fixation ou du programme sur lesquels ces droits ont recommencé à courir* ». Le législateur aménage toujours les conséquences de la renaissance des droits au regard d'une exploitation poursuivie après l'entrée en vigueur. L'exploitation qui est envisagée a pour objet une œuvre ou un objet de droit voisin de nature composite, créé « à partir » d'une chose intellectuelle dont la protection vient de renaître.

L'analyse structurale de la règle peut aider l'interprète. La norme étudiée s'écrit de la manière suivante : *si* un acte d'exploitation de la « chose composite » par un tiers s'accomplit dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (A) et qu'il s'inscrit dans la poursuite d'une exploitation commencée avant l'entrée en vigueur (A'), *alors* le droit de propriété intellectuelle, même rétroactivement « rétabli », ne pourra pas être opposé à l'exploitant (B).

³⁸⁵ Une situation juridique contractuelle « en cours » est affectée par la loi nouvelle. Le contrat d'exploitation avait pour objet les utilités d'une chose intellectuelle tombée dans le domaine public. Cet objet est rendu possible par la conservation d'une certaine valeur de la chose.

Cette écriture permet d'affirmer sans se tromper que l'interprète doit se concentrer sur l'exploitation de la « chose composite »³⁸⁶.

Le législateur précise ensuite la manière dont les titulaires des droits « ramenés à la vie » pourront faire valoir leurs prérogatives patrimoniales à l'issue du délai prévu : « *À l'issue de ce délai, ils ne peuvent faire valoir que leurs droits patrimoniaux, pour la détermination desquels, en cas de difficulté, il est fait application de l'article L. 122-9 du code de la propriété intellectuelle. Le défaut de versement de la rémunération résultant du présent alinéa est punie de l'amende prévue à l'article L. 335-4 du même code* »³⁸⁷. La paralysie des prérogatives morales est facile à comprendre. L'intégration de l'œuvre ou de l'objet protégé au sein d'une « chose composite » ressort exactement du domaine des prérogatives morales du titulaire du droit. Par suite, le législateur empêche toute remise en question *a posteriori* de l'existence même de l'œuvre dérivée ou de toute chose élaborée à partir d'un élément concerné par la réforme. En quelque sorte, il s'agit de ne pas revenir sur un « acte de création » valable au jour de sa réalisation.

L'alinéa 4 de l'article 16 III dispose que « *les titulaires de ces droits ne peuvent s'opposer à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle qui a fait l'objet, antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, d'un contrat d'adaptation enregistré au registre public de la cinématographie* »³⁸⁸. Le législateur souhaite la continuation d'une entreprise particulière : la réalisation d'une œuvre audiovisuelle. L'hypothèse est la suivante : une œuvre audiovisuelle est issue de l'adaptation d'une œuvre littéraire préexistante. L'adaptation a été effectuée alors que l'œuvre originale était dans le domaine public. Ces circonstances ont permis aux auteurs de l'œuvre audiovisuelle de ne pas avoir à solliciter une autorisation pour effectuer l'adaptation de l'œuvre. Or, avec la renaissance des droits organisée par la loi du 27 mars 1997, les auteurs de l'œuvre littéraire originale auraient été en mesure de faire échouer le projet de réalisation de l'œuvre audiovisuelle. En somme, le législateur atténue, là encore, les conséquences de la renaissance des droits exclusifs, dans une optique de compromis.

³⁸⁶ Autrement dit, la date de création d'un poème, à partir duquel ont été élaborées les paroles d'une chanson, ne doit pas servir à résoudre le problème transitoire posé. En effet, si l'exploitation des paroles n'était pas « en cours » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la disposition transitoire ne devrait pas s'appliquer.

³⁸⁷ Alinéa 3 de l'article 16 III.

³⁸⁸ *JORF*, Déb., Sénat, séance du 5 mars 1996, p. 1031. Cette disposition de l'article 16 III a été insérée à l'initiative du Sénat.

Il est possible de remarquer que le critère de rattachement du droit antérieur est l'enregistrement du contrat d'adaptation au registre public de la cinématographie³⁸⁹. Ce critère est fiable puisque doté d'une date certaine. Le législateur ne laisse pas au juge la tâche difficile de déterminer l'état d'avancement du projet au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le législateur détermine lui-même le seuil au-delà duquel les intérêts des auteurs de l'œuvre audiovisuelle doivent impérativement être sauvegardés³⁹⁰.

Il est prévu à l'alinéa 5 de l'article 16 III : « *La prolongation, à compter du 1^{er} juillet 1995 des droits d'exploitation faisant l'objet, à cette même date, d'un contrat d'édition n'emporte pas prorogation de ce contrat si sa durée n'est déterminée que par référence à la durée légale de la propriété littéraire et artistique* ». Le législateur considère la situation suivante : à la date du 1^{er} juillet 1995³⁹¹, un droit d'auteur n'était pas encore arrivé à son terme. Il faisait même l'objet d'un contrat d'édition. Si une stipulation du contrat prévoyait la possibilité d'un allongement de la durée du droit d'auteur par l'effet d'une réforme éventuelle, la durée de l'accord est bien prolongée par l'effet de la loi nouvelle. Inversement, en l'absence de cette indication, le contrat qui ne faisait référence qu'à « la durée légale de la propriété littéraire et artistique » n'est pas prorogé. Peut-on dire que la loi nouvelle assure le respect de la volonté des parties ?

Il est certain que le législateur demande à l'interprète de se reporter à la lettre du contrat d'édition. Cependant, l'insertion d'une « clause type » selon lesquelles les éventuelles prolongations de la durée du droit s'appliqueront au contrat, ne témoigne pas forcément d'une rencontre parfaite des volontés des cocontractants.

94. L'article 16 IV de la loi - L'article 16 IV, alinéa 2 dispose : « *Toutefois, à peine de la nullité de la cession, l'auteur ne peut céder à un autre éditeur les droits correspondant à cette prolongation sans avoir au préalable proposé l'acquisition aux mêmes conditions, à l'éditeur cessionnaire au 1^{er} juillet 1995* ». Il est affirmé à l'alinéa 3 : « *Cette proposition est*

³⁸⁹ L'immatriculation de l'œuvre, ainsi que l'inscription des actes qui emportent aliénation ou restriction des droits sur l'œuvre audiovisuelle ont une vertu déclarative (V. l'article 54 de la loi du 3 juillet 1985 et l'article 33 du code de l'industrie cinématographique).

³⁹⁰ La règle devrait s'écrire de la manière suivante : *si* une œuvre audiovisuelle a été réalisée à partir d'une œuvre tombée dans le domaine public (A) et que le contrat d'adaptation a été enregistré au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (A'), *alors* le titulaire des droits ressuscités sur l'œuvre originale ne pourra pas s'opposer à la réalisation de l'œuvre audiovisuelle en question (B).

³⁹¹ En principe, l'application d'une loi nouvelle à un contrat « en cours » suppose de retenir la date d'entrée en vigueur de cette loi. Une difficulté provient ici du fait qu'il ne s'agit pas d'appliquer la loi nouvelle du 27 mars 1997 à un contrat « en cours » à la date de son entrée en vigueur (le 30 mars 1997), mais de retenir la date du 1^{er} juillet 1995. Il s'agirait, selon la doctrine du doyen HÉRON, de la véritable entrée en vigueur de la loi.

faite par écrit. Elle est réputée avoir été refusée si l'éditeur n'a pas fait connaître sa décision par écrit dans un délai de 2 mois ». Le législateur donne un droit de préférence à l'exploitant de l'œuvre dont les droits sont ressuscités par la réforme. Cet élément participe évidemment d'un compromis général qui rend la rétroactivité de la loi nouvelle conforme à une certaine équité. Il s'agit d'une sorte d'indemnisation des destinataires de la réforme. En plus de disposer d'un délai, ils acquièrent un droit de préférence à raison de leur seule qualité³⁹².

95. Conclusion du (a) – Par l'article 16 de la loi du 27 mars 1997, le législateur exprime d'abord sans ambiguïté son intention de déroger au principe de non rétroactivité. En raison de l'origine communautaire de la réforme, la date limite de transposition de la directive du 29 octobre 1993 joue un rôle majeur. C'est un facteur de difficulté pour l'interprète qui raisonne, en principe, à partir de la seule date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cependant, la rétroactivité de la loi du 27 mars 1997 est parfaitement encadrée. Les sources d'insécurité juridique et de conflits potentiels entre les ayants-droit avaient été anticipées par les autorités communautaires. Le cadre qui est ainsi posé supprime les incertitudes que le procédé de renaissance des droits de propriété intellectuelle devait nécessairement engendrer. Il s'agit à présent de s'intéresser à l'article 18 de la loi du 27 mars 1997.

b / L'article 18 de la loi du 27 mars 1997

96. Présentation - L'article 18 de la loi du 27 mars 1997 dispose : « *Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, est validée et rendue applicable pour cinq ans à compter du 1^{er} janvier 1996 la décision du 28 juin 1996, publiée au Journal officiel de la République française du 25 juillet 1996, de la commission créée par l'article L. 214-4 du Code de la propriété intellectuelle, fixant le barème de la rémunération due par les*

³⁹² P. ROUBIER, *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, in *Mélanges Jacques MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, t. 2, p. 513. Selon ROUBIER, le second type de mesures de transition législative correspond à une indemnisation des « victimes de la réforme ». Le législateur peut prévoir que cette compensation sera accordée par les bénéficiaires des nouvelles dispositions. ROUBIER, *op. cit.*, n° 33, p. 157 : « *dans les cas où le changement de législation aboutit à faire profiter une catégorie de bénéficiaires, de sacrifices consentis par d'autres, le législateur organisera une compensation en sens inverse sous la forme d'équivalent pécuniaire* ». ROUBIER donne l'exemple de lois venues imposer des restrictions au droit de propriété dans les rapports de voisinage ou des servitudes nouvelles. Le versement d'une indemnité pécuniaire ne serait toutefois pas nécessaire dans l'hypothèse d'une compensation naturelle entre les concessions réciproques des deux propriétaires. P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 33, p. 158. Le principe d'application immédiate de la loi nouvelle suffit à limiter immédiatement le droit du propriétaire du voisin ou du fond servant. ROUBIER donne un autre exemple tiré du droit des biens : les lois qui créent des « droits démembrés de la propriété ». Le doyen explique que l'établissement de concessions administratives s'est accompagné de compensations pour « *les propriétaires de la surface* ».

exploitants de discothèques aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes en application de l'article L. 214-1 du même code ». En somme, la loi nouvelle reporte dans le passé le contenu normatif d'une décision administrative qui ne devait régir que des dettes nées à partir du 1^{er} août 1996, date de son entrée en vigueur³⁹³. Dès le départ, les artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes et utilisateurs de la chose n'ont pas pu, par le moyen de la négociation, aboutir à la conclusion d'accords collectifs avec les représentants des discothèques. La commission paritaire créée par la loi du 3 juillet 1985 fit jouer sa compétence subsidiaire. C'est ainsi qu'en septembre 1987, cette commission détermina les barèmes qui devaient notamment permettre aux discothèques de s'acquitter d'une sorte d'indemnité au bénéfice des ayants-droit³⁹⁴. Un barème progressif, appliqué aux recettes d'exploitation de l'établissement, fut imposé à ces utilisateurs, sur une période de cinq ans à compter du 1^{er} janvier 1988. Le législateur avait précisé en 1985 que les accords collectifs conclus entre les professionnels concernés ne pouvaient durer plus de cinq années. Cependant, aucune limitation de ce type n'avait été expressément prévue pour les décisions de la commission. Le mécanisme classique de l'abrogation des normes en vigueur devait donc trouver à s'appliquer, sans qu'une interprétation extensive du terme prévu à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle ne soit possible. Autrement dit, l'absence de toute précision sur la durée d'applicabilité de la décision de la commission autorisait son maintien en vigueur jusqu'à son abrogation explicite, par l'effet d'une loi ou d'un règlement ultérieur³⁹⁵.

La décision du 9 septembre 1987 rencontra de sérieuses difficultés de mise en œuvre. Inégalement respectée, un sentiment d'impunité était né dans l'esprit de certains utilisateurs. Alors que des établissements refusaient de s'acquitter de leurs dettes, l'usage des phonogrammes était allègrement continué. Il était à craindre que l'existence de contestations relatives à la validité de la décision administrative ne constitue pour les débiteurs de la rémunération équitable un prétexte fallacieux pour s'affranchir de leurs obligations³⁹⁶. Le Conseil d'État précisa néanmoins en 1993 que l'article 5 de la décision, régissant

³⁹³ L'article 3 de la décision du 28 juin 1996 dispose : « *La présente décision est applicable pendant une durée de cinq ans à compter du 1^{er} jour du mois suivant sa publication au Journal officiel de la République française (...)* ». Il est fait appel au Parlement dans un domaine où la concertation des différents partenaires aurait dû permettre la prise en compte de situations particulières.

³⁹⁴ Décision du 9 septembre 1987, V. *supra*, n° 82 et s.

³⁹⁵ L'argument d'une abrogation implicite n'aurait pu être soutenu parce qu'il n'existait aucune norme nouvelle manifestement incompatible.

³⁹⁶ La jurisprudence fut d'ailleurs divisée sur la valeur à donner à cet argument, V. CA Paris, 11 déc. 1989 : *Gaz. Pal.* 1990, II, jurispr. p. 562, 1^{ère} esp. ; V. aussi : TGI Paris, 13 févr. 1992 : *Propr. Intell.* 1992, n° 39, p. 33. L'argument n'est pas considéré comme valable, mais permet l'obtention d'un sursis à statuer.

spécialement les discothèques, n'était pas illégal³⁹⁷. Ce n'est que le 28 juin 1996 que la commission prit l'initiative de produire des normes en ce domaine. Quelques éléments de calcul furent modifiés³⁹⁸ et un barème unique fut adopté³⁹⁹. Comme la commission resta silencieuse entre le 31 décembre 1992 (terme du barème progressif) et le 28 juin 1996, la question du taux qu'il s'agissait de retenir pour cette période prit une acuité toute nouvelle. L'absence de terme posé à l'applicabilité de la décision du 9 septembre 1987 devait permettre d'affirmer que le texte avait régi, sans discontinuité, toutes les dettes nées après le 31 décembre 1992⁴⁰⁰. Monsieur LAFFITTE remarquait que la seconde intervention de la commission s'était fait attendre⁴⁰¹. Autrement dit, la modification apportée en 1996 ne correspondait pas à la « *périodicité envisagée par le législateur* »⁴⁰². Il n'aurait pas dans son intention de laisser la rémunération équitable due par les discothèques régie par les mêmes dispositions pendant près de huit années⁴⁰³. La décision du 28 juin 1996 comportait d'ailleurs une précision nouvelle, sûrement causée par ces incertitudes embarrassantes : la décision serait applicable pendant cinq années et à l'expiration de cette période, le barème pourrait toujours être mis en œuvre « *à défaut d'entrée en vigueur d'un nouveau barème* »⁴⁰⁴. Ces précisions ont pour finalité de rendre possible un fonctionnement continu de la licence légale, seul moyen de rendre effectif le droit à rémunération des titulaires de droits voisins⁴⁰⁵.

97. Un cavalier législatif - La nature de cavalier législatif de l'article 18 de la loi du 27 mars 1997 avait été évoquée au terme d'une recherche des causes d'inconstitutionnalité de la disposition en question⁴⁰⁶. Le recours à cet expédient législatif fut logiquement frappé de

³⁹⁷ CE., 27 sept. 1993, n° 95173 : *JCP* 1993, IV, 2576.

³⁹⁸ L'assiette de la rémunération fut clarifiée et des abattements furent ajoutés (V. l'article 1^{er}).

³⁹⁹ Ce barème correspondait d'ailleurs à celui fixé pour la cinquième année d'application de la décision du 9 septembre 1987.

⁴⁰⁰ V. Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2002 : *RIDA* janv. 2003, p. 317, obs. A. KEREVER. Il est dit que la Cour d'appel a fait une exacte application de l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *en décidant que le texte du barème progressif légalement arrêté pour la cinquième année par la première décision de la commission devait recevoir effet jusqu'à l'intervention de la décision suivante* ».

⁴⁰¹ Rapport de M. LAFFITTE au nom de la commission des affaires culturelles, Sénat, n° 146 (1996-1997).

⁴⁰² Rapport de M. LAFFITTE, *précité*.

⁴⁰³ Certes, la loi du 3 juillet 1985 ne faisait pas obligation à la commission d'édicter une réglementation tarifaire couvrant une période précise. Néanmoins, la mission confiée par le législateur, en cas d'échec des négociations des principaux acteurs, comportait certainement la surveillance du bon fonctionnement du système. Un devoir de vigilance devait la contraindre à porter attention à toutes les circonstances propres à rompre l'équilibre de départ, à l'instar des incertitudes liées à l'application de la décision du 9 septembre 1987 au delà de cinq années. Les premières règles avaient été appliquées au commencement de l'année 1988 et les modifications apportées par la commission n'entraient en vigueur qu'en août 1996.

⁴⁰⁴ V. l'article 3 de la décision.

⁴⁰⁵ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1642, p. 953 et n° 1681, p. 972.

⁴⁰⁶ V. Rapport de M. LAFFITTE, *précité*, p. 32. Il est vrai que l'utilisation du procédé du « cavalier législatif », qui consiste en l'insertion d'une ou plusieurs dispositions n'entretenant aucun rapport avec l'objet officiel de la

réprobations⁴⁰⁷. La mesure adoptée est retrouvée au sein d'un corpus de règles dont elle ne partage pas le thème principal. Le barème choisi en 1996 sera d'ailleurs confirmé pour une année supplémentaire par la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel⁴⁰⁸. Le régime de l'obligation de paiement de la rémunération équitable semble alors quelque peu déstructuré. L'insertion de l'article 18 au sein de la loi du 27 mars 1997 doit être comprise comme une réponse à une situation complexe, où l'efficacité d'un système de gestion collective est menacée par un respect inégal de ses contraintes et la multiplication de procédures dilatoires. Il est fait appel au Parlement afin d'éviter une remise en cause éventuelle de la validité de la décision du 28 mars 1996, mais plus largement dans l'idée d'affirmer une fois de plus le caractère obligatoire de la licence légale. La place de l'article 18 au sein de la loi du 27 mars 1997 est expliquée par l'urgence relative dans laquelle le législateur a été contraint d'intervenir.

98. Le procédé de la « validation préventive » - La décision de la commission est expressément citée au sein de la clause de rétroactivité. Comme la décision n'a fait l'objet d'aucune annulation contentieuse, elle participe du contenu de l'ordonnement juridique au moment de l'élaboration de la loi nouvelle⁴⁰⁹. Le législateur affirme que la décision précitée est validée pour une certaine période, il lui donne donc un champ d'application temporel inédit. Il est tentant de croire que les hésitations relatives à la durée d'application de la décision du 9 septembre 1987 sont à l'origine de l'intervention législative du 27 mars 1997. Cependant, la rétroactivité présente au sein de l'article 18 de la loi du 27 mars 1997 n'est pas fixée au 31 décembre 1992, c'est-à-dire au terme d'une durée de cinq années après l'entrée en vigueur de la décision du 9 septembre 1987. Le report dans le passé de la décision du 28 juin 1996 est seulement fixé au 1^{er} janvier 1996. Le législateur use ici du procédé de la « validation préventive ». Il souhaite simplement faire échec aux procédures « en cours ». Il

loi, peut parfois justifier l'intervention du Conseil constitutionnel. Ce dernier doit en effet s'assurer que le Conseil d'État a bien été consulté sur les projets de lois, sur le fondement de l'article 39 de la Constitution. (V. la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, loi de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF* n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890, article 15). La technique du cavalier législatif ne contribue certainement pas à rendre le droit accessible. En effet, le sujet de droit est alors contraint de rechercher avec patience les divers « morceaux législatifs » nécessaires à la reconstitution du régime juridique qui lui est applicable. Immanquablement, la sécurité juridique n'est pas totalement assurée dans cette hypothèse.

⁴⁰⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Brèves observations sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997* : *JCP G* 1997, n° 22, p. 235 ; A. FRANÇON : *RTD com*, 1997, p. 252 et s., sp. p. 264.

⁴⁰⁸ Loi du 17 juillet 2001 n° 2001-624, *JO* 18 juillet 2001, p. 11496. L'article 16 dispose : « Dans l'article 18 de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 (...), les mots « cinq ans » sont remplacés par les mots « six ans » ».

⁴⁰⁹ La clause de rétroactivité contenue dans la loi du 20 juillet 1993 ne faisait aucune référence à la décision du 9 septembre 1987. Celle-ci ayant été frappée de nullité, elle était censée de ne jamais avoir été prise par la commission au jour de l'intervention législative. V. *supra*, n° 82 et s.

intervient en amont pour éviter l'annulation d'un acte administratif. Il impose, de la sorte, la pérennité du système de la licence légale. En étant ratifiée par le Parlement pour le passé comme pour l'avenir, la décision du 28 juin 1996 ne constitue plus un acte susceptible d'être contrôlé par le juge administratif. Pour Monsieur MATHIEU, dans l'hypothèse des « *ratifications préventives* », le législateur reprend à son compte une disposition administrative : « *Il modifie alors la nature de l'acte en le transformant en un acte de forme législative* »⁴¹⁰.

Au Sénat, la commission des lois avait adopté un amendement de suppression de la clause de rétroactivité pour cause d'inconstitutionnalité⁴¹¹. Il était souligné que la durée d'application de la règle nouvelle était subordonnée à l'intervention d'un accord interprofessionnel ou d'une décision administrative, alors que seul le législateur est en mesure de fixer les conditions d'entrée en vigueur ou d'abrogation des normes⁴¹². De plus, l'intervention du législateur dans le contentieux administratif aurait porté une atteinte disproportionnée au droit de recours des usagers souhaitant l'annulation de la décision du 28 juin 1996. L'intérêt général n'aurait pu justifier cette validation préventive, en raison d'une atteinte trop importante portée au droit de recours juridictionnel effectif⁴¹³. Si la loi du 27 mars 1997 ne fut pas déclarée inconstitutionnelle, les critiques formulées conduisent naturellement à s'interroger sur la nature du compromis proposé par le législateur. L'objectif poursuivi consistait essentiellement à empêcher la remise en cause, pour une seconde fois, de la validité d'une décision de la commission. Il s'agissait de mettre les titulaires des droits voisins à l'abri des contestations incessantes relatives aux méthodes de calcul de la rémunération équitable. La pérennité de la licence légale nécessitait le sacrifice d'intérêts privés⁴¹⁴.

⁴¹⁰ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle, op.cit.*, p. 236.

⁴¹¹ Il s'agissait de supprimer l'article 16 ter du projet de loi, devenu ensuite l'article 18 de la loi du 27 mars 1997.

⁴¹² Rapport de M. LAFFITTE, *précité*.

⁴¹³ Ce droit à un recours effectif est fondé en droit interne sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans l'ordre international, il est notamment garanti par l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁴¹⁴ L'intervention législative, en raison de sa rétroactivité, apporte une certaine insécurité juridique dans le secteur des discothèques et établissements similaires. Les « usagers » perdent brutalement la faculté de contester une décision administrative qui conditionne la liquidation d'une dette dont ils sont les débiteurs. Madame VALEMBOIS écrit qu'« *en matière de validation législative, la sécurité juridique est souvent invoquée pour servir de fondement à la modification rétroactive du droit ; or, la rétroactivité des validations peut porter atteinte à des situations subjectives, dignes de protection au titre du principe de confiance légitime* » : A.-L. VALEMBOIS, *op.cit.*, n° 375, p. 237 ; V. aussi : J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 1994, vol. 2, p. 996.

99. Les limites de l'application rétroactive de la loi nouvelle - La période concernée par la rétroactivité de la loi nouvelle n'est pas très étendue. Du 1^{er} janvier 1996 au 1^{er} août 1996, le législateur impose rétroactivement un fondement différent à la dette des usagers des phonogrammes. Il décide que ce n'est plus la décision du 9 septembre 1987 qui s'applique au cours de cette période, mais celle du 28 juin 1996. En considérant ce bref intervalle, la rétroactivité de la loi nouvelle ne semble pas très dangereuse. Par ailleurs, le taux retenu dans la décision de la commission du 28 juin 1996 et reporté dans le passé par l'effet de la loi du 27 mars 1997 est de 1,65 %. Or, c'est précisément le taux correspondant à la cinquième année d'application de la décision du 9 septembre 1987 (applicable depuis le 1^{er} janvier 1992). Il est dès lors facile de conclure que le barème de 1,65% était déjà appliqué par certains usagers avant que la loi du 27 mars 1997 ne lui donne une portée rétroactive⁴¹⁵.

100. Conclusion du (b) – Au moyen d'une disposition transitoire rétroactive, le législateur privilégie la situation des titulaires de droits voisins dont l'effectivité des prérogatives subissait une nouvelle menace. Par le jeu d'une validation préventive, il confirme pour le passé comme pour l'avenir l'application de la décision du 28 mars 1996. Le législateur circonscrit les contours de la rétroactivité en fonction d'un objectif de pacification des rapports entre les parties à la licence légale.

101. Conclusion du III – L'étude a été faite des raisons pour lesquelles le législateur, en droit de la propriété intellectuelle, choisit au sein d'une disposition transitoire de privilégier l'application immédiate d'une loi nouvelle. À ce titre, il a pu prévoir l'intervention subsidiaire d'une commission spéciale. Il a pu aussi donner un contenu inédit à des contrats « en cours ». Les dispositions transitoires qui postulent expressément une application rétroactive de la règle nouvelle ne sont pas nombreuses en droit de la propriété intellectuelle.

⁴¹⁵ D'ailleurs, le législateur, en 1997, ne précise pas que la rétroactivité de la loi nouvelle n'atteindra pas les paiements déjà effectués, alors qu'il l'avait pourtant précisé dans la loi du 20 juillet 1993. L'absence de cette précision est parfaitement logique puisque le seul barème que les usagers diligents ont appliqué du 1^{er} janvier 1996 au 1^{er} août 1996 correspond justement à celui imposé rétroactivement par la loi nouvelle. Cependant, la décision du 28 juin 1996 propose le jeu d'abattements non prévus par la décision administrative précédente (article 2). Ceux-ci ont pour rôle d'inciter les usagers au paiement rapide de la rémunération et à la communication d'informations comptables certifiées. En raison de leur nature, ces abattements n'ont pas pu recevoir une application dans le passé par l'effet de la loi nouvelle. Par exemple, au sein du 1^o de l'article 2 de la décision du 28 mars 1996, il est prévu un abattement de 15% pour les établissements qui s'acquittent, avant le 25 du mois, du montant de la rémunération facturé le mois précédent. Cette disposition favorable aux usagers ne peut pas être rétroactivement appliquée à compter du 1^{er} janvier 1995. Il ne peut pas être reproché à la SPRE d'avoir omis de procéder à des réductions de cette nature pour des sommes dues avant le 1^{er} août 1996. En effet, ces règles étaient inconnues à l'époque du paiement. De même, aucun remboursement ne serait concevable à ce propos, même s'il était prouvé *a posteriori* que le paiement avait bien été effectué et les documents envoyés à une date précise. Seule une disposition transitoire aurait pu permettre l'application dans le passé de ce type de règle.

De plus, elles sont parfaitement justifiées. Mesures de validation créées *a posteriori* ou obéissant au schéma de la « validation préventive », elles ont pour objectif d'assurer le fonctionnement correct de systèmes de gestion collective des droits. Les « clauses de rétroactivité » rencontrées peuvent aussi dépendre d'une réforme d'inspiration européenne. Il s'agit alors d'encadrer une mesure extraordinaire de résurrection de droits valablement éteints sous l'empire de la loi ancienne. En conclusion, en droit de la propriété intellectuelle, l'étude des dispositions transitoires rétroactives est rassurante.

102. Conclusion de la Section II – En droit de la propriété intellectuelle, le législateur donne parfois une simple illustration du principe de l'application immédiate. Plus précisément, en droit de la propriété industrielle, il anticipe certaines difficultés. Il peut s'agir de la coexistence de titres anciens et nouveaux, de la suppression d'un titre pour l'avenir ou du changement de règles procédurales imposées pour la réservation d'une chose intellectuelle. En droit de la propriété littéraire et artistique, le législateur est préoccupé par l'équilibre contractuel des contrats d'exploitation conclus sous l'empire du droit antérieur. Il a été vu que donner le plus grand champ d'application temporel possible à la loi nouvelle signifie, dans ce cas, mettre de côté le principe jurisprudentiel de survie de la loi ancienne. Lorsque l'on suit l'évolution de la chose réservée, il est possible de constater un accroissement de ses utilités. L'augmentation des prérogatives du titulaire du droit peut résulter de circonstances factuelles, comme juridiques. Par suite, « forcer » les limites du contrat pour y insérer une vision actualisée de la valeur de la chose protégée est une démarche qui peut sembler opportune. Néanmoins, modifier le sens de stipulations contractuelles dans le but d'organiser une prise en considération plus grande d'une réforme est un procédé discutable au regard de l'exigence de sécurité juridique. L'application immédiate et l'application rétroactive de la loi nouvelle tendent alors à se confondre. Il a été constaté qu'en droit de la propriété intellectuelle, le juge ne s'est pas toujours montré très prudent dans sa « relecture » de contrats antérieurs.

Il a aussi été remarqué qu'en droit de la propriété intellectuelle, le législateur a déjà créé des « clauses de rétroactivité ». Procédé spectaculaire et redouté en droit transitoire, il n'a pas été utilisé de manière critiquable par le législateur en cette discipline. En effet, loin de correspondre à une violation de la liberté civile ou à une réécriture injuste des conventions existantes, les interventions du législateur se justifient facilement. L'objectif poursuivi a consisté à rendre effective l'application d'un système de gestion collective des droits ou de permettre la transposition tardive d'une directive communautaire. En conclusion, l'abus

caractéristique de ses pouvoirs par le législateur ne trouve aucune illustration en droit de la propriété intellectuelle.

103. Conclusion du Chapitre I – Il a été vu que la qualification de « loi de conflit » permet d’isoler un type particulier de dispositions transitoires. En droit de la propriété intellectuelle, il est courant que le législateur choisisse la loi applicable à une question transitoire précise. Pour le juge, sur ce point, il n’y a plus de concurrence entre la loi ancienne et la loi nouvelle. Il a été remarqué qu’en droit de la propriété intellectuelle, le législateur évoque souvent le jeu des principes classiques du droit transitoire. Il rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle ou réaffirme que la loi ancienne doit toujours être observée lors de la vérification ultérieure des conditions de validité d’un titre acquis avant l’entrée en vigueur de la réforme. Parfois, le choix de la loi nouvelle au sein d’une disposition transitoire est bien plus pensé comme une volonté du législateur de se montrer pédagogue. Il ne faut pas oublier que le principe de l’application immédiate de la loi nouvelle est censé s’appliquer par défaut. Il s’agit alors pour le législateur d’anticiper les difficultés que l’interprète, comme le juge est en mesure de rencontrer.

En droit de la propriété intellectuelle, le législateur tranche aussi pour l’application d’une loi sans se référer au jeu classique des principes transitoires. Il entend alors conserver la durée d’un titre de propriété industrielle pour tous les droits « en cours de validité » au jour de l’entrée en vigueur, alors même que la loi nouvelle postule une modification de cette durée. Il a été constaté que le législateur pouvait maintenir la loi qui était en vigueur au jour d’une étape précise de la procédure d’enregistrement d’une demande de protection. Une assimilation à une « loi de procédure » postulerait pourtant son application automatique à l’ensemble des formalités exigées. Le législateur a parfois porté atteinte au contenu de conventions conclues sous le droit antérieur, au mépris du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle. Le principe de sécurité juridique aurait alors imposé une lecture stricte de cette indication. Il a été vu que les juges n’ont pas toujours observé cet impératif. Il s’agit à présent de s’intéresser à la qualification de « loi de transition » et de la transposer au domaine du droit de la propriété intellectuelle.

Chapitre II / LA QUALIFICATION DE « LOI DE TRANSITION » EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

104. Monsieur BACH évoque l'existence de dispositions transitoires « *au sens strict* » qui assurent une transition entre deux textes législatifs successifs⁴¹⁶. Ces dispositions prévoient « *pour un temps déterminé* » un régime juridique unique qui ne se retrouve ni au sein de la loi ancienne, ni au sein de la loi nouvelle⁴¹⁷. Pour le doyen ROUBIER, il s'agit d'évoquer une « *troisième norme* »⁴¹⁸. En droit de la propriété intellectuelle, pareilles dispositions transitoires, qui proposent la création d'un régime de transition dérogatoire à la loi ancienne comme à la loi nouvelle, se retrouvent facilement (**Section I**). D'une manière spécifique, le législateur organise parfois « l'indemnisation » des destinataires de la règle nouvelle par l'intermédiaire de ce type de disposition transitoire (**Section II**). Une catégorie de titulaires de droit est dans ce cas spécialement visée. Il est incontestable que le législateur entend rendre moins brutal le passage à un ordonnancement juridique nouveau. De même, le législateur a recours à cette technique afin de garantir l'unification des titres industriels « en circulation » (**Section III**). Il est certain que rendre homogène la catégorie représentée par un type de monopole donné est conforme à l'exigence de sécurité juridique. Seule la technique de l'insertion d'une « loi de transition » est en mesure de répondre à ces différentes attentes.

SECTION I / La mise en place de régimes dérogatoires à la loi ancienne comme à la loi nouvelle

105. Il s'agit dans un premier temps de s'intéresser à certaines conventions internationales propre au droit de la propriété intellectuelle parce qu'elle constituent assurément une source d'inspiration pour le législateur français (**I**). Seront ensuite présentés des exemples tirés du droit de la propriété intellectuelle interne (**II**).

⁴¹⁶ L. BACH, Rép. Civ. *Conflits de lois dans le temps*, n° 29.

⁴¹⁷ L. BACH, *op. cit.*

⁴¹⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 33, p. 160.

I / L'exemple des conventions internationales

106. Présentation - Au XIX^{ème} siècle, de nombreuses conventions internationales eurent pour objet de répondre au problème né de la répression d'actes de contrefaçon réalisés en pays étranger⁴¹⁹. Avant qu'une convention internationale n'entre en vigueur, l'auteur n'était pas autorisé à agir dans le pays en question dès lors que son œuvre recevait la qualification d'« ouvrage étranger ». Il faut alors remarquer que l'évènement « publication de l'œuvre » joue un rôle plus important que la date de sa création d'un point de vue transitoire.

107. L'exemple d'une convention conclue entre la France et la Prusse en 1862 – Une convention fut conclue entre la France et la Prusse le 2 août 1862⁴²⁰. La formalité de l'enregistrement de l'œuvre au sein de l'un des deux États était une condition pour agir sur le fondement du droit d'auteur⁴²¹. Pour l'accomplissement de cette formalité, il était fixé « *un délai de trois mois après la publication dans le pays d'origine pour les ouvrages publiés depuis le traité, et après la mise en vigueur du traité pour les ouvrages publiés antérieurement* ». Force est de constater que les ouvrages publiés avant la mise en vigueur du traité reçurent un traitement unique. Cette disposition transitoire a pour avantage d'assurer une application homogène de la réforme⁴²². En son absence, l'interprète aurait connu les plus grandes difficultés pour connaître le sort des ouvrages publiés avant l'entrée en vigueur du traité. Le champ d'application des règles nouvelles s'est trouvé nécessairement agrandi. Comme le régime spécial créé n'appartient ni au droit nouveau, ni au droit ancien, la disposition transitoire s'analyse comme une « loi de transition ». D'ailleurs, il est possible de constater que les destinataires de la règle mise en place sont dénombrables. Selon la doctrine de Monsieur MAYER⁴²³, une certaine rétroactivité pourrait alors être déduite de cette disposition transitoire parce que la norme perd son caractère hypothétique.

⁴¹⁹ Un « premier État » était celui où la première publication de l'œuvre avait été effectuée. L'enregistrement de l'œuvre dans ce dernier donnait à l'auteur la possibilité d'agir dans le pays signataire de la convention, en cas de contrefaçon de l'ouvrage constatée sur son territoire. C'est la formalité de l'enregistrement qui donnait une « nationalité » à l'œuvre.

⁴²⁰ V. *Rec. Sirey, Lois annotées de 1865*, p. 17. La promulgation a été faite par décret impérial du 10 mai 1865. V. aussi : CA Paris, 27 juin 1866 : *Rec. Sirey* 1867, II, p. 37.

⁴²¹ V. l'article 3.

⁴²² Parfois, quand le législateur est confronté à ce type de problème il crée un nouveau délai. V. les délais imposés pour diriger une action en recherche de paternité : DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, n° 185, p. 223.

⁴²³ P. MAYER, *op. cit.*, n° 68, p. 48.

108. Le sort d'éditions étrangères d'« ouvrages français » - Le décret du 29 décembre 1810⁴²⁴ avait pour objet de régir les éditions faites en Hollande avant le 1^{er} janvier 1811 d'« ouvrages français ». L'objectif était d'éviter que l'introduction sur le territoire français d'ouvrages contrefaits ne portent préjudice à l'édition nationale⁴²⁵. L'article 1^{er} du décret dispose : « *Les éditions antérieures au 1^{er} janvier 1811, faites en Hollande, d'ouvrages imprimés en France antérieurement à la même époque, et faisant partie de la propriété littéraire privée, ne pourront être considérées comme des contrefaçons lorsqu'elles auront été estampillées avant le 1^{er} mars prochain* ». Une procédure de contrôle est créée, elle a une vocation transitoire. Par suite, il ne fut pas nécessaire d'effectuer un choix entre l'application immédiate et brutale de la loi protectrice des intérêts de l'auteur français d'un côté, et la reconnaissance embarrassante d'une tolérance perpétuelle au bénéfice des libraires étrangers de l'autre. Il faut noter que les éditions antérieures avaient été réalisées en toute légalité. Elles sont identifiables parce que leur nombre est limité. Le régime transitoire consiste en l'obligation d'estampiller celles-ci avant une date butoir fixée au 1^{er} mars 1811, sous peine d'être considérées comme des contrefaçons. En somme, le statut licite de la chose « œuvre » est dépendant de l'accomplissement d'une formalité. En cas de négligence de l'éditeur, le statut de la chose peut changer : de chose réservée par un droit de propriété intellectuelle, elle peut devenir « chose hors du commerce ». La disposition transitoire ne peut être assimilée ni au droit ancien, ni au droit nouveau. C'est en cela qu'elle constitue une « loi de transition »⁴²⁶. L'article 5 du décret conclut : « *Au 1^{er} mars, l'estampille sera envoyée à notre directeur général de la librairie, avec les procès-verbaux des estampillages qui auront été dressés ; et, dès ce moment, tous les exemplaires des éditions susmentionnées qui seront trouvés dénués de la marque de l'estampille, seront considérés comme des contrefaçons, et ceux sur lesquels ils seront saisis, soumis aux peines portées par les lois et nos règlements* ». En d'autres termes,

⁴²⁴ Rec. Sirey 1791-1830, *Lois annotées*, I, p. 839.

⁴²⁵ La Hollande a été annexée à l'Empire français de 1810 à 1813.

⁴²⁶ L'article 2 du décret étudié dispose : « *En conséquence, les éditeurs, imprimeurs, libraires ou tous autres faisant le commerce de la librairie en Hollande, qui s'en trouvaient possesseurs ou propriétaires, seront tenus de déclarer, dans le délai d'un mois, à dater de la promulgation de notre présent décret, au préfet de leur département, qui en instruira notre intendant général de l'intérieur en Hollande, le nombre d'exemplaires qu'ils possèdent de chacune des dites éditions. Notre intendant général de l'intérieur transmettra copie de ces déclarations à notre directeur général de la librairie* ». Les exemplaires devaient être « représentés » à un commissaire par chaque imprimeur ou libraire, dans chaque département et avant une date butoir. Une fois la première page des ouvrages estampillée, ces derniers pouvaient être vendus librement. En somme, la circulation de l'ouvrage est conditionnée par l'accomplissement d'une procédure spécifique. L'article 4 dispose : « *Les libraires seront tenus de payer aux auteurs ou propriétaires, le douzième de la totalité des exemplaires déclarés par eux, existant actuellement dans leur magasins ou à leur disposition ; et cela tous les six mois, dans la proportion des ventes qu'ils feront, et qui seront évaluées par le nombre d'exemplaires qui leur resteront et qu'ils représenteront* ». La référence aux exemplaires « existant actuellement » est particulièrement significative d'une disposition légale dépourvue des caractères de la règle de droit selon la doctrine de Monsieur MAYER. En effet, la norme n'est plus générale ni hypothétique. Il ne s'agit plus d'une règle juridique mais d'une « décision ».

lorsque la procédure n'était pas respectée, peu importe que l'impression fut licite au moment de sa réalisation, la circulation de l'objet « œuvre » n'est plus permise dans l'État français. Une troisième norme est reconnaissable. En ce sens, la disposition transitoire ne participe pas de l'ordonnement juridique antérieur et n'impose pas strictement l'empire du droit nouveau.

109. Une procédure unique pour bénéficier d'un régime de transition – Au sein de la convention de Rome⁴²⁷, de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961⁴²⁸ ou de la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963, sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention⁴²⁹, une procédure spéciale est à chaque fois aménagée. Elle conditionne le bénéfice d'une période transitoire.

⁴²⁷ Convention internationale pour la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961 et entrée en vigueur en France le 3 juillet 1987. Publiée par le décret n° 88-234 du 9 mars 1988 (JO 15 mars). L'article 17 de la convention dispose : « *Tout État dont la législation nationale, en vigueur au 26 octobre 1961, accorde aux producteurs de phonogrammes une protection établie en fonction du seul critère de la fixation pourra, par une notification déposée auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en même temps que son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, déclarer qu'il n'appliquera que ce critère de la fixation aux fins de l'article 5, et ce même critère de la fixation au lieu du critère de la nationalité du producteur aux fins du paragraphe 1, alinéa a (iii) et (iv), de l'article 16* ». En somme, il convient d'abord de se référer à la législation antérieure de l'État. En considération de celle-ci et sous réserve d'accomplir une procédure particulière, l'État a la possibilité de conserver une caractéristique essentielle du régime des droits voisins existant au moment de l'entrée en vigueur de la réforme. La règle qui prévoit cette obligation de notification est enfermée dans un délai précis. Elle constitue une « troisième norme » parce qu'elle aménage une transition qui se suffit à elle-même. Il ne s'agit ni de conserver le droit antérieur, ni de reprendre le contenu de la loi nouvelle.

⁴²⁸ L'article 2 § 1 dispose : « *Chaque État de l'Union peut reconnaître le droit de l'obteneur prévu par la présente Convention par l'octroi d'un titre de protection particulier ou d'un brevet. Toutefois, un État de l'Union dont la législation nationale admet la protection sous ces deux formes ne doit prévoir que l'une d'elles pour un même genre ou une même espèce botanique* ». Cette disposition permet de comprendre le contenu de l'article 37 intitulé « *Dérogation pour la protection sous deux formes* ». Il est prévu un régime de transition favorable aux États sous réserve d'une notification à effectuer auprès du Secrétaire général. Une procédure entièrement indépendante doit donc être accomplie par l'État. Il s'agit d'une troisième norme qui subordonne l'octroi d'un bénéfice transitoire.

⁴²⁹ Convention entrée en vigueur en 1980, publiée par le décret n° 80-1152 du 30 décembre 1980 (JO du 4 janvier 1981). L'article 12 dispose en son 1° : « *Nonobstant les dispositions de la présente Convention, chacune des parties contractantes peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, se réserver, pour la période transitoire définie ci-après, la faculté : a) de ne pas prévoir l'octroi de brevets pour les produits alimentaires et pharmaceutiques en tant que tels, ainsi que pour les procédés agricoles ou horticoles autres que ceux auxquels s'applique l'article 2, lettre b) ; b) d'octroyer valablement des brevets pour des inventions divulguées dans les six mois précédant le dépôt de la demande, soit en dehors du cas prévu sous l'article 4, § 4 b), par l'inventeur lui-même, soit en dehors du cas prévu à l'article 4, § 4 a), par un tiers ayant reçu des informations provenant de l'inventeur* ». Autrement dit, la publication doit être considérée comme neutre, même en dehors des cas prévus par la loi. L'article 12 étudié dispose en son 2° : « *La période transitoire visée au § 1 est de dix ans dans le cas prévu à l'alinéa a) et de cinq ans dans le cas prévu à l'alinéa b). Elle se compte à partir de l'entrée en vigueur de la présente convention à l'égard de la Partie contractante considérée* ». En résumé, pendant la période transitoire mentionnée, les États jouissent d'une certaine liberté. Ils peuvent s'affranchir de certaines limites, pourtant apportées par la réforme envisagée. En effet, l'article 2 qui est cité au sein de la règle transitoire dispose : « *Les États contractants ne sont pas tenus de prévoir l'octroi de brevets pour (...), b) : les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés* ». C'est-à-dire que les États ont la possibilité, en dehors du domaine de non brevetabilité prévu, de prévoir que certaines inventions ne pourront pas être brevetées. Pendant dix années, à partir de l'entrée en vigueur, l'État aura la faculté de maintenir une règle qui figurait dans sa législation interne au moment de sa signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification. La qualification de « disposition transitoire » est autorisée par une référence, d'une part, à la date de

110. Conclusion du I – Il a été constaté que le législateur, en droit de la propriété intellectuelle, a toujours pu s'inspirer de conventions internationales afin de rédiger des dispositions transitoires sécurisantes. D'autre part, il convient de remarquer que la circulation de la chose intellectuelle d'un pays à un autre a souvent conduit à s'interroger sur un changement de statut largement théorique. De « chose intellectuelle » expressément envisagée par le législateur, elle devient « chose contrefaisante » en un instant. La disposition transitoire, « rangée » au sein de la catégorie des « lois de transition », a alors pour intérêt de donner aux destinataires de la réforme le temps nécessaire pour organiser la sauvegarde de leurs intérêts. Assurément, le procédé est conforme à l'exigence de sécurité juridique.

II / Des exemples issus du droit interne

111. L'organisation d'une procédure au bénéfice des titulaires de droits acquis : un exemple en droit d'auteur - L'article premier de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964⁴³⁰ sur l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur correspond aux deux premiers alinéas de l'article L. 111-4 du Code de la propriété intellectuelle. L'article 2 de cette loi, en revanche, n'a pas été codifié. Il dispose : « *La présente loi ne porte pas atteinte aux droits antérieurement acquis par les ayants-cause français sur les œuvres dont les titres ont été déposés, antérieurement à la promulgation de la présente loi, dans un État visé à l'article 1^{er}. Les titulaires de ces droits devront se faire connaître selon une procédure et dans un délai qui seront fixés par décret* ». Selon l'article premier de la loi du 8 juillet 1964, en l'absence d'application de la règle de réciprocité, l'œuvre étrangère n'est pas protégée sur le territoire français. En d'autres termes, un acte d'usage non autorisé par l'auteur et réalisé sur le territoire national ne serait pas sanctionné. Il faudrait néanmoins

signature de l'État, et, d'autre part, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention. La liberté de l'État est toutefois limitée par la désignation des produits alimentaires et pharmaceutiques, et par l'expression « en tant que tels ». Les dispositions internes qui interdiraient de breveter des inventions qui n'appartiennent pas au domaine alimentaire ou pharmaceutique devraient donc être immédiatement adaptées, aucune période de tolérance n'étant prévue en ce cas (l'article 4 § 4 prévoit : « *Un brevet ne peut être refusé ou invalidé au seul motif que l'invention a été rendue publique dans les six mois précédant le dépôt de la demande, si la divulgation résulte directement ou indirectement : a) d'un abus évident à l'égard du demandeur ou de son prédécesseur en droit ; b) du fait que le demandeur ou son prédécesseur en droit a exposé l'invention dans des expositions officielles ou officiellement reconnues, au sens de la Convention concernant les expositions internationales, signée à Paris le 22 novembre 1928 et modifiée le 10 mai 1948* »). Cette disposition transitoire permet de considérer plus facilement que la divulgation antérieure au dépôt n'est pas destructrice de nouveauté, puisque des raisons différentes de celles limitativement énumérées à l'article 4 § 4 peuvent être invoquées. En conclusion, la technique de la disposition transitoire permet aux États membres de retarder le changement de leur droit interne sur certains points. La « troisième norme » ainsi constatée a pour entière justification d'assurer une transition douce entre deux ordonnancements juridiques.

⁴³⁰ JORF du 9 juillet 1964, p. 6092.

préservent les prérogatives morales de l'auteur. Avec cette disposition transitoire, le législateur affirme que l'œuvre étrangère pourra néanmoins être protégée si un français a acquis, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, un droit sur cette œuvre. Le dépôt effectué à l'étranger est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, comme l'acquisition du droit d'exploitation⁴³¹ sur l'œuvre par un français. Une procédure volontaire doit être effectuée sous l'empire de la loi nouvelle. Il convient de noter que le procédé de désignation utilisé pour demander, à certaines personnes seulement, d'effectuer une démarche pour la conservation de leurs intérêts, repose entièrement sur la qualification de droits acquis. La protection de prérogatives acquises sous le droit antérieur satisfait évidemment l'équité.

Le décret n° 67-181 du 6 mars 1967⁴³² pris pour l'exécution de la loi du 8 juillet 1964 dispose en son article 4 : « *Les ayants-cause français qui ont acquis des droits dans les conditions prévues par l'article 2 de la loi du 8 juillet 1964 en conservent le bénéfice à condition d'en faire la déclaration dans le délai d'un an à dater de la publication du présent décret à ceux des organismes visés à l'article 1^{er} qui sont compétents à raison de la nature de leurs droits* »⁴³³. La conservation des droits acquis est conditionnée par l'accomplissement d'une déclaration. De plus, la procédure est enfermée dans un délai. Il est possible de souligner une certaine rétroactivité de la norme parce qu'il est question de menacer immédiatement un droit d'extinction, alors que ses conditions de validité devraient être appréciées, en principe, au jour de sa naissance. En réalité, le législateur ne souhaite plus dans l'avenir que ce droit puisse être opposé aux tiers. Il faudrait dire : « maintenant c'est fini, vous ne pouvez plus jouir de ce droit sans condition ». Il s'agirait d'évoquer la notion de « rétroactivité »⁴³⁴. En somme, le législateur prévoit une réserve, cette « fin anticipée » ne peut concerner que les « droits acquis » dont les titulaires ne seraient pas diligents. Il s'agit bien d'une disposition transitoire par laquelle le législateur « regarde dans le passé ». Il apporte une solution entièrement justifiée par l'existence d'intérêts légitimes à sauvegarder. De plus, la qualification de « troisième norme » est adaptée parce que la procédure organisée est entièrement dérogatoire à la loi ancienne comme à la loi nouvelle.

⁴³¹ Le législateur se réfère nécessairement à un droit patrimonial. Comme le droit moral est par définition inaliénable, il se retrouvera toujours au sein du patrimoine du créateur.

⁴³² *JORF* du 10 mars 1967, p. 2363.

⁴³³ L'article 5 précise : « *Les droits acquis portent sur les œuvres nommément désignées dont la reproduction, la représentation, la traduction, l'adaptation ou l'arrangement, ont précédemment fait l'objet de contrats* ».

⁴³⁴ V. sur cette notion : J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1996.

112. La loi du 26 novembre 1990 et la qualité de conseil en propriété industrielle -

La loi n°90-1052 du 26 novembre 1990 comporte dans une section III intitulée « *dispositions transitoires et diverses* » une disposition qui définit les fonctions du conseil en propriété industrielle⁴³⁵. L'article conditionne l'usage du titre à une inscription sur la liste des conseils en propriété industrielle établie par le directeur de l'INPI⁴³⁶. Cette liste fait l'objet d'une publication. Il est prévu que : « *Les personnes figurant, à la date de promulgation de la présente loi, sur la liste des personnes qualifiées en brevets d'invention sont de plein droit inscrites sur la liste visée au premier alinéa, sous réserve qu'elles répondent aux conditions de moralité prévues à l'article 34* »⁴³⁷. Les personnes qui exercent les activités d'un conseil en propriété industrielle à la date de promulgation de la loi nouvelle peuvent représenter des justiciables « *pour des actes où la technicité de la matière l'impose* »⁴³⁸. Ces personnes devront quand même être inscrites sur une liste spéciale établie par le directeur général de l'INPI. L'inscription sur cette liste est « de droit » sous réserve que la personne l'ait demandée par une déclaration auprès du directeur de l'INPI et qu'elle soit de « bonne moralité »⁴³⁹. La déclaration devra être formulée dans les deux ans de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En somme, c'est un véritable régime provisoire qui est mis en place. Il est teinté d'une certaine rétroactivité parce que les personnes concernées peuvent être facilement identifiées au jour de l'entrée en vigueur⁴⁴⁰. Dans tous les cas, la nature de « loi de transition » peut être déduite de la présence d'un délai, établi pour que certaines personnalités juridiques obtiennent une compétence universelle comparable à celle déjà acquise sous le droit antérieur⁴⁴¹.

⁴³⁵ V. l'article 35.

⁴³⁶ Pour une inscription sur la liste des conseils en propriété industrielle, il faut au préalable être inscrit sur une liste prévue à l'article 33 et respecter les conditions posées à l'article 37.

⁴³⁷ V. l'alinéa 3. Il peut être remarqué que cet article 33 ne fait pas partie de la section III intitulée « *dispositions transitoires et diverses* ». Il s'agit pourtant d'une disposition transitoire par nature.

⁴³⁸ En dérogation aux dispositions de l'article 36 qui en réserve le domaine aux conseils en propriété industrielle dont la spécialité est en rapport avec la nature de l'acte. V. l'article 43.

⁴³⁹ V. l'article 43.

⁴⁴⁰ P. MAYER, *op. cit.*, n° 68, p. 48. Un raisonnement similaire peut être adopté pour l'article 44 de la loi. Il est relatif aux sociétés qui exercent les fonctions d'un conseil en propriété industrielle au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Une société pourra demander son inscription sur la liste des conseils en propriété industrielle. L'article 38 détermine les conditions dans lesquelles la profession de conseil en propriété industrielle peut être exercée en société. Parmi celles-ci, figure l'obligation pour ces conseils de détenir plus de la moitié du capital social et des droits de vote. La disposition transitoire déroge à cette dernière obligation, mais prévoit, comme pour les personnes physiques, que la demande en inscription devra être formulée dans les deux ans de l'entrée en vigueur, à peine de forclusion.

⁴⁴¹ Il est possible de citer également l'alinéa 4 de l'article L. 421-1 du Code de la propriété intellectuelle, I : « *Les personnes figurant, à la date du 26 novembre 1990, sur la liste des personnes qualifiées en brevet d'invention sont de plein droit inscrites sur la liste visée au 1^{er} alinéa, sous réserve qu'elles répondent aux conditions de moralité prévues à l'article L. 421-2* ». L'article L. 422-2 du Code de la propriété intellectuelle vise les personnes « *ayant droit au titre de conseil en brevet d'invention à la date d'entrée en vigueur de la loi du 26 novembre 1990* ». Il s'agit aussi d'une sorte de « troisième norme ». L'article L. 422-3 du Code de la propriété

113. Le régime dérogatoire institué par l'ordonnance du 25 juillet 2001 en droit des dessins et modèles – Selon le droit antérieur à l'ordonnance du 25 juillet 2001, la divulgation du dessin ou modèle ne produisait pas d'effets particuliers. Il suffit de se rappeler que la seule création du dessin ou modèle conférait déjà une protection. En revanche, selon le droit nouveau, la divulgation produit des effets juridiques importants : si elle ne présente pas les critères d'une exception spécialement prévue, elle provoque l'impossibilité de se prévaloir d'un titre de protection efficace⁴⁴². L'article L. 513-1 du Code de la propriété intellectuelle est relatif à la durée de protection du droit de dessin ou modèle. Il établit en son alinéa 2 un régime différencié selon que les dépôts ont été opérés avant ou après la date du 1^{er} octobre 2001. L'alinéa 4 de l'article L. 511-6 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Le délai de 12 mois prévu au présent article n'est pas applicable lorsque la divulgation est intervenue avant le 1^{er} octobre 2001* ». Autrement dit, les divulgations intervenues avant le 1^{er} octobre 2001 ne sont pas destructrices de nouveauté, même si elles sont antérieures de plus de douze mois au dépôt. Devant la complexité du problème transitoire, l'analyse structurale peut aider l'interprète. Le fait ou acte⁴⁴³ de divulgation est l'élément essentiel du présupposé. Il est possible d'écrire : quand la divulgation est intervenue avant le 1^{er} octobre 2001 (A), il n'y a pas application (n) du délai de carence de douze mois prévu par la loi nouvelle (B). L'ordonnance est entrée en vigueur le 30 juillet 2001. Comme cette date du 1^{er} octobre 2001

intellectuelle dispose en son alinéa 1^{er} : « *Toute société exerçant les activités mentionnées à l'article L. 422-1 à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 90-1052 du 29 novembre 1990 précitée peut demander son inscription sur la liste des conseils en propriété industrielle* ». L'article comporte dans sa première phrase l'expression « peut demander ». L'alinéa 3 montre clairement que la règle nouvelle fait l'objet d'un aménagement particulier. Il est dit : « *À peine de forclusion, la demande doit être présentée, au plus tard, deux ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 précitée* » (Article 44 de la loi). Un délai est instauré, ce qui constitue un critère classique des « troisièmes normes ». En effet, ce délai marque l'indépendance de la règle, tant au regard de la loi ancienne qu'au regard de la loi nouvelle. L'article L. 422-5 du Code de la propriété intellectuelle est identique à l'article L. 422-3 du Code de la propriété intellectuelle mais concerne les personnes physiques. Il faut aussi considérer la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques. L'article 80 énonce : « *Les conseils en propriété industrielle qui exercent, à la date de publication de la présente loi, l'une des activités mentionnées aux articles L. 422-12 et L. 422-13 du Code de la propriété intellectuelle, peuvent la poursuivre pendant une durée maximum de cinq années, sous réserve d'en faire la déclaration au directeur général de l'INPI dans les six mois suivant la publication de la présente loi* ». Les articles L. 422-12 et L. 422-13 du Code de la propriété intellectuelle donnent une liste des activités qui sont incompatibles avec la profession de conseil en propriété industrielle. L'article 80 prévoit une disposition transitoire selon laquelle les personnes concernées par les cas d'incompatibilité lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle peuvent poursuivre leur activité de conseil jusqu'en février 2009, si elles en ont fait la demande à l'INPI. Sont retrouvées les caractéristiques essentielles des dispositions transitoires qui n'ont qu'une fonction, celle d'assurer une transition pacifiée entre le droit ancien et le droit nouveau (*JORF* n° 36 du 12 février 2004, p. 2847).

⁴⁴² De plus, le nouveau régime présente une durée de protection plus courte de moitié. Il faut d'abord retenir que la prolongation doit avoir été opérée avant le 1^{er} octobre 2001. Il faut ensuite partir du 30 septembre 2000 et compter vingt-cinq années. Par suite, des dessins peuvent encore être protégés par la loi du 14 juillet 1909 jusqu'en 2025. Il faut noter que ces deux textes doivent aussi « cohabiter » avec la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990.

⁴⁴³ La divulgation n'est pas toujours volontaire.

est différente de la date d'entrée en vigueur du texte, il s'agit de reconnaître la nature de « troisième norme » de l'article L. 511-6 du Code de la propriété intellectuelle⁴⁴⁴. Le texte organise une période transitoire, comprise entre la date d'entrée en vigueur de la réforme et le 1^{er} octobre 2001, au cours de laquelle les divulgations du fait du créateur ou de son ayant-cause continuent d'être indifférentes au regard de l'existence de la protection accordée par le livre V du Code de la propriété intellectuelle.

114. Conclusion de la Section I – Les exemples empruntés aux conventions internationales montrent que l'organisation d'un régime de transition correspond le plus souvent à la conservation temporaire du droit antérieur. Il faut aussi remarquer l'organisation de procédures volontaires qui conditionnent le bénéfice du régime transitoire proposé. En droit interne, le législateur choisit de la même façon de subordonner à l'accomplissement de certaines formalités la conservation d'intérêts légitimes, alors concrétisés par la qualification de « droit acquis ». Le législateur se montre aussi soucieux d'assurer une certaine continuité dans l'exercice d'une activité professionnelle. Dans les deux cas de figure, le défaut de diligence dans un certain délai est indirectement sanctionné par la perte d'un avantage légal. D'une manière spécifique, le droit des dessins et modèles donne l'exemple d'une « troisième norme » dont l'application est automatique, dès lors que les conditions légales sont réunies. Le souci du législateur est alors d'assurer le plus rapidement possible l'application homogène du régime nouveau. Il convient à présent de s'intéresser aux « lois de transition » qui ont pour objectif d'assurer une indemnisation des « victimes » de la réforme.

SECTION II / L'organisation par le législateur d'une indemnisation des « victimes » de la réforme

115. Présentation - Pour le doyen ROUBIER, le législateur peut, par la création d'une « loi de transition », organiser l'indemnisation des « victimes de la réforme ». Celle-ci peut être accordée soit par les bénéficiaires des nouvelles mesures, soit par l'État lui-même⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ La divulgation opérée par le créateur ou un tiers « lié » à lui ne faisait pas obstacle à l'attribution du droit sous l'empire de la loi antérieure, en raison du caractère déclaratif du dépôt. Les divulgations visées par l'article L. 511-6 du Code de la propriété intellectuelle et antérieures au 30 juillet 2001 demeurent sans effet. C'est-à-dire qu'elles ne détruisent pas la nouveauté du titre, même si le dépôt n'est pas effectué dans les douze mois qui suivent.

⁴⁴⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 33, p. 156.

116. L'exemple d'une convention internationale du XIX^{ème} siècle : une « indemnisation » des éditeurs, imprimeurs et libraires - La Convention du 30 octobre 1858⁴⁴⁶, conclue entre la France et le canton de Genève pour la protection des œuvres de l'esprit et des marques de fabrique⁴⁴⁷, contenait l'information transitoire suivante⁴⁴⁸ : « *Les gouvernements prendront toutes mesures pour empêcher toute difficulté qui pourrait naître, quant au passé, du fait de la possession ou de la vente que feront des éditeurs, imprimeurs ou libraires, français ou genevois, d'ouvrages non tombés dans le domaine public qui auront été fabriqués ou importés antérieurement à la ratification de la présente convention* ». Les faits réalisés sous le droit antérieur consistaient en la fabrication et l'importation d'ouvrages protégés par un droit d'auteur. Cette disposition transitoire a pour finalité de répondre à une prétention classique des éditeurs, imprimeurs ou libraires. Ils souhaitent « posséder » et vendre à l'avenir des ouvrages préexistants, c'est-à-dire même après que la Convention internationale ait été ratifiée. Cette ratification équivaut à une mise en vigueur relative au pays signataire. L'article 12 de la Convention précisait : « *À cet effet, les éditeurs, imprimeurs ou libraires, pourront publier les volumes et livraisons nécessaires à l'achèvement des dits ouvrages non tombés dans le domaine public, dont une partie aura déjà été publiée avant la ratification de la convention actuelle ; mais ce tirage ne pourra dépasser celui du dernier volume ou de la dernière livraison publiée avant cette ratification* ». En somme, une tolérance pour l'avenir est organisée au regard des actes suivants : la « *publication et la livraison des volumes* ». Les volumes en question devaient être nécessaires à l'achèvement des ouvrages et ne pas être tombés dans le domaine public. De plus, une partie de ceux-ci devait déjà avoir été publiée avant la ratification de la Convention. Une condition est également relative à l'ampleur du tirage. L'article 13 de la Convention ajoute : « *Les éditeurs (...) de revues et de recueils périodiques réimprimés jusqu'ici en France ou dans le canton de Genève, auront droit de publier, jusqu'au 31 mars 1859, sans indemnité pour l'auteur original, les livraisons destinées à compléter les souscriptions de leurs abonnés, ou les collections non vendues qui existent dans leur magasins* ». La tolérance est encadrée au moyen d'une date précise, procédé qui souligne son caractère exceptionnel. Le droit de publier pendant cette période de temps doit tout de même être restreint aux seules livraisons qui doivent correspondre à des

⁴⁴⁶ *Ann. propr. ind.* 1855, n° 5, p. 5.

⁴⁴⁷ Son article 22 affirmait qu'elle était en vigueur pendant six années à partir de l'échange des ratifications. Si après six ans, aucune dénonciation n'était faite, elle devait être considérée comme prolongée encore de six années.

⁴⁴⁸ V. l'article 11.

souscriptions antérieures ou des collections, semble-t-il, en stock. Il convient de noter que l'auteur n'aura droit à aucune rémunération pour les publications en question⁴⁴⁹.

117. Une « indemnisation » des imprimeurs consentie au XIX^{ème} siècle - L'article 3 du décret du 5 février 1810 contenant le règlement sur l'imprimerie et la librairie⁴⁵⁰ dispose : « À dater du 1^{er} janvier 1811, le nombre des imprimeurs dans chaque département sera fixé, et celui des imprimeurs à Paris sera réduit à soixante ». L'article 4 précise : « La réduction dans le nombre des imprimeurs ne pourra être effectuée sans qu'on ait préalablement pourvu à ce que les imprimeurs actuels qui seront supprimés, reçoivent une indemnité de ceux qui seront conservés ». Une sorte d'indemnisation est prévue. Il convient de noter qu'elle n'est pas supportée par l'État, mais par les bénéficiaires de la réforme eux-mêmes : les seuls imprimeurs qui pourront encore exercer leur métier sous le droit « nouveau ».

118. L'indemnisation des cédants des droits d'exploitation d'une œuvre en cas de prorogation de la durée de protection - Le législateur peut octroyer la faculté de demander l'adaptation des stipulations contractuelles à la place du versement d'une indemnité. Sont bénéficiaires de cet avantage les personnes au détriment desquelles la prorogation des droits d'auteurs s'applique. En d'autres termes, le législateur autorise indirectement le juge à faire application de la théorie de l'imprévision. L'article L. 123-11⁴⁵¹ du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Lorsque les droits prorogés par l'effet de l'article L. 123-10 ont été cédés à titre onéreux, les cédants ou leurs ayants-droit pourront, dans un délai de trois ans à compter du 25 septembre 1951, demander au cessionnaire ou à ses ayants droit une révision

⁴⁴⁹ L'article 14 dispose : « Les mesures prévues par l'article 11 s'appliqueront également aux clichés, bois et planches gravées de toutes sorte, ainsi qu'aux pierres lithographiques existant en magasin chez les éditeurs ou imprimeurs français et genevois et constituant une reproduction non autorisée des modèles genevois et français. Il est accordé un délai d'un an, à partir de l'échange des ratifications de la présente convention, pour l'usage des clichés existant antérieurement à la mise en vigueur de celle-ci. Le nombre des exemplaires qui pourront être tirés pendant ce délai est limité à quinze cents ». Force est de constater que les mesures transitoires sont adaptées à la nature de chaque chose. Un délai est prévu, ce n'est plus une date précise. Son point de départ est l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné. Les faits d'usage postérieurs à l'entrée en vigueur sont aussi encadrés, un nombre limité de tirages est même prévu. C'est une vision pragmatique de la survie du « droit ancien » qui est ici illustrée. Il faudrait alors citer l'article 15 : « Même sort pour les planches gravées de toute sorte, les photographies et lithographies publiées isolément. Les éditeurs (...) pourront aux mêmes conditions et dans le même délai que les propriétaires des clichés, en tirer un nombre d'exemplaires nouveaux également limité à quinze cents ». L'article 16 dispose : « les éditeurs qui voudront profiter des dispositions qui précèdent ne pourront en aucun cas mettre en vente les exemplaires de leurs clichés, bois, planches gravées, photographiées ou lithographiées, imprimés ou tirés après la mise en vigueur de ladite convention, sans avoir préalablement satisfait aux prescriptions mentionnées à l'art. 11. Quant aux bois, planches gravées, photographiées ou lithographiées, destinés à orner le texte d'un livre imprimé, il est accordé aux éditeurs (...) un délai d'un an pour faire tirer les épreuves nécessaires pour compléter les volumes du texte imprimé, sans indemnité au profit de l'éditeur original ».

⁴⁵⁰ Rec. Sirey, 1810, Lois, décrets, ordonnances, I, p. 809.

⁴⁵¹ Disposition issue de l'article 3 de la loi n° 51-1119 du 21 septembre 1951.

des conditions de la cession en compensation des avantages résultant de la prorogation ». Il faut remarquer en premier lieu que cette disposition implique nécessairement que la prorogation profite au cessionnaire. Ce point a été à l'origine de toutes les plus belles controverses transitoires du XIX^{ème} siècle. Ensuite, la faculté de recourir au juge est encadrée dans un délai de trois années. Par conséquent, il s'agit pour les cocontractants de réagir avec une certaine rapidité, c'est une preuve de leur bonne foi. Si le strict respect de la convention des parties est mis de côté, l'exigence de sécurité juridique commande toutefois que le cessionnaire ne redoute pas trop longtemps une modification profonde du contenu contractuel. Le législateur trouve ainsi un équilibre entre le souci d' « indemniser » le cédant et le souhait de ne pas laisser le cessionnaire dans l'incertitude.

119. Conclusion de la Section II – En droit de la propriété intellectuelle, l'indemnisation des « victimes » d'une réforme peut simplement prendre la forme du versement d'une somme d'argent. Une indemnisation peut aussi se deviner dans l'organisation d'une tolérance. C'est-à-dire que la licéité de certains actes accomplis après l'entrée en vigueur de la loi est affirmée par le législateur, en contradiction avec la teneur du droit nouveau. La date antérieure de création de la chose peut alors servir de justification à la conservation du « droit ancien ». Il a été remarqué que l'existence de l'ouvrage au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle d'une part, et le caractère licite de sa création, d'autre part, sont deux éléments en mesure de « valider » des actes d'exploitation accomplis après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En somme, le titulaire des droits échappe à une condamnation pourtant prévue par les règles nouvelles. D'une manière classique, une indemnisation peut également se concevoir par la conservation de « droits acquis ». Le plus souvent, en droit de la propriété intellectuelle, ils sont issus de la conclusion antérieure d'un contrat d'exploitation. Enfin, d'une manière tout à fait originale, il a été vu qu'une indemnisation peut être reconnue dans la possibilité offerte à l'une des parties de demander la refaçon de son contrat d'exploitation. Les stipulations de l'accord sont modifiées pour tenir compte d'une augmentation de la valeur du monopole. Il a d'ailleurs été aperçu que ce changement peut être directement causé par une augmentation de la durée de réservation de la chose intellectuelle. En somme, en droit de la propriété intellectuelle, le législateur propose des procédés d'indemnisation très diversifiés aux « victimes » présumées d'une réforme. Au moyen d'une « loi de transition », il atténue un préjudice prévisible et directement causé par le changement de l'ordonnement juridique en vigueur. Il s'agit à présent d'envisager une

mesure de transition propre au droit de la propriété industrielle, l'unification des titres de propriété industrielle « en circulation ».

SECTION III / L'uniformisation des titres de propriété industrielle « en circulation » par le législateur

120. Par l'insertion d'une disposition transitoire comprise comme une « loi de transition », le législateur crée une norme qui ne participe ni de la loi ancienne, ni de la loi nouvelle. En droit de la propriété industrielle, ce procédé a été utilisé afin de permettre une uniformisation des titres « en circulation ». À cette fin, les titulaires de droit ont été invités à transformer leur titre **(I)**. Cette proposition a alors pour destinataire les titulaires d'un monopole « en cours de validité » au jour de l'entrée en vigueur de la réforme. Également, le législateur a déjà utilisé la technique de l'insertion d'une « loi de transition » au sein de la loi nouvelle afin d'encourager les titulaires de droit à accomplir une procédure particulière **(II)**. De la même manière, cette procédure a pour objectif d'uniformiser la catégorie des titres en vigueur quand ils sont relatifs à une même chose intellectuelle. À cette fin, les titres obtenus sous le droit antérieur doivent être enregistrés sous peine de déchéance ou doivent recevoir une publication adaptée sous peine de perdre leur valeur. De même, l'efficacité d'une action en contrefaçon a pu être subordonnée à l'accomplissement de ce type de procédure à la nature temporaire. Enfin, le législateur a parfois organisé une uniformisation automatique du régime d'un droit de propriété industrielle. En ce sens, le droit des marques offre l'exemple d'une disposition transitoire faisant produire à un titre ancien des effets inédits, en accord avec le nouveau régime proposé par la réforme **(III)**.

I / L'invitation du législateur à transformer un titre existant

121. L'hypothèse d'un certificat d'addition déposé entre la date d'entrée en vigueur de la loi du 26 novembre 1990 et la date d'entrée en vigueur de son décret d'application – Un titre entier est consacré au certificat d'addition au sein de la loi n° 68-1 du

2 janvier 1968. Il a été modifié par la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978. Enfin, la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 prononça son abrogation⁴⁵². L'application immédiate de la loi nouvelle postulait logiquement que l'INPI écarte la faculté d'obtenir ce titre à l'avenir⁴⁵³. Le principe de non rétroactivité suppose quant à lui que les certificats d'addition demandés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle restent soumis aux règles applicables à la date de leur demande. En d'autres termes, la date de demande du titre constitue un « critère de rattachement » du droit antérieur dès lors qu'il s'agit de leurs conditions de validité.

Le législateur énonça également que les demandes de certificat d'addition déposées entre la date de publication de la loi nouvelle et celle du décret n° 93-1142 du 5 octobre 1993⁴⁵⁴, sont, à peine de rejet, transformées en demandes de brevets dans un délai de deux mois à compter de l'invitation faite au déposant. Il s'agit bien d'une loi de transition parce que la procédure proposée est construite d'une manière totalement indépendante. La règle transitoire s'ajoute aux dispositions composant le droit ancien et le droit nouveau. Force est de constater que la transformation du titre de certificat d'addition a pour finalité d'unifier les titres « en circulation »⁴⁵⁵. De plus, l'homogénéité du régime peut être assurée rapidement dès lors qu'un délai est imposé au déposant afin de faire le choix suivant : abandonner toute réservation de la chose ou transformer son titre. Il convient à présent de s'intéresser à ces dispositions transitoires qui peuvent recevoir la qualification de « loi de transition » en ce qu'elles organisent une nouvelle procédure, celle-ci étant entièrement dérogatoire au contenu de la loi ancienne comme de la loi nouvelle.

II / La création par le législateur d'une nouvelle procédure

122. L'enregistrement des anciens privilèges portant sur une invention - Le décret du 14-25 mai 1791, portant règlement sur la propriété des auteurs d'inventions et de découvertes en tout genre énonce⁴⁵⁶ : « *Les arrêts du conseil, lettres patentes, mémoires descriptifs, tous documents et pièces relatives à des privilèges d'invention, ci-devant accordés*

⁴⁵² V. JO du 28 novembre 1990. V. aussi le décret n° 93-1142 du 5 octobre 1993 : JO du 6 octobre 1993, p. 13872 ; JCP E 1993, III, 66433.

⁴⁵³ J.-M. MOUSSERON, *Commentaire du décret du 5 oct. 1993 relatif aux brevets d'invention* : JCP E 1994, I, 330, spéc. n° 18.

⁴⁵⁴ Décret modifiant le décret n° 79-822 du 19 septembre 1979.

⁴⁵⁵ Toutefois, l'exemple perd quelque peu de sa force au regard du nombre restreint de titres qui peuvent faire l'objet de la transformation. Il ne s'agit pas de tous les titres « anciens », dont la date de dépôt se situerait sous l'empire de la loi précédente, mais seulement des titres déposés entre la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle et la date d'entrée en vigueur de son décret d'application.

⁴⁵⁶ V. l'article 9, titre 1^{er}.

pour des objets d'industrie, dans quelque dépôt qu'ils se trouvent, seront réunis incessamment au directoire des brevets d'invention » ; « *En exécution de l'article 17 du décret du 31 décembre 1790-7 janvier 1791, tous les possesseurs de privilèges exclusifs, maintenus par ledit article, seront tenus, dans le délai de six mois après la publication du présent règlement, de faire enregistrer au directoire d'invention les titres de leurs privilèges, et d'y déposer les descriptions des objets privilégiés, conformément à l'article 1^{er} du présent titre, le tout à peine de déchéance* »⁴⁵⁷. Cette disposition transitoire prévoit la déchéance d'un droit acquis antérieurement en cas de défaut d'accomplissement d'une procédure d'enregistrement spécifique. En somme, l'objectif du législateur est d'homogénéiser les titres « en circulation » et la procédure mise en place est spécifique au problème transitoire envisagé.

123. La divulgation des « remèdes secrets » pour profiter d'une exploitation exclusive - Avant l'entrée en vigueur du décret du 18 mars 1810, les inventeurs de « *remèdes spécifiques contre diverses maladies ou de substances utiles à l'art de guérir* » pouvaient recevoir la « permission » de les débiter. À cette époque, la composition de ces produits restait secrète. L'objectif des initiateurs du décret de 1810 était ainsi exprimé : « (...) *nous avons reconnu que si ces remèdes sont utiles au soulagement des maladies, notre sollicitude constante pour le bien de nos sujets doit nous porter à en répandre la connaissance et l'emploi, en achetant des inventeurs la recette de leur composition ; que c'est pour les possesseurs de tels secrets un devoir de se prêter à leur publication (...)* ». En d'autres termes, il s'agissait de constituer une sorte de patrimoine composé uniquement de « ressources » et qui devait rester accessible à tous. L'intérêt général serait satisfait par une jouissance collective des utilités de la chose constituée par le remède en tant que tel. En somme, cette invention de produit ne devait plus être appropriable par une personnalité juridique.

D'ailleurs, la division du décret en trois titres tient parfaitement compte des difficultés liées à l'application dans le temps du texte normatif. Le titre I est relatif aux remèdes « *dont la vente a déjà été autorisée* ». Quant au titre II, il concerne les remèdes « *dont le débit n'a pas encore été autorisé* ». Enfin, le titre III, consacré aux « *dispositions générales* », envisage l'avenir.

L'article 1^{er} du décret dispose : « *Les permissions accordées aux inventeurs ou propriétaires de remèdes ou compositions dont ils ont seuls la recette, pour vendre et débiter ces remèdes,*

⁴⁵⁷ V. l'article 16, titre II.

cesseront d'avoir leur effet à compter du 1^{er} janvier prochain ». Il est possible de penser à une « rétrospectivité » atténuée. Une fois cette date du 1^{er} janvier dépassée, il ne serait plus permis aux titulaires des « anciennes permissions » d'invoquer une exclusivité de vente et de débit pour les remèdes concernés.

Force est de constater qu'il ne s'agit pas seulement d'une disposition transitoire classique, destinée à faciliter le travail de l'interprète. Une période de transition est aménagée par le législateur afin de mettre fin définitivement à une exclusivité particulière. Pour autant, l'espérance légitime de l'industriel en une conservation du statut de « chose réservée » de son remède n'est pas totalement anéantie par le législateur. En effet, un délai est accordé avant que ne débute impérativement la période « d'observabilité » de la norme.

L'article 2 du décret prévoit : *« D'ici à cette époque, lesdits inventeurs ou propriétaires remettront, s'ils le jugent convenable, à notre ministre de l'intérieur (...) la recette de leurs remèdes ou compositions, avec une notice des maladies auxquelles on peut les appliquer, et des expériences qui en ont déjà été faites »*. La procédure à suivre concerne les inventeurs qui ont mis au point leur remède avant l'entrée en vigueur de la réforme⁴⁵⁸. Il s'agit bien d'une « loi de transition » puisque les règles posées ne sont issues ni de la loi ancienne, ni de la loi nouvelle. De plus, ses destinataires sont déterminables, ce qui témoigne d'une certaine rétroactivité selon les travaux de Monsieur MAYER.

À l'issue de la procédure, le ministre de l'intérieur et l'inventeur signaient un traité et la composition du remède était rendue publique⁴⁵⁹. Au sein du dernier titre, qui envisage l'avenir, il est rappelé que *« nulle permission ne sera accordée désormais aux auteurs d'aucun remède simple ou composé dont ils voudraient tenir la composition secrète, sauf à procéder comme il est dit aux titres 1 et 2 »*⁴⁶⁰. Le 26 décembre 1810, un décret fut adopté,

⁴⁵⁸ Au sein de l'article 3 est prévue la constitution d'une commission, à laquelle le ministre de l'intérieur communiquera la « recette » en question. La commission va procéder à l'examen du remède pour déterminer ses qualités réelles. C'est aussi à cette commission que revient le pouvoir de déterminer *« le prix qu'il convient de payer, pour son secret, à l'inventeur du remède reconnu utile »*. Ce dernier tiendra compte du *« mérite de la découverte »*, des *« avantages qu'on en a obtenu ou qu'on peut en espérer pour le soulagement de l'humanité »* ainsi que des *« avantages personnels que l'inventeur en a retirés ou pourrait en attendre encore »*.

⁴⁵⁹ Le ministre de l'intérieur devait établir un rapport sur chacun des remèdes secrets (article 5). L'article 6 disposait : *« Notre ministre de l'intérieur fera ensuite un traité avec les inventeurs. Le traité sera homologué en notre Conseil d'État, et le secret sera publié sans délai »*. Est retrouvée cette notion de contrat conclu entre la société et le titulaire d'un brevet qui consent à la divulgation de son invention. Quant aux remèdes dont le débit *« n'[aurait] pas encore été autorisé »* : *« Tout individu qui aura découvert un remède et voudra qu'il en soit fait usage, en remettra la recette à notre ministre de l'intérieur, comme il est dit à l'article 2. Il sera ensuite procédé à son égard comme il est dit aux articles 3, 4 et 5 »*. Comme aucun usage n'a encore été fait du remède, il convient d'appliquer le nouveau régime (V. l'article 7). En somme, la disposition transitoire a ici une vertu purement explicative.

⁴⁶⁰ V. pour un exemple de raisonnement fondé sur cette disposition : Cour impériale de Caen, 29 mai 1860 : *Rec. Sirey* 1860, II, p. 564 : *« La disposition de l'article 1^{er} du décret du 18 août 1810 contenant révocation des permissions accordées aux inventeurs ou propriétaires de remèdes secrets pour vendre ou débiter ces remèdes, et celle de l'article 8 du même décret portant qu'aucune permission de cette nature ne sera accordée à l'avenir,*

« décret qui proroge le délai fixé par l'article 1^{er} du décret du 18 août dernier, relatif aux remèdes secrets ». Un délai supplémentaire fut considéré comme nécessaire pour une mise en place parfaite du nouveau système⁴⁶¹. Son article 1^{er} dispose : « Le délai fixé au 1^{er} janvier 1811, par l'article 1^{er} du décret du 18 août dernier concernant les remèdes secrets est prorogé jusqu'au 1^{er} avril prochain ». L'article 2 dispose : « Si, antérieurement à notre décret du 18 août, des inventeurs ou propriétaires de remèdes secrets en ont remis la composition au gouvernement, qu'elle ait été déjà examinée par une commission, aux termes du § 1^{er} de l'article 3 de notre-dit décret, et qu'il ait été reconnu qu'elle ne contient rien de nuisible ou de dangereux, lesdits inventeurs ou propriétaires seront dispensés de donner et de faire examiner de nouveau leur recette ; et il ne sera statué que sur les dispositions des § 2 et 3 dudit article 3 de notre décret ». Là encore, le législateur regarde le « passé » et la norme créée perd son caractère hypothétique⁴⁶². Le législateur envisage dans les détails la situation du destinataire de la réforme et l'encourage à accomplir une démarche volontaire pour sauvegarder ses intérêts. Afin d'envisager sereinement l'avenir et empêcher la multiplication de régimes distincts, le législateur crée des dispositions transitoires détaillées qui permettent une unification rapide des règles applicables.

124. L'invitation à accomplir un dépôt conforme aux dispositions nouvelles en droit des marques - La loi n° 64 -1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service contient un titre V intitulé : « *Dispositions générales et*

n'ont pas cessé d'être en vigueur. Par suite, et spécialement, le propriétaire du remède secret désigné sous le nom de Rob Boyveau-Laffeteur ne peut puiser dans les autorisations de tolérance par lui obtenues de l'administration pour débiter ce remède, le principe d'une action en dommages-intérêts contre des tiers, à raison de la concurrence que lui feraient ceux-ci en mettant en vente ce même remède ». Autrement dit, une action en concurrence déloyale ne pouvait pas être exercée à partir du moment où l'exclusivité qui lui avait été reconnue dans le passé n'était plus opposable aux tiers. Au regard des solutions actuelles, ce point de vue est enrichissant puisque la renaissance indirecte d'une exclusivité, quand il n'est question que de parasitisme, est au cœur de nombreuses oppositions doctrinales. Les juges précisent : « Mais la révocation de l'autorisation de débiter le remède dont il s'agit n'ayant pas eu pour effet de le faire tomber dans le domaine public, et ce remède n'en continuant pas moins, tant que le secret n'est pas divulgué, à être la propriété exclusive de l'inventeur ou de ses ayants cause, ceux-ci sont fondés à actionner les tiers qui mettent en vente un remède sous la qualification de Rob selon la formule de Boyveau-Laffeteur, en réparation de l'atteinte que ces tiers portent par là à leur droit de propriété ». Comme le remède était resté secret, une protection primitive pouvait toujours être invoquée par le maître légitime de la chose. D'autre part, les tiers ne sont pas autorisés à utiliser la qualification choisie par l'inventeur pour désigner son produit. Le même raisonnement est aujourd'hui adopté à propos des médicaments génériques. Leur vente est rendue plus difficile par la protection, par un droit de marque, du signe qui permet de distinguer l'invention. Même si cette dernière est tombée dans le domaine public, les tiers ne pourront faire usage du signe choisi. Il convient de remarquer que le respect du droit de propriété est invoqué pour justifier la prohibition de toute emprise illégitime de certaines richesses créées par autrui.

⁴⁶¹ V. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, n° 84, p. 105 : « On peut, d'ailleurs, remarquer que les prévisions du législateur, au sujet de la date à laquelle la survie [de la loi ancienne] pourra cesser sont souvent optimistes : les lois reportant à une date ultérieure l'expiration de la survie de la loi ancienne sont fréquentes ».

⁴⁶² Ses destinataires sont identifiables, ce sont les inventeurs ou « propriétaires » qui ont déjà remis la composition de leur remède au gouvernement au jour de cette seconde intervention législative.

transitoires ». L'article 35 dispose : « *Sont maintenus les droits acquis antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Les dépôts de marque valablement effectués en application de la loi du 23 juin 1857 produiront leurs effets conformément aux dispositions de la présente loi à compter de la date de sa mise en vigueur. Toutefois, la durée de protection attachée à ces dépôts demeure fixée à quinze années* ». Le morceau de la disposition transitoire qui peut s'analyser en une « loi de transition » est le suivant : « *Les titulaires de droits acquis antérieurement qui ne justifient pas d'un dépôt en vigueur à la date visée à l'alinéa précédent, doivent, à peine de déchéance, effectuer un dépôt dans un délai de trois années à compter de cette date. Les pièces du dépôt doivent faire mention de l'existence des droits antérieurs. Toutefois, cette mention peut faire l'objet d'une déclaration postérieure avant l'expiration de ce délai moyennant le paiement d'une taxe* ». Il faut se souvenir que la marque pouvait, à une époque, être seulement acquise par l'usage du signe. C'est la loi du 31 décembre 1964 qui exigea de tout industriel, souhaitant profiter du régime des marques de fabrique, le dépôt d'une demande de protection. Le législateur organise une procédure particulière, entièrement dérogatoire à la loi ancienne comme à la loi nouvelle. La finalité d'une telle disposition, au-delà de son utilité en termes de publicité des droits de propriété intellectuelle, est d'unifier le régime des signes distinctifs. Il s'agissait d'éviter que le régime juridique des marques de fabrique ne devienne relativement inaccessible en raison de sa complexité. Logiquement, une superposition de régimes distincts n'était pas souhaitée.

Le législateur menace de déchéance l'industriel qui se prétend titulaire d'un droit de marque acquis sous le droit antérieur et qui ne procéderait pas à un dépôt conforme au droit nouveau. Il doit faire diligence dans un délai de trois années à compter de l'entrée en vigueur de la réforme. Une certaine faveur est néanmoins accordée puisque la réunion des informations relatives à l'existence de droits antérieurs peut être décalée, moyennant le paiement d'une taxe. Le formalisme mis en place peut être expliqué par une certaine méfiance du législateur envers l'acquisition d'un droit exclusif par le seul usage du signe⁴⁶³.

125. La production d'un avis de nouveauté exigée pour les titulaires de « brevets anciens » - Il faut considérer la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 dans sa rédaction antérieure à la réforme opérée par la loi du 13 juillet 1878. Son article 71 dispose : « *La présente loi*

⁴⁶³ Il faut toutefois remarquer que le législateur procéda de manière similaire dans le domaine des marques collectives. L'article 36 de la loi du 31 décembre 1964 dispose : « *Les personnes morales ou les collectivités qui auraient déposé ou qui utiliseraient sans l'avoir déposée une marque à titre de marque collective devront, pour bénéficier de la présente loi, effectuer un dépôt, conformément à ses dispositions, avant l'expiration d'un délai de trois années à partir de sa mise en vigueur* ». Il convient de remarquer que le délai de trois années est également présent. Ce détail participe indirectement de l'effort global d'harmonisation du droit des marques.

s'applique aux brevets demandés à compter du jour de son entrée en vigueur, sous réserve des droits acquis au titre de la loi du 13 avril 1908 sur la protection temporaire de la propriété industrielle dans les expositions. Les brevets demandés avant le jour de l'entrée en vigueur de la présente loi resteront soumis aux règles applicables à la date de leur demande. Cependant, l'exercice des droits résultant de ces brevets sera régi par les dispositions de la présente loi, à compter du jour de son entrée en vigueur, sous réserve des droits acquis qui seront maintenus. Dans une instance en contrefaçon, introduite sur la base d'un brevet demandé avant le jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur devra produire « un avis de nouveauté » portant sur les parties de son brevet présumées par lui contrefaites et citant les éléments de l'état de la technique qui sont susceptibles d'affecter sa nouveauté »⁴⁶⁴. La première phrase de l'article réserve l'hypothèse de droits acquis en ce qu'ils sont fondés sur la loi du 13 avril 1908. Ce texte accorda une protection temporaire de douze mois à partir de l'ouverture officielle d'une exposition internationale⁴⁶⁵. L'appréciation des conditions de validité du titre de brevet s'effectue seulement au regard de la loi ancienne, l'« *exercice des droits résultant du brevet* » étant entièrement régi par la loi nouvelle. Il ne s'agit que d'une illustration du principe de non rétroactivité dans le premier cas. En effet, une situation juridique valablement constituée sous le droit antérieur ne peut être remise en cause par une loi nouvelle. La seconde précision est une illustration du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations juridiques « en cours d'effet ».

Il convient de remarquer que le législateur ajoute une condition supplémentaire relative à l'action en justice⁴⁶⁶. Le demandeur devra produire un « avis de nouveauté ». Cette obligation ne pèse que sur les titulaires de brevets acquis sous l'empire du droit antérieur. Les destinataires de cette disposition transitoire sont dénombrables. Il faudrait donc voir ici une « *norme décision* »⁴⁶⁷. Le législateur donne ainsi l'exemple d'une disposition transitoire

⁴⁶⁴ L'article 73 de la loi nouvelle dispose : « *La présente loi entrera en vigueur au plus tard le premier jour du douzième mois suivant sa publication au Journal officiel. Des décrets en Conseil d'État en fixeront les modalités d'application. Les dispositions prévues aux articles 19 et 20 seront appliquées progressivement aux divers secteurs de la technique et par référence à la classification internationale des brevets d'invention instituée par la Convention du 19 décembre 1954. Toutefois, les propriétaires des brevets issus de demandes déposées après la date d'entrée en vigueur de la présente loi, et qui ne seraient pas encore soumis aux dispositions des articles 19 et 20 en vertu de l'alinéa précédent, ne pourront former une action en contrefaçon qu'après avoir demandé l'avis de nouveauté établi contradictoirement comme il est dit à l'article 20 ci-dessus* ».

⁴⁶⁵ C'est une protection particulière qui donne le droit à l'exposant de « *conserver (...) le droit de réclamer, pendant ce délai, la protection dont leurs découvertes, dessins, modèles ou marques seraient également susceptibles* ». L'article 20 décrit la procédure d'établissement de l'avis documentaire.

⁴⁶⁶ L'article 19 de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 énonce que la demande de brevet donne lieu à l'établissement d'un avis documentaire sur l'invention. Sont cités les éléments de l'état de la technique susceptibles d'affecter la brevetabilité de l'invention

⁴⁶⁷ Comme la doctrine de Monsieur MAYER l'enseigne, il faudrait alors constater la mutation de la norme en une « *décision* » dépourvue de tout caractère hypothétique. Est alors expliquée l'« *impression de rétroactivité* » qui est ressentie.

totalelement dérogatoire dans son contenu à la loi ancienne comme à la loi nouvelle. La règle ainsi ajoutée est essentielle puisque l'action en justice correspond ici à la « mise en œuvre » du droit, souvent considérée comme l'effet principal attendu lors de la délivrance du titre⁴⁶⁸.

Il convient de citer l'alinéa 2 de l'article 45 de la loi du 13 juillet 1978 : « *Dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les propriétaires des brevets visés au troisième alinéa de l'article 73 de la loi modifiée du 2 janvier 1968 auront la faculté de demander qu'un avis documentaire soit établi contradictoirement comme il est dit à l'article 19 de la loi précitée. À défaut par eux de bénéficier de cette faculté, ils ne seront plus recevables ultérieurement à modifier les revendications du brevet délivré* ». La référence à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle en fait clairement une disposition transitoire. Il s'agit d'une loi de transition. « L'avis de nouveauté » de la loi du 2 janvier 1968 est remplacé par « l'avis documentaire ». Une faculté est alors ouverte au breveté d'obtenir un titre conforme à la loi nouvelle, alors même qu'il aurait déjà obtenu un avis de nouveauté sous l'empire du droit antérieur⁴⁶⁹. Il est incontestable que le législateur étend le domaine d'application de la loi nouvelle. Quand la loi prévoit la faculté pour les titulaires des titres anciens de procéder eux-mêmes à une mise en conformité de leur situation avec les dispositions de la loi nouvelle, la faculté accordée est toujours encadrée par un délai⁴⁷⁰. Simplement, le défaut d'accomplissement de cette formalité est sanctionné d'une manière originale : il ne sera plus possible pour le breveté de modifier les revendications de son brevet.

126. La mise en place d'équivalences en droit des obtentions végétales - L'article 36 de la loi du 11 juin 1970⁴⁷¹ dispose : « *L'obteneur d'une variété végétale peut demander, si ladite variété a perdu son caractère de nouveauté à la date de la demande, la protection de son droit par un certificat, à la condition que la variété en cause ait, depuis moins de vingt ou vingt cinq ans, suivant les cas visés à l'article 6 ci-dessus [article L. 623-13 Code de la propriété intellectuelle] et, en tout état de cause, avant l'entrée en vigueur du décret prévu à l'article 39 [décret n° 71-764 du 9 septembre 1971 ; article R. 623-1 à R. 623-50 et R. 811-1 du Code de la propriété intellectuelle] et relatif à la procédure de délivrance du certificat et*

⁴⁶⁸ On en revient d'ailleurs à cette incongruité de considérer que l'action en justice est un effet de la situation juridique « titularité du droit de brevet ».

⁴⁶⁹ L'article 46 de la loi de 1978 dispose : « *Pendant une période dont le terme ne pourra excéder un délai de quatre ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, le délai de dix huit mois prévu à l'article 20, premier alinéa de la loi du 2 janvier 1968 modifié par l'article 12 de la présente loi, pourra être prorogé par décret, sans pouvoir être supérieur à deux ans* ».

⁴⁷⁰ Ce procédé a été largement étudié par Madame DEKEUWER-DÉFOSSEZ en droit de la famille.

⁴⁷¹ Référence est faite à la date d'entrée en vigueur du décret du n° 71-764 du 9 septembre 1971.

à l'organisation du comité de la protection des obtentions végétales, fait l'objet d'un brevet d'invention délivré dans un État partie à la Convention de Paris du 20 mars 1883, ou été inscrite à un catalogue officiel de l'un des États parties à la Convention de Paris du 2 décembre 1961, ou fait l'objet d'un enregistrement auprès d'un groupement professionnel français agréé par le comité de la protection des obtentions végétales. L'authenticité de l'obtention sera déterminée par la date, soit du dépôt de la demande de brevet, soit de l'inscription au catalogue officiel, soit de l'enregistrement par le groupement professionnel. Le certificat d'obtention végétale, s'il est accordé, prend effet à la date à laquelle il a été demandé. Sa durée est réduite de la durée écoulée depuis le dépôt de la demande de brevet, l'inscription au catalogue officiel, ou l'enregistrement par le groupement professionnel. Au cas où l'obteneur de la variété en cause a satisfait cumulativement, à des dates différentes, à plusieurs des conditions ci-dessus, la date la plus ancienne est seule retenue ». L'article 623-13 du Code de la propriété intellectuelle a été modifié par la loi du 1^{er} août 2006. Cette disposition est issue à l'origine de la loi du 11 juin 1970⁴⁷². Il est dit : « *La durée du certificat est de vingt ans à partir de sa délivrance. Elle est fixée à vingt-cinq ans si la constitution des éléments de production de l'espèce exige de longs délais* ». Il s'agit d'appliquer immédiatement une loi nouvelle relative à la durée du droit. La durée est calculée au *pro rata* du temps qui est déjà écoulé au jour de l'entrée en vigueur. En somme, la durée depuis laquelle la variété végétale a fait l'objet d'un brevet ou d'une inscription à un catalogue officiel ou d'un enregistrement auprès d'un groupement professionnel doit être inférieure à la durée de protection offerte par le certificat d'obtention végétale. En d'autres termes, l'obteneur de la variété n'aura pas la possibilité de voir sa découverte protégée par un certificat dans l'hypothèse suivante : quand les événements cités au sein de la disposition se sont produits à une date antérieure à la date qui serait trouvée en cas de décompte à rebours de la durée de protection offerte par le certificat, à compter de la date d'entrée en vigueur de la réforme. La disposition transitoire ainsi proposée par le législateur ne fait qu'aménager les effets d'une application immédiate de la loi nouvelle. La procédure de dépôt prévue est entièrement analysée au regard du comportement « passé » de l'obteneur de la variété⁴⁷³. Le degré de détail de cette disposition rend compte de l'importance des difficultés transitoires pressenties. Il convient de noter que le bénéfice de la nouvelle protection est en principe

⁴⁷² V. l'article 36.

⁴⁷³ Surtout, l'obteneur devra prouver l'authenticité de cette démarche antérieure, qui est d'ailleurs invoquée comme la cause de la divulgation de sa variété.

subordonné à la nouveauté de la variété végétale⁴⁷⁴. Par exception, les variétés ayant perdu cette nouveauté peuvent tout de même être régies par le régime spécial décrit. La disposition transitoire est entièrement justifiée par l'existence de ces variétés au jour de la réforme. Le législateur observe le passé et considère opportun d'élargir le domaine d'application de la loi nouvelle. Le résultat est d'obtenir une homogénéité du régime applicable aux obtentions végétales. Enfin, il faut entrevoir une dernière forme de « loi de transition » propre au droit de la propriété intellectuelle. Le législateur organise par ce procédé une uniformisation automatique des titres existants au jour de l'entrée en vigueur de la réforme.

III / Une uniformisation automatique des titres existants au jour de l'entrée en vigueur de la réforme

127. L'exemple de la loi du 23 juin 1857 en droit des marques - La loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce⁴⁷⁵ comporte un titre V intitulé : « *Dispositions générales ou transitoires* ». L'article 21 dispose : « *Tout dépôt de marque opéré au greffe du tribunal de commerce antérieurement à la présente loi aura effet pour quinze années, à dater de l'époque où ladite loi sera exécutoire* ». Au sein de l'exposé des motifs, il est expliqué : « *L'article 21 contient une disposition transitoire, qui s'explique et se justifie d'elle même au profit de ceux qui, antérieurement à la loi, ont déposé leur marque au tribunal de commerce ; elle les dispense d'un nouveau dépôt au moins pour une première période de quinze ans* »⁴⁷⁶. Si un dépôt a été effectué sous l'empire de la loi ancienne, une nouvelle durée de réservation de la chose est comptabilisée à partir de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Aucune démarche supplémentaire n'est nécessaire pour profiter de cet avantage offert par la disposition transitoire. Il s'agit bien une « loi de transition » parce que la règle est dérogatoire au droit antérieur comme au droit nouveau. Une certaine rétroactivité pourrait être constatée en utilisant la doctrine de Monsieur MAYER⁴⁷⁷. En effet, un groupe de personnes est clairement identifié en tant que destinataires de la règle nouvelle. Il s'agit des

⁴⁷⁴ Le sens de cette nouveauté est différent de celui rencontré en droit des brevets.

⁴⁷⁵ *Rec. Sirey 1857, Lois annotées*, p. 37.

⁴⁷⁶ *Rec. Sirey 1857, Lois annotées*, p. 37.

⁴⁷⁷ P. MAYER, *op. cit.*, n° 68, p. 48.

sujets de droit qui sont en mesure de se prévaloir d'un dépôt réalisé sous le droit ancien. Il est indéniable que ce nombre peut être connu dès le jour de l'entrée en vigueur de la loi⁴⁷⁸.

128. Conclusion de la Section III - L'unification des titres en circulation en droit de la propriété industrielle est évidemment conforme à l'exigence de sécurité juridique. L'objectif du législateur est d'éviter la création de plusieurs « strates » d'un même régime, s'ajoutant les unes aux autres au gré des réformes successives. À cette fin, il propose une conversion des titres existants au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Si la survie d'un titre antérieur semble un procédé sécurisant dès lors que l'observateur se place du côté du titulaire originaire des droits, il est évident que le droit de propriété industrielle en question offre dans ce cas un régime plural. Pendant plusieurs années, des titres d'une nature différente vont être opposés aux tiers, et ce, au regard d'une seule chose intellectuelle. Certes, il faut composer avec la lourdeur éventuelle d'un procédé de transformation de tous les titres existants au jour de l'entrée en vigueur de la réforme⁴⁷⁹. Cependant, il est manifeste que l'exigence de sécurité juridique est « du côté » d'une normalisation des titres en vigueur à une même époque. Il a été vu que l'encouragement à effectuer une nouvelle procédure de dépôt concourrait également à la réussite d'une telle entreprise. En dernier lieu, lorsque le législateur, en droit des marques, soumet tous les titres anciens à un régime juridique inédit, la mesure étant conforme aux intérêts des titulaires des droits, la brutalité de la mesure passe inaperçue.

129. Conclusion du Sous-titre II – Le droit de la propriété industrielle ne peut pas se satisfaire d'une coexistence de titres trop différents. La sécurité juridique commande que les tiers puissent facilement déterminer l'étendue d'un monopole. Il faut donc éviter qu'à un même titre puissent correspondre des conditions d'acquisition divergentes ou plusieurs régimes différents. L'analyse des dispositions transitoires rencontrées est rassurante parce qu'elle montre un législateur conscient des risques qu'une succession de réformes peut engendrer. Il faut aussi remarquer que le titulaire d'un monopole, ayant valablement acquis

⁴⁷⁸ Cass. civ., 22 mars 1864 : *Rec. Sirey* 1864, I, p. 345. Il est expliqué que les déposants ont pu conserver la propriété de leur marque parce que l'article 21 de la loi « a conservé à de semblables dépôts leur effet pour quinze années à dater de l'époque où elle est devenue exécutoire ».

⁴⁷⁹ Sans compter les reproches fondés sur la rétroactivité auquel le législateur devrait s'exposer. Il est vrai que les titres « anciens » seraient dénombrables et que la doctrine de Monsieur MAYER pourrait recevoir application. Surtout, les titulaires des droits verraient certainement dans l'aménagement de leurs prérogatives une mesure injuste et faisant peu de cas de leur « droit acquis » à jouir paisiblement de leur droit exclusif pendant un période déterminée et fixée au jour de leur acquisition.

son droit de propriété industrielle sous la loi ancienne, peut être contraint de se plier à une procédure, sous peine de perdre ses prérogatives ou de ne pouvoir les opposer à l'avenir aux tiers. L'existence d'une telle sanction fait craindre la présence d'une certaine rétroactivité, que la doctrine de Monsieur MAYER permettait déjà de pressentir.

130. Conclusion du Titre II – Il a été constaté que les obstacles que le législateur tente d'aplanir au moyen de dispositions transitoires ne sont pas de même nature en droit de la propriété littéraire et artistique et en droit de la propriété industrielle. Il faut aussi retenir que le droit de la propriété intellectuelle ne montre pas de dispositions transitoires irréflechies ou arbitraires. La seule mesure critiquable est certainement la remise en cause *a posteriori* de l'extinction de droits de propriété intellectuelle déjà éteints, mais l'initiative était européenne et entièrement justifiée par un objectif d'harmonisation de la durée des différents monopoles en vigueur en Europe. Il a été observé que le législateur choisit parfois d'adopter des mesures dérogoires au droit ancien comme au droit nouveau, afin d'organiser l'indemnisation d'un « préjudice » qui serait subi par les destinataires des règles nouvelles. À ce titre, le droit de la propriété industrielle se singularise par la création de procédures spéciales qui permettent d'unifier les titres « en circulation ». Si le législateur ne craint pas de porter atteinte à des droits « en cours de validité » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il donne néanmoins au titulaire du monopole la faculté de conserver ses prérogatives par l'accomplissement d'une procédure. Le droit de la propriété intellectuelle montre alors un législateur prévoyant, qui anticipe les conséquences du jeu des principes généraux du droit transitoire. En outre, il a été constaté que les « lois de transition » correspondent à un travail abouti du législateur. Il est d'ailleurs possible de penser à la directive du 21 décembre 1988, propre au droit des marques, qui comportait une règle d'équivalence entre la période de « non exploitation » qu'un signe avait pu connaître antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme européenne d'une part, et la période de « non exploitation » qui était précisément visée au sein du texte de la directive, d'autre part⁴⁸⁰. Dans le cadre de l'Union européenne, ce type de démarche pourrait être encouragé, afin que tous les législateurs nationaux adoptent des « lois de transition » similaires.

⁴⁸⁰ V. l'article 10 alinéa 4 de la directive du 21 décembre 1988.

Conclusion de la première partie

131. Au sein de cette première partie, il fut question de se mettre à la place de l'interprète de la loi nouvelle. Intéressé par la manière dont ce texte s'introduit dans l'ordonnement juridique, il en entreprend la lecture. L'entrée en vigueur du texte, comme l'abrogation éventuelle des règles existantes, sont des informations essentielles. Le droit de la propriété intellectuelle montre alors, de manière classique, l'importance de l'édiction rapide des décrets d'application. De même, ont été aperçues les incertitudes causées par le silence du législateur sur la manière dont les règles anciennes se trouvent entièrement ou non remplacées par les règles nouvelles.

En droit de la propriété littéraire et artistique, le législateur n'hésite pas à moduler l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle en raison de la présence actuelle ou espérée d'accords contractuels collectifs. En droit de la propriété industrielle, le procédé qui consiste à prévoir l'entrée en vigueur d'une réforme par « paliers » est toujours expliqué par la procédure d'enregistrement caractéristique de cette discipline.

Il faut noter que le droit de la propriété intellectuelle présente un nombre important de dispositions transitoires, et ce, depuis les premiers textes du XVIIIème siècle. Le législateur y montre, sans surprise, une préférence pour la loi nouvelle. Il écarte les obstacles éventuels, crée des ponts entre le « droit ancien » et le « droit nouveau ».

Quand la loi ancienne est choisie, il s'agit alors de conserver la loi des parties, de laisser une procédure d'enregistrement se terminer selon les règles existantes au jour de son engagement ou de conserver la durée originaire du droit. D'ailleurs, si le législateur favorise le règne de la loi nouvelle, ce dernier n'est pas despotique. La rétroactivité décidée par le législateur a toujours été correctement justifiée. Assurément, rendre effectif un système de gestion collective des droits, dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, est une motivation conforme à l'équité. Le législateur favorise de la sorte une égalité au regard de l'application de la loi. De même, l'organisation des conséquences d'une transposition tardive d'une directive communautaire constitue une raison légitime de donner des effets rétroactifs à un

texte de loi, surtout lorsque la rétroactivité est déjà dictée par un impératif d'harmonisation. En somme, au sein des dispositions transitoires rencontrées, l'application immédiate de la loi nouvelle est privilégiée et le principe de non-rétroactivité est respecté. Les exceptions qui y sont apportées sont toujours valablement justifiées.

Finalement, en droit de la propriété intellectuelle, l'interprète est en mesure de découvrir des dispositions transitoires respectueuses du principe de sécurité juridique. Seule l'accessibilité du droit pourrait parfois être discutée au regard de la qualité rédactionnelle de certaines interventions du législateur.

Il s'agit à présent de s'intéresser à la manière dont l'interprète peut utiliser les principes généraux du droit transitoire quand le droit de la propriété intellectuelle est le théâtre du conflit de deux normes successives.

Deuxième partie / LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'AIDE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT TRANSITOIRE

132. L'interprète de la loi et le juge en particulier recherchent les dispositions transitoires que le législateur aurait laissé à leur intention. Lorsqu'un conflit de lois dans le temps est pressenti et en l'absence de clé de résolution imposée par le législateur, l'interprète a recours aux principes généraux du droit transitoire. C'est le résultat d'une sédimentation. Les différentes propositions doctrinales que le droit transitoire a pu connaître se sont développées et croisées. La pratique a retenu les plus intelligibles et les plus simples à mettre en œuvre. La notion de « droit acquis », hautement symbolique d'un « droit ancien » dont on souhaite sauvegarder quelques vestiges, fait figure de premier réflexe. La question posée par l'interprète est la suivante : « au sein de ce problème transitoire, n'a-t-on pas affaire à un droit acquis que la loi nouvelle ne pourrait absolument pas remettre en question ? ».

La doctrine de ROUBIER, avec ce standard de la « situation juridique », se décline de multiples façons, afin de s'adapter aux particularités des faits et des actes juridiques en cause. L'interprète s'interroge : « comment traduire les termes de cette espèce selon le schéma célèbre de la situation juridique » ? Ensuite, d'autres considérations entrent en jeu : « est-on dans ce domaine contractuel qui suppose des solutions spécifiques ? ». Implicitement, l'interprète recherche aussi si la loi nouvelle répond à une qualification ayant une valeur

transitoire : « n'est-ce pas une loi impérative ? interprétative ? dite de procédure ? voire une loi pénale ? ». Tous ses éléments, qui correspondent à autant de premières intuitions, doivent être confrontés au droit de la propriété intellectuelle. En outre, la recherche de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 2 du Code civil est toujours consultée par le juriste lorsqu'il est confronté à un problème transitoire, ne serait-ce que pour prendre garde de ne pas utiliser des critères de résolution tombés dans l'oubli. Le seul avertissement du législateur se trouve ici : ne pas conférer à la loi nouvelle une application rétroactive. En ce sens, l'interprète raisonne d'abord à l'aide du principe de non-rétroactivité. C'est pour cette raison que l'étude de l'application rétroactive de la loi nouvelle (**Titre I**) précèdera celle de son application immédiate (**Titre II**).

Titre I / L'APPLICATION RÉTROACTIVE DE LA LOI NOUVELLE

133. L'article 2 du Code civil interdit au juge de déduire de l'interprétation d'un texte légal une application de ses dispositions à une date antérieure à celle de son entrée en vigueur. Un effort de qualification appliqué à certains éléments du litige lui permet d'évaluer les risques de violation du principe de non-rétroactivité. À cet effet, il peut utiliser les notions de « droits acquis » et de « situation juridique ». Quand une application de la loi nouvelle conduit à porter atteinte à des droits acquis ou remet en cause l'existence de certaines situations juridiques, le juge doit choisir une autre option. Il se tourne vers une application de la loi nouvelle qui assure, au contraire, la sauvegarde des droits acquis et des situations juridiques existantes. Par exception, différentes qualifications propres au droit transitoire autorisent le juge à appliquer d'une manière rétroactive le texte de la loi nouvelle. Si la loi est « interprétative », le juge peut ignorer le commandement de l'article 2 du Code civil. Il en est de même lorsque la loi nouvelle peut recevoir la qualification de « loi pénale plus douce ». En droit de la propriété intellectuelle, l'interprète peut utiliser les qualifications de « droits acquis » et de « situation juridique » afin de vérifier que l'application de la loi nouvelle au litige ne constitue pas une violation de l'article 2 du Code civil (**Sous-titre I**). En découvrant que la loi nouvelle peut recevoir la qualification de « loi interprétative » ou de « loi pénale plus douce », il pense alors pouvoir justifier une certaine rétroactivité de la norme nouvelle (**Sous-titre II**).

Sous-titre I / L'APPLICATION RÉTROACTIVE DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DES NOTIONS DE « DROITS ACQUIS » OU DE « SITUATION JURIDIQUE DÉJÀ CONSTITUÉE »

134. Le juge ne doit pas interpréter la loi nouvelle de telle façon qu'il fasse produire à ses dispositions des effets rétroactifs. Une fois l'analyse des éléments de l'espèce réalisée, il est temps de reconnaître en ceux-ci un « droit acquis » quelconque ou « une situation juridique » déjà entièrement constituée. Le cas échéant, le juge doit prendre garde à laisser ces données régies par le droit antérieur, sous peine de violer l'article 2 du Code civil. Il convient de noter dès à présent qu'il est possible de retrouver des décisions judiciaires faisant état, dans le même temps, de droits acquis et de situations juridiques. Il est alors question de scinder l'application immédiate de la loi nouvelle de son application rétroactive⁴⁸¹. Ce type de justification n'est pas satisfaisante parce que deux systèmes doctrinaux sont utilisés, laissant croire à une compatibilité naturelle. Historiquement, la doctrine du doyen ROUBIER s'est en partie construite sur un rejet de la doctrine des droits acquis. Il est alors préférable d'opter pour l'une de ces constructions, au moins dans l'hypothèse de la résolution d'un problème transitoire unique. Dans le cadre d'une transposition de ces qualifications au droit de la propriété intellectuelle, il convient d'adopter une rigueur de principe. Par exemple, dira-t-on encore qu'une invention « appartient » à l'employé ou à l'employeur ? Raisonner en termes de « propriété » du salarié ou de « droit au titre » de brevet, est-ce présenter le même problème d'un point de vue transitoire ? Par exemple, évoquer un « droit au brevet » peut justifier l'utilisation de la notion de « droit acquis », mais cela peut se révéler contraire au principe « du premier déposant ». En droit de la propriété littéraire et artistique, la loi du 11 mars 1957 a modifié les conditions d'acquisition du droit de suite⁴⁸². L'interprète peut estimer qu'avant toute perception effective, le droit s'analyse comme une simple « expectative ». Comme l'expectative « chasse » le droit acquis, la théorie des droits acquis justifierait indirectement une application étendue de la loi nouvelle. D'ailleurs, il faut déjà noter que la

⁴⁸¹ V. par exemple : Cass. civ., 29 déc. 1942 : *D.* 1943, p. 85, note J. CARBONNIER.

⁴⁸² V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1968 « Dufy » : *D.* 1968, p. 633, concl. LINDON.

notion d'expectative se rencontre souvent dès lors que la prérogative présente un caractère aléatoire. L'interprète peut aussi penser être en présence d'une « situation juridique en cours de formation », tant que la revente effective de l'œuvre ne s'est pas réalisée. La notion de « situation juridique » servirait alors pour expliquer la compétence de la loi nouvelle. En un mot, il est certain que la résolution des conflits de lois dans le temps peut se réduire à un problème de qualification. La confrontation des principes généraux du droit transitoire aux spécificités du droit de la propriété intellectuelle impose d'aborder de deux manières différentes l'application rétroactive de la loi nouvelle. La rétroactivité peut se déduire d'une utilisation de la notion de « droit acquis » (**Chapitre I**) ou de la notion de « situation juridique » (**Chapitre II**).

Chapitre I / LA RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « DROIT ACQUIS »

135. L'invocation d'un droit acquis tend toujours à écarter une discussion sur l'utilisation éventuelle de « critères de rattachement ». Par exemple, en droit civil, la conservation d'un « droit d'aliéner » a pu être justifiée sur le terrain des droits acquis⁴⁸³. Le choix de cette qualification transitoire permet alors d'exclure tout raisonnement sur la date d'acquisition des biens, date éventuellement postérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Par exemple, lorsqu'une loi nouvelle édicta qu'aucune demande en divorce ne serait reçue pendant un délai de trois années à compter de la célébration du mariage⁴⁸⁴, une question de fond se posait : est-ce que le droit de divorcer doit être considéré comme éteint automatiquement lors de l'entrée en vigueur de la réforme ? L'interprète pouvait choisir de se concentrer sur la régularité de la demande⁴⁸⁵. Les juges répondirent simplement que les époux n'avaient aucun droit acquis à faire régir le divorce par la loi ancienne.

D'une manière générale, plusieurs questions apparaissent quand il s'agit de transposer au droit de la propriété intellectuelle cette notion emblématique du droit transitoire. Qu'est-ce qu'un droit acquis ? Doit-on être en présence d'une prérogative présentant des caractères spécifiques ? Surtout, quelles sont les personnes qui, dans le cadre d'un débat propre au droit de la propriété intellectuelle, peuvent se prévaloir d'un droit acquis ? Plus précisément : est-ce que seul le titulaire du droit est en mesure de se prévaloir d'une telle défense à l'encontre d'une application généralisée de la loi nouvelle ? Précisément, il s'agirait de se demander dans le domaine du droit des dessins et modèles s'il serait envisageable qu'un constructeur automobile refuse de se voir appliquer à l'avenir une règle nouvelle moins favorable à ses intérêts que celle prévue par le jeu de l'exception « must fit »⁴⁸⁶. En droit de la propriété intellectuelle, la notion de droits acquis est parfois utilisée par les juges. Elle participe aussi

⁴⁸³ Cass. req., 16 mai 1843 : *Rec. Sirey* 1843, I, p. 584. Il s'agissait de savoir si le droit d'aliéner les biens dotaux pouvait être perdu lors de l'entrée en vigueur du Code civil. Il fut considéré que le « pacte matrimonial » était un « droit acquis dont le Code civil a respecté les conséquences dans toute leur étendue ».

⁴⁸⁴ V. l'article 233 du Code civil, issu de la loi du 2 avril 1941. V. Cass. civ., 29 déc. 1942 : *D.* 1943, p. 85, note J. CARBONNIER.

⁴⁸⁵ Une demande en divorce (A) effectuée au terme d'un délai de trois années à compter du mariage (D), a pour effet juridique : la validité de la demande (B).

⁴⁸⁶ Cette exception exclut la protection par le livre V du Code de la propriété intellectuelle des apparences des dessins ou modèles nécessaires au raccordement du produit concerné à un autre produit

de l'analyse de certaines dispositions transitoires⁴⁸⁷. Par suite, l'interprète sera certainement tenté de l'utiliser. C'est pour cette raison que l'utilisation de la notion de « droit acquis » doit absolument être abordée au sein d'une étude sur le droit transitoire de la propriété intellectuelle (**Section I**). Afin de cerner correctement l'influence de la théorie des droits acquis sur la résolution des problèmes transitoire dans cette discipline, il s'agira ensuite d'observer les qualifications exclusives de cette notion de droit acquis (**Section II**). Sont-elles adaptées aux données spécifiques du droit de la propriété intellectuelle ?

Enfin, seront étudiés les rapports que la notion de « droit acquis » entretient avec celle d'exception au monopole (**Section III**). Il est particulièrement intéressant de s'attarder sur cet aspect de la propriété intellectuelle, parce qu'il s'agit du point d'intersection visible de toutes les libertés existantes dans cette branche juridique. Notamment, c'est ici que la liberté de jouir de sa chose de la manière la plus absolue et la liberté du commerce et de l'industrie se coupent.

SECTION I / Considérations sur la notion de droits acquis propres au droit de la propriété intellectuelle

136. En premier lieu, il conviendra de se demander si la théorie des droits acquis n'appartient pas, dans une certaine mesure, à un droit transitoire quelque peu désuet (**I**). Est-il encore bien raisonnable de faire usage de cette théorie si ancienne et si critiquée ?

En raison de l'utilisation remarquée de cette approche en jurisprudence, le principe de sauvegarde des droits acquis doit être confronté à la discipline spéciale du droit de la propriété intellectuelle (**II**). Il faudra alors rechercher précisément les droits qui pourraient correspondre à cette qualification (**III**). Enfin, certaines source d'erreurs éventuelles seront écartées (**IV**).

⁴⁸⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *La déchéance pour défaut d'exploitation des marques et le droit transitoire* : JCP E 1995, I, 470, spéc. n° 4. Il est expliqué que la mise en place progressive par le législateur de la nouvelle procédure d'opposition n'est pas une disposition transitoire. Il faudrait plutôt y voir une mesure d'organisation administrative. Il est aussi souligné que cette disposition « n'a aucune incidence sur les droits acquis ».

I / Une théorie dépassée ?

137. Des exemples historiques de préservation de droit acquis - La notion de « droit acquis » a été utilisée très tôt en droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, la loi du 9 septembre 1835 rétablit la censure pour les dessins, gravures et lithographies⁴⁸⁸. La finalité du texte fut de garantir l'ordre public⁴⁸⁹. Les actes de vente et d'exposition d'ouvrages effectués sous le régime antérieur et qui tombaient précisément sous la censure de la loi nouvelle ne pouvaient pas constituer des droits acquis pour les juges. Il était expliqué : « *Les lois de police et de sûreté dérogent, par leur nature, et sans qu'il soit besoin d'une disposition expresse, à toutes possessions et usages contraires : ces possessions et usages ne constituent pas des droits acquis, que la loi nouvelle ne puisse modifier. Ainsi, et particulièrement, la loi du 9 septembre 1835, qui défend d'exposer ou mettre en vente aucune gravure ou lithographie, sans l'autorisation du gouvernement, s'applique même aux gravures ou lithographies qui auraient été déposées et publiées avant cette loi* »⁴⁹⁰. Indirectement, il s'agissait de défendre l'application généralisée de la loi nouvelle et de refuser le reproche de la rétroactivité⁴⁹¹.

Il convient de présenter un autre exemple. Deux lois successives de 1905 et de 1908 eurent pour point commun de confier à des règlements d'administration publique la tâche de préciser les appellations d'origine en vigueur⁴⁹². Une loi du 6 mai 1919⁴⁹³ réalisa ensuite un retour au droit antérieur à 1905⁴⁹⁴, en octroyant ce pouvoir aux autorités judiciaires⁴⁹⁵. Les tribunaux

⁴⁸⁸ « *Aucun dessins, aucunes gravures, lithographies, médailles et estampes, aucun emblème de quelque nature que ce soit, ne pourront être publiés, exposés ou mis en vente sans l'autorisation préalable du ministre de l'intérieur, à Paris, et des préfets dans les départements* ».

⁴⁸⁹ Bien souvent, une loi de cette nature permet au juge d'affirmer l'absence de droits acquis.

⁴⁹⁰ Cass. crim., 9 déc. 1836 : *Rec. Sirey* 1836, I, p. 905. L'arrêt a été rendu après délibération en Chambre du conseil.

⁴⁹¹ DUPIN affirme que toutes les publications effectuées sous « *le régime de la liberté absolue, de 1830 à 1835* » sont concernées par la loi nouvelle. En effet, la loi ne distingue pas si les dessins, gravures ou lithographies ont déjà paru antérieurement ou sont encore à paraître après l'entrée en vigueur.

⁴⁹² V. N. OLSZAK, *Droit des appellations d'origine et des indications de provenance*, éd. Tec et Doc, 2001, Introduction, p. 7

⁴⁹³ Loi du 6 mai 1919 relative à la protection des appellations d'origine : *JORF* du 8 mai 1919, p. 4726. Cette loi organisait l'interdiction d'apposer sciemment de fausses indications d'origine sur des produits naturels ou industriels.

⁴⁹⁴ Seul l'article 11 de la loi du 1^{er} août 1905 est abrogé, en tant qu'il déclare qu'il sera procédé à des délimitations géographiques par la voie administrative. Son article 1^{er} continua toujours de sanctionner la tromperie sur la nature et les qualités substantielles de toutes marchandises.

⁴⁹⁵ Un système original de délimitation des appellations d'origine fut établi. Les appellations d'origine devaient être fixées par les tribunaux civils, saisis par les intéressés et statuant selon les usages locaux, loyaux et constants (article 1^{er} de la loi du 6 mai 1919). L'Administration se trouva déchargée d'une mission délicate. C'est pour cette raison que la loi de 1919 fut qualifiée de « *loi de dessaisissement et de révision* ». L'expression est de CLÉMENTEL, ministre de l'agriculture de l'époque. V. R. GUÉRILLON, *Les appellations d'origine (loi du 6 mai 1919)*, thèse, 1919, Introduction, p. 1.

devaient alors redéfinir « *le sens des appellations d'origine* »⁴⁹⁶. Comme les lois de 1905 et de 1908 avaient pu faire croire en la naissance de droits subjectifs, les intéressés souhaitaient continuer l'usage déjà commencé des appellations antérieures. Par suite, les juges devaient distinguer les droits déjà constitués, d'une part, des simples prétentions des habitants d'une commune ou d'une aire géographique quelconque, d'autre part⁴⁹⁷. En somme, il convenait d'effectuer une recherche des droits valablement acquis sous le régime antérieur. La loi du 6 mai 1919 consacra à ce titre une « *présomption légale* » au bénéfice des « *producteurs, fabricants et négociants des régions délimitées par décrets abrogés* »⁴⁹⁸. En quelque sorte, d'un usage antérieur à la réforme, était déduite une faculté de se prévaloir des dispositions de la loi nouvelle. La privation d'un avantage acquis sous le droit ancien était ainsi évitée. La présomption présentait une nature irréfragable et aucune réforme ultérieure ne pouvait la remettre en cause⁴⁹⁹. Le ministre de la culture s'était ainsi exprimé⁵⁰⁰ : « *ceux qui actuellement possèdent le droit à désigner leurs produits sous les noms de Champagne, Cognac, Armagnac, Banyuls, Clairette de Die, voient ce droit non pas contesté, mais définitivement confirmé par la loi que nous discutons* ». Force est de constater que les prérogatives maintenues pouvaient parfaitement s'analyser en autant de droits acquis, tels qu'ils sont entendus en droit transitoire⁵⁰¹.

138. La modernité de la notion de droit acquis - Il est certain que l'interprète ne peut ignorer la qualification de droit acquis, sous prétexte qu'elle appartiendrait à un droit

⁴⁹⁶ Par exemple, le juge cherche à savoir, d'une part, si la dénomination est ou non tombée dans le domaine public et ne peut constituer une appellation d'origine, et si, d'autre part, l'appellation désigne bien « un produit d'origine ». V. Cass. req., 24 oct. 1928 : *Rec. Sirey* 1929, I, p. 11 ; CA Paris, 19 mars 1929 : *Rec. Sirey* 1929, II, p. 112.

⁴⁹⁷ V. par ex. CA Bordeaux, 28 mai 1923 : *Rec. Sirey* 1925, II, p. 15. Les juges considèrent que le droit à l'appellation d'origine pourrait s'étendre en dehors de la commune constituant le lieu d'origine, par l'effet d'un usage « *local, loyal et constant* ». Par application de l'article 7 de la loi du 6 mai 1919 : « *les jugements ou arrêts définitifs décideront à l'égard de tous les habitants et propriétaires de la même commune ou, le cas échéant, d'une partie de la même commune* ». L'unité de la commune paraît parfois aux juges trop étendue : Cass. civ., 23 déc. 1929 : *Rec. Sirey*, 1930, I, 172. La réflexion se porte alors sur les effets des décisions de justice.

⁴⁹⁸ V. l'article 24 de la loi.

⁴⁹⁹ R. GUÉRILLON, *Les appellations d'origine (loi du 6 mai 1919)*, p. 134 et s., spéc. p. 135. Le droit en question est comparé à celui qui serait « acquis » au titre d'une prescription ou d'un jugement définitif.

⁵⁰⁰ R. GUÉRILLON, *op. cit.*, p. 157, propos de CLÉMENTEL.

⁵⁰¹ M. TOUBEAU, *La protection des appellations d'origine, commentaire de la loi du 6 mai 1919, op. cit.*, n° 76, p. 54. Le Parlement a certes abrogé les décrets de délimitation pris en vertu des lois de 1905 et 1908, mais il n'a pas été souhaité que les producteurs des anciennes régions délimitées se voient contester le droit à l'appellation d'origine qui leur avait été officiellement reconnu. Est ainsi expliquée la présence de la présomption légale de l'article 24 de la loi de 1919. Les droits précédemment reconnus aux habitants des régions délimitées furent confirmés. Ils conservaient un droit incontestable à user des appellations. Le droit cessait seulement d'être exclusif puisque les tribunaux eurent le droit de l'étendre aux habitants d'autres régions. Il serait alors possible de raisonner en termes de diminution de l'opposabilité du monopole. Le terme de « droits acquis » a été ensuite supprimé de la loi. Il pouvait en résulter une confusion entre les droits des récoltants des régions qui avaient été créés par des décrets de délimitation et ceux dont la création était encore antérieure.

transitoire vieilli. D'abord, cette notion a souvent été invoquée dans le cadre d'une action en justice afin de bénéficier des dispositions de la loi du 31 décembre 1964, spécifique au droit des marques⁵⁰². Ensuite, la Convention de Rome⁵⁰³, la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales⁵⁰⁴, la directive du 29 octobre 1993⁵⁰⁵ et la directive du 22 mai 2001⁵⁰⁶ font expressément allusion aux droits acquis. Par suite, le juge français peut être légitimement tenté de justifier son raisonnement transitoire à l'aide de cette qualification⁵⁰⁷. De plus, il existe un principe général communautaire de sauvegarde des droits acquis, présent au sein du considérant n° 9 de la directive communautaire du 29 octobre 1993⁵⁰⁸.

En définitive, afin de découvrir la présence de droits acquis, il faut observer le processus d'acquisition du droit. L'irrévocabilité du droit a toujours constitué un critère de reconnaissance. Au contraire, en présentant un état de non achèvement, le droit pourrait toujours être remis en question par une loi nouvelle. L'impossibilité pour un tiers « d'ôter » le droit acquis du patrimoine de son titulaire serait ainsi un indice à retenir⁵⁰⁹. La liberté civile

⁵⁰² Cass. com., 2 juill. 1996 : *PIBD* 1996, III, 494. En l'espèce, la Cour de cassation ne répond pas directement sur la question des droits acquis et se contente d'affirmer que la tolérance d'usage ne peut pas être opposée au titulaire du droit. Il est souligné que l'action en justice avait été intentée avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991 et que seule la prescription trentenaire pouvait recevoir application.

⁵⁰³ Convention internationale pour la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 novembre 1961. V. Le décret n° 88-234 du 9 mars 1988 (JORF du 15 mars). L'Article 20, 1° dispose : « *La présente Convention ne porte pas atteinte aux droits acquis dans l'un quelconque des États contractants antérieurement à la date d'entrée en vigueur pour cet État de la Convention* ». Le 2° précise : « *Aucun État contractant ne sera tenu d'appliquer les dispositions de la présente Convention à des exécutions, ou à des émissions de radiodiffusion, ayant eu lieu, ou à des phonogrammes enregistrés, antérieurement à la date d'entrée en vigueur pour cet État de la Convention* ». La notion de droits acquis est ici utilisée afin de préciser le champ d'application temporel de la Convention. Les références précises du 2° ne font que compléter la première exigence générale de sauvegarde des droits acquis énoncée au 1°. Autrement dit, cette qualification devrait suffire à l'interprète pour comprendre la volonté du législateur. Sont ensuite précisés les faits générateurs de ces droits protégés : la réalisation des exécutions ou des émissions de radiodiffusion, l'enregistrement des phonogrammes. Dès lors que ces événements se sont réalisés avant l'entrée en vigueur de la Convention, la qualification de « droits acquis » peut être utilisée pour prolonger l'empire du droit antérieur.

⁵⁰⁴ L'article 39 de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961 est une disposition transitoire. L'article est intitulé « *Maintien des droits acquis* ». Il dispose : « *La présente convention ne saurait porter atteinte aux droits acquis soit en vertu des législations nationales des États de l'Union, soit par suite d'accords intervenus entre ces États* ».

⁵⁰⁵ Le respect des droits acquis est rappelé au sein du considérant n° 9 de la directive (CE) n° 93/98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

⁵⁰⁶ Directive (CE) n° 2001/29 du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. V. L'article 10, intitulé « *Application dans le temps* », il dispose en son 2) : « *La présente directive s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002* ». Cette date du 22 décembre 2002 est la date limite de transposition de la directive. La sauvegarde des conventions antérieures est mise sur le même plan que la protection des droits acquis.

⁵⁰⁷ Malgré les nombreuses critiques qui ont pu être adressées à cette théorie. V. ROUBIER, *op. cit.*, n° 26 et s., p. 112 et s.

⁵⁰⁸ V. pour une argumentation des juges fondée en partie sur ce considérant : CA Paris, 12 oct. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-285392 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. n° 183, note C. CARON.

⁵⁰⁹ Il peut être question de droits « *irréremédiablement acquis* ». V. par exemple, Cour royale de Douai, 24 juin 1844 : *Rec. Sirey* 1844, II, p. 339 : « *Le principe de non-rétroactivité n'est pas applicable en matière de traités politiques opérant la séparation de territoires : ces traités peuvent avoir pour effet d'enlever ou de détruire des droits ou des privilèges préexistants attachés à la qualité de régnicole (...) aucun droit civil n'est irréremédiablement acquis, par cela seul qu'une loi l'a institué, et qu'un contrat a eu lieu sous l'empire de cette loi* ». Pour BEUDANT : « *La loi n'est applicable qu'aux faits qui s'accomplissent sous son empire, c'est-à-dire*

constitue une justification classique de leur sauvegarde⁵¹⁰. L'idée essentielle se résume ainsi : la loi nouvelle ne doit réaliser aucune dépossession ou expropriation illégitime d'un droit subjectif valablement constitué⁵¹¹. Il s'agit assurément d'une conception historique rassurante du patrimoine, dont la composition ne peut être arbitrairement modifiée par le législateur.

Il faut aussi se rappeler que la notion de droits acquis sert essentiellement de manière négative. Le juge affirme qu'il n'y a pas de droits acquis dans un domaine donné afin de justifier une application généralisée de la règle nouvelle. La notion peut alors côtoyer des qualifications attribuées à la loi elle-même et qui constituent en réalité un outil différent de résolution des conflits de lois dans le temps. Dans un premier temps, le juge qualifie la loi nouvelle de « loi d'ordre public, » de « loi de procédure » ou de « loi interprétative »⁵¹². La présence ou l'absence de droit acquis est ensuite déduite de cette première constatation.

II / Le principe de protection des droits acquis en droit de la propriété intellectuelle

139. La naissance des droits acquis et la volonté - La notion de « droit acquis » est entièrement tournée vers la défense d'une prérogative au regard de l'empire de la loi nouvelle. Elle ne suppose en elle-même aucune source particulière de l'obligation⁵¹³. C'est-à-dire qu'une créance de réparation civile comme une créance contractuelle peut recevoir cette qualification. En somme, il ne s'agit pas de distinguer selon la nature du fait générateur des

depuis qu'elle est obligatoire ; ce qui est acquis à cette date en vertu de la loi en vigueur est à l'abri des changements que peut introduire la loi nouvelle » : C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publié par R. BEUDANT, *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, Paris, 1896, n° 126, p. 131.

⁵¹⁰ C. BEUDANT, *op. cit.*, n° 126, p. 131. L'auteur affirme que si la loi nouvelle pouvait atteindre ce qui a été fait « sur la foi de celle qui l'a précédée », « rien ne serait stable et ne pourrait être regardé comme acquis ; il n'y aurait aucune sécurité, par conséquent aucune liberté civile ».

⁵¹¹ Le point de vue de BEUDANT est assez caractéristique, les conséquences juridiques du fait sont pratiquement confondues avec celui-ci : C. BEUDANT, *op. cit.*, n° 128, p. 133 : « En premier lieu, quand une loi nouvelle survient, elle est entièrement inapplicable aux faits accomplis avant elle, aux droits qui sont acquis quand elle entre en vigueur ».

⁵¹² V. par exemple : Cass. crim., 16 avril 1831 : *Rec. Sirey* 1831, I, p. 304 : « les procès criminels dans lesquels il n'y a pas de jugements définitifs et en dernier ressort, doivent être continués dans les formes et devant les tribunaux nouvellement établis, qu'en matière de juridictions, qui sont d'ordre public, il ne peut y avoir de droits acquis (...) ». En l'espèce, un procès était en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Même à l'issue de la réforme, il devait être continué devant un autre tribunal. Le juge justifie cette application immédiate en rappelant que le domaine de l'organisation judiciaire est d'ordre public. Est alors déduite une absence de droits acquis de cette seule considération.

⁵¹³ V. M.-A MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois ou Commentaire approfondi du Code civil*, Paris, A. Dunand, 1845, vol. 1, p. 173. V. cependant, l'analyse de ROUBIER portant sur la théorie d'AUBRY ET RAU : ROUBIER, *op. cit.*, n° 26, p. 117.

droits⁵¹⁴. Cette indifférence de la source du droit envisagé est une solution heureuse parce que le droit de la propriété intellectuelle montre en ce domaine un rôle variable de la volonté. Par exemple, le conseiller NACHET, à la fin du XIX^{ème} siècle⁵¹⁵, soulignait déjà des différences importantes quant au rôle attribué à la volonté, selon les droits de propriété intellectuelle envisagés. Le droit des dessins et modèles, tel qu'il était offert par la loi du 18 mars 1806, était alors présenté comme le régime le plus largement influencé par la volonté du créateur. Il était souligné que « *l'inventeur* » d'un dessin de fabrique avait la liberté de choisir la durée de son exclusivité, là où le breveté était contraint de choisir entre trois propositions. Le droit d'auteur présentait alors un régime rigide puisque le terme de la protection était imposé. DUPIN a néanmoins pu soutenir que la volonté de l'auteur était parfois suffisante pour rendre perpétuelle la durée de protection de l'œuvre⁵¹⁶ : l'artiste qui soustrait son œuvre à la vue du public en empêcherait la chute dans le domaine public⁵¹⁷.

Si ces différents points de vue appartiennent à l'Histoire, aujourd'hui encore, la place de la volonté dans l'acquisition des différents droits de propriété intellectuelle pourrait être discutée. En droit de la propriété industrielle, le dépôt d'une demande d'enregistrement est une démarche volontaire indiscutable. Certes, la création d'une œuvre est aussi un acte volontaire⁵¹⁸. Seulement, en droit d'auteur, la volonté est orientée vers la transformation du réel. Ce n'est pas la protection légale en elle-même qui est recherchée. L'auteur crée une forme originale et ne recherche pas, à cet instant, la protection du livre premier du Code de la propriété intellectuelle. En revanche, ce souhait de profiter d'un régime légal spécifique apparaît clairement dès le dépôt d'une demande d'enregistrement. En droit d'auteur, le désir de profiter d'une protection adaptée aux caractéristiques de la chose apparaît plutôt lors d'une action en contrefaçon dirigée contre un tiers. Il y a ici un premier élément d'explication de la solution transitoire adoptée par la Cour de cassation en juillet 2000⁵¹⁹. Le droit d'auteur semble ne se manifester qu'à l'instant où il est « mis en œuvre ». En conclusion, il est

⁵¹⁴ V. ROUBIER, *op. cit.*, n° 23, p. 96. L'auteur cite en ce sens les travaux de CHABOT DE L'ALLIER : G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code Napoléon, relatives à son autorité sur les actes et les droits antérieurs à sa promulgation*, Dijon, V. Lagier, 2^{ème} éd., 1829, t. 2, p. 88 : « On entend par droits acquis ceux qui étaient irrévocablement conférés et définitivement acquis avant le fait, l'acte ou la loi que l'on veut opposer, pour empêcher la pleine et entière jouissance de ces droits ».

⁵¹⁵ V. sous Cass. req., 1^{er} juillet 1850 : *Rec. Sirey* 1851, I, p. 785.

⁵¹⁶ V. CA de Rouen, 25 févr. 1876 : *Rec. Sirey* 1876, II, p. 67, note C. LABBÉ.

⁵¹⁷ « *Qu'il garde l'œuvre d'art dans le secret de sa galerie ou qu'il en accorde la vue à quelques visiteurs, il peut en ce cas interdire toute reproduction. Jamais, tant que cette détermination durera, par aucun laps de temps, cette œuvre ne tombera dans le domaine public (...)* ». Cette vision des choses ne serait autorisée que dans le cas où l'évènement « divulgation de l'œuvre » constituerait le point de départ du délai de protection. Ce n'est pas aujourd'hui la solution donnée par le droit positif.

⁵¹⁸ Le raisonnement est identique pour un dessin ou modèle créé avant que n'entre en vigueur l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001.

⁵¹⁹ V. Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : *Bull. civ.* I, n° 226. V. *infra*, n° 177 et s.

rassurant que la volonté ne joue aucun rôle dans la reconnaissance des droits acquis. Cela permet d'adopter, sur le plan des droits acquis tout au moins, une vision homogène du droit transitoire appliqué au droit de la propriété intellectuelle.

III / La recherche de droits acquis en droit de la propriété intellectuelle

140. Une vision extensive des droits acquis - Quant il s'agit de rechercher des droits acquis en droit de la propriété intellectuelle, il est possible de s'inspirer des exemples donnés par le doyen ROUBIER⁵²⁰. Sont cités les droits de créance, les droits réels et les droits de succession. L'article L. 612-10 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle, relatif aux inventions qui intéressent la défense nationale, dispose : « *La prorogation des interdictions (...) ouvre droit à une indemnité au profit du titulaire de la demande de brevet, dans la mesure du préjudice subi* ». Autrement dit, la créance correspondant à l'indemnité d'immobilisation naît automatiquement dans le patrimoine du breveté à l'instant même de la décision de prorogation. Cette créance pourrait aisément être assimilée à un droit acquis, afin de garantir son paiement, même après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle qui supprimerait cette compensation. Dans l'idéal, la notion de droit acquis devrait se concevoir aussi facilement que cette créance de réparation issue du mécanisme de la responsabilité civile.

En outre, il est possible de penser aux « droits à ». Ils sont traditionnellement perçus comme des dérivés d'une interprétation des droits de la défense. En droit de la propriété intellectuelle, certaines illustrations pourraient être trouvées⁵²¹. Il est remarquable que ces droits semblent entretenir une certaine proximité avec la notion de « droits acquis »⁵²². En effet, il faut voir dans ces « droits à » des prérogatives dotées d'une certaine « résistance ». Par exemple, un système de protection d'un « droit à » interdit à son titulaire d'y renoncer⁵²³. Le « droit à », comme le « droit acquis », est entièrement orienté vers une immutabilité de ses prérogatives.

⁵²⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 90, p. 464.

⁵²¹ Il est possible de penser à certaines exceptions limitant l'exercice des droits patrimoniaux de l'auteur. V. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2009, n° 565, p. 377. Il est expliqué que chaque « communauté » (bibliothécaires, défenseurs des logiciels libres, commissaires priseurs...) aspire à des espaces de liberté et à de nouveaux « droit à ».

⁵²² Cependant : Cass. Com., 24 févr. 2009 : *D.* 2009, AJ p. 1017. Le droit transitoire serait inapte à expliquer les traductions juridiques de ces prérogatives inédites.

⁵²³ Il faudrait alors penser au bénéfice de l'auteur à un « droit à la paternité » de l'œuvre ou à un « droit à » une protection de ses intérêts pendant la durée légale du monopole. V. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^{ème} éd., Dalloz Action, 2011-2012, n° 216-15, p. 934 : « (...) il faut d'une manière générale donner aux auteurs le moyen légal de mettre leurs œuvres irrévocablement dans le domaine public (...) ». Une renonciation est dans ce cas clairement envisagée.

Cependant, il faut prendre garde en droit de la propriété intellectuelle à ne pas reconnaître trop facilement un « droit au brevet ». Cette vision des choses n'est pas acceptable dès lors que le législateur a choisi le principe « du premier déposant »⁵²⁴. En effet, il est certain que la seule création de l'invention n'est pas suffisante pour la reconnaissance définitive d'un monopole d'exploitation⁵²⁵. Certes, le fait de création engendre une appropriation primitive. Seulement, la perspective d'une divulgation de l'invention rend extrêmement précaire le lien exclusif existant entre l'inventeur et sa « production ». Il est préférable de dire que l'inventeur jouit simplement d'une « faculté » de protéger une invention préexistante au moyen d'une procédure spécifique.

L'existence de droits acquis de nature procédurale a été défendue⁵²⁶. En transposant cette idée au droit de la propriété intellectuelle, il est possible d'évoquer le droit des marques. Le défendeur à une action en nullité⁵²⁷ ou en contrefaçon⁵²⁸ peut opposer un moyen tiré de la forclusion de l'action. En considérant une loi nouvelle qui viendrait allonger la durée actuelle qui est de cinq années, le défendeur pourrait être tenté d'invoquer un droit acquis consistant en l'achèvement de cette durée sous le droit antérieur. En ce qui concerne les délais de forclusion, l'effet juridique recherché ne peut être constaté qu'à l'arrivée du terme. C'est alors le même mécanisme qui est observé dans le domaine des prescriptions. La personne dont les intérêts sont favorisés par l'écoulement du délai est donc tentée d'invoquer un droit acquis une fois le terme arrivé⁵²⁹. En revanche, si le droit à l'information apparaît en tant que garantie procédurale nouvelle offerte au titulaire du droit, la loi nouvelle qui viendrait le supprimer pourrait recevoir la qualification de « loi de procédure » par le juge, et ce, afin de

⁵²⁴ L'absence d'exigence de la qualité d'inventeur pour déposer une demande de brevet figurait déjà de manière implicite au sein de la loi du 5 juillet 1844. Elle fut ensuite présentée de manière explicite au sein de la loi du 2 janvier 1968.

⁵²⁵ Malgré d'ailleurs la rédaction ambiguë de l'article L. 611-6 du Code de la propriété intellectuelle, qui évoque un « droit au titre » au bénéfice de l'inventeur ou de son ayant-cause (V. aussi la rédaction de l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle). Il ne s'agit que d'une présomption qui dispense le déposant de prouver sa qualité d'inventeur.

⁵²⁶ ROUBIER, *op. cit.*, n° 101, p. 544. Cette notion aurait été défendue par C.-F. GABBA.

⁵²⁷ L'article L. 714-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose en son alinéa 3 : « *Seul le titulaire d'un droit antérieur peut agir en nullité sur le fondement de l'article L. 711-4. Toutefois, son action n'est pas recevable si la marque a été déposée de bonne foi et s'il en a toléré l'usage pendant cinq ans* ».

⁵²⁸ L'article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose en son alinéa 4 : « *Est irrecevable toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été toléré pendant cinq ans, à moins que le dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. (...)* ».

⁵²⁹ L'hypothèse est la suivante : à la suite d'un acte ou d'un fait, une partie dispose d'un certain délai pour agir. Si son inaction est constatée pendant ce délai, la forclusion qu'elle subit pourrait constituer un droit acquis pour l'adversaire. Par suite, ce droit ne pourrait être remis en cause par une loi nouvelle. Certes, l'absence de toute remise en question d'un acte de procédure, quand il a été valablement accompli sous le droit antérieur, est une solution qui peut aussi se fonder sur l'adage « *tempus regit actum* ». Seulement, la protection des droits acquis peut être légitimement sollicitée.

l'appliquer à une instance « en cours »⁵³⁰. Force est de constater que la règle est souvent traduite en termes d'avantages ou d'inconvénients nouveaux à l'égard du titulaire du droit. La démarche perd alors en justification rationnelle.

141. Le problème du « droit acquis à une jurisprudence » - En droit de la propriété intellectuelle, est retrouvé le danger que la rétroactivité de la jurisprudence peut présenter⁵³¹. Il faut alors rappeler qu'il n'existe pas de droits acquis au bénéfice d'une jurisprudence⁵³². Il est vrai qu'un revirement jurisprudentiel est susceptible de donner naissance à un préjudice qui ressemble fort à celui engendré par l'application rétroactive d'un texte de loi. La modulation des revirements de jurisprudence dans le temps constitue alors une réponse ponctuelle. Il s'agira d'établir la preuve d'une atteinte au droit d'accès au juge afin de rendre cette solution exceptionnelle plus probable.

Par exemple, en droit d'auteur, la faculté pour le juge d'asseoir sa décision sur le fondement d'une directive non transposée a été rappelée⁵³³. Le juge avait interprété largement l'article 5 de la directive CE n° 2001-29 du 22 mai 2001. Par la suite, la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 a donné une interprétation plus restrictive de la norme communautaire⁵³⁴. Aucun

⁵³⁰ V. Ce droit à l'information peut être compris comme un instrument supplémentaire permettant de déterminer le préjudice subi par le titulaire du droit, V. B. MAY, *Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas* : *Propr. ind.* 2008, étude n° 4.

⁵³¹ Par exemple, dans un domaine rattaché à la propriété littéraire et artistique, la responsabilité du commissaire-priseur peut être déduite de la seule erreur commise sur l'authenticité de l'œuvre F. BAILLET BOUIN, *Le commissaire-priseur, responsable de plein droit envers l'adjudicataire d'une œuvre d'art ?*, à propos de Cass. 1^{ère} civ. 3 avr. 2007 : *D.* 2007, p. 2288.

⁵³² V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2009 : *D.* 2009, p. 2599. « (...) la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». V. N. MOLFÉSSIS, *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence* : *D.* 2009, chron. p. 2567. V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 2001 : *GAJC*, 12^{ème} éd., n° 11 ; *JCP* 2002, II, 10045, note O. CACHARD.

⁵³³ V. P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 25, p. 39. Le juge n'est pas contraint d'attendre que le délai de transposition soit expiré, voire même que le texte de la directive soit complètement finalisé. Il est estimé par ailleurs que lorsque la directive n'est qu'à l'état de projet, « il n'est pas interdit aux juges et professionnels des États membres de s'inspirer de ce que sera très probablement le futur état du droit sur la question concernée ». Il est vrai que la directive est tout de même entrée en vigueur et fait partie de l'ordonnement juridique. Ce à quoi il est possible de répondre que la directive n'est pas directement applicable dans le droit interne et ne formule que des objectifs. Il est alors difficile pour le plaideur d'avoir une vision précise de la forme que pourra prendre la règle en droit interne. En effet, une liberté est offerte aux États membres dans le choix des formes et des moyens. Selon l'article 249 du Traité de Rome, alinéa 3 : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». C'est cette disposition qui devra être étudiée par l'interprète : « Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le ... ». V. C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires, Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007.

⁵³⁴ V. Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009 : *Comm. com. électr.* 2009, comm. n° 33, note C. CARON ; *D.* 2009, n° 7, p. 428, note J. DALEAU ; *Légipresse* 2009, II, p. 103, note V. VARET ; *Propr. intell.* 2009, n° 31, p. 167, obs. A. LUCAS. Il s'agissait d'apprécier la légalité de la reproduction d'une photographie effectuée en 2004. Une société, éditrice d'une revue, assigne une autre société concurrente en contrefaçon et concurrence déloyale pour avoir reproduit sans autorisation dans l'un de ses magazines une photographie sur laquelle elle estime avoir des

plaideur n'aurait pu invoquer un droit acquis à l'interprétation antérieure du juge national, fusse-t-elle plus favorable à ses intérêts. Il convient de remarquer que la question ne se pose pas lorsque la norme communautaire propose l'adoption d'une procédure particulière. Par exemple, en droit des marques, la procédure d'opposition n'a pas été imposée par la directive CE du 21 décembre 1988. Il avait seulement été indiqué dans son préambule que les États membres pouvaient insérer cette procédure au sein de leur droit interne. Avant toute transposition de la règle, il est évident que le juge ne pouvait rien déduire de cette seule information.

IV / Des erreurs spécifiques au droit de la propriété intellectuelle

142. En droit de la propriété industrielle - En droit des marques, la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 ne se prononçait pas expressément sur la disponibilité du signe choisi. Le législateur n'avait pas envisagé le fait que ce signe ait pu antérieurement faire l'objet d'un

droits : « *une photographie lui appartenant* ». L'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle devait être interprété à la lumière de l'article 5-3, c) de la directive n° 2001-29 du 22 mai 2001. Même si ce texte n'avait pas été transposé à l'époque, le délai imposé pour cette transposition était expiré à la date du fait allégué de contrefaçon. Il faut rappeler que la directive en question est entrée en vigueur le 22 juin 2001, date de sa publication au Journal Officiel des Communautés Européennes (V. l'article 14). Les États membres devaient transposer la directive avant le 22 décembre 2002 (V. l'article 13). La reproduction de la photographie litigieuse avait été réalisée en 2004, donc bien après cette date butoir de transposition. L'article 5-3 c) de la directive dispose : « *Lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit d'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur* ». L'article 5-3 de la directive énonce que les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux articles 2 et 3, respectivement consacrés au droit de reproduction d'une part, et au droit de communication d'œuvres au public, d'autre part. L'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle devait être lu dans sa version antérieure à sa modification par la loi du 1^{er} août 2006. Au 3^o était prévue l'hypothèse des courtes citations et analyses justifiées par un caractère particulier de l'œuvre (critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information), « *sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et sa source* ». Si le dernier alinéa était relatif à une diffusion par la voie de la presse « *à titre d'information d'actualité* », seuls les discours étaient concernés. Les juges d'appel ont considéré que les droits de l'auteur n'avaient pas été atteints. Pour la Cour d'appel de Paris, l'article 5-3 c) de la directive « *reconnaissant pour les États membres la faculté de prévoir une exception au monopole du droit d'auteur à des fins d'information, sans restriction tenant à la nature de l'œuvre, cette exception a vocation à s'appliquer et ne permet pas d'exclure du champ d'application de l'article L. 122-5, 3^o précité les œuvres photographiques dont la reproduction, fut-elle intégrale, doit recevoir la qualification de courte citation dès lors qu'elle répond, comme en l'espèce, à un but d'information* ». La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel : « *Qu'en statuant ainsi, quand les dispositions de la directive européenne à la lumière de laquelle elle interprétait l'article L. 122-5 3^o du Code de la propriété intellectuelle, relative à l'exception aux fins d'information, n'étaient que facultatives et ne pouvaient servir au juge national de règle d'interprétation pour étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non prévu par celle-ci, la cour d'appel a, par fausse application, violé les textes susvisés* », à savoir, l'article 122-5 du Code de la propriété intellectuelle et 5-3 c) de la directive du 22 mai 2001. Pour la Cour de cassation, le juge devait d'ailleurs vérifier au préalable dans quelle mesure la règle devait être transposée par l'État français. Lorsque la transposition de la norme n'est que facultative, le juge n'est pas autorisé à adopter une vision extensive d'une exception au monopole de l'auteur.

droit valablement acquis par un tiers. La directive CE n° 89-104 du 21 décembre 1988 énonça ensuite que l'usage de la marque pouvait être interdit en vertu d'un droit antérieur⁵³⁵. Ce droit fait immédiatement penser à la notion de « droit acquis ». En effet, le titulaire d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne, qui utilise le signe avant qu'il ne fasse l'objet d'un enregistrement à titre de marque, a été considéré par la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, loi de transposition de la directive du 21 décembre 1988. Il a été affirmé : « *il y a pour l'usager un droit acquis que l'enregistrement d'une marque ne doit pas pouvoir faire disparaître* »⁵³⁶. En réalité, la qualification de droit acquis se comprend au regard d'une loi nouvelle qui viendrait remettre en cause, de manière injuste, l'existence de droits nés antérieurement. En revanche, la menace existante pour le droit antérieur, évoquée par la loi du 4 janvier 1991, consiste en l'enregistrement d'une marque réservant pour l'avenir le signe en question. Dans ce cas, le raisonnement est axé sur les effets d'un enregistrement acquisitif de droits et non sur les conséquences de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle⁵³⁷. En conclusion, ces droits antérieurs ne peuvent pas être parfaitement assimilés à des droits acquis en l'absence de toute autre considération.

De même, en droit des dessins et modèles, l'article L. 512-4 alinéa 1^{er} d) et e) du Code de la propriété intellectuelle énonce qu'un droit d'auteur et un droit de marque peuvent constituer des droits antérieurs à l'enregistrement d'un dessin ou modèle. Autrement dit, ces droits sont en mesure de conduire au prononcé d'une nullité de l'enregistrement. Si, d'un point de vue chronologique, ces droits appartiennent à une période passée, la date de référence n'est pas l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, mais la date de réservation d'un dessin ou modèle par l'intermédiaire d'un enregistrement administratif. En conclusion, il ne s'agit pas de droits acquis au sens du droit transitoire.

En droit des brevets, un « droit de possession » peut être invoqué lorsqu'une invention a été créée mais n'a pas été divulguée par le premier inventeur. Comme le dépôt ultérieur de la même invention par un tiers est valable, en raison de l'effet acquisitif de l'enregistrement, l'équité commande qu'une faveur soit accordée au premier inventeur. Celle-ci consiste à faire

⁵³⁵ V. l'article 4 intitulé : « *Motifs supplémentaires de refus ou de nullité concernant les conflits avec des droits antérieurs* », 4) e). Sont cités : le droit au nom, le droit à l'image, le droit d'auteur, un droit de propriété industrielle. De plus, le titulaire du droit de marque n'a pas le pouvoir d'interdire à un tiers l'usage local d'un droit antérieur. V. l'article 6, 2) de la directive.

⁵³⁶ V. J. FOYER, *Commentaire de la loi du 4 janvier 1991* : D. 1991, p. 65.

⁵³⁷ Sur ce point, la loi du 4 janvier 1991 est simplement venue consolider une jurisprudence antérieure. Par exemple, pour une antériorité constituée par un nom patronymique : CA Paris, 16 mai 1951 : *JPC 1952*, II, 6721, note A. CHAVANNE ; pour une enseigne : CA Paris, 19 janv. 1974 : *Ann. propr. ind.* 1974, p. 219. Une analyse transitoire pourrait aboutir à raisonner sur ce point en termes de « loi de codification ». V. CA Paris, 7 févr. 1978 : *Ann. propr. ind.* 1979, p. 352 ; CA Paris, 27 sept. 1977 : *Ann. propr. ind.* 1979, p. 37.

échapper à la qualification d'acte de contrefaçon les actes d'exploitation de cet inventeur initial. La Convention d'Union de Paris n'avait pas traité le problème, la loi de 5 juillet 1844 non plus. Ce sont les tribunaux qui élaborèrent la théorie dite « de la possession personnelle antérieure ». La loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 codifia cette solution jurisprudentielle et la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 n'y apporta aucune modification : « *Toute personne, qui de bonne foi, à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet était, sur le territoire où la présente loi est applicable, en possession de l'invention, objet du brevet, a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet* »⁵³⁸. Le raisonnement est alors proche de celui adopté pour la reconnaissance de droits acquis avant l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle et la rétroactivité s'invite souvent au sein des débats judiciaires⁵³⁹. Seulement, le droit a ici pour fondement une possession légitime antérieure à la réservation de l'invention. La date de référence est donc celle de l'enregistrement de la demande de brevet. En réalité, le législateur ne donne aucune information de nature transitoire.

Il est possible de citer un autre exemple issu du droit des brevets. En cas de restauration d'un brevet déchu pour non paiement des annuités, l'article 48 de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, dans sa version initiale, réservait les droits acquis par des tiers durant la période de

⁵³⁸ V. l'article 31 de la loi du 2 janvier 1968. Il est ajouté que « *Le droit reconnu par le présent article ne peut être transmis qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché* ». Le personnage du premier inventeur peut recouvrer plusieurs réalités. S'il s'agit simplement d'un industriel devancé de peu par la demande de brevet d'un concurrent, l'exception est une sorte de récompense. Un autre cas de figure peut présenter un inventeur qui n'aurait clairement perçu l'intérêt de sa création qu'au moment du dépôt de son concurrent. Celui-là ne devrait pas pouvoir profiter de l'exception personnelle antérieure. Le jeu de cette exception se fait en effet toujours au détriment du déposant et une interprétation large de l'exception est en mesure de nuire à ses intérêts : V. sur ce point : Dossiers brevets, Centre du droit de l'entreprise, 1978 II, *La possession personnelle antérieure d'invention brevetée, loi de 1968-1978*, article 31.

⁵³⁹ V. Trib. cass. 23 frim. an X : *Rec. Sirey* an X, I. 564. La solution de l'arrêt se place au sein de la controverse relative à la détermination du juge compétent en ce qui concerne l'exception de déchéance pour défaut de nouveauté de l'invention. Il s'agissait de savoir si cette demande en déchéance devait être préalablement portée devant le tribunal de 1^{ère} instance ou si l'exception devait être appréciée par le juge de paix saisi de l'action en contrefaçon. L'arrêt en question retient la compétence du juge de paix. L'invention avait été réalisée en 1785. Le brevet avait été obtenu dans les formes de la loi du 25 mai 1791. Le breveté prétendait qu'un tiers avait utilisé des procédés décrits dans son brevet. Le défendeur estimait seulement utiliser des procédés antérieurs à l'obtention du titre. Pour le demandeur : « *le privilège du breveté [devait] remonter non-seulement à l'époque du brevet, mais encore à celle de l'invention* ». La possession antérieure du procédé breveté semblait donner au tiers la croyance en la possession d'un droit opposable *erga omnes*. La reconnaissance par les juges d'un droit de possession personnelle antérieure était problématique puisque l'invention avait été réalisée avant l'entrée en vigueur de la première loi sur les brevets d'invention. Comme la question principale posée par le litige était relative à l'étendue de la compétence du juge de paix, les juges n'ont pas répondu sur le point qui nous préoccupe. V. aussi : Trib. Cass., 29 mess. An XI : *Rec. Sirey*, an XI, I. 833. Un procédé industriel avait été breveté et l'inventeur avait cité devant le juge de paix plusieurs fabricants pour actes de contrefaçon. Les défendeurs envisageaient de démontrer qu'ils avaient employé les mêmes procédés avant l'obtention du brevet en cause. Les premiers juges condamnèrent les défendeurs. En appel, il fut décidé au contraire que ceux-ci avaient bien été en possession des procédés « *consignés au brevet* » et ce, « *antérieurement à son obtention* ». Le titulaire du brevet forma alors un pourvoi, qui fut rejeté par le tribunal de cassation. Il n'aurait pas s'agit d'une action principale en déchéance, mais « *d'une action en trouble* ». En l'espèce, les défendeurs à l'action en contrefaçon réussirent à démontrer l'antériorité de leur possession des procédés brevetés. Le tribunal de cassation considéra que les défendeurs avaient « *un droit acquis antérieurement au brevet par l'exercice paisible de leur industrie* ». Par suite, « *il aurait fallu, pour faire exécuter le brevet à leur égard, leur enlever le droit résultant de leur possession (...)* ». En somme, la notion de droits acquis est utilisée par les juges et la notion de rétroactivité s'invite dès lors que la privation injuste d'une prérogative est dénoncée.

déchéance⁵⁴⁰. Le premier effet de cette disposition était d'empêcher le juge de retenir la qualification d'acte de contrefaçon pour les actes accomplis par des tiers, antérieurement à la restauration du brevet. La question s'était alors posée de savoir si le texte n'avait pas aussi pour effet de protéger plus largement les tiers en leur permettant de continuer l'exploitation commencée, nonobstant la restauration du titre prononcée. L'avantage offert aurait alors été fortement semblable au « droit de possession personnelle antérieure ». Il faut noter que la question ne s'est plus posée à partir de l'entrée en vigueur de la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 parce que cette loi supprima la réserve relative aux droits des tiers⁵⁴¹. Néanmoins, si l'expression de droits acquis est utilisée, la date de référence est celle de la restauration des droits du breveté. Il ne s'agit donc pas de considérer les droits de tiers exploitants nés avant une réforme législative. Il convient plutôt de reconnaître que des tiers ont pu engager des frais pour leur exploitation, depuis qu'une « déchéance-punition » a fait entrer dans le domaine public les utilités de l'invention. Le législateur donne alors une solution conforme à l'équité mais qui n'entretient aucun lien avec le droit transitoire. La qualification trompeuse de « droit acquis » se retrouve aussi à l'article L. 623-23 du Code de la propriété intellectuelle, relatif à la déchéance des droits du titulaire d'un COV⁵⁴². Une déchéance est prévue en cas de non paiement des redevances annuelles par le titulaire des droits. Ce dernier est autorisé à présenter un recours en restauration dans un certain délai et devra faire état d'une excuse légitime. Il est précisé : « *Ce recours ne peut cependant porter atteinte aux droits acquis, le cas échéant par des tiers* »⁵⁴³. L'article 22 de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, pourtant consacré à la déchéance des droits de l'obtenteur, ne fait aucune mention de cette garantie offerte aux tiers par le droit national. Il est donc possible de penser que la solution fut inspirée du droit des brevets. De la même manière, il ne s'agit pas d'une information propre au droit transitoire.

⁵⁴⁰ L'article 48 de la loi du 2 janvier 1968 dispose en son alinéa 1^{er} : « *Est déchu de ses droits le propriétaire d'une demande de brevet qui n'a pas acquitté la taxe annuelle prévue à l'article 41 dans le délai prescrit par ledit article* ». Selon l'alinéa 2 : « *La déchéance prend effet à la date de l'échéance de la taxe annuelle non acquittée. Elle est constatée par le directeur de l'INPI* ». L'alinéa 3 dispose : « *Sous réserve des droits acquis par les tiers, le breveté, peut, dans les six mois qui suivent le terme du délai prévu à l'article 41, présenter un recours en vue d'être restauré dans ses droits s'il justifie d'une excuse légitime du non paiement de l'annuité. A l'expiration du délai de recours ou, le cas échéant, après le rejet du recours, l'INPI procède à la publication de la déchéance* ».

⁵⁴¹ V. l'article 48 alinéa 2 de la loi. Dans le même temps, la loi du 13 juillet 1978 raccourcit le délai pendant lequel la restauration du droit déchu peut être demandée. Le recours ne doit plus être présenté dans les six mois du terme prévu à l'article 41 mais dans les trois mois qui suivent.

⁵⁴² V. l'article 22, alinéa 2, de la loi n° 70-489 du 11 juin 1970.

⁵⁴³ L'article se termine par la précision selon laquelle la décision qui prononce la déchéance est publiée. Cette publicité permet au tiers de penser qu'il est en mesure d'exploiter librement l'obtention tombée dans le domaine public.

Il est enfin possible de citer l'article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle, propre au droit des brevets, qui dispose en son alinéa 4 : « *Sous réserve du cas prévu à l'article L. 611-8 [relatif à l'action en revendication] une transmission des droits visés au 1^{er} alinéa ne porte pas atteinte aux droits acquis par des tiers avant la date de la transmission* ». L'alinéa premier dont il est question prévoit simplement que les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. Pour le législateur, le droit à sauvegarder est celui qu'un tiers pouvait avoir obtenu du titulaire du droit de brevet, avant qu'une transmission du titre ne fût valablement consentie. Ici, la date de référence à retenir est celle de la conclusion du contrat de cession. Il ne s'agit pas de raisonner en termes de droits opposables par le plaideur à l'occasion d'une réforme peu favorable à ses intérêts. Le législateur donne simplement au juge une clé de résolution d'un conflit de droits éventuel⁵⁴⁴. Il demande au juge de rester vigilant et l'autorise à adopter un raisonnement chronologique.

143. En droit de la propriété littéraire et artistique - Des exemples peuvent également être trouvés en droit de la propriété littéraire et artistique. L'article L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les auteurs d'œuvres anonymes ou pseudonymes peuvent révéler leur identité par testament. Le législateur indique qu'à ce moment « *sont maintenus les droits qui auraient pu être acquis par des tiers antérieurement* »⁵⁴⁵. L'acquisition de droits sur l'œuvre par des tiers est « protégée » quand elle est antérieure à la révélation consentie par l'auteur. Le législateur pose ainsi une hiérarchie pour résoudre des conflits de droits éventuels. La date de référence à retenir est celle de la révélation de la véritable paternité de l'œuvre et non celle de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Il ne s'agit donc pas d'une information transitoire.

De même, selon l'article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur est libre de consentir à une mise à disposition de son œuvre à titre gratuit⁵⁴⁶. Une précision est apportée : « *sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues* ». Le législateur ne poursuit aucun objectif d'explication d'éventuels conflits de lois dans le temps. Il demande seulement au juge de prendre en compte l'environnement de l'auteur. Certes, ce dernier a toujours la possibilité de donner à un tiers la

⁵⁴⁴ La valeur normative de la disposition peut être discutée. Il est possible d'y voir un simple rappel de l'adage suivant : *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*.

⁵⁴⁵ V. l'alinéa 3 de l'article L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle. L'alinéa 4 réserve l'hypothèse d'un auteur ayant adopté un pseudonyme ne laissant aucun doute sur son identité civile.

⁵⁴⁶ Cette disposition est issue de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} aout 2006.

faculté de jouir des utilités de la chose sans exiger aucune contrepartie⁵⁴⁷. Cependant, les coauteurs comme les cocontractants de l'auteur peuvent souffrir de cette décision. C'est en ce sens que le législateur propose au juge d'adopter une hiérarchie afin de résoudre des conflits de droits éventuels. La date de référence est celle de la manifestation de volonté de l'auteur. Il ne s'agit aucunement de reconnaître à des coauteurs un droit acquis opposable lors d'une réforme ultérieure.

144. Conclusion de la Section I – La notion de « droit acquis » ne postule pas en tant que telle l'attribution d'un rôle particulier à la volonté de son titulaire. La solution est heureuse, tant le droit de la propriété intellectuelle montre à ce niveau des différences notables selon les régimes de protection sollicités. Autrement dit, si le juge souhaite utiliser la notion de « droit acquis », il n'est pas contraint de distinguer selon la nature des droits de propriété intellectuelle concernés. D'autre part, il faut savoir que le droit transitoire classique postule une vision compréhensive de la notion de « droit acquis ». En droit de la propriété intellectuelle, cette qualification est utilisée au sein de plusieurs dispositions légales. Pourtant, il a été vu que le législateur ne formule, dans ce cas, aucune solution transitoire. L'interprète devra donc se montrer prudent. La qualification de « droit acquis » ne peut être découverte qu'au regard des éléments de l'espèce. Il est alors pressenti que la loi nouvelle amoindrit certaines prérogatives, acquises antérieurement par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Il convient alors de souligner que cette diminution du « pouvoir d'interdire » devra précisément se déduire de la loi et non, par exemple, d'une utilisation par le juge du « triple test » du droit d'auteur. Fondamentalement, le danger réside dans la tentation de reconnaître des droits acquis là où la présence d'un droit subjectif n'est pas réellement avérée. Par exemple, il n'est pas envisageable d'évoquer un « droit à la chute d'une œuvre dans le domaine public ». De même, dans l'unique but de démontrer le caractère illégitime de certaines mesures techniques de protection, il est courant de faire appel à une « propriété du public » bien abstraite. Celle-ci ne devrait pas pouvoir être défendue sur le terrain des droits acquis. Autrement dit, la défense d'une liberté de comportement exercée avant l'entrée en

⁵⁴⁷ Cette faculté était déjà permise par l'article L. 122-7 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, qui affirme que les droits d'exploitation sont cessibles à titre gratuit ou onéreux. Cette liberté est issue du droit commun des contrats, qui autorise la stipulation d'une prestation gratuite. Il était déjà admis avant la réforme opérée par la loi DADVSI du 1^{er} août 2006 que l'auteur pouvait laisser un tiers jouir des utilités de son œuvre et refuser toute contrepartie. Il s'agit simplement d'adapter le principe de l'exploitation gratuite de l'œuvre au domaine de l'internet. Par cette précision, le législateur met en garde le juge de vérifier que les droits des tiers sont bien respectés par l'auteur. Sur internet, comme dans tous les autres domaines de la création, l'auteur n'est pas autorisé à décréter arbitrairement : « l'œuvre est maintenant libre de droits parce que je l'ai décidé en tant que créateur ». Il faudrait alors analyser la disposition légale comme une « loi relative à l'activité du juge », catégorie proche des lois de procédure.

vigueur d'une réforme, pourrait facilement donner l'idée à certains plaideurs d'invoquer l'existence et l'opposabilité de droits acquis. Il est possible de penser, en droit de la propriété littéraire et artistique, aux intérêts du « consommateur » de l'œuvre et de l'émergence d'un droit d'accès à son « contenu ». La lutte contre les procédés techniques illégitimes ne doit pas nécessairement aboutir à la reconnaissance de prérogatives distribuées aux membres d'un public, qui n'est pas, il faut le rappeler, une personnalité juridique. La théorie des droits acquis pourrait maladroitement servir à « figer » un ordonnancement juridique défavorable aux titulaires de droit. Il convient à présent de s'intéresser aux notions qui excluent en principe la qualification de droit acquis.

SECTION II / Considérations sur les notions exclusives des droits acquis

145. Il convient d'aborder les qualifications d'« expectatives » et de « facultés légales » au regard des spécificités du droit de la propriété intellectuelle. Ces qualifications, une fois reconnues par le juge, devraient empêcher toute invocation de droits acquis à la conservation de l'empire de la loi ancienne (I). D'autre part, il existe une autre manière, indirecte cette fois, de nier la présence de droits acquis. Le juge refuse de protéger un droit acquis en raison d'un raisonnement fondé sur la valeur de cette prérogative. Il s'agit alors de s'intéresser au débat relatif à la valeur du droit acquis quand il est opposé à l'application généralisée d'une réforme en droit de la propriété intellectuelle (II).

I / Les « expectatives » et les « facultés légales »

146. Présentation - Traditionnellement, aux droits acquis s'opposent les expectatives et les simples facultés légales⁵⁴⁸. Si la loi nouvelle ne peut porter aucune atteinte aux droits acquis avant qu'elle n'entre en vigueur⁵⁴⁹, « la loi nouvelle peut modifier et même détruire les

⁵⁴⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 26, p. 113 : « (...) l'antithèse est établie entre les droits acquis et les droits qui ne sont pas encore acquis, c'est-à-dire qui sont encore à l'état de facultés légales ou d'expectatives: le critérium de l'application de la loi est donc tiré du caractère plus ou moins complet de l'acquisition du droit ».

⁵⁴⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 128, p. 133 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français, publié par R. BEUDANT, Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, Paris, 1896, n° 126, p. 131 et s.)

simples expectatives »⁵⁵⁰. De plus, quand le juge énonce qu'il serait vain de rechercher dans la solution transitoire choisie « *un vice de rétroactivité* », il est expliqué : « *qu'une expectative qui ne prend naissance que dans la loi, peut toujours être détruite par elle, tant qu'elle n'a pas été réalisée* »⁵⁵¹.

Les facultés offertes par la loi ne semblent pas figurer au sein d'un patrimoine précis. En ce sens, il n'est pas possible de renoncer à une faculté à strictement parler. Cependant, le sujet de droit peut « exercer » ou non cette faculté. Le cas échéant, elle se trouve en quelque sorte matérialisée. C'est pour cette raison que le moment auquel la faculté légale est exercée devrait seul importer d'un point de vue transitoire. À ce titre, une faculté légale ressemble à un droit d'option⁵⁵². En ce sens, le jour où cette option est levée est presque plus important que le jour auquel elle a été consentie. Le juge devrait donc considérer que toute loi nouvelle s'appliquant seulement de manière immédiate est en mesure de revenir sur une faculté légale antérieure, dès lors que son bénéficiaire n'a pas manifesté la volonté d'en profiter⁵⁵³. Autrement dit, il ne serait plus possible d'invoquer le bénéfice d'une faculté donnée par la loi ancienne, si, au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, elle n'a pas été utilisée⁵⁵⁴.

147. En droit des brevets - Une faculté de prorogation du titre de brevet avait été reconnue par la loi initiale du 7 janvier 1791. Il était possible de prolonger jusqu'à quinze années les brevets d'invention pris pour une durée inférieure⁵⁵⁵. Cette faculté ne fut pas conservée par la loi suivante du 5 juillet 1844. Il fut décidé par le Conseil d'État que la faculté offerte par la loi ancienne ne pouvait pas être opposée par le breveté au delà de la date

⁵⁵⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 128, p. 133. L'exemple donné par l'auteur de droits acquis est classiquement celui des prescriptions acquises.

⁵⁵¹ Cour royale de Lyon, 5 juill. 1833 : *Rec. Sirey* 1834, II, p. 253.

⁵⁵² Dans le domaine des baux commerciaux, le juge a pu décider que le droit au renouvellement « *même acquis dans son principe* », pouvait être affecté dans « *ses modalités* » par une loi nouvelle. L'application immédiate de la loi nouvelle dans un domaine contractuel serait alors justifiée par le fait que ce droit a « *sa source dans la loi* » : Cass. 3^{ème} civ., 22 mars 1989 : *Bull. civ.* III, n° 69.

⁵⁵³ V. par exemple : C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil*, t. 1, 5^{ème} éd., 1877, p. 104, note n° 3. Sur la faculté de se remarier des époux déjà divorcés suite à l'entrée en vigueur de la loi du 8 mai 1816 qui a aboli le divorce pour l'avenir. Il est tenté de comprendre comment cette faculté a pu être supprimée sans rétroactivité.

⁵⁵⁴ Une promesse unilatérale de vente a notamment pour objet d'offrir à l'une des parties une option de conclure le contrat définitif. La promesse unilatérale est un véritable contrat obligatoire et la loi nouvelle ne devrait pas, de ce point de vue, pouvoir remettre en cause le droit personnel mobilier qui est né dans le patrimoine de l'acheteur. Seulement, l'acceptation de la promesse donne au bénéficiaire de l'option la liberté d'acquiescer le bien en levant l'option. Si le droit d'option figure dans son patrimoine, l'acquisition définitive du droit est une faculté.

⁵⁵⁵ L'article 8 de la loi disposait : « *Les patentes seront données pour cinq, dix ou quinze années, au choix de l'inventeur ; mais ce dernier terme ne pourra jamais être prolongé sans un décret particulier du corps législatif* ».

d'entrée en vigueur de la réforme⁵⁵⁶. Il faudrait alors en déduire que cette faculté d'origine légale ne pouvait pas constituer un droit acquis.

Prenons un autre exemple. L'article 4 ter de la CUP dispose : « *L'inventeur a le droit d'être mentionné comme tel dans le brevet* ». Des arrêts plutôt anciens ont pu affirmer un « *droit au nom* » au profit de l'inventeur⁵⁵⁷. Cette prérogative serait d'ailleurs liée à l'acte de création de l'invention⁵⁵⁸. L'article L. 611-9 du Code de la propriété intellectuelle donne à l'inventeur la possibilité de s'opposer à la mention de son identité dans le document de la demande de brevet et dans le titre lui-même⁵⁵⁹. Il ne s'agit pas de raisonner en termes de renonciation à un droit moral. Cette disposition reconnaît à l'inventeur le choix de rendre public ou non un lien de paternité créé avec l'invention. Il faut noter que ce lien ne fait pas l'objet d'une protection juridique spéciale⁵⁶⁰. Le choix de l'inventeur serait-il méconnu, le titre de brevet ne serait pas atteint par la nullité pour autant. Une rectification de l'information, ainsi que le versement de dommages et intérêts en cas de préjudice avéré, seraient des éléments de solution. Toujours est-il que toute loi nouvelle serait en mesure de supprimer immédiatement cette faculté, tant que le breveté ne se serait pas manifesté⁵⁶¹.

D'autre part, une faculté légale pourrait aussi être reconnue à l'employeur qui a la possibilité de demander l'attribution d'une invention créée par son salarié. Avant la réforme opérée par la loi du 13 juillet 1978, les « inventions mixtes » se déduisaient d'un dépôt « fait en

⁵⁵⁶ CE, 28 juin 1855 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 120. En l'espèce, l'inventeur avait obtenu son brevet le 19 avril 1844, soit peu de temps avant la date de promulgation de la loi du 5 juillet 1844 (le 8 juillet). La durée du titre fut fixée à dix années. Le breveté souhaita par la suite proroger son brevet pour qu'il dure quinze années, c'est-à-dire pour qu'il prenne fin le 19 avril 1859. Une décision du ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics en date du 5 juillet 1854 lui refusa cette prorogation, sur le fondement de l'article 15 de la loi du 5 juillet 1844. Ce dernier article dispose : « *La durée des brevets ne pourra être prolongée que par une loi* ». L'inventeur présenta alors une requête devant le Conseil d'État afin de faire annuler cette décision du ministre, qui aurait méconnu « les pouvoirs » qui lui conféraient l'article 8 de la loi du 7 janvier 1791. Le Conseil d'État répondit que cette dernière loi avait été définitivement abrogée par celle du 5 juillet 1844.

⁵⁵⁷ V. Cass. com., 23 nov. 1964 : *Bull. civ.* 1964-3, n° 515. Un droit « *aux récompenses industrielles* » présentait d'ailleurs une nature similaire. Il s'agissait de donner certains effets à la reconnaissance d'une paternité établie de l'invention : Cass. req., 18 mars 1964 : *Ann. Propr. ind.* 1903, p. 239.

⁵⁵⁸ L. NOUGUIER, *op. cit.*, n° 1, p. 9 : « *La qualité d'inventeur existe avant le brevet qui, délivré sans examen préalable, aux risques et périls du demandeur et sans garantie du Gouvernement, suppose cette qualité et ne la donne pas* ». Les textes révolutionnaires soulignaient la force du lien établi entre l'inventeur et sa création, lien préexistant à toute intervention législative. Le décret du 31 décembre-7 janvier 1791, relatif aux auteurs de découvertes utiles, affirme que l'invention est la propriété de son auteur et que la loi ne fait qu'en garantir la jouissance effective. Le lien entre l'inventeur et sa création est appréhendé par la loi, mais serait préexistant à celle-ci. Une explication de cette vision des choses pourrait être trouvée dans le principe *is quid fecit* : le droit commun des biens reconnaît un rapport d'attribution automatique entre l'inventeur et sa création.

⁵⁵⁹ Le défaut de désignation de l'inventeur ou la désignation en cette qualité de personnes qui ne seraient pas les véritables inventeurs n'est pas une cause de nullité du brevet : CA Bordeaux, 15 févr. 1999 : *PIBD* 1999, III, p. 403.

⁵⁶⁰ On retrouve cette idée que la consécration d'un droit subjectif par la jurisprudence, puis par le législateur, s'inscrit souvent dans une optique de protection d'un intérêt supposé digne d'une considération particulière.

⁵⁶¹ Il est possible de penser que le législateur qui viendrait consacrer la protection des parfums au sein de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle pourrait créer une exception au droit moral de l'auteur. Il s'agirait d'empêcher le « nez » de faire apparaître son identité sur l'objet même, laissant en première place l'image d'une marque célèbre.

commun ». À l'issue de la réforme, le principe est l'appartenance de l'invention au salarié et l'employeur acquiert un droit nouveau, un « droit d'attribution ». Ce droit peut, dans une certaine mesure, s'analyser comme une option. L'employé serait placé en position d' « offrant »⁵⁶². L'analyse transitoire pourrait alors permettre d'en déduire une remise en cause éventuelle par toute loi nouvelle, tant que ce droit n'aurait pas encore été exercé au jour de l'entrée en vigueur de la réforme.

Le droit des brevets contemporain présente un autre exemple de faculté légale. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008⁵⁶³, le breveté peut limiter la portée de son titre. C'est-à-dire qu'une faculté lui est reconnue d'en modifier une ou plusieurs revendications, et ce, à tout moment⁵⁶⁴. Sans porter attention à la date de délivrance du brevet, une loi nouvelle pourrait supprimer cette faculté pour l'avenir. En d'autres termes, tant que le breveté n'aurait pas exercé cette faculté, la loi nouvelle serait en mesure de lui retirer ce bénéfice. Est-il choquant que le breveté perde ainsi le droit de proroger la durée de son titre ou d'en modifier librement la teneur des revendications?

Il convient d'étudier les motivations du législateur. S'il s'agissait de mettre un terme au recours à cette faculté en raison d'un caractère abusif ou frauduleux de la démarche, aucun droit acquis ne pourrait être valablement opposé. En effet, la théorie des droits acquis présente pour sa mise en œuvre une balance entre, d'une part, le préjudice provoqué par la confiscation d'un avantage légal⁵⁶⁵ et d'autre part, la valeur du droit acquis invoqué⁵⁶⁶. Par exemple, en cas de fraude ou d'exercice abusif d'une prérogative, il est présumé que le droit acquis, éventuellement mis en exergue, ne montre pas une valeur suffisante pour retarder l'application d'une réforme.

⁵⁶² Sa volonté est présumée.

⁵⁶³ V. la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, article 132-VI.

⁵⁶⁴ L'alinéa 3 de l'article L 613-24 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Les effets de la renonciation ou de la limitation rétroagissent à la date de dépôt de la demande de brevet* ». L'arrêté du 27 janvier 2009 (portant modification de l'arrêté du 24 avril 2008 relatives aux redevances de procédure perçues par l'INPI : *JORF* n° 0030 du 5 févr. 2009, p. 2042) impose néanmoins le paiement d'une redevance pour la mise en œuvre de cette faculté (V. l'article R. 411-17 du Code de la propriété intellectuelle). Cette indication pourrait avoir une incidence transitoire puisque la loi ancienne pourrait être sauvegardée dès lors que l'obligation de paiement aurait été exécutée. V. aussi l'article L. 614-12 du Code de la propriété intellectuelle pour les brevets européens.

⁵⁶⁵ Le doyen CARBONNIER évoque des « *bénéfices légaux* ». Ces bénéfices seraient librement modifiables par le législateur. Le sujet de droit qui profitait antérieurement de cet avantage ne pourrait se prévaloir d'aucun droit acquis. En ce sens, la notion serait proche de celle de faculté légale. V. J. CARBONNIER, *Les renoncations au bénéfice de la loi en droit privé*, in *Travaux de l'association Henri Capitant (1959-1963)*, Paris, Dalloz, 1963, p. 283 et s.

⁵⁶⁶ Permettre l'invocation d'un droit acquis aurait pour conséquence de créer une certaine discrimination selon que le brevet aurait été déposé à telle ou telle date, sans compter l'examen auquel l'INPI devrait soumettre chaque demande de modification des revendications pour s'assurer de sa recevabilité. Il n'y a là que des inconvénients classiques liés à toute survie partielle de la loi ancienne.

148. En droit d'auteur - En droit d'auteur, la possibilité pour l'auteur de ne pas rendre publique sa paternité s'analyse en une faculté⁵⁶⁷. Lorsque l'œuvre est anonyme ou pseudonyme, l'auteur choisit de cacher une paternité qui n'est nullement affectée en elle-même⁵⁶⁸. En adoptant la qualification de « faculté légale » sur ce point, il faudrait dire qu'une loi nouvelle serait en mesure de la remettre en question, tant qu'elle n'a pas été effectivement exercée. En revanche, quand l'auteur perçoit une redevance de son cocontractant en échange d'une permission accordée de jouir des utilités de son œuvre, il se prévaut d'un accord contractuel. L'auteur est titulaire d'un droit de créance qui est la juste contrepartie de l'autorisation accordée. Il ne serait pas question d'évoquer une simple « faculté légale », un véritable droit acquis pourrait être invoqué. Par suite, une loi nouvelle qui viendrait remettre en question l'existence de ce droit de créance serait considérée comme rétroactive. Toutefois, lorsque l'auteur n'est rétribué que par l'intermédiaire d'un système de gestion collective, le montant des redevances perçues n'est pas directement discutable. Dans ce cas de figure, le droit à rémunération n'est plus qu'une « faculté » d'origine légale de percevoir une certaine somme, présumée correspondre à l'utilisation réelle de son œuvre⁵⁶⁹. D'un point de vue transitoire, la situation de l'auteur semble moins favorable. En effet, le législateur pourrait immédiatement modifier les critères de calcul qui permettent d'établir la somme globale reçue par l'auteur⁵⁷⁰. Aucun droit acquis ne pourrait être invoqué à titre d'obstacle lors d'une réforme conduisant à une réduction de ce montant⁵⁷¹.

Autre exemple, l'article L. 121-8 du Code de la propriété intellectuelle dispose en son alinéa 1^{er} : « *L'auteur a seul le droit de réunir ses articles et ses discours en recueil et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme* ». Les juges ont estimé que le législateur n'avait pas donné à l'auteur la possibilité de renoncer à son droit, mais qu'il pouvait toujours le céder⁵⁷². Il semble possible d'en déduire qu'en l'absence d'indication du législateur, le

⁵⁶⁷ Il faut constater un encadrement par le législateur de l'exercice de cette faculté : V. l'article L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁶⁸ Le contrat peut porter atteinte à sa faculté d'informer le public qu'il est bien l'auteur de l'œuvre, il n'en résulte pas pour autant une aliénation définitive de sa qualité. Il ne s'agit pas de savoir si « *le droit d'indiquer son nom sur l'œuvre peut être aliéné* » (V. Par exemple : CA Paris, 14 nov. 1859 : *Ann. propr. ind.* 1859, p. 390, affaire du « nègre de DUMAS »). Il s'agit de savoir si le choix opéré par l'auteur d'indiquer sa paternité résulte d'un consentement éclairé et non surpris par le dol ou la violence morale. Sous réserve de l'abus, l'auteur a toujours la possibilité de faire valoir sa paternité une fois qu'il le juge opportun. V. par exemple : CA Paris, 5 juill. 1979 : *RTD com.* 1980, p. 245, obs. A. FRANÇON ; *D.* 1981, IR, p. 84, obs. C. COLOMBET.

⁵⁶⁹ Cependant, il ne faut pas négliger le fait que tout système de gestion collective a pour objectif de pallier à l'impossibilité pour l'auteur d'exercer effectivement son droit exclusif.

⁵⁷⁰ Il est possible d'effectuer un parallèle avec les annuités mises à la charge du breveté. Les juges ont considéré que ce n'était pas la date de dépôt de la demande de protection qui devait être prise en considération, mais la date de l'échéance des annuités en question : CA Paris, 21 févr. 1980 : *PIBD* 1980, 255, III, 71.

⁵⁷¹ Il est possible de penser aux « effets légaux » d'un contrat, effets qui sont soumis à la loi en vigueur au jour où ils se produisent, V. par exemple : Cass. 3^{ème} civ., 18 févr. 2009 : *D.* 2009, p. 1450, note G. LARDEUX.

⁵⁷² Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, p. 207 ; *RTD com.* 1980, p. 345, obs. crit. A. FRANÇON.

droit ainsi isolé ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une renonciation⁵⁷³. Soit on en déduit qu'il est difficile de renoncer à une « faculté » parce qu'elle n'apparaît pas sous la forme d'un droit subjectif au sein du patrimoine de son bénéficiaire. Soit, il faut voir ici une prérogative digne d'une protection particulière et la notion de « droit acquis » se déduirait de cette interdiction posée à toute renonciation. La solution transitoire est donc dans l'étroite dépendance d'un point de vue adopté en amont.

Dans le domaine du contrat d'édition, les juges ont qualifié de « faculté » la possibilité pour l'auteur de demander la résiliation du contrat d'édition, qui est offerte dans un contexte de procédures collectives par l'article L. 132-15, alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁷⁴. Il est possible de penser que tant que cette faculté n'est pas exercée, elle pourrait être remise en cause par une loi ultérieure. Aucun préjudice tangible ne pourrait être mis en exergue tant que l'auteur serait resté inactif. La notion de faculté légale exclurait toute invocation de droits acquis et l'auteur ne pourrait pas échapper à une application étendue de la réforme. Il convient de noter que la loi offre aussi à l'auteur une faculté de « se défaire » du lien contractuel à l'article L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle lorsque l'éditeur porte atteinte au caractère *intuitu personae* de la convention⁵⁷⁵. Cette disposition participe d'une nature impérative identique à celle de l'article L. 132-15 du Code de la propriété intellectuelle précité et qui se retrouve au sein de l'article L. 132-30⁵⁷⁶. Peut-être faut-il

⁵⁷³ Une incertitude est constituée néanmoins par la possibilité affirmée dans le même temps de céder ce droit. En principe, le caractère indisponible du droit entraîne une interdiction des deux types d'actes de disposition. Peut-être faut-il comprendre que l'auteur doit être en mesure de tirer profit de cette cession et que l'acte de renonciation est réputé défavorable aux intérêts de l'auteur en termes de contreparties éventuelles.

⁵⁷⁴ L'article L. 132-15 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit l'hypothèse d'un arrêt d'activité de l'entreprise d'édition depuis plus de trois mois, ainsi que le prononcé de la liquidation judiciaire de cette entreprise. L'article L. 132-30 du Code de la propriété intellectuelle reprend la même règle en ce qui concerne le contrat de production audiovisuelle. V. TGI Paris, 5 janv. 1996 : *RIDA* oct. 1996, p. 304 : « La résiliation prévue par l'article L. 132-15 alinéa 4 n'est pas une résiliation de plein droit du fait de la liquidation de l'éditeur, mais une faculté offerte à l'auteur qui ne pourra pas se voir opposer la cession des droits d'édition réalisée sans qu'il en ait été avisé, la résiliation doit être judiciairement prononcée et ne peut avoir d'effet qu'à compter du jour de la demande formée par l'auteur ».

⁵⁷⁵ V. l'alinéa 2 de l'article L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle. L'article prévoit l'hypothèse de l'aliénation du fond de commerce de l'éditeur qui est de nature à « compromettre gravement » les intérêts matériels ou moraux de l'auteur. La résiliation du contrat est alors présentée comme l'un des modes possibles de réparation du préjudice ainsi subi par l'auteur. En considérant que cette faculté qui est offerte à l'auteur d'obtenir la résolution d'un contrat, auquel il n'est pas partie, serait fondée sur le mécanisme d'ordre public de la responsabilité civile, une simple clause contractuelle ne pourrait pas ôter ce droit à l'auteur. V. CA Paris, 13 févr. 1990 : *Légipresse* 1990, I, p. 59.

⁵⁷⁶ Un droit de résiliation est aussi accordé à l'auteur à l'article L. 132-30 du Code de la propriété intellectuelle. V. Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 2007 : *Bull. civ.* I, n° 46 ; *D.* 2007, AJ, 586, obs. J. DALEAU ; *RTD com.* 2007, p. 544, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Comm. Com. électr.* 2008, chron. n° 4, obs. X. DAVERAT ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 219, obs. A. LUCAS ; *RIDA* avr. 2007, p. 243, note P. SIRINELLI, *ibid.* p. 209. V. par exemple : CA Versailles 6 sept. 2001 : *Légipresse* 2002, n° 189, I, p. 22. Cet arrêt prouve la force du droit de résiliation de l'auteur dans l'hypothèse envisagée par l'article L. 132-30 du Code de la propriété intellectuelle. La hiérarchie établie entre les droits de préemption de l'auteur et du producteur ne s'applique pas. Le droit de préemption de l'auteur, comme le droit de demander dans certaines circonstances la résiliation du contrat de production audiovisuelle, ne devrait pas pouvoir être écartés par une clause contraire. Imaginons que le législateur supprime la faculté légale de résiliation offerte à l'auteur, afin de faciliter les échanges commerciaux ou de permettre une rentabilisation plus rapide des droits. Il pourrait être soutenu que le droit de demander la

évoquer la loi du 13 juillet 1965⁵⁷⁷ qui offrit au mari la faculté de demander la séparation judiciaire des biens. La question s'était posée de savoir si ce mode de dissolution de la communauté pouvait être invoqué par un homme marié avant la réforme⁵⁷⁸. Il a été considéré que les nouveaux pouvoirs du mari pouvaient s'exercer immédiatement parce qu'ils avaient été accordés pour contrecarrer l'octroi immédiat de nouveaux pouvoirs à l'épouse. L'auteur a-t-il de même obtenu une nouvelle faculté d'obtenir la résiliation du contrat d'édition, en contrepartie d'avantages inédits offerts par la loi du 11 mars 1957 à son cocontractant ?

Incontestablement, le droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises s'est souvent construit autour de compromis. Par exemple, la sauvegarde de l'entreprise du débiteur est accordée contre un affaiblissement des droits du créancier⁵⁷⁹. En adoptant cette vision des choses, l'auteur pourrait profiter, dès la date de l'entrée en vigueur, de cette faculté de résiliation. Cependant, non constitutive d'un droit, cette faculté pourrait disparaître le jour de l'entrée en vigueur d'une loi ultérieure.

En conclusion, le choix de qualifier une prérogative par les termes de « faculté légale » n'est jamais anodin. Il est possible de reconnaître un jugement de valeur qui aura par la suite des conséquences en termes de droit transitoire⁵⁸⁰. Par exemple, il a pu être estimé que l'exception de pédagogie et de recherche ne portait atteinte qu'au caractère exclusif des droits patrimoniaux⁵⁸¹. Il ne s'agirait pas d'une « *exception à l'existence du droit d'auteur* »⁵⁸². Le droit d'auteur subsisterait donc. En sens contraire, il pourrait être estimé que le droit exclusif est nécessairement transformé et qu'il ne subsiste qu'une simple « faculté » de recevoir une

résiliation d'un contrat, tant qu'il n'est pas exercé, ne figure pas avec netteté dans le patrimoine de l'auteur. En ce sens, il ne pourrait y avoir de droit acquis opposable à une réforme défavorable à ses intérêts.

⁵⁷⁷ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux : *JORF* du 14 juillet 1965, p. 6044.

⁵⁷⁸ La question était la suivante : un contrat de mariage en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pouvait-il être concerné par ce moyen de dissolution inédit ? V. F. DEKEUWER-DEFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 40, p. 53.

⁵⁷⁹ Seulement, il ne faut pas oublier que le droit commun des procédures collectives s'est toujours appliqué par défaut. Par exemple, il a été souligné que le droit antérieur à la loi du 11 mars 1957 donnait déjà à l'auteur la faculté d'obtenir la résiliation du contrat d'exploitation en cas de liquidation prononcée contre l'éditeur ou le producteur. V. P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 677, p. 751 : « *On peut se demander si cette précision de la demande en justice dans la loi spéciale était vraiment utile, mieux, si elle ne restreint pas, au contraire, les droits des auteurs ; en effet, il serait normal que, pour les contrats où la personne du débiteur revêt une certaine importance, le prononcé de la liquidation entraîne leur résolution de plein droit* ».

⁵⁸⁰ Il suffit de penser aux controverses nombreuses que les réformes édictant l'allongement de la durée de protection des droits de l'auteur occasionnèrent. Le législateur imposait l'attente d'un délai supplémentaire pour l'entrée de l'œuvre dans le domaine public. L'exploitant de l'œuvre qui attendait ce moment voyait s'effondrer ses espoirs de tirer rapidement profit des utilités de la chose. En qualifiant cet avantage espéré d'« *espérances légitimes* », le juge pouvait facilement nier l'existence de tout droit acquis en la matière. V. par exemple : Cass. 28 mai 1875 : *Rec. Sirey* 1875, I, p. 329.

⁵⁸¹ Ces exceptions sont actuellement régies par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006. Le texte n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2009. V. Les articles L. 122-5, 3° e) ; L. 211-3, 3° et L. 342-3, 4° du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁸² V. C. ALLEAUME, *Les exceptions de pédagogie et de recherche : Comm. com. électr. nov. 2006*, comm. n° 27.

rémunération, voire même une indemnité. Dans ce dernier cas de figure, il serait plus facile de justifier une application immédiate de la loi nouvelle venue modifier le système d'indemnisation ou le supprimer. En d'autres termes, il est plus aisé d'atteindre une simple faculté qu'un droit d'auteur resté « intègre », n'ayant subi aucune altération importante.

149. Conclusion du I – La « faculté légale », ainsi que l'« expectative » peuvent facilement se retrouver en droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, il a été aperçu que la vision préalable des différentes prérogatives compte pour beaucoup. En d'autres termes, il est très facile de justifier un raisonnement transitoire, en utilisant *a posteriori* ces qualifications. Peut-on accepter qu'une prérogative reçoive protection simplement parce qu'elle a été mise en œuvre avant l'entrée en vigueur de la réforme ?

Imaginons l'absence de disposition transitoire spéciale. Il s'agirait de dire, par exemple, que l'ordonnance du 25 juillet 2001 a supprimé la « faculté » de demander une prorogation de la durée de protection d'un dessin ou modèle, dès lors qu'une durée de vingt-cinq années s'était déjà écoulée. Tant que cette faculté n'aurait pas été exercée, le titulaire du droit devrait subir ce changement de régime du monopole. Cependant, le juge pourrait aussi penser qualifier de « droit acquis » le bénéfice de prorogation, valablement acquis sous l'empire de la loi ancienne. La distinction paraît bien incertaine parce que le raisonnement se nourrit en réalité d'intuitions. Ce constat permet d'affirmer que la théorie des droits acquis paraît bien insuffisante pour résoudre des problèmes spécifiques rencontrés en droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, dans l'histoire du droit d'auteur, une loi de 1866 semblait avoir imposé l'idée que le droit d'auteur changeait de nature au jour du décès de l'auteur. La « faculté » de publication de l'œuvre ne devait plus se rattacher à la personnalité de l'auteur mais devenait, à cette date du décès, un véritable droit de jouissance patrimoniale⁵⁸³. Est-il bien raisonnable de tenter de transposer la théorie des droits acquis dans ce contexte ?

En dernier lieu, il faut rappeler qu'une simple expectative ne serait pas aujourd'hui dépourvue de toute protection juridique. Le principe de confiance légitime serait en mesure d'en assurer la sauvegarde⁵⁸⁴. Par conséquent, la frontière entre le « droit acquis » protégeable et la « faculté légale » ou « expectative » disparue au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, n'est pas d'une utilisation opportune en droit de la propriété intellectuelle.

⁵⁸³ V. la note de R. SALEILLES sous CA Paris, 23 févr. 1938 : *Rec. Sirey* 1938, II, p. 169, à propos de la nature du droit d'auteur dès lors que la problématique intéresse le droit des régimes matrimoniaux.

⁵⁸⁴ A-L. VALEMBOIS, *op. cit.*, n° 303, p. 202 et les conclusions citées de Monsieur TRABUCCHI sur CJCE, 14 mai 1975, aff. 74/74 : *Rec.* p. 555.

II / La valeur des droits acquis en question

150. Présentation – Le doyen ROUBIER fait état du rachat qui a pu être décidé par l'État de certains droits féodaux. Seuls les droits qui avaient conservé une certaine légitimité pouvaient faire l'objet d'un rachat. Précisément, la suppression des droits féodaux « dérivant du servage » ne donna lieu à aucune indemnité⁵⁸⁵. C'est un exemple d'appréciation de la valeur d'un droit, afin de retirer à son titulaire tout espoir d'invoquer « un droit acquis ».

151. Une démarche intuitive - L'exemple classique d'une réflexion fondée sur la valeur d'un droit acquis est donné par la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme. Pour certains, le caractère impératif de la loi nouvelle devait postuler une application dans le temps la plus générale possible⁵⁸⁶. Pour d'autres, un droit acquis consistant en l'exception de jeu de l'article 1965 du Code civil devait empêcher l'application rapide de la réforme⁵⁸⁷. BEUDANT expliquait que le « *droit acquis à ne pas exécuter* » la convention n'attirait logiquement qu'une « *médiocre sympathie* » à ses défenseurs. C'est-à-dire que ce droit acquis n'était peut-être pas digne d'être sauvegardé parce qu'il s'agissait finalement d'un stratagème afin d'échapper aux contraintes de la force obligatoire du contrat.

Il faut constater que le raisonnement sur la valeur du droit acquis déplace seulement la difficulté. Il ne s'agit plus de savoir si l'on est en présence d'un droit acquis ou d'une qualification en mesure de l'exclure, comme celle des simples expectatives, par exemple. Il faut s'interroger sur la légitimité du droit acquis qui a été initialement mis en lumière. Il est certain que le procédé peut se révéler arbitraire. Est-il acceptable qu'une partie puisse affirmer : « certes l'existence d'un droit acquis sous le droit antérieur peut être prouvée, il n'empêche qu'il n'est pas légitime qu'il soit sauvegardé » ?

Si le juge devait approuver ce raisonnement, l'exigence de sécurité juridique ne serait évidemment pas satisfaite.

⁵⁸⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 33, p. 158.

⁵⁸⁶ Une application étendue de la réforme devait permettre la réalisation de l'objectif du législateur de renforcer le crédit.

⁵⁸⁷ Avant la loi du 28 mars 1885, les marchés n'étaient pas reconnus licites, dès lors que les parties consentaient en réalité un pari sur des cours de bourse. Le créancier s'adressant au « perdant » pour obtenir son paiement, pouvait se voir opposer l'exception de jeu prévue par le Code civil à l'article 1965 : « *La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari* ». Pour la Cour de cassation, cette exception prenait naissance avec la dette elle-même : Cass. civ., 18 avr. 1887 : *D.P.* 1887, I, p. 153 ; *Rec. Sirey* 1887, I, p. 157 ; Cass civ., 12 juill. 1888 : *D.P.* 1889, I, p. 10.

152. Une démarche reconnue en droit des marques - L'article L. 712-6 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, consacre la possibilité pour une personne « *qui estime avoir un droit sur la marque* », « *d'en revendiquer sa propriété en justice* »⁵⁸⁸. La Cour d'appel de Paris a affirmé en 1997 : « *Les dispositions de la loi du 4 janvier 1991 sont d'application immédiate et gouvernent les marques déposées sous l'empire de la loi du 31 décembre 1964, sous réserve des droits acquis antérieurement. Lorsqu'un dépôt a été déclaré frauduleux, le déposant en faute n'a plus aucun droit sur la marque et ne peut donc prétendre que l'action en revendication porte préjudice à un droit acquis* »⁵⁸⁹. En somme, le juge répute inexistant le dépôt effectué sous le droit ancien. Il n'y aurait aucun droit acquis sous le droit antérieur à faire valoir, faute de reconnaissance par le juge du procédé d'acquisition du droit. Par suite, le signe distinctif peut être valablement revendiqué selon les termes de la loi nouvelle. Le juge estimait sûrement ne pas être tenu de défendre un droit obtenu par la fraude. Le cas échéant, il a moins considéré l'existence éventuelle d'un droit acquis que le bien-fondé de celui-ci.

153. Une démarche inefficace en droit d'auteur - Le bénéfice légal des prorogations de guerre est emprunt d'une légitimité certaine⁵⁹⁰. À l'issue de l'application de la directive CE n° 93/98 du 29 octobre 1993 sur l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, il fallut déterminer si une harmonisation d'inspiration communautaire de la durée des droits d'auteur pouvait conduire à la suppression de cet avantage. La qualification de « droits acquis » aurait-elle pu fonder les prétentions des ayants-droits des auteurs concernés par ces prorogations ?

Il est possible de penser que les prorogations de guerre ont pour finalité de réparer un préjudice⁵⁹¹. Or, la notion de « droit acquis » est souvent utilisée en droit civil pour désigner une créance de réparation. Un préjudice peut être présumé dès lors qu'une absence des conditions attendues pour exploiter en toute quiétude une œuvre de l'esprit est constatée. Il

⁵⁸⁸ Cette disposition est issue de l'article 9 de la loi du 4 janvier 1991.

⁵⁸⁹ CA Paris, 12 sept. 1997 : *PIBD* 1998, III, 54.

⁵⁹⁰ V. les articles L. 123-8, L. 123-9 et L. 123-10 du Code de la propriété intellectuelle. V. par exemple : CA Paris, 22 mai 2002 : *Propri. intell.* 2003, n° 6, p. 48, obs. A. LUCAS : « *C'est ainsi que les œuvres de Gabriel FAURÉ, qui avaient déjà bénéficié de la durée spéciale de protection des œuvres musicales de soixante-dix ans, ont pu logiquement bénéficier d'un complément de protection grâce aux prorogations de guerre qui avaient commencé à courir avant le 1^{er} juillet 1995* ».

⁵⁹¹ Les prorogations de guerre ont pu être présentées comme des « palliatifs » permettant de « réparer la coupure produite dans l'exploitation économique des œuvres », liées à des « événements imprévisibles et de force majeure ».

doit d'ailleurs être noté que si l'auteur avait reçu de l'État une somme d'argent, nul ne doute que le législateur n'aurait pu, par la suite, en demander la restitution à ses héritiers sans donner un effet rétroactif à son texte. Le problème était en partie causé par le fait que les prorogations de guerre n'avaient pas été expressément condamnées par la directive⁵⁹². Le problème transitoire postulait incontestablement un arbitrage. D'une part, une récompense avait été accordée à l'auteur et sa famille en raison d'une impossibilité temporaire d'exploiter l'œuvre, obstacle participant de la nature de la force majeure ; d'autre part, un objectif d'harmonisation était imposé par le droit communautaire. Dans l'affaire « Claude Monet »⁵⁹³, la Cour d'appel de Paris estima que les prorogations de guerre avaient déjà profité aux ayants-droits de l'auteur et étaient « *insusceptibles comme telles d'être assimilées à des droits acquis qu'il serait encore loisible à un tiers de faire valoir* »⁵⁹⁴. La discussion porta sur l'opportunité de qualifier les prorogations de guerre de droits acquis, en tant que cette qualification était susceptible de ralentir un processus d'harmonisation communautaire. La cause de l'avantage légal accordé n'aurait pu enrichir le débat puisque sa légitimité était indiscutable.

154. Conclusion de la Section II – Les expectatives comme les facultés légales sont des notions qui devraient permettre d'exclure l'invocation de droits acquis. Seulement, il faut craindre un maniement *a posteriori* de ces qualifications transitoires. Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas adapté pour le jeu de ces qualifications. La démarche n'est pas conforme à l'exigence de sécurité juridique parce qu'elle semble en réalité fondée sur l'opportunité. De même, un raisonnement fondé sur la légitimité du droit acquis n'est pas conforme à l'exigence de prévisibilité du droit. Il faut enfin s'intéresser à la confrontation de la qualification transitoire de « droit acquis » avec celle d'exception au monopole.

⁵⁹² Le considérant n° 6 ne fait que signaler leur existence.

⁵⁹³ TGI Paris, 27 juin 2001 « Claude Monet » : *Comm. com. électr.* avr. 2004, comm. n° 53, p. 16. Les premiers juges avaient considéré qu'il fallait ajouter les prorogations de guerre à la durée des soixante-dix années issue de l'harmonisation communautaire. Seulement, cette œuvre avait fait l'objet de la résurrection organisée par le régime transitoire rétroactif de la directive de 1993.

⁵⁹⁴ CA Paris, 16 janv. 2004 : *Com. com. électr.* juin 2004, comm. n° 70, obs. C. CARON.

SECTION III / Les droits acquis et les exceptions au monopole

155. Présentation – En droit de la propriété intellectuelle, le renforcement de l’opposabilité du droit par une loi nouvelle semble toujours participer de la nature du droit en question⁵⁹⁵. En revanche, quand il est question de la diminution de cette opposabilité du droit, la théorie des droits acquis semble en mesure d’assurer une conservation de la loi ancienne sur ce point. En somme, il est toujours tentant d’adopter une vision du droit transitoire qui se révélerait favorable aux intérêts du titulaire du droit. Il s’agit alors de se poser la question suivante : existe-t-il un droit acquis à ne subir aucune exception durant la durée du monopole ?

Il est certain que toute exception au monopole, lors de sa création par le législateur, est subie par le titulaire du droit comme une perte de prérogatives. Il serait pratique de trouver une règle générale dont l’interprète de la loi nouvelle pourrait se servir lors de la création d’une nouvelle entaille à un monopole existant. Par exemple, imaginons que le législateur crée à l’avenir un droit de caricaturer la marque. La découverte de droits acquis s’opposerait alors à cet argument selon lequel le législateur n’aurait fait que consacrer une liberté antérieure des tiers.

156. La création inédite d’exceptions au droit de dessin ou modèle par l’ordonnance du 25 juillet 2001 - Avant que l’ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 n’entre en vigueur, aucune exception n’était prévue en droit des dessins et modèles. Les juges avaient fait application des exceptions propres au droit d’auteur au nom du principe de l’unité de l’art⁵⁹⁶. Avec la directive CE n° 98/71 du 13 octobre 1998 et sa transposition, une liste

⁵⁹⁵ V. par exemple le règlement du 12 décembre 2001. Dès lors que de nouveaux États deviennent membres de l’UE, l’opposabilité du droit de propriété industrielle s’agrandit. Selon l’article 1^{er} du règlement, le dessin ou modèle communautaire a un caractère unitaire et produit les mêmes effets sur tout le territoire de la communauté. Il est donc logique qu’il produise immédiatement ses effets à l’égard des ressortissants des nouveaux pays. Au 1^{er} janvier 2007, sont entrées dans l’Union Européenne, la Bulgarie et la Roumanie. Les droits communautaires de marque et de dessins et modèles ont été étendus automatiquement à ces nouveaux territoires. L’OHMI a modifié les directives d’examen et les directives relatives à la procédure d’opposition pour prendre en compte ces nouvelles adhésions. Il ne s’agit que d’un aménagement au principe de l’application immédiate des lois nouvelles. Les prérogatives qui s’exercent sur la chose réservée deviennent opposables à un nombre plus important de personnes. V. J-C. GALLOUX, *Droit des dessins et modèles interne et communautaire*, mai 2006-avril 2007 : D. 2007, pan. p. 2059.

⁵⁹⁶ V. CA Paris, 27 mai 1993 : *PIBD* 1993, III, 569.

limitative d'exceptions fit son apparition⁵⁹⁷. En théorie, il serait possible d'imaginer un plaideur souhaitant démontrer l'existence du préjudice suivant : la soumission de son droit exclusif à des limites nouvelles qui n'existaient pas au jour de son acquisition. Il serait alors certainement question d'un droit acquis à ne subir aucune exception inédite pendant la durée du monopole. En pratique, le problème ne s'est pas posé. Certaines exceptions étaient déjà appliquées par les juges sur le fondement du droit d'auteur. D'autre part, les exceptions réellement inédites apportées par l'ordonnance de 2001 se sont révélées dépourvues de portée réelle⁵⁹⁸.

157. L'analyse préalable de l'exception au droit d'auteur- La qualification exacte du processus de création d'une exception, en se plaçant du côté de son bénéficiaire, représente un enjeu considérable en droit transitoire⁵⁹⁹. En droit d'auteur, imaginons une loi nouvelle qui viendrait ébranler l'édifice de la copie privée afin de répondre à l'insécurité juridique entourant la question de la source licite. En pratique, une personne ayant acheté le support d'une œuvre avant l'entrée en vigueur de la réforme pourrait se voir reprocher après cette date la réalisation d'une copie de l'œuvre en question. L'acquéreur estimerait certainement injuste la privation immédiate d'une prérogative acquise valablement sous le droit antérieur⁶⁰⁰. En résumé, si la copie privée devait être considérée comme un droit⁶⁰¹, nul doute que les

⁵⁹⁷ V. l'article 13 de la directive. C'est en raison de ce caractère limitatif que le droit nouveau exclut tout emprunt au droit d'auteur sur ce point.

⁵⁹⁸ Selon l'article L. 513-6 du Code de la propriété intellectuelle, les droits ne s'exercent pas à l'égard d' « *actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales* » ou d' « *actes accomplis à des fins expérimentales* ». Une exception existe également au profit « *d'actes de reproduction à des fins d'enseignement (...)* ». Quand le droit d'auteur s'applique également, l'exception de courte citation, plus restrictive, réduit l'intérêt de cette dernière exception. V. J. PASSA, *op. cit.*, n° 753, p. 711.

⁵⁹⁹ Par exemple, imaginons que la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 n'ait pas ajouté un 4^{ème} alinéa à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle et que la protection des universitaires n'ait été précisée que quelques années après, suite à des difficultés majeures d'application. À quel régime l'universitaire qui aurait publié ses recherches entre la date d'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2006 (non amendée) et la date d'entrée en vigueur de cette seconde loi favorable aux chercheurs aurait-il été soumis ? D'une manière classique, la date de création de l'œuvre est la date essentielle à retenir en droit d'auteur. En cas de création réalisée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2006, les droits d'auteur auraient dû être attribués à l'Administration. À l'issue de la modification du texte de loi, nul doute que l'Administration aurait tenté de se « servir » de la qualification de droits acquis afin de l'opposer à l'universitaire dans le cadre d'un litige. Évidemment, le débat se serait alors porté sur la nature interprétative de la seconde loi favorable aux chercheurs. Cette qualification aurait été opportune si le délai entre les deux textes avait été bref. Il faut noter que l'utilisation victorieuse de la notion de droit acquis aurait abouti à une inégalité manifeste entre les universitaires. Certains auraient créé leur œuvre sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2006, d'autres auraient créé leur œuvre après la date de son abrogation relative par la loi ultérieure imaginée. Par suite, selon la date de création retenue, les droits d'auteurs seraient nés au sein de leur patrimoine ou au sein de celui de l'Administration. Force est de constater que seule l'insertion d'une disposition transitoire aurait pu permettre une harmonisation du régime des agents publics.

⁶⁰⁰ Du côté de l'utilisateur, la confusion entre la propriété matérielle du support et de son contenu fonde nombre de critiques infondées à l'encontre de la propriété littéraire et artistique.

⁶⁰¹ La question s'est posée de savoir si devait être reconnu un droit à la copie privée. Notamment, ce droit permettrait à un « utilisateur » de l'œuvre de faire obstacle à l'efficacité de dispositifs techniques limitant ou bloquant la copie privée. Est garanti le « *bénéfice de l'exception pour copie privée* » et l'expression d'un « *droit au bénéfice de l'exception pour copie privée* » a été écartée (V. l'article L. 331-6 du Code de la propriété

plaignants seraient tentés d'utiliser la notion de « droit acquis » en présence de toute loi nouvelle plus favorable aux intérêts de l'auteur. En revanche, si la copie privée ne devait être qualifiée que de « faculté légale, » tant que celle-ci n'aurait pas été exercée, le juge pourrait la supprimer, et ce, sans donner un effet rétroactif au texte légal.

En faveur d'une qualification de « droit acquis », les bénéficiaires des exceptions légales semblent investis d'un véritable droit réel, proche du bénéfice apporté par le jeu d'une servitude légale grevant un bien. Dans cette optique, la qualification de « droit acquis » servirait à la manière d'un rempart à l'encontre de toute réforme apportant une restriction au champ d'application d'une exception. Il est évident que la qualification de droit subjectif est gênante⁶⁰². Peut-être que la qualification de « simple intérêt » serait plus adaptée afin d'éviter l'image d'un droit subjectif siégeant « au présent » au sein du patrimoine de son bénéficiaire. Il faudrait toutefois se rappeler que cette qualification d'« intérêt » ne préjuge en rien du degré de protection que le juge est en mesure de lui apporter⁶⁰³.

Quoiqu'il en soit, les « limites internes » au droit d'auteur se rapprocheraient plus facilement des droits subjectifs classiquement entendus. Il serait alors imaginable que ces limites reçoivent la qualification de « droits acquis » en cas de réforme défavorable aux intérêts du bénéficiaire de l'exception. En effet, en retenant qu'une « limite externe » se rencontre

intellectuelle). V. Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006 : *Prop. ind.* 2006 juillet-août, comm. p. 35, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J-P. VIENNOIS.

⁶⁰² Pour une partie de la doctrine, les exceptions au droit d'auteur ne doivent pas s'analyser en des droits subjectifs : C. CARON, *op. cit.*, n° 349, p. 293. La jurisprudence s'est également prononcée à l'encontre de cette analyse : CA Paris, 4 avril 2007 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 68, note C. CARON ; D. 2007, p. 1993, obs. C. LE-STANC ; CA Paris, 20 juin 2007 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 120, obs. C. CARON. V. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 569, p. 379 : « *Les exceptions reconnues aux utilisateurs par le législateur font-elles naître un droit à leur profit ? La réponse à cette question est fort délicate. Il faut en effet définir au préalable le droit et plus précisément le droit subjectif (car c'est bien de lui dont il est question) ce qui n'est pas simple* ». Dès lors qu'un droit subjectif patrimonial ou extrapatrimonial est reconnaissable, la qualification de droit acquis devient difficile à contester. Il faut d'ailleurs rappeler que des droits conditionnels peuvent tout à fait constituer des droits acquis pour ROUBIER : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 26, p. 116 et n° 50, p. 121. Autrement dit, si le « triple test » peut apparaître comme une ultime consécration de l'exception au monopole de l'auteur, cette condition d'une réalisation aléatoire ne pourrait servir d'argument afin de rejeter la qualification de droit acquis. De plus, même en considérant que l'utilisateur dispose d'une créance à l'encontre de l'auteur, qui s'analyserait de son côté comme un droit potestatif, au regard de la liberté d'apposer des mesures techniques de protection par exemple, la notion de droit acquis ne devrait pas, pour cette seule raison, être écartée.

⁶⁰³ Il faut garder à l'esprit que la CEDH érige en « bien » un simple « intérêt patrimonial à jour d'un immeuble ». Autrement dit, un « intérêt » pourrait recevoir une protection absolue sur le fondement de l'article 544 du Code civil. Le droit transitoire pourrait également être intéressé à la prise de position suivante de la CEDH : sont protégées les valeurs patrimoniales représentées par les créances en vertu desquelles le requérant prétend avoir une « *espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété* ». Il faudrait alors imaginer en droit de la propriété intellectuelle, l'existence et l'opposabilité d'une espérance légitime de pouvoir continuer à jouir de son bien pendant toute la durée du monopole. Au contraire, il s'agirait de permettre au requérant d'invoquer avec succès l'existence d'un droit acquis à la chute d'une chose intellectuelle dans le domaine public. Il s'agirait dans ce cas de ralentir l'application uniforme d'une loi nouvelle ayant pour finalité d'allonger la durée d'un droit de propriété intellectuelle. V. sur la jurisprudence de la CEDH : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *L'acceptation européenne du « bien » en mal de définition* : D. 2010, chron. p. 2024.

« lorsque les conditions du monopole ne sont pas réunies »⁶⁰⁴, il est délicat d'imaginer qu'une personnalité juridique puisse invoquer une « défaillance » de la protection légale. Il n'y a pas de droit subjectif particulier à cet endroit, il n'y a qu'une liberté à exercer⁶⁰⁵. Il faut prendre garde de ne pas conférer au domaine public des attributs qu'il ne peut posséder en aucune façon. Aucune personnalité morale n'est ici observable, donc aucun patrimoine n'existe. D'ailleurs, la reconnaissance d'un « droit acquis à l'exception » pourrait être critiquée en ce qu'il serait possible d'y voir un droit acquis à troubler la jouissance pleine et entière du propriétaire d'un bien⁶⁰⁶.

158. Le cas particulier des exceptions issues d'usages contractuels - Les usages attachés à un type donné de conventions ont pu être considérés comme des droits acquis par la doctrine classique⁶⁰⁷. Il s'agit par exemple d'un usage donnant une valeur au silence d'une partie⁶⁰⁸. En droit d'auteur, il est facile d'identifier des usages qui permettent de déterminer l'étendue de l'obligation d'exécuter une obligation contractuelle⁶⁰⁹. Pourrait également être évoqué l'usage qui confère à une personne l'utilité d'une chose intellectuelle, quand cette faculté n'apparaît pas clairement dans la convention⁶¹⁰. Il convient de noter qu'à l'instar d'une jurisprudence, un usage n'a pas de date précise d'apparition au sein de l'ordonnement juridique. C'est pour cette raison que l'interprète doit toujours se méfier quand il est question de se servir de ces éléments⁶¹¹. Cependant, il faudrait certainement retenir la date de

⁶⁰⁴ C. CARON, *op. cit.*, n° 349, p. 293: « Dans cette hypothèse, les critères qui permettent de mettre en œuvre le droit de reproduction et le droit de représentation ne sont pas réunis ».

⁶⁰⁵ En l'absence de monopole, il faut revenir à la liberté du commerce et de l'industrie. Il faut surtout retrouver un libre usage des utilités d'une chose intellectuelle appartenant au fond commun ou tombée dans le domaine public. Il ne faut plus parler de « bien intellectuel » parce que la chose est dépourvue de valeur et de rareté quand elle appartient au fond commun et parce que le bien a été éteint par l'effet de la loi quand l'œuvre se retrouve au sein du domaine public.

⁶⁰⁶ Est-il possible de se prévaloir d'un « droit acquis de nuire à autrui » ? Par exemple, l'auteur d'un trouble anormal de voisinage ne peut pas se prévaloir de l'antériorité de son exploitation, V. B. MALLEY-BRICOULT et N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, pan. 2005 : *D.* 2005, n° 34, p. 2352, spéc. p. 2356.

⁶⁰⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 26, p. 116.

⁶⁰⁸ V. par exemple en droit civil : Cass. 2^{ème} civ. 6 juill. 1966 : *Bull. civ.* II, n° 737. En droit d'auteur : Cass. com. 1^{er} déc. 1987 : *Bull. civ.* IV, n° 259 ; *RDPI* 1988, p. 133. Il a été admis qu'un revendeur pouvait à titre de démonstration présenter dans sa vitrine ou sur des affiches publicitaires un jouet dont le design était protégé par le droit d'auteur. Le consentement de l'auteur pour une telle reproduction aurait résulté en l'espèce des relations commerciales qui existaient entre les parties.

⁶⁰⁹ L'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle précise la teneur de l'obligation du cocontractant de l'auteur. L'exploitation de l'œuvre qui est entrée dans le champ contractuel est « conforme aux usages de la profession ». L'article L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle évoque la fabrication des exemplaires par l'éditeur dans « un délai fixé par les usages de la profession ». V. aussi l'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle sur les obligations de l'éditeur et l'article L. 132-27 du Code de la propriété intellectuelle pour les obligations du producteur d'une œuvre audiovisuelle.

⁶¹⁰ V. Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002 : *JCP E* 2002, p. 1121, note C. CARON.

⁶¹¹ Se rencontrent aussi en droit de la propriété littéraire et artistique, des usages qui ne sont pas attachés à la conclusion d'un contrat à strictement parler. Ils peuvent par exemple permettre de reconnaître la qualité d'un artiste-interprète (V. l'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle), de définir les modalités

conclusion du contrat quand l'usage s'entend comme une permission implicite de jouir d'une utilité de la chose non expressément entrée dans le champ contractuel⁶¹². Dans ce cas de figure, la notion de « droits acquis » ne devrait pas être nécessaire pour garantir une certaine survie de la loi ancienne. La solution classique qui tend à conserver intacte la convention initiale serait suffisante.

D'autre part, il faut se rappeler que le mécanisme de la renonciation implicite fut souvent invoqué, pendant la période de formation du droit des artistes interprètes, par les cocontractants de ces derniers⁶¹³. En ce sens, les avantages procurés par la publicité du phonogramme devaient conduire à présumer l'abandon du droit. De même, l'enregistrement des différentes prestations valaient autorisation d'un « *usage normal du disque* ». Le législateur consacra une évolution lente de l'ordonnement juridique en sens contraire. La loi du 3 juillet 1985 mit fin à ces prétentions. Par conséquent, un éventuel « droit acquis à un usage antérieur », qui serait invoqué par un exploitant, n'aurait aucune légitimité.

Il faut aussi remarquer que la loi nouvelle qui viendrait anéantir un usage antérieur serait certainement analysée comme prescrivant une nouvelle méthode d'interprétation de la convention. En ce sens, il pourrait être fait appel à l'article 1135 du Code civil. Certes, le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle devrait permettre, en théorie, de conserver un usage antérieur attaché à la conclusion du contrat. Cependant, l'idée selon laquelle il ne devrait pas exister de droit acquis à une interprétation particulière de la convention pourrait permettre de justifier une application immédiate de la loi nouvelle. De même, il existe une jurisprudence en droit civil qui interdit de considérer une reprise des termes de la loi ancienne comme une clause dérogatoire à une loi nouvelle supplétive⁶¹⁴. C'est

d'indication de la paternité d'une œuvre ou encore de définir les modalités de dépôt de tirages photographiques. Il faut noter que le caractère original d'une œuvre ne peut être défini par des usages : C. CARON, n° 172, p. 133 : « (...) un usage professionnel ne saurait déterminer l'existence d'une protection ». V. C. CARON, *Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur : Propriétés intellectuelles* 2003, n° 7, p. 127, spéc. n° 9 ; V. Cass. Com. 19 févr. 2002 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 91, note L. LEVENEUR. Le code des usages en matière d'illustrations photographiques s'appliquent dans le silence de la convention. Les usages concernent notamment la durée du dépôt, les modalités de restitution des épreuves photographiques et les droits de garde.

⁶¹² Un usage peut mettre à la charge d'une partie des obligations qui ne figurent pas expressément au contrat. Comme un usage commercial peut en principe être écarté par une clause contraire, toute loi impérative devrait pouvoir mettre fin à l'usage attaché à une convention antérieure. V. par exemple, en matière bancaire : Cass. com., 18 mars 1997 : *Comm. com. électr.* 1997, n° 124, note G. RAYMOND. V. sur la conformité des usages à la loi : C. CARON, *op. cit.*, n° 402, p. 339

⁶¹³ CA Versailles, 23 juin 1982 : *RIDA* oct. 1982, p. 163, note P. MASSOUYÈ (la Cour de renvoi opère la confirmation de Cass. 1^{ère} civ. 5 nov. 1980).

⁶¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2001, n° 98-18. 182 : *Bull. civ. I*, n° 66. En l'espèce, un contrat d'assurance avait été conclu et résilié sous l'empire de deux lois différentes. Les juges retiennent la loi nouvelle pour répondre à la contestation, par l'assureur, de cette résiliation. La Cour considère que les stipulations contractuelles qui reprennent les dispositions de la loi ancienne ne doivent pas s'analyser comme des clauses dérogatoires au régime prescrit par la loi nouvelle. V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 2001, n° 98-18. 354 : *Bull. civ. I*, n° 193. Il est précisé qu'un avenant au contrat, réalisé après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, peut permettre d'organiser la survie de la loi ancienne.

dire si un usage implicitement intégré au champ contractuel pourrait être écarté par le juge en présence d'une loi nouvelle plus favorable aux intérêts de l'auteur.

L'empire de la loi nouvelle pourrait également être défendu quand bien même ses dispositions seraient défavorables aux intérêts du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Imaginons qu'une loi nouvelle vienne préciser que le cessionnaire d'un droit d'auteur n'est jamais autorisé à reproduire les caractéristiques d'un objet protégé, même pour en faciliter sa commercialisation. Le cocontractant de l'auteur ne devrait pas pouvoir invoquer l'existence d'un usage commercial antérieur en ce sens⁶¹⁵. De même, ne pourrait pas être invoquée l'existence d'un usage antérieur postulant l'abandon présumé du droit d'exposition⁶¹⁶.

159. Conclusion de la Section III – Les expectatives sont reconnues par l'interprète afin de donner à la loi nouvelle un champ d'application temporel des plus étendus. Il n'est peut-être pas opportun de raisonner en ces termes, parce que le choix de cette qualification ne repose pas réellement sur une démonstration. Il est très facile de qualifier *a posteriori* une prérogative du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de « simple expectative », afin d'en supprimer immédiatement le bénéfice. Il est de même trop évident de chercher à qualifier de « droit subjectif » le bénéfice d'une exception au monopole, afin de la protéger de l'empire d'une loi nouvelle, plus favorable au titulaire du droit. En somme, les compromis entre le « domaine de l'appropriable » et le « domaine public » pourraient bien voler en éclats, dès lors qu'il s'agit de résoudre un problème transitoire. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que certaines difficultés sont intraduisibles dans les termes de « droits acquis » et de « simples expectatives ». Par exemple, certaines exceptions propres au droit des dessins et modèles sont paralysées par la règle du cumul avec le droit d'auteur⁶¹⁷. De même, il y a aussi une certaine gêne à parler de « droits acquis » dans le domaine des exceptions au monopole, dès lors que ses limites se déduisent bien souvent de la fonction des droits. Or, c'est la jurisprudence qui a

⁶¹⁵ V. Cass. com., 27 oct. 1992 : *RIDA* avril 1993, p. 190. Un distributeur peut reproduire des dessins figurant sur des vêtements qu'il commercialise dans un catalogue publicitaire destiné à la promotion de ces vêtements. Le « cadre commercial » de la reproduction, les « conditions normales » de la publication, ainsi que le « tout indissociable » constitué par le catalogue publicitaire et les dessins litigieux pourraient être considérés comme des éléments de départ d'un usage.

⁶¹⁶ La jurisprudence française a reconnu le pouvoir d'interdire de l'auteur au regard de cette utilité de l'œuvre : V. Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2002 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. n° 2, note C. CARON. Le droit belge prévoit sur ce point une cession automatique : A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, LARCIER, création, information, communication, 4^{ème} éd., 2008, n° 130 et 131, p. 221 et s.

⁶¹⁷ V. P. KAMINA, *Protection des pièces de rechange des produits complexes* : *Prop. ind.* 2004, comm. n° 93. (sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles, COM(2004) 582 final).

pour tâche de définir au fur et à mesure cette fonction. Par suite, il est dangereux de consacrer, même indirectement, un « droit à une jurisprudence figée ».

160. Conclusion du Chapitre I – A-t-on besoin de qualifier le droit d'auteur de droit de propriété ou de droit de l'homme pour en assurer une protection optimale ? En droit transitoire, la question serait la suivante : a-t-on besoin des droits acquis pour sauvegarder certains éléments appartenant au « droit ancien » au regard d'une loi nouvelle à la vocation destructrice ?

En d'autres termes, il faut être conscient de la portée symbolique de la notion de « droit acquis ». La théorie des droits acquis peut être critiquée en raison de l'aspect superficiel du raisonnement. En effet, la référence aux droits acquis se fonde souvent sur l'évidence. De plus, la solution proposée permet de justifier plusieurs applications temporelles différentes de la loi nouvelle. Le doyen ROUBIER avait d'ailleurs noté que lorsque l'application immédiate de la loi nouvelle est exclue au même titre que tout effet rétroactif, les deux solutions tendent à se confondre⁶¹⁸. En somme, l'exigence de sécurité juridique ne serait pas assurée. Dans la plupart des cas litigieux, il est affirmé qu'il n'y a pas de droit acquis dont le plaideur pourrait se prévaloir⁶¹⁹. Est-il opportun de conserver une notion dont l'utilisation efficace se révèle seulement d'une manière négative ?

Il semble que la notion a principalement servi en droit des marques afin de résoudre le problème de l'application dans le temps de la loi du 4 janvier 1991, venue modifier notamment les règles applicables à la déchéance du droit. Il s'agissait de se poser cette question étrange : le plaideur peut-il se prévaloir d'un droit acquis à ne pas être poursuivi en justice⁶²⁰ ?

Malgré toutes les critiques qui ont pu être formulées, les juges semblent apprécier cette notion pour sa simplicité et l'idée de protection intangible d'une prérogative qu'elle suppose⁶²¹. Il faut toutefois souhaiter son exclusion de toute réflexion transitoire à venir, tant la prévisibilité du droit n'est pas en mesure d'être assurée. Il convient à présent d'aborder la qualification de « situation juridique », toujours afin de comprendre l'application rétroactive d'une loi nouvelle dans le domaine de la propriété intellectuelle.

⁶¹⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 38, p. 179.

⁶¹⁹ V. par exemple J.-M. MOUSSERON, *Commentaire du décret du 5 oct. 1993 relatif aux brevets d'invention* : *JCP E* 1994, I, 330, spéc. n° 53.

⁶²⁰ V. les différents arguments mis en exergue : Cass. com., 8 juill. 1997 : *PIBD* 1997, III, 584.

⁶²¹ V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1980 : *RTD civ.* 1981, p. 166, obs. J. PATARIN. L'auteur évoque la notion « *toujours vivace* » des droits acquis.

Chapitre II / LA RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « SITUATION JURIDIQUE »

161. Présentation – Le doyen ROUBIER présente deux phases dans le développement des moments successifs d'une situation juridique⁶²². Une phase « dynamique » correspond au moment de la constitution de la situation juridique. Cette phase se retrouve aussi au moment de son extinction. Une phase « statique » correspond à la période pendant laquelle la situation juridique produit ses effets. La rétroactivité de la loi nouvelle est classiquement appréciée au regard des deux phases dynamiques, de constitution et d'extinction de la situation juridique. ROUBIER affirme que les règles transitoires qui s'appliquent en présence d'une situation juridique entièrement constituée sont identiques à celles qui concernent une situation juridique entièrement éteinte⁶²³. Au regard du respect du principe de non-rétroactivité de l'article 2 du Code civil, les situations juridiques entièrement constituées, comme celles entièrement éteintes, ne peuvent pas être remises en cause par une loi nouvelle. Quand cette construction est transposée au droit de la propriété intellectuelle, d'où provient la difficulté ?

La difficulté résulte de l'identification précise de la situation juridique. Par exemple, observons le sort des inventions de salariés. La loi du 13 juillet 1978⁶²⁴ pouvait être essentiellement considérée comme une loi intéressant le droit des brevets. Dans cette optique, les règles nouvelles devaient intuitivement concerner toutes les demandes de brevets déposées à compter du 1^{er} juillet 1979, date de son entrée en vigueur⁶²⁵. En retenant cette fois la nature plutôt sociale du texte, il était possible de penser que les règles nouvelles s'appliqueraient à tous les contrats de travail conclus après le 1^{er} juillet 1979. Dans le premier cas, la situation juridique est trouvée en réfléchissant sur la date d'enregistrement de la demande de protection de l'invention. Dans le second, l'interprète mettrait en exergue l'existence d'une situation juridique de nature contractuelle⁶²⁶.

⁶²² P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 39, p. 181 et s.

⁶²³ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 40, p. 183.

⁶²⁴ V. J.-M. MOUSSERON, *1844, 1968, 1978: la loi applicable : Dossiers brevets*, 1979, III.

⁶²⁵ V. l'article 48 de la loi.

⁶²⁶ Une troisième voie avait même été proposée, qui semble la plus juste: il faut considérer qu'au moment de la création de l'invention, s'opère une « prise d'effets » des obligations stipulées au contrat de travail et relatives à cette invention. Ces obligations sont « figées » en quelque sorte à la date de création de l'invention. V. J.-M. MOUSSERON, *Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 août 1980 : RTD civ.* 1980, p. 8 et s., spéc. n° 15.

D'autre part, il est souvent regrettable que la notion de situation juridique soit utilisée sans que les critères de ROUBIER soient expressément cités. En faisant abstraction des éléments qui permettent de découvrir la rétroactivité de la loi nouvelle au moyen de la qualification de « situation juridique », le juge en fait une notion juridique standard détachée de son contexte. Dans tous les cas, il faut préciser de quelle situation juridique il est précisément question dans l'espèce et le cheminement intellectuel du juge doit apparaître. Il serait alors moins difficile pour l'interprète de l'utiliser. En droit de la propriété intellectuelle, il convient d'étudier les hypothèses dans lesquelles la rétroactivité de la loi nouvelle peut être déduite de la remise en cause d'une situation juridique entièrement constituée (**Section I**). Ensuite, seront étudiées les hypothèses dans lesquelles la rétroactivité de la loi nouvelle peut être déduite de la remise en cause d'une situation juridique déjà éteinte (**Section II**).

SECTION I / La rétroactivité de la loi nouvelle déduite de son application à des situations juridiques entièrement constituées

162. Présentation - Selon la méthode de ROUBIER, l'objet de la loi nouvelle doit d'abord être précisé. Il s'agit de s'intéresser à la loi qui a pour objet de définir de nouvelles conditions de formation d'une situation juridique donnée. ROUBIER affirme que ce type de loi ne peut pas remettre en question l'existence d'une situation juridique valablement constituée sous la loi ancienne⁶²⁷. Le cas échéant, le juge ferait une application rétroactive du texte légal. ROUBIER précise également qu'une loi nouvelle ne peut pas donner rétroactivement un effet constitutif à des actes ou des faits considérés comme « neutres » sous le droit antérieur. Enfin, un même régime devrait s'appliquer, d'une part, aux lois relatives à la constitution d'une situation juridique et, d'autre part, aux lois qui créent pour la première fois une situation juridique inédite. La tâche de l'interprète consiste alors à transposer le principe proposé par ROUBIER aux éléments particuliers rencontrés en droit de la propriété intellectuelle. Il faut par exemple tenter de reconnaître le respect du principe de non rétroactivité, dans l'appréciation, en 1996, de la validité d'une marque utilisée collectivement

⁶²⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 39, p. 182.

selon les dispositions de l'ancienne loi du 31 décembre 1964⁶²⁸. Le système de ROUBIER doit être vérifié pour chaque type de situation juridique rencontré en droit de la propriété intellectuelle (I). Il s'agit ensuite de se demander si la solution adoptée par la Cour de cassation en l'an 2000 dans le domaine du droit d'auteur est compatible avec la doctrine de ROUBIER (II). Il faudra également apprécier en droit de la propriété intellectuelle la neutralité de certains actes ou de certains faits juridiques quand celle-ci est ultérieurement remise en cause par une loi nouvelle (III). Enfin, il sera vérifié en droit de la propriété intellectuelle si les lois qui créent une situation juridique entièrement inédite peuvent être assimilées, au regard de leur régime transitoire, aux lois relatives aux conditions de formation des situations juridiques (IV).

I / L'application du principe de ROUBIER à toutes les situations juridiques du droit de la propriété intellectuelle

163. Pour ROUBIER, les situations juridiques peuvent se présenter sous forme de droits subjectifs, comme les droits de créance, les droits réels, « *les droits intellectuels ou de clientèle* »⁶²⁹. Les droits de propriété intellectuelle sont donc « rangés » par le doyen au sein de la catégorie des droits subjectifs. Les situations juridiques peuvent aussi prendre la forme de « *situations juridiques objectives* », « *c'est-à-dire de situations créées et déterminées par le droit objectif sans référence directe aux désirs des particuliers* »⁶³⁰. Il faudrait alors reconnaître, en droit de la propriété intellectuelle, toutes les hypothèses de mise en œuvre de la responsabilité civile⁶³¹. Dans tous les cas, la reconnaissance d'une application rétroactive de la loi nouvelle ne dépend en aucune façon du mode de constitution de la situation juridique observée. Le principe de ROUBIER devrait trouver une application universelle en droit de la propriété intellectuelle. Peu importerait le mode de constitution de la situation juridique (A), le temps nécessaire (B) ou le nombre de conditions à réunir (C).

A / Peu importe le mode de constitution de la situation juridique

⁶²⁸ V. CA Versailles, 29 févr. 1996 : *PIBD* 1996, III, 408.

⁶²⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 41, p. 187.

⁶³⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 41, p. 187. Ce type de situation juridique est illustré par l'auteur avec la situation des incapables comme les mineurs ou les interdits judiciaires.

⁶³¹ V. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. DEROUSSIN, Paris, Dalloz, 2005, n° 2, p. 11. La responsabilité est aussi qualifiée de situation juridique « *réactionnelle* » : n° 10, p. 73 ; V. aussi les situations juridiques « *objectives institutionnelles* » : n° 10, p. 75.

164. Un droit transitoire unique pour toute la propriété intellectuelle - Pour ROUBIER, il importe peu que la situation juridique ait pour source un fait ou un acte juridique⁶³². Par suite, toutes les réformes apportées aux différents régimes du droit de la propriété intellectuelle devraient s'analyser selon une démarche transitoire unique. Par exemple, un seul raisonnement serait en mesure d'expliquer les grands bouleversements observés en droit de la propriété industrielle⁶³³, comme les changements plus progressifs propres au droit de la propriété littéraire et artistique⁶³⁴. La *summa divisio* existante entre le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle n'aurait pas de traduction d'un point de vue transitoire.

165. Des difficultés pressenties en droit de la propriété industrielle - D'un côté, l'approche transitoire semble plus simple en droit de la propriété industrielle puisque les conditions posées à la réservation de la chose sont réunies en un moment unique : l'enregistrement de la demande de protection⁶³⁵. D'un autre côté, pour chaque droit de propriété industrielle, des difficultés spécifiques doivent être résolues. Par exemple, le droit des brevets interne se caractérise par l'absence de contrôle de la condition liée à l'activité inventive au moment du dépôt⁶³⁶. L'interprète peut donc être tenté d'affirmer que la réunion de toutes les conditions de formation de la situation juridique ne se réalise pas en un moment unique. Le raisonnement de ROUBIER serait ainsi plus difficile à appliquer. Cependant, pour l'appréciation de l'activité inventive, le législateur oblige le juge à raisonner à l'aide du critère de « l'homme de métier ». Comme ce personnage doit se placer au jour du dépôt pour observer l'état de la technique, l'activité inventive se trouve en réalité vérifiée au même moment que la nouveauté de l'invention⁶³⁷. En somme, l'absence de vérification de l'activité inventive *a priori* n'autorise pas le juge à choisir une autre date pour apprécier la validité de

⁶³² P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 41, p. 186.

⁶³³ En droit de la propriété industrielle, l'usage du signe distinctif en droit des marques ou la création d'une apparence en droit des dessins et modèles, ont tous deux laissé place à une procédure d'enregistrement. Ce faisant, le législateur modifia l'esprit même des protections légales accordées.

⁶³⁴ Même si les règles applicables aux œuvres photographiques ont pu subir plusieurs modifications, la situation juridique « titularité du droit d'auteur » semble toujours avoir postulé la création d'une forme originale.

⁶³⁵ Est mis de côté pour l'instant le droit de dessin et modèle communautaire non enregistré, qui fait figure d'exception.

⁶³⁶ Le titre européen de brevet suppose en revanche cette vérification.

⁶³⁷ Cet « homme de métier » est censé mobiliser ses connaissances sur un domaine technique précis. Il compare les éléments revendiqués dans la demande de brevet à un état de la technique perçu de manière globale. Quand le juge utilise cet « outil » propre au droit des brevets, aucune règle juridique ne s'applique dans le passé. Le juge ne fait rien de plus que déclarer la présence ou l'absence de l'activité inventive de l'invention telle qu'elle devait exister au jour du dépôt de la demande.

la protection. Par exemple, il ne peut pas se placer à la date de résolution du litige. Les lois nouvelles intervenues entre la date de dépôt de la demande de protection et la date du jugement et qui auraient pour objet de modifier les conditions de réservation d'une invention par un droit de brevet, devraient donc être tenues pour indifférentes.

D'autre part, pour l'appréciation de la nouveauté de l'invention, la date de l'antériorité ne doit pas être prise en compte. Il peut alors être surprenant, au sein d'une étude de droit transitoire, d'affirmer qu'un événement peut recevoir n'importe quelle date et que la solution n'en sera nullement changée. Par suite, l'analyse du juge semble remonter indéfiniment dans le passé⁶³⁸. L'analyse structurale de la règle apporte alors une clarification. Admettons que l'on écrive : *si* une antériorité existe (A), *alors* (i) l'invention n'est pas nouvelle (B). Comme le doyen HÉRON nous apprend qu'il faut se concentrer sur le présupposé de la règle pour déterminer la loi applicable⁶³⁹, il faut retenir la loi en vigueur au jour de la réalisation de cette antériorité (A). Dès lors que la date de l'antériorité est fixée avant l'entrée en vigueur de la toute première loi sur les brevets, la réalisation de cette antériorité n'a pu produire aucun effet juridique. Par conséquent, cette antériorité ne devrait pas compromettre la protection d'une invention semblable par un brevet pris ultérieurement. Le juge qui donnerait une valeur à cette antériorité, pour nier la nouveauté de l'invention, ferait une application rétroactive de la loi nouvelle.

Toutefois, le doyen HÉRON nous conseille de distinguer clairement les syllogismes d'une part, des simples « rapports d'équivalence », d'autre part. Si l'on écrit maintenant : la présence d'une antériorité (A) équivaut à (=) une absence de nouveauté de l'invention (B), peu importerait la date de l'antériorité, elle ferait toujours « tomber » la nouveauté. Selon cette vision des choses, la nouveauté doit naturellement être vérifiée au jour du dépôt de la demande de brevet, mais sa date de réalisation n'a aucune conséquence. Par suite, retenir

⁶³⁸V. Cour impériale de Paris, 10 mai 1856 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 531. Il était question de savoir si un appareil similaire à l'invention protégée pouvait constituer une antériorité destructrice de nouveauté. L'appareil constituant cette antériorité avait été construit en 1837. Les juges n'eurent aucun scrupule à ne raisonner qu'au regard de la loi en vigueur au jour de la délivrance du brevet, la loi du 5 juillet 1844 (V. l'article 31) ; V. aussi : Cour royale de Douai, 30 mars 1846 : *Rec. Sirey* 1847, II, p. 211. Les juges devaient apprécier la validité d'un brevet délivré le 8 novembre 1844, soit peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1844. La recherche des antériorités a consisté à considérer l'état du domaine public précédant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Pourtant, ce sont bien les dispositions de la loi de 1844 qui ont servi de fondement à la résolution du litige (V. l'article 2 de la loi qui définit les différents types d'inventions et l'article 30 qui déclare nuls les brevets qui ne sont pas nouveaux). V. CA de Paris le 1^{er} juillet 1870 : *Rec. Sirey* 1870, II, p. 266. Les juges se prononcent sur la nouveauté d'une invention dont le brevet avait été obtenu en 1866, soit après l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1844. La Cour estime que la nouveauté du procédé de fabrication et des produits revendiqués est vérifiée. Les antériorités invoquées par la partie adverse sont rejetées comme non pertinentes, mais ce n'est pas leur date qui a déterminé cette solution. Ces antériorités remontaient pourtant aux années 1819 et 1836, soit bien avant l'entrée en vigueur de la loi de 1844, loi applicable au jour du dépôt de la demande. En somme, aussi loin que l'on remonte dans le passé, une antériorité n'est soumise à aucune loi précise.

⁶³⁹J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, article précité.*, n° 17 p. 287 et 288.

l'existence d'une antériorité dont la date est antérieure à l'entrée en vigueur de la première loi sur les brevets, ne reviendrait aucunement à donner un effet rétroactif au texte légal. C'est cette dernière écriture de la règle qui doit être retenue parce qu'elle est conforme à son esprit, c'est-à-dire à l'exigence d'une nouveauté absolue de l'invention. En conclusion, le principe de ROUBIER reçoit une application classique en droit des brevets.

En droit des marques, le juge semble autorisé à se placer à une date différente de celle du dépôt de la demande d'enregistrement afin d'apprécier la validité de la marque. Autrement dit, la naissance de la situation juridique se situe au jour de l'enregistrement de la demande de protection, mais parfois le juge n'est pas contraint de revenir à ce moment précis pour apprécier la validité du droit de marque. En effet, le caractère distinctif du signe choisi est appelé à évoluer dans le temps⁶⁴⁰. De la sorte, le juge peut prendre en considération toute réforme survenue après l'enregistrement, et ce, contrairement à ce que postule la doctrine du doyen ROUBIER. Pour Monsieur BERTRAND, une loi nouvelle qui modifierait les conditions de validité du droit de marque devrait certainement être appliquée par le juge. La nature variable du caractère distinctif du signe serait en elle-même susceptible de justifier ce raisonnement⁶⁴¹.

En réalité, le système de ROUBIER doit simplement être adapté aux spécificités du livre VII du Code de la propriété intellectuelle. Une loi nouvelle qui entrerait en vigueur entre la date de l'enregistrement du signe et la date de l'intervention du juge ne devrait être prise en compte qu'en tant qu'elle concerne le caractère distinctif du signe⁶⁴². En revanche, toutes les autres conditions légales devraient toujours s'apprécier au regard de la loi en vigueur au jour de l'enregistrement. Tout raisonnement par analogie avec les autres conditions de protection est à proscrire⁶⁴³. Concrètement, seule la loi nouvelle qui viendrait changer l'appréciation de

⁶⁴⁰ La réservation du signe doit être causée. En ce sens, le domaine public ne doit pas être amputé d'un signe sans justification. Le principe reste celui de la liberté du commerce et de l'industrie. Le compromis propre à cette discipline est alors le suivant : la protection peut être accordée à un signe, mais celui-ci ne devra pas perdre son caractère distinctif avec le temps. Au contraire, une protection par le droit de marque peut être accordée à un signe qui développera un caractère distinctif avec le temps. La réservation illégitime du signe est « validée » *a posteriori*.

⁶⁴¹ A. BERTRAND, *Droit des marques, signes distinctifs, noms de domaine*, Dalloz Action 2005-2006, n° 0.183, p. 8 et p. 9 : « (...) en ce qui concerne l'appréciation de la validité d'une marque déposée sous la loi du 31 décembre 1964, c'est-à-dire en réalité ses effets actuels, elle doit, selon nous, être faite sous le régime de la loi nouvelle qui régit l'ensemble des marques » ; « Une marque qui ne serait pas distinctive (...) ne peut être considérée comme valide au seul motif qu'elle aurait été enregistrée à l'origine sous la loi du 31 décembre 1964, à une période où les critères requis par la loi et la jurisprudence étaient moins stricts en la matière qu'aujourd'hui ».

⁶⁴² Il suffit par de connaître précisément la teneur du droit applicable au jour de la commission du fait de contrefaçon allégué.

⁶⁴³ Le problème peut être d'une résolution complexe quand plusieurs conditions de validité semblent concernées. V. par exemple : CA Paris, 7 nov. 1994 : *PIBD* 1995, III, 69. Il ne s'agit pas seulement d'admettre que le caractère distinctif du signe puisse s'apprécier à une époque différente du dépôt, le signe doit toujours, au départ,

ce caractère distinctif pourrait échapper, dans son application, au principe proposé par ROUBIER. Le juge serait toujours autorisé à choisir la loi nouvelle pour régir le litige.

En droit des dessins et modèles, la principale difficulté consiste en l'éventualité d'un cumul avec un droit d'auteur⁶⁴⁴. Le droit transitoire a été fortement sollicité en cette discipline, lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001. Certains juges appliquèrent la condition de protection relative au caractère propre du dessin ou modèle, pour apprécier la validité de dépôts pourtant réalisés sous le droit antérieur⁶⁴⁵. Cependant, la Cour de cassation affirme que les dispositions applicables à la validité d'un dessin ou modèle sont celles en vigueur à la date du dépôt de la demande de protection⁶⁴⁶. Seule cette position correspond au principe développé par ROUBIER. Néanmoins, pourrait-on écarter la construction de ROUBIER en droit des dessins et modèles sur la seule considération de l'existence de la règle dite du « cumul total » ?⁶⁴⁷

Il ne semble pas opportun de justifier une solution transitoire sur un aspect discuté de la théorie de l'unité de l'art. Soit il faut dire que la loi nouvelle s'applique parce qu'elle ne fait que nommer différemment des conditions qui existent déjà. Soit il faut appliquer la jurisprudence de juillet 2000, rendue en droit d'auteur⁶⁴⁸, c'est-à-dire se référer à la date de « mise en œuvre du droit ». Admettre l'une des propositions conduit nécessairement à exclure la seconde. Le postulat de départ : « l'ordonnancement juridique est modifié », ne se retrouve pas dans les deux cas. De plus, le « critère de rattachement » implicite, la date de création de la chose, se trouve totalement exclu dès lors que l'on raisonne en termes de « mise en œuvre » du droit. En conclusion, le droit des dessins et modèles est le seul droit de propriété industrielle en mesure de présenter une difficulté réelle. Seulement, il s'agit de choisir une conception de cette protection en amont. Certes, ces hésitations « de fond » se traduisent en droit transitoire, mais elles ne relèvent pas directement de l'étude des conflits de lois dans le

être susceptible d'être protégé par un droit de marque. À ce titre, le caractère fonctionnel du signe s'apprécie à la date du dépôt.

⁶⁴⁴ En droit d'auteur, le système doctrinal de ROUBIER a été écarté par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 juillet 2000 (V. *infra*, n° 177 et s.). Certes, une application distributive des deux régimes pourrait postuler l'adoption de deux systèmes transitoires différents selon la chose intellectuelle précisément réservée. V. M. SONNIER-POQUILLON, *Comment appliquer dans le temps les nouveaux textes régissant le droit français des dessins et modèles ?* : *Propr. ind.* févr. 2005, repère n°2, p. 3 : « En l'état de ces solutions différenciées, quelle règle adopter pour les dessins et modèles ? Le principe de l'unité de l'art doit-il conduire à les rapprocher des droits d'auteur ou bien leur nature de titre de propriété industrielle justifie-t-elle qu'ils soient assimilés aux marques et aux brevets ? » ; V aussi : *Propr. ind.* 2003, chron. n°6, p. 9, note J. RAYNARD.

⁶⁴⁵ Il s'agissait de contentieux « en cours » au moment de l'entrée en vigueur de la réforme ou commencés postérieurement. V. CA Paris, 28 nov. 2001 : *PIBD* 2002, 741, III, 214 ; TGI Paris, 15 févr. 2002 : *PIBD* 748, III, 377. Les juges expliquent que le texte nouveau est entré en vigueur avant le prononcé de l'ordonnance de clôture et antérieurement aux conclusions de la société défenderesse, signifiées le 14 septembre 2001.

⁶⁴⁶ V. Cass. com., 6 févr. 2007 : *Propr. ind.* juin 2007, comm. p. 26, J.-P. GASNIER.

⁶⁴⁷ V. CA Paris, 28 nov. 2001 et CA Paris, 16 janv. 2002 : *JCP E* 2002, chron. 1043, p. 1143 et s., F. GREFFE.

⁶⁴⁸ V. *infra*, n° 177 et s.

temps. Il convient ensuite d'appréhender un autre aspect du principe proposé par le doyen ROUBIER, selon lequel la loi qui remet en cause *a posteriori* la formation d'une situation juridique est rétroactive. Le principe reçoit application sans que le temps exigé pour cette formation ait une quelconque importance.

B / Peu importe le temps exigé pour la constitution de la situation juridique

166. Les situations juridiques qui se constituent en un seul moment sont les plus simples à comprendre. Dès lors que l'interprète peut retenir la date de naissance de la situation juridique étudiée, il est en mesure de résoudre rapidement un conflit de lois dans le temps. Cependant, le raisonnement proposé par le doyen ROUBIER est également valable pour les situations juridiques qui demandent pour leur constitution une durée particulière. En droit de la propriété intellectuelle, il faut distinguer, au regard du principe de non rétroactivité, les situations juridiques qui se constituent en un « trait de temps » (§1), des situations juridiques qui requièrent pour leur constitution une certaine durée (§2).

§ 1 / Les situations juridiques qui se constituent en un « trait de temps »

167. L'acte de création - Même si la création artistique est un processus qui peut demander une certaine durée⁶⁴⁹, la naissance de la situation juridique « titularité du droit d'auteur » est toujours réputée instantanée⁶⁵⁰. Les conflits de lois dans le temps pourront donc être résolus simplement en utilisant la date de création de la forme originale. Une fois valablement constatée, l'acquisition des droits d'auteurs ne pourra pas être remise en question

⁶⁴⁹ La réalisation de la « conception » de l'auteur est acte volontaire qui conditionne la protection du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Selon l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle, le juge est autorisé, à partir de la réalisation de cet acte, à présumer la création d'une œuvre conforme aux exigences légales. « Concevoir » signifie « former un concept » et suppose une phase mentale préalable de représentation. Par suite, le droit d'auteur actuel nécessite implicitement qu'un minimum de réflexion précède la réalisation de la forme originale. Ce constat n'a pas de conséquence d'un point de vue transitoire parce que seule compte l'issue de cette phase de réflexion. Il faut noter que bien souvent, l'identification de cette étape n'est pas utile en elle-même. Cela dit, le sens du terme « concevoir » peut parfois faire douter que certaines œuvres se rattachant à l'art contemporain puissent être facilement éligibles à la protection, dès lors que l'auteur nie l'adoption de toute démarche artistique. Peut-être faudrait se pencher sur une modification législative adaptée à un « besoin de droit » nouveau.

⁶⁵⁰ En droit des dessins et modèles, l'enregistrement n'avait qu'une valeur déclarative avant la réforme opérée par l'ordonnance du 25 juillet 2001. La situation juridique se constituait donc entièrement au jour de la création du dessin ou modèle.

par l'effet d'une loi nouvelle. De même, si la constitution d'une base de données peut prendre un certain temps, la situation juridique « titularité du droit du producteur de la base de données » sera toujours constituée dès l'achèvement de cette base, évènement réputé immédiat⁶⁵¹.

168. La procédure de dépôt d'une demande de protection – Lorsqu'un dépôt est nécessaire à la réservation d'une chose intellectuelle, la situation juridique est supposée s'être constituée en un « trait de temps », et ce, même si la procédure pour y parvenir présente une certaine durée⁶⁵². Dès le XIX^{ème} siècle, en droit des brevets, seule la loi en vigueur au jour du dépôt était retenue lorsque le débat était porté sur les conditions de constitution de la situation juridique « titularité du droit de brevet »⁶⁵³. Quand il fut question des changements opérés par la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, notamment au regard de l'apparition d'une nouvelle condition de protection liée à l'activité inventive, la doctrine rappela le principe selon lequel les conditions de validité du titre devaient s'apprécier au jour du dépôt⁶⁵⁴. En jurisprudence, si l'on excepte un égarement passager⁶⁵⁵, il fut bien décidé que la loi du 5 juillet 1844 devait rester applicable à l'obtention des brevets déposés avant le 1^{er} janvier 1969⁶⁵⁶. En droit des marques, le juge a toujours eu ce réflexe de se placer fictivement dans le passé, au jour de la réalisation de l'évènement acquisitif du droit pour apprécier sa validité⁶⁵⁷.

⁶⁵¹ V. les articles L. 342-1 et L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle. Il faut noter que l'alinéa 2 de l'article L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la durée de protection peut avoir pour point de départ la première mise à disposition de la base de données.

⁶⁵² Les situations juridiques qui nécessitent pour leur formation l'accomplissement d'une procédure particulière sont en « cours de formation » tout le temps qui précède la réalisation définitive de l'enregistrement.

⁶⁵³ V. Cass. civ., 13 août 1845 : *Rec. Sirey* 1845, I, p. 689. Un brevet avait été délivré en 1836 pour un procédé. Le breveté intenta une action en contrefaçon en 1838. Les prévenus soutenaient que les procédés en question avaient été décrits dans plusieurs ouvrages antérieurement au dépôt. Si la Cour de cassation se prononce en 1845, soit après l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1844, elle se fonde sur la loi du 7 janvier 1791 pour apprécier la nouveauté de l'invention. La loi en vigueur au jour de la formation de la situation juridique est donc conservée. V. aussi : Cour royale de Paris, 8 juillet 1846 : *Rec. Sirey* 1847, II, p. 221. Un brevet avait été déposé en 1829, soit sous l'empire de la loi du 7 janvier 1791, et ce, pour une durée de cinq ans. Le breveté dirigea ensuite une action en contrefaçon contre des fabricants. Les prévenus forment en réponse une demande en déchéance du titre de brevet. La Cour royale de Paris affirme qu'il n'y a pas lieu de prononcer la déchéance du titre. Elle statue en 1846 et utilise néanmoins le visa de l'article 2 de la loi du 7 janvier 1791. Le principe proposé par ROUBIER a bien été respecté : doivent rester à l'écart du domaine d'application de la loi nouvelle les situations juridiques déjà entièrement constituées.

⁶⁵⁴ V. J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, tI, Litec, 1984, spéc. n° 104 et s.

⁶⁵⁵ V. TGI Paris, 7 juillet 1971 : *PIBD* 1972, 75, III, 30. La condition de l'activité inventive est supposée déjà « en germe » au sein du droit antérieur. Il s'agit de reconnaître les termes d'un débat récurrent en droit transitoire. Lorsqu'il est question d'une interprétation « constructive » de la loi antérieure par la doctrine et la jurisprudence, une tendance à retirer à la règle nouvelle sa valeur normative peut être observée.

⁶⁵⁶ V. CA Paris, 28 oct. 1977 : *PIBD* 1978, 210, III, 79 ; TGI Paris, 8 janv. 1982 : *PIBD* 1982, 305, III, 148 ; TGI Paris 8 mai 1973 : *PIBD* 1973, 109, III, 238 ; TGI Paris, 21 déc. 1974 : *PIBD* 1975, 152, III, 274 ; TGI Paris, 31 mars 1981 : *PIBD* 1981, 285, III, 178.

⁶⁵⁷ V. CA Paris, 17 mars 1962 : *RTD com.* 1963, note P. ROUBIER et A. CHAVANNE. V. aussi CA Paris, 16 déc. 1961 : *JCP* 1962, II, 12, 498, note A. CHAVANNE, confirmé par Cass. crim, 30 oct. 1962 : *JCP* 1963, II, 12, 979 ; CA Poitiers, 3 déc. 1996 : *PIBD* 1997, n° 628, III, p. 157 ; *RTD com* 1998, p. 142, note J. AZÉMA.

Le choix de la loi en vigueur au jour de la réservation du signe témoigne du souci des juges de ne pas violer l'article 2 du Code civil. Le respect du « droit ancien » est même complet lorsque l'interprétation de la loi précédente est en même temps sauvegardée. Ce cas de figure a été illustré en droit des marques collectives⁶⁵⁸. En revanche, en droit des dessins et modèles, l'adoption du système de ROUBIER ne transparait pas dans de nombreuses décisions⁶⁵⁹. Il n'est pas non plus reconnaissable dès lors que l'expression même de « situation juridique » n'est pas employée⁶⁶⁰. D'une manière générale, il faut regretter l'absence de toute référence à un semblant de réflexion sur le choix de la loi applicable⁶⁶¹.

169. La question de la responsabilité civile - Classiquement, l'action en responsabilité civile naît au moment de la réalisation du dommage. Il faut donc se concentrer sur la date du fait générateur pour choisir la loi applicable⁶⁶². Cette loi serait compétente pour fixer à la fois les conditions du droit à réparation et l'étendue de cette réparation⁶⁶³. Cette solution a été appliquée en droit des brevets⁶⁶⁴. En droit d'auteur, la loi prévoit qu'une indemnité est due au cocontractant de l'auteur quand ce dernier se décide à utiliser son droit

⁶⁵⁸ CA Aix en Provence., 24 oct. 1974 et Cass. com., 28 juin 1976 : *JCP* 1977, II, 18700, note J. BURST ; *Ann. propr. ind.* 1978, p. 7, note P. MATHÉLY. Les juges reprennent l'interprétation qui avait faite de la loi ancienne et qui avait pourtant été condamnée par la loi nouvelle. En l'espèce, le dépôt avait été réalisé avant le 28 décembre 1991, date d'entrée en vigueur de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991. L'enregistrement du signe avait été demandé sous la forme d'une marque ordinaire et non à titre de marque collective. Ce dépôt n'était donc pas accompagné d'un règlement d'usage. Considérant que le dépositaire n'avait pas d'activité commerciale propre, les juges en déduisirent que la marque ne pouvait avoir que le caractère d'une marque collective, et ce, sans aucune alternative (V. l'article 16 de la loi du 31 décembre 1964). Cette interprétation de la loi ancienne était controversée et la loi du 4 janvier 1991 semblait y apporter un terme. En effet, le législateur distingua les marques de certification qui ne peuvent être déposées que sous forme d'une marque collective, des marques qui, n'ayant pas cette fonction de garantie liée à un impératif d'intérêt général, peuvent être déposées sous la forme d'une marque individuelle. En conclusion, la solution prônée par la Cour de cassation semble effectivement dépassée, mais n'est-ce pas le prix à payer afin de respecter les termes de l'article 2 du Code civil ? V. J. PASSA, *op. cit.*, n° 516, p. 511.

⁶⁵⁹ V. CA Paris, 11 mars 2003 et CA Paris, 13 sept. 2002 : *Prop. intell.* 2003, chron. p. 395, P. DE CANDÉ et C. DE HAAS.

⁶⁶⁰ V. CA Paris, 13 sept. 2002 : *PIBD* 2002, III, 85. Il est précisé que l'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle « applicable au moment des faits » ne prévoit pas la nullité du modèle qui ne serait pas visible pour l'utilisateur. Le droit des dessins et modèles ne contenait aucune règle relative à la nullité du titre avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 25 janvier 2001. V. P. DE CANDÉ et C. DE HAAS, *article précité*. Les auteurs semblent approuver cette référence implicite au système de ROUBIER : « Il est normal que les conditions de validité d'une situation juridique soient déterminées en considération de la loi en vigueur au moment des faits, retenus comme constitutifs de la situation juridique en cause dont il s'agit. L'analyse de cette validité ne doit pas être remise en cause par la suite, sous prétexte de la survenance de nouvelles dispositions législatives ».

⁶⁶¹ V. par exemple : TGI Paris, 21 janv. 2005 : *PIBD* 2005, III, 247. Les critères de protection issus de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sont appliqués à des modèles déposés sous l'empire de la loi du 14 juillet 1909.

⁶⁶² P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 40, p. 183 ; P. LEVEL, *op. cit.*, p. 196. V. par exemple : Cass. 2^{ème} civ., 18 juill. 1967 : *D.* 1968, p. 297, note P. CHAUVEAU ; Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 : *D.* 2002, AJ, p. 647, obs. A. LIENHARD.

⁶⁶³ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *article précité*, n° 20, p. 491 : « [Or] de même qu'une action en responsabilité est régie par la loi du lieu du dommage, de même elle obéit à la loi en vigueur au jour de ce dommage ; cette dernière loi est compétente pour fixer à la fois les conditions du droit à réparation et l'étendue de ce droit ».

⁶⁶⁴ CA Paris, 7 janv. 1972 : *PIBD* 1972, 85, III, 79. Les conditions et les effets de la responsabilité civile sont déterminés par la loi en vigueur au jour de réalisation des faits dommageables.

de retrait⁶⁶⁵. Il est possible de penser que le fait générateur de la créance de réparation est l'exercice même de ce droit de retrait. Par suite, seule la loi en vigueur à cette date devra être retenue. De même, l'aliénation par l'éditeur de son fond de commerce ouvre à l'auteur un droit à réparation⁶⁶⁶. L'auteur acquiert une faculté de se défaire du lien contractuel⁶⁶⁷. La date de la « faute » de l'éditeur devrait être retenue en présence d'une loi nouvelle ayant pour objet de modifier ce système de réparation par équivalent. Dans tous les cas de figure, une loi nouvelle qui remettrait en question l'existence de la créance de réparation née valablement sous le droit ancien serait rétroactive. Il est possible aussi de citer l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle, qui est relatif à l'abus des droits d'exploitation par les représentants de l'auteur décédé. L'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle donne une solution identique pour le droit de divulgation⁶⁶⁸. Le dommage est présumé résulter directement de la commission de la faute qui consiste en l'exercice abusif du droit. Dans l'hypothèse d'une loi nouvelle qui viendrait modifier le dispositif en vigueur, il faudrait retenir la loi en vigueur au jour de la commission de celle-ci

170. La transmission des droits de propriété intellectuelle à cause de mort – ROUBIER évoque le droit des successions au sein des situations juridiques qui se constituent en un seul moment : « *Les droits de succession s'ouvrent au décès d'une personne et c'est donc à ce moment précis de la durée que la situation juridique d'héritier s'établit* »⁶⁶⁹. La jurisprudence n'a jamais démenti cette démarche transitoire qui impose de retenir la date d'ouverture de la succession⁶⁷⁰. Selon l'article L. 123-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle, les ayants-droit de l'auteur, héritiers et légataires, deviennent titulaires des droits au jour du décès de l'auteur. La situation juridique « titularité du droit » se constitue donc en un seul moment. Aucune loi nouvelle, qui viendrait par exemple subordonner la transmission des droits d'auteurs à des conditions supplémentaires, ne pourrait revenir sur une acquisition valablement constatée sous le droit antérieur. Plusieurs lois relatives à la durée du

⁶⁶⁵ V. l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁶⁶ V. l'article L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁶⁷ Un contrat conclu *intuitu personae* est en principe incessible, sauf accord du contractant cédé. La comparaison avec le mécanisme de la responsabilité civile conduit à retenir la loi en vigueur au jour de la cession fautive du fond de commerce sans l'assentiment de l'auteur.

⁶⁶⁸ Selon une approche structurale de la règle, quand le présumé correspond à la commission de la faute (A), l'effet juridique consiste en l'ouverture d'une action en réparation du préjudice (B).

⁶⁶⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 40, p. 183 et n° 66, p. 309. Lorsqu'il est question d'actes à cause de mort, le doyen préfère la qualification de « *situation juridique à formation successive* ». En ce sens, deux conditions sont nécessaires pour la constitution définitive de la situation juridique du légataire : un testament valable et le décès du testateur.

⁶⁷⁰ V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 1984 : *D.* 1985, p. 42 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1971 : *D.* 1972, p. 117.

droit d'auteur se succédèrent au XIX^{ème} siècle. Souvent, la loi en vigueur au jour de la résolution du litige fut en concurrence avec la loi en vigueur au jour du décès du *de cuius*⁶⁷¹. D'autre part, il est certain que les héritiers de l'auteur, ainsi que son conjoint dans la mesure de son usufruit, recueillent le droit de suite dans leur patrimoine, au jour du décès de l'auteur⁶⁷². La situation juridique « titularité du droit de suite » se constitue donc en un seul moment. Sous l'empire de la loi du 20 mai 1920⁶⁷³, les légataires de l'auteur avaient la possibilité de recueillir ce droit de suite dans leur patrimoine. Le legs portant sur ce droit était donc valable. Cette solution a été abandonnée avec la loi du 11 mars 1957⁶⁷⁴. En considérant le principe de ROUBIER, aucune succession ouverte avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 ne devait être remise en cause sous l'empire du droit nouveau⁶⁷⁵. La situation juridique, valablement constituée sous le droit ancien, ne devait pas être remise en question sur le fondement des dispositions de la loi nouvelle⁶⁷⁶. Dans l'affaire « Sisley »⁶⁷⁷, il était souligné qu'il fallait impérativement avoir accepté la succession de l'auteur pour bénéficier du droit de suite. En ce sens, il fut rappelé que la loi du 20 mai 1920 n'avait pas créé « *un droit personnel* » au profit des ayants-droit de l'auteur, et ce, afin de rejeter l'argumentaire des plaideurs, fondé sur l'existence d'une prérogative indépendante. Il faut dire que le législateur semblait les avoir choisis pour destinataires de la règle nouvelle. Cependant, c'était

⁶⁷¹ V. CA Paris, 3 août 1877 : *Rec. Sirey* 1877, II, p. 285. Un litige opposait les petits enfants d'un auteur dramatique au veuf d'une fille de l'auteur, qui était en même temps son légataire. Il s'agissait de savoir si le veuf pouvait invoquer la prolongation de la durée des droits offerte par la loi du 14 juillet 1866, alors que sa femme, de laquelle il tenait ses droits, était décédée sous l'empire de la loi antérieure du 8-9 avril 1854. En somme, le conjoint survivant souhaitait profiter de la loi nouvelle qui augmentait la durée du monopole. Il fallait savoir si le fait que la fille de l'auteur soit décédée sous l'empire de la loi ancienne pouvait se révéler être un obstacle à ces prétentions. La Cour d'appel retint la loi en vigueur au jour du décès de la fille de l'auteur, la loi « ancienne » de 1854. Ce point de vue est conforme au principe présenté par ROUBIER, selon lequel la naissance de la situation juridique « titularité des droits d'auteur » ou même du légataire s'apprécie au jour du décès du *de cuius*. Concrètement, le veuf ne pouvait pas profiter des avantages offerts par la loi nouvelle puisque ses droits s'étaient définitivement fixés sous la loi ancienne. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation considéra au contraire que le veuf pouvait profiter de la prolongation décidée en 1866. En somme, en faisant l'acquisition des droits, le légataire devrait profiter de toute mesure favorable que le législateur déciderait d'accorder aux ayants-droits et ayants-cause. En quelque sorte, tout se passe comme si le légataire pouvait profiter de tous les accroissements ultérieurs que la chose cédée était susceptible de connaître. Il faudrait alors constater que l'augmentation de la durée de protection du droit réalisait une augmentation de valeur de la chose et que le propriétaire doit automatiquement en tirer avantage.

⁶⁷² Ils peuvent en jouir pendant soixante dix années.

⁶⁷³ Loi du 20 mai 1920, frappant d'un droit au profit des artistes les ventes publiques d'œuvres d'art : *JORF* 22 mai 1920, p. 7610.

⁶⁷⁴ P. et F. GREFFE, *op. cit.*, n° 963, p. 355 : « (...) la liste des bénéficiaires du droit de suite a été restreinte : la loi de 1920 en faisait bénéficier les auteurs et leurs ayants cause en se référant à la loi du 14 juillet 1866 ; la loi de 1957, par contre, ne l'accorde qu'à l'auteur et à ses successeurs légaux dans les limites de l'usufruit institué au profit du conjoint survivant par l'article 24, et à l'exclusion de tout légataire universel et ayants cause ».

⁶⁷⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 470, p. 314.

⁶⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994 : *D.* 1995, somm. p. 57, obs. C. COLOMBET.

⁶⁷⁷ Trib. civ. de la Seine, 5 févr. 1937 : *D. P.* 1937, II, 41, obs. J. ESCARRA. Les héritiers prétendaient bénéficier du droit de suite alors qu'ils avaient refusé la succession grevée des dettes de l'artiste. Le tribunal civil de la Seine donna gain de cause à l'administrateur, en précisant que le législateur de 1920 n'avait pas voulu innover en créant un droit personnel.

oublier que le « fait générateur » du droit de suite est toujours l'ouverture de la succession de l'auteur⁶⁷⁸. En quelque sorte, aucun autre « critère de rattachement » de la loi nouvelle ne pouvait être choisi, ni le décès du légataire, ni les reventes du support de l'œuvre⁶⁷⁹. Il faut d'ailleurs retenir l'effort des juges de raisonner en termes de « situations juridiques » sous l'empire de la loi 1920⁶⁸⁰.

171. La conclusion d'une convention – L'échange des consentements des parties au contrat a pour conséquence de créer en un « trait de temps » une situation juridique contractuelle. C'est le principe de non rétroactivité qui justifie qu'un formalisme abandonné par une loi nouvelle ne conduit pas pour autant à une validation des conventions antérieures au jour de son entrée en vigueur. Par exemple, l'article L. 714-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Toute transmission ou modification des droits attachés à une marque « enregistrée » doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques* ». Le terme « enregistrée » a été supprimé par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008. Par suite, n'importe quelle marque, même si elle n'est pas enregistrée, doit obéir à ce formalisme qui conditionne l'opposabilité de la protection. Le juge devrait donc, en théorie, dans tous litiges à venir, distinguer selon la date de la cession des droits. En droit d'auteur, avant la réforme opérée par la loi du 11 mars 1957, une exploitation de l'œuvre qui n'était pas prévisible ne pouvait pas rétrospectivement être entrée dans le champ contractuel⁶⁸¹. Après l'entrée en vigueur de cette loi, il fut autorisé aux parties d'insérer au

⁶⁷⁸ CA Paris., 2 octobre 1998 : *RIDA* janv. 1999, p. 423.

⁶⁷⁹ Sous le droit antérieur, les legs étaient valables et les légataires concernés purent le transmettre à leurs héritiers, sans que la loi du 11 mars 1957 ne puisse être invoquée en sens contraire. Le décès du légataire, constaté sous l'empire de la loi nouvelle ne devait pas justifier l'utilisation par les juges du régime nouveau. V. CA Paris, 2 octobre 1998, *précité* ; TGI Seine, 4 oct. 1961 : *JCP* 1962, II, 11141, concl. SOULEAU ; *RTD com.* 1962, p. 677, obs. H. DESBOIS. La « neutralité transitoire » des reventes postérieures a été affirmée dans l'« affaire Dufy » : Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1968 : *D.* 1968, p. 633, concl. R. LINDON ; *RTD com.* 1969, p. 78, obs. H. DESBOIS.

⁶⁸⁰ TGI Paris, 4 avr. 1973, « Utrillo » : *D.* 1974, p. 611, note R. LINDON : « *c'est au jour du décès de l'artiste que la situation de légataire (ou de donataire) du droit de suite s'est formée et a produit son plein effet* », « *La loi du 11 mars 1957 a modifié, non les effets de la situation ainsi créée antérieurement à sa mise en vigueur, mais les conditions d'établissement des situations des titulaires futurs du droit de suite* ».

⁶⁸¹ Dans l'affaire « Feuillade » le contrat avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957. Il s'agissait de connaître la teneur des droits cédés. Il a été considéré par les juges que l'exploitation télévisuelle de l'œuvre ne pouvait pas avoir été prévue par les parties. Par conséquent, cette exploitation devait être considérée comme située hors du champ contractuel. V. aussi : CA Colmar, 15 sept. 1998 : *Gaz. Pal.* du 10 janv. 1999 ; *Juris-data* n° 1998-973442. France 3 se voyait contester son droit d'exploiter sur internet des émissions par des journalistes. Ces derniers estimaient que ni leur contrat de travail, ni leur convention collective, n'entraînaient cession de leur droit d'exploitation en ce domaine. Il s'agissait de déterminer la portée d'un avenant attaché à cette convention, en date du 9 juillet 1983. Les juges estiment « *qu'il ne peut être sérieusement discuté qu'à la date de cet avenant (...), la cession de droits ne pouvait porter que sur la reproduction d'émission sur internet qui n'existait pas ; qu'il n'existe donc ainsi que l'exige l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle, aucune convention expresse stipulant une participation corrélative au profit d'exploitation pour la cession du droit d'exploiter sous une forme non prévisible ou non prévue à la date de cet avenant* ». La reproduction des émissions télévisées sur internet n'était donc pas incluse dans la cession des droits accordés à France 3. La Cour

contrat une clause qui confère le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date de conclusion de l'accord⁶⁸². Il s'agit de retenir que la validité de ce type de clause ne s'apprécie qu'au jour de la conclusion du contrat. Il faut s'intéresser à présent, toujours dans l'optique d'appliquer le principe proposé par le doyen ROUBIER au droit de la propriété intellectuelle, aux situations juridiques qui nécessitent, pour leur constitution, une certaine durée.

§2 / Les situations juridiques qui requièrent pour leur constitution une certaine durée

172. L'exemple de la prescription – ROUBIER s'intéresse aux situations juridiques « dont la constitution requiert un certain état de fait continu dans la durée »⁶⁸³. Le doyen donne l'exemple d'une prescription acquisitive qui suppose un état de possession continu. Dans ce cas, la situation juridique n'est définitivement formée qu'à l'issue du délai légal. Le juge ne peut pas faire application d'une loi nouvelle qui modifierait une durée de prescription, dès lors que la prescription est définitivement acquise. Le cas échéant, il violerait le principe énoncé à l'article 2 du Code civil⁶⁸⁴. La solution est évidemment valable en droit de la propriété intellectuelle.

173. L'usage d'un signe distinctif - À une époque, le droit des marques donnait un pouvoir acquisitif au « premier usage » du signe. En pratique, une continuité dans cet usage devait être constatée, à la manière d'une possession publique et continue. Par suite, une certaine période de temps devait être nécessaire pour la constitution de la situation juridique. C'est seulement dans ces circonstances que le consommateur est réellement en mesure de distinguer clairement le produit ou service proposé par l'industriel, des autres produits ou

d'appel confirme la solution adoptée par les premiers juges sur ce point : TGI Strasbourg, 3 févr. 1997 : *Gaz. Pal.* 1998, I, 190 (l'infirmerie du jugement a une autre cause). V aussi : A. GITTON, *L'auteur, ses droits, la SACEM et l'internet* : *Gaz. Pal.* 1998, II, doct. p. 1059, n° 223, p. 16.

⁶⁸² La clause doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation. V. l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁸³ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 40, p. 184.

⁶⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 1983 : *Bull. civ.* I, n° 215 : « Mais attendu qu'en l'absence d'une volonté contraire expressément affirmée, la loi ne peut produire effet que pour l'avenir et qu'il résulte de ce principe que lorsque le législateur modifie le délai d'une prescription, cette loi n'a point d'effet sur la prescription définitivement acquise » ; Cass. 1^{ère} civ., 12 févr. 2002 : *Bull. civ.* I, n° 55; *RGDA* 2002, p. 483, note J. KULLMANN.

services de ses concurrents⁶⁸⁵. L'acquisition du droit, une fois cette période écoulée, ne pouvait pas être remise en cause par une loi nouvelle.

174. L'enregistrement d'une demande de protection dans le domaine de la propriété industrielle en général – Une période de temps conséquente peut séparer le dépôt d'une demande de protection de la délivrance du titre souhaité. La situation juridique est en « cours de constitution » pendant ce laps de temps et une loi nouvelle pourrait exiger de nouvelles conditions à sa validité. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de justifier l'application d'une nouvelle condition de brevetabilité à une demande de brevet « pendante » par le caractère interprétatif de la règle nouvelle⁶⁸⁶. Seulement, une fois le titre délivré, il faut revenir au principe de non rétroactivité. Cette attente du déposant n'importe en aucune façon dans le cadre d'un raisonnement transitoire. Il faut vérifier à présent que le principe de ROUBIER se vérifie également, que la situation juridique requiert ou non la réunion d'une pluralité de conditions.

C / Peu importe la pluralité des conditions nécessaires à la constitution de la situation juridique

175. Le droit d'usufruit du conjoint survivant - L'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 11 mars 1957⁶⁸⁷, pose les conditions de constitution de la situation juridique d'usufruitier des droits de l'auteur. Il s'agit de deux conditions négatives : l'absence de disposition par l'auteur de son droit d'exploitation et l'absence de jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps. Ces conditions doivent être vérifiées en un moment unique, au jour du décès de l'auteur. Une loi nouvelle qui viendrait modifier les conditions d'acquisition du droit d'usufruit ne pourrait pas concerner les usufruitiers ayant valablement acquis leur droit sous l'empire de la loi du 11 mars 1957. Le

⁶⁸⁵ Cour impériale de Metz, 31 décembre 1861 : *Rec. Sirey* 1862, I, p. 342. Les juges étaient appelés à se prononcer sur la validité d'un dépôt de marque effectué en 1859. Il était alors constaté que la marque était utilisée en Allemagne depuis presque un siècle et qu'elle était, « depuis longtemps », tombée dans le domaine public en France. Les juges affirmèrent que le dépôt opéré en 1859 n'avait pas pu investir le déposant d'un droit privatif sur un signe déjà largement employé avant la date du dépôt. Cet exemple montre qu'en pratique l'usage du signe supposait une certaine publicité pour être attributif de droit.

⁶⁸⁶ V. sur le caractère interprétatif de l'article 23 d (c) du règlement d'exécution de la CBE et son application immédiate aux demandes de brevet européen pendantes : J. C. GALLOUX, *Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique ?* : D. 2009, chron. p. 578, spéc. p. 580.

⁶⁸⁷ V. l'article 24 de la loi.

fait que plusieurs conditions soient nécessaires pour la constitution définitive de la situation juridique est donc indifférent pour l'application efficace du principe de ROUBIER.

176. Conclusion du I – Le doyen ROUBIER propose de deviner l'application rétroactive de la loi nouvelle dès lors qu'elle conduit à une remise en cause d'une situation juridique déjà constituée. Ce schéma est facilement vérifiable en droit de la propriété intellectuelle, dès lors que l'on choisit d'écrire de cette manière la situation juridique principale : « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». L'avantage certain de cette vision des choses consiste à dépasser l'hétérogénéité naturelle de cette discipline au regard des conditions de naissance des droits. Il convient maintenant de se poser la question suivante : la prise de position de la Cour de cassation du 18 juillet 2000 est-elle compatible avec la doctrine de ROUBIER ?

II / La solution adoptée en droit d'auteur par la Cour de cassation le 18 juillet 2000

177. La vérification de l'originalité de l'œuvre - En appliquant le principe de ROUBIER, le juge devrait se placer au moment de l'acte de création, pour apprécier l'existence d'une forme originale. Il faut noter qu'en dehors du contexte de la résolution des conflits de lois dans le temps, la jurisprudence « Paris pas cher » est conforme à ce principe⁶⁸⁸, quand la jurisprudence « Les jeunes loups »⁶⁸⁹ peut au contraire faire douter de son application au droit d'auteur. Le célèbre arrêt du 18 juillet 2000⁶⁹⁰ semble une invitation faite au juge de vérifier l'originalité de l'œuvre au jour où il statue. La Cour de cassation affirme en effet : « *En matière de droits d'auteur, la loi qui a vocation à s'appliquer est celle qui est en vigueur à la date de l'acte qui provoque la mise en œuvre de la protection légale* ».

178. Une solution simple en apparence - Assurément, cet attendu opère une simplification bienvenue des problèmes transitoires. En effet, il ne serait plus nécessaire de se

⁶⁸⁸ TGI Paris, 7 mai 1987 : *Cah. dr. auteur* janv. 1988, p. 14.

⁶⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 1984 : *Bull. civ.* n° 302 ; *RTD com.* 1985, p. 309, obs. A. FRANÇON ; *D.* 1985, IR, p. 310, obs. C. COLOMBET.

⁶⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : *D.* 2000, p. 821, note P.-Y GAUTIER ; *RTD Com.* 2001, p. 439, obs. A. FRANÇON ; *JPC E* 2000, p. 1379, note H.-J. LUCAS ; *Comm. com. élect.* 2000, comm. n° 124, note C. CARON.

reporter plus avant dans le temps, à la date de création de l'œuvre. Par exemple, imaginons que le législateur veuille mettre un terme à un certain immobilisme des juges devant le développement de quelques courants rattachés à l'art contemporain. Le législateur souhaiterait rassurer les investisseurs. Par suite, il encouragerait certainement les juges à appliquer sa réforme à toutes les œuvres, même déjà créées sous le droit antérieur. Par conséquent, le principe de ROUBIER serait difficile à respecter. La réforme pourrait d'ailleurs recevoir une application généralisée selon l'idée que le législateur rappellerait le principe existant lié à l'indifférence du genre de l'œuvre.

Cependant, il faut d'abord constater qu'aucun principe de droit transitoire connu n'est clairement sollicité par la Cour de cassation. L'interprète devrait donc ajouter cette règle nouvelle aux principes transitoires classiques. De plus, l'acte qui « provoque la mise en œuvre de la protection légale » ne trouve aucun écho dans le Code de la propriété intellectuelle. Plusieurs interprétations de cette expression sont donc possibles.

En premier lieu, la protection du droit d'auteur pourrait être « mise en œuvre » au jour de l'acte de création de la forme originale. Il s'agirait de rappeler que le régime spécial du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle pourrait être sollicité dès cette date. Autre solution, la protection du droit d'auteur pourrait être « mise en œuvre » le jour où le monopole de l'auteur subit une atteinte par un tiers. La date à retenir serait celle de l'acte de contrefaçon allégué. À ce moment, le droit subjectif serait mis en mouvement, la protection serait alors « mise en œuvre ». Comme dans le cadre d'un régime de responsabilité civile, aucun droit n'apparaîtrait réellement avant la commission d'une faute. Par suite, la date d'acquisition antérieure du droit d'auteur serait indifférente. Enfin, la date de « mise en œuvre du droit » pourrait aussi correspondre à la date de la saisine du juge⁶⁹¹. Dans cette optique, le droit d'auteur ne se manifesterait pas réellement avant qu'une procédure ne soit intentée pour défendre les limites du monopole.

Il faut souligner que l'exigence de sécurité juridique ne semble pas satisfaite tant que la jurisprudence n'a pas donné un sens précis à cette expression de « mise en œuvre de la protection légale ». En effet, le juge peut être tenté d'habiller *a posteriori* la solution au litige qui lui convient⁶⁹². Ce qui est certain, c'est que la Cour de cassation ne semble plus contraindre le juge à se placer au jour de la création de l'œuvre. Par suite, il est à redouter que

⁶⁹¹ Pour la date de l'assignation en contrefaçon : V. *RTD com* 2001, p. 439, note A. FRANCON. Il est également possible de penser à la date à laquelle l'information du défendeur, sur la procédure menée à son encontre, lui est transmise.

⁶⁹² Il faudrait se rassurer néanmoins par cette évidence que le juge adopte en général cette démarche par scrupule d'équité.

le principe proposé par ROUBIER ne soit définitivement écarté du droit transitoire appliqué au droit d'auteur. En effet, pour donner raison ou tort au présumé contrefacteur qui nie la qualification d'œuvre protégeable, le juge ne devrait plus retenir le droit existant au jour de la création de la chose intellectuelle « œuvre originale ». L'attendu de cet arrêt du 18 juillet 2000 donnerait au juge la possibilité de se placer à une date différente de celle qui correspond pourtant au moment unique de création de la situation juridique « titularité du droit d'auteur ». Que la date à retenir soit la date de violation du monopole ou celle de l'assignation en contrefaçon, dans les deux cas de figure, une loi nouvelle modifiant les conditions de protection du droit d'auteur et entrée en vigueur après la création de la forme originale, pourrait être appliquée au litige.

179. Discussion - Imaginons que le législateur donne à l'avenir une définition précise de l'originalité ou qu'il impose par exemple une forme originale durable⁶⁹³. Le juge pourrait apprécier la formation de la situation juridique « titularité du droit d'auteur » au regard de la loi nouvelle. Il suffirait que le texte soit entré en vigueur avant la réalisation d'un acte de contrefaçon ou avant l'assignation en justice du présumé contrefacteur. Les raisons d'une telle dérogation à la doctrine élaborée par ROUBIER sont-elles légitimes ?

Il faut évidemment comprendre l'attendu de juillet 2000 au regard des éléments factuels qui en ont permis l'élaboration. La Cour de cassation semble affirmer qu'une photographie seulement documentaire n'aurait jamais dû recevoir une protection au titre du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Il est possible de penser qu'une déviation du droit d'auteur est alors regrettée et que la solution adoptée permet d'anéantir cette solution pour le passé comme pour l'avenir. Néanmoins, la solution donnée en juillet 2000 semble aujourd'hui constituer le droit en vigueur et il ne fait aucun doute que l'arrêt est considéré par beaucoup comme un arrêt de principe.

Il convient d'admettre que le droit d'auteur montre une constance remarquable dans ses conditions de protection. Sur ce point précis et au regard des bouleversements observables en droit de la propriété industrielle, le droit d'auteur ne semble pas avoir beaucoup changé depuis le XVIII^{ème} siècle. Par suite, retenir une date autre que celle de la création de l'œuvre pour trouver la loi applicable au litige ne semble pas constituer un procédé dangereux. En effet, hormis cette question des œuvres photographiques, la création d'une forme originale

⁶⁹³ V. Pour un exemple récent, une sculpture de chocolat : TGI Laval, 16 févr. 2009 : *Propri. intell.* 2009, n° 32, p. 260, obs. J.-M. BRUGUIÈRE.

constitue le fait générateur du droit depuis le XVIIIème siècle. Aucune loi « nouvelle » n'a ouvertement remis en cause ce postulat de départ.

Il est vrai aussi que la solution proposée est très pratique : il ne serait pas demandé au juge de rechercher la date exacte de la création de l'œuvre. C'est d'ailleurs pour éviter cette difficulté au plaideur qu'il existe aujourd'hui de nombreux systèmes pour simplifier les démarches probatoires propres à la discipline. De plus, l'appréciation de l'originalité d'une œuvre est peut-être une tâche de plus en plus difficile. Par mesure de simplicité, il serait préférable d'observer ce qu'il en est au moment de la résolution du litige. Au lieu de feindre une recherche rétrospective, le juge assumerait de se référer uniquement aux caractéristiques de l'œuvre, telle qu'elle lui apparaît au jour de sa décision.

Cependant, plusieurs aspects de la solution jurisprudentielle de juillet 2000 sont contestables. D'abord, l'idée d'une immutabilité des conditions de protection du droit d'auteur est mauvaise. Force est de constater que le droit d'auteur ne manque pas de tensions « en interne ». Le droit d'auteur s'étire, se disperse et parfois donne l'impression de s'effiloche. Il est tout à fait imaginable que le législateur, dans l'avenir, décide de créer plusieurs compartiments étanches afin de remédier à cette évolution. Les conditions de protection pourraient donc changer selon le schéma de divisions ultérieures.

D'autre part, la prise de position de la première Chambre civile n'est pas conciliable avec celle de la Chambre commerciale du 4 juillet 2006 à propos d'un litige intéressant le droit des dessins et modèles⁶⁹⁴. Les juges se sont prononcés en faveur de la conservation de la loi en vigueur au jour de l'enregistrement. Cette date ne correspond pas à celle d'une « mise en œuvre » éventuelle de la protection offerte par le livre V du Code de la propriété intellectuelle⁶⁹⁵.

Surtout, si « la date de mise en œuvre de la protection légale » correspond à la date de la commission des faits de contrefaçon allégués ou à celle de l'assignation en justice du contrefacteur, le juge se verrait autorisé à valider un acte de contrefaçon antérieur. En effet, l'acte ne serait plus qualifié d'illicite dès lors que la loi retenue par le juge imposerait par exemple, des conditions plus strictes à la reconnaissance d'une forme protégeable par le droit d'auteur. En ce sens, il faudrait imaginer une loi nouvelle qui viendrait donner une définition

⁶⁹⁴ Cass. com., 4 juill. 2006 : *D.* 2007, pan. p. 2060, obs. J.-C. GALLOUX ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 151, note C. CARON ; *Propri. ind.* 2006, comm. n° 89, obs. J.-P. GASNIER. Il est fait application de la loi du 14 juillet 1909 en vigueur à la date du dépôt.

⁶⁹⁵ V. J. PASSA, *op. cit.*, n° 722, p. 683. « (...) le raisonnement par analogie ne saurait être envisagé car, en droit d'auteur, la naissance de la situation juridique d'œuvre protégée ne suppose aucune formalité ».

de l'auteur. Elle serait nécessairement plus restrictive au regard d'un droit antérieur caractérisé par le silence du législateur⁶⁹⁶.

Enfin, il convient de soulever une conséquence d'ordre théorique à cette prise de position de la Cour de cassation. Il faut s'attarder sur la difficulté que représente l'appréciation de l'originalité d'une œuvre. Quand il est question d'un droit d'auteur « classique », l'originalité des œuvres devrait « sauter aux yeux ». Point ne serait besoin, en théorie, de procéder à une expertise pour reconnaître la personnalité de l'auteur dans les formes peintes ou les notes entendues. De nombreuses années après sa création, un Kandinsky passerait dans les mains du juge, il ne lui serait pas nécessaire de rechercher longuement si, au jour de la finition du tableau, la forme créée portait ou non l'emprunte de la personnalité du peintre. Ce qui est particulièrement intéressant en droit d'auteur c'est que l'originalité, pour peu qu'elle soit édifiante, ne montre en principe aucune défaillance avec le temps⁶⁹⁷. Aujourd'hui, il est équivalent de dire « Dieu que ce tableau est original ! » que d'affirmer : « Dieu que ce tableau était original quand il fut présenté pour la première fois par l'auteur ! »⁶⁹⁸. En somme, dans le domaine des Beaux-arts, la chose « œuvre » ne perdrait jamais de sa valeur.

Cependant, il est certain que le droit d'auteur ne concerne plus seulement les Beaux-arts. Par exemple, le juge doit pouvoir apprécier l'originalité d'un logiciel. Connaître « l'état de l'art des logiciels » existant au moment de la création de la forme est alors bien utile. D'une manière générale, dès lors que le droit d'auteur sert de protection par défaut à un investissement notable, la nouveauté tend à remplacer l'originalité. Or, cette nouveauté n'est pas immuable, elle est au contraire extrêmement fragile. C'est d'ailleurs pour cette raison que le droit de la propriété industrielle la protège par l'intermédiaire d'un titre ou d'une paralysie des divulgations subséquentes à l'enregistrement. À ce propos, il faut retenir que la nouveauté, notable au jour de la création d'une forme, pourrait ne plus avoir la même teneur au jour de la réalisation d'un acte de contrefaçon commis par un tiers ou même au moment de la saisine du juge. En admettant que la notion d'originalité, pour certaines choses intellectuelles, n'est plus totalement distincte de la notion de nouveauté, l'auteur aurait tout

⁶⁹⁶ L'auteur aurait donc moins de chance de « sortir » victorieux du litige puisque sa qualité serait appréciée au moment de la commission de l'acte de contrefaçon, susceptible d'être postérieur à la date d'entrée en vigueur de la réforme.

⁶⁹⁷ Au contraire, un Monet peut rencontrer un accueil glacial au jour de sa première présentation publique et acquérir une originalité incontestable avec le temps. La découverte a posteriori d'une valeur marchande à une photographie ne relève pas de cette discussion, parce qu'il n'est question ici que d'originalité. Une personne photographiée dans une foule en 1980 qui devient connue en 2011 est un élément qui est susceptible de donner une valeur nouvelle à une photographie, mais il n'est pas question d'originalité.

⁶⁹⁸ On admet par hypothèse qu'entre la date de création du tableau et celle de sa divulgation par l'auteur, le droit en vigueur ne change pas.

intérêt à ce que le juge continue de se placer à la date de la création. En effet, il faut conserver à l'auteur le bénéfice de ce contrôle du juge « reporté dans le passé », parce que la nouveauté de départ pourrait être perdue avec le temps. En conclusion, la condition essentielle de validité de la situation juridique, présente au jour de sa formation, pourrait être défectueuse au jour du jugement. Ce point pourrait évidemment être soulevé lors d'une défense à une action en contrefaçon. Une atteinte grave aux intérêts de l'auteur pourrait être constatée, que l'appréciation de la valeur de l'œuvre soit d'ailleurs reportée au jour de l'acte de contrefaçon ou au jour de la décision du juge⁶⁹⁹.

Il s'agit de prendre un exemple de droit prospectif. L'art contemporain suscite un ensemble de questions spécifiques. Si l'auteur peut déclarer que la chose créée instaure un dialogue avec l'Art lui-même⁷⁰⁰, est-ce que cela ne revient pas indirectement à nier la place de la personnalité de l'auteur au sein de la forme créée ? Toute provocation faite à destination de l'observateur du support de la chose témoigne d'une volonté de l'auteur de communiquer un message⁷⁰¹. Pour l'auteur, il ne ferait aucun doute que l'information transmise n'entreprendrait aucun rapport avec l'expression de sa propre personnalité. Doit-on alors reconnaître l'emprunte de cette personnalité envers et contre tout ?

L'emprunte de la personnalité de l'auteur est un critère jurisprudentiel solidement ancré en droit d'auteur. Imaginons que le législateur annonce l'indifférence de ce critère pour certaines créations. Cela permettrait d'abord aux juges de justifier clairement leur solution et de ne pas laisser certaines constructions artificielles s'établir avec le temps. C'est-à-dire que les juges ne seraient plus contraints d'affirmer que la personnalité de l'auteur transparait dans la chose créée quand, de toute évidence, l'auteur nie toute démarche en ce sens. Par exemple, des volumes géométriques simples apposés sur une surface choisie seraient appréhendés pour le message dont ils sont les vecteurs, sans qu'aucune aucune marque des états d'âmes de l'artiste ne soit faussement recherchée. Il est évident que le juge serait tenté de faire une application généralisée de la loi nouvelle, simplement parce que le sens de la réforme serait celui d'un allègement des exigences légales pour un type de création donnée⁷⁰².

⁶⁹⁹ Il serait alors possible de penser à cette ancienne solution préconisée par la loi du 12 mars 1952 sur les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure : la protection n'était efficace que pendant la période au cours de laquelle les articles étaient à la mode.

⁷⁰⁰ Le dialogue avec l'Art est souvent invoqué en matière de « ready-made ». Certaines « provocations » conduisent à s'interroger sur la définition et la fonction de l'Art.

⁷⁰¹ V. cependant, pour une critique de l'assimilation de l'œuvre à un message : A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, La découverte, Paris, 2011, p. 120.

⁷⁰² Il faudrait alors se concentrer entièrement sur la notion de changement du réel.

Considérons au contraire que le législateur rende plus difficile la réservation d'une chose par le droit d'auteur. Par exemple, il imposerait une forme durable. La décision par laquelle le juge refuserait à une forme, créée sous la loi ancienne, toute protection contre un acte de contrefaçon, serait sûrement assimilée à une application rétroactive de la loi nouvelle. Par exemple, une structure en chocolat serait reproduite sans le consentement de l'auteur dans un livre de records après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. L'éditeur invoquerait les dispositions de la loi nouvelle, plus restrictives, pour échapper à la qualification d'acte de contrefaçon. Dans cette hypothèse : soit le juge applique le principe de ROUBIER et la naissance du droit d'auteur ne doit être appréciée qu'au regard de la loi du 11 mars 1957 ; soit le juge applique la solution adoptée en 2000 par la Cour de cassation et estime qu'à la date de « mise en œuvre du droit » la loi ne protégeait déjà plus les formes éphémères. Force est de constater que lorsque les critères de protection deviennent plus restrictifs, le système de ROUBIER semble seul en mesure de garantir une solution transitoire conforme à l'exigence de sécurité juridique.

Il est vrai que ROUBIER envisage parfois de vérifier certaines conditions de constitution des situations juridiques au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle lorsqu'elles présentent une certaine permanence. Par exemple, le fait d'être le fils de quelqu'un peut se constater à n'importe quelle date, ainsi que le fait d'avoir plus de 18 ans. Le juge peut prendre en compte ces éléments s'ils entrent dans le présupposé d'une règle nouvelle en matière de filiation ou de majorité. En considérant qu'une forme *a priori* non protégeable par le droit d'auteur a été créée sous l'empire d'une loi ancienne, le juge pourrait considérer que la forme existe toujours au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cette forme serait protégée à compter de l'entrée en vigueur de la réforme⁷⁰³. Suivant l'exemple précité, pour une construction qui relève de l'art contemporain, le juge serait immédiatement autorisé à ne plus rechercher activement des traces de la personnalité de l'auteur. Seulement, ce raisonnement conduit de la même manière à une solution peu opportune dès lors que la loi nouvelle est défavorable aux intérêts du créateur. En effet, dans le second exemple cité, la construction en chocolat devrait automatiquement être considérée comme partie du domaine public dès la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. L'exigence de sécurité juridique, même en dehors du fait que l'œuvre pourrait avoir été érigée en objet contractuel, ne serait pas satisfaite.

⁷⁰³ Ce raisonnement ne s'attacherait qu'à la « chose intellectuelle » en elle-même. La loi nouvelle aurait opéré un changement de statut immédiat.

Il s'agit en dernier lieu de remarquer que toute réforme affectant le droit des dessins et modèles devra être prise en compte, alors même que l'œuvre aura été créée avant son entrée en vigueur, dans l'hypothèse d'un cumul des deux protections⁷⁰⁴.

En conclusion, il semble que la jurisprudence du 18 juillet 2000 encourage le juge à retenir la loi en vigueur au jour de la commission de l'acte de contrefaçon. Indirectement, on l'encourage donc à observer les caractéristiques de l'œuvre à cet instant. Or, ce raisonnement est toujours préjudiciable à l'auteur, parce que l'immutabilité de l'originalité est, pour bien des créations, un leurre.

180. Conclusion du II – L'appréciation des conditions de protection de l'œuvre au jour de la mise en œuvre du droit d'auteur est un raccourci qui permet d'envisager rapidement la matérialité de l'atteinte portée au monopole. En réalité, la solution du 18 juillet 2000 conduit à considérer la valeur de la chose intellectuelle : « œuvre originale ». Seulement, cette valeur de l'œuvre dépend du hasard, des caprices de la mode, de l'accueil de certains courants artistiques, plus que de son contenu propre. Selon les dates auxquelles le juge est contraint de se prononcer, le caractère protégeable de la chose change. Au regard de l'exigence de sécurité juridique, cela n'est pas acceptable. Il s'agit de ne pas de confondre l'existence du droit et sa « manifestation publique »⁷⁰⁵.

D'une manière générale, il faut envisager séparément le changement des conditions de protection de l'œuvre en fonction des lois qui se succèdent d'une part, et, d'autre part, l'évolution qui semble caractériser le caractère protégeable d'une œuvre à travers le temps. Le cas de la photographie est caractéristique. Une œuvre « documentaire » peut ne pas appartenir au domaine protégeable au jour de sa création et pourtant acquérir ce caractère par la suite, avec le temps. En réalité, la solution est à rechercher dans l'évolution de la valeur de l'œuvre. Avec le temps et le cours de l'Histoire, une photographie purement documentaire passe d'une valeur nulle à une valeur importante. Le juge est alors conduit à reconnaître un caractère protégeable à la chose au jour où un tiers a tenté de s'approprier indûment cette valeur. Il a été constaté que l'extension de cette solution à l'ensemble du droit d'auteur n'était pas conforme

⁷⁰⁴ V. J. PASSA, *op. cit.*, n° 722, p. 683. L'auteur rappelle qu'il découle de cette jurisprudence de juillet 2000 que l'appréciation du caractère ou non fonctionnel d'une oeuvre doit s'apprécier par référence au nouveau critère de l'article L. 511-8, 1°, même si l'œuvre a été créée avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 25 juillet 2001.

⁷⁰⁵ V. pour cette idée de « manifestation » de l'existence du droit : P. GREFFE, note sous CA Paris, 10 janv. 1977 : *JCP* 1978, II, 18830 : « *Le droit moral ne tient en effet qu'une place infime et occasionnelle dans le domaine des arts appliqués qui est le nôtre et cela comparativement aux droits patrimoniaux qui se manifestent lors de l'exploitation du commerçant et de l'industriel et qui seuls, ou presque, servent de base au calcul des dommages et intérêts, dus en cas de contrefaçon* ».

au système transitoire proposé par le doyen ROUBIER et ne permettait pas de satisfaire à l'exigence de sécurité juridique.

III / Les actes ou faits qui n'ont pu donner naissance à une situation juridique sous le droit antérieur

181. Présentation - Pour le doyen ROUBIER⁷⁰⁶ : « *Les faits qui n'ont pas déterminé la constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique d'après la loi en vigueur au jour où ils se sont produits, ne peuvent, en vertu d'une loi nouvelle, être considérés comme ayant entraîné cette constitution (ou cette extinction) sans qu'il y ait rétroactivité* ». Il s'agit de rechercher ces actes ou faits « neutres » en droit d'auteur (A), puis en droit de la propriété industrielle (B).

A / En droit d'auteur

182. L'existence de « conditions négatives » - L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle donne l'exemple d'une condition négative à la protection par le droit d'auteur : le degré d'achèvement de l'œuvre⁷⁰⁷. En imaginant que le législateur affirme à l'avenir que l'œuvre non achevée ne devrait plus être protégée par le droit d'auteur, le juge, afin de ne pas violer l'article 2 du Code civil, devrait en théorie distinguer selon la date de création de l'œuvre inachevée. Selon le principe de ROUBIER, cette loi nouvelle ne devrait concerner que les œuvres créées après son entrée en vigueur⁷⁰⁸.

Plusieurs autres conditions négatives, c'est-à-dire qui ne peuvent entraîner la constitution de la situation juridique « titularité d'un droit d'auteur », sont expressément énoncées à l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁰⁹ : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». Aux éléments cités par la loi, la

⁷⁰⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 44, p. 200.

⁷⁰⁷ V. L'article 7 de la loi du 11 mars 1957.

⁷⁰⁸ Le juge devrait toujours reconnaître une protection à l'œuvre en partie non achevée réalisée sous la loi ancienne. Dès lors que le processus de création aurait commencé sous la loi nouvelle mais que l'œuvre serait restée inachevée avant la date de son entrée en vigueur, le juge devrait nier toute protection par le droit d'auteur de la chose créée.

⁷⁰⁹ V. L'article 2 de la loi du 11 mars 1957.

jurisprudence ajoute l'indifférence du processus de création⁷¹⁰ et nie le rôle de la notion « d'antériorité »⁷¹¹. Par suite, la loi nouvelle qui donnerait à l'un quelconque de ces éléments légaux la faculté d'entraîner la naissance du droit d'auteur mettrait fin à un « rapport de non imputation ».

Imaginons une loi nouvelle qui viendrait affirmer que le genre « création olfactive » ne devrait recevoir aucune protection au titre du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agirait d'éviter qu'une chose d'une appréciation aussi délicate que la fragrance reçoive une protection par le juge. Le législateur voudrait faire en sorte que le droit d'auteur ne soit pas systématiquement sollicité dès lors qu'un « produit » est à l'origine de nombreux investissements. En considérant que la loi postule aujourd'hui une protection potentielle de cette chose, sur le fondement du caractère non exhaustif de la liste de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'ordonnancement juridique serait changé dans un sens restrictif. Le principe de ROUBIER postulerait alors une distinction nette entre les œuvres créées avant et les œuvres créées après la date d'entrée en vigueur de la réforme.

Prenons un autre exemple, aujourd'hui, la seule déclaration : « ceci est une œuvre d'art » ne produit aucune conséquence juridique au regard du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Imaginons une intervention législative ayant essentiellement pour objet de donner aux créations propres au domaine du « ready made » un régime particulier. Selon le principe de ROUBIER, la loi nouvelle qui viendrait donner à cette manifestation de volonté des effets juridiques quelconques ne s'appliquerait qu'aux « déclarations » de ce type effectuées après son entrée en vigueur⁷¹².

Cependant, il faut remarquer que dans tous ces cas de figure, le législateur ne ferait que répondre à une attente jurisprudentielle, à un besoin de sécurité juridique exprimé par la pratique. L'objectif du législateur ne serait peut-être pas atteint s'il fallait attendre la création ultérieure d'œuvres originales. De plus, la règle légale peut s'analyser en une directive adressée au juge : « ce qui était indifférent pour apprécier la protection sur le fondement du droit d'auteur, doit désormais être pris en considération ». Pour toutes ces raisons, le juge s'estimerait certainement autorisé à faire une application générale de la loi nouvelle, sans considérer que les œuvres créées sous le droit antérieur devraient échapper à la réforme. En

⁷¹⁰ V. TGI Paris, 5 juill. 2000 : *Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 23, note C. CARON. Cette condition négative est souvent étudiée dans le cadre d'un débat sur l'authenticité de l'œuvre : Cass. 1^{ère} civ. 5 févr., 2002 : *JCP G* 2002, I, 148, obs. Y-M. SERINET.

⁷¹¹ V. Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1997 : *D.* 1998, somm. 189, obs. C. COLOMBET ; *JCP* 1997, II, 22973, obs. X. DAVÉRAT.

⁷¹² Le créateur devrait prouver que la « déclaration » s'est bien réalisée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

somme, il ne serait pas nécessairement intuitif d'appliquer le principe de ROUBIER. Il pourrait être considéré que toutes les fragrances, ainsi que toutes les créations appartenant au domaine du « ready-made » sont protégées. Peu importerait leur date de création. Il convient à présent d'aborder en droit de la propriété industrielle la catégorie des faits ou actes « neutres » selon la théorie de ROUBIER.

B / En droit de la propriété industrielle

183. En droit des dessins et modèles, sous le droit antérieur à l'ordonnance du 25 juillet 2001, la condition de nouveauté était indifférente. Par suite, il s'agit de vérifier l'application du principe proposé par le doyen ROUBIER quant à l'abandon de la « neutralité » de ce caractère (§1). D'autre part, certaines choses sont expressément citées par le législateur comme n'étant pas en mesure de recevoir une protection par un droit de propriété industrielle. Il convient de savoir si le raisonnement de ROUBIER, relativement aux actes ou faits « neutres » sous le droit antérieur, peut recevoir application (§2).

§1 / Le critère de la nouveauté au sein du droit des dessins et modèles antérieur à la réforme du 25 juillet 2001

184. Avant que l'ordonnance du 25 juillet 2001 n'entre en vigueur, la nouveauté du dessin ou modèle n'était pas une condition exigée pour la création de la situation juridique « titularité d'un droit de dessin ou modèle ». À l'issue de la réforme, cet élément « neutre » sous le droit antérieur devint au contraire une condition de formation de la situation juridique⁷¹³. Dans ce cas de figure, l'utilisation du principe de ROUBIER peut induire l'interprète en erreur. En effet, il est tentant de dire que la divulgation était un « acte neutre » sous l'empire du droit antérieur. Il serait considéré que seule la réalisation de cet acte après l'entrée en vigueur de la réforme serait en mesure de produire un effet juridique défavorable à l'industriel souhaitant, à l'avenir, exploiter le dessin ou modèle. Cependant, il ne faut pas oublier que la nouveauté s'apprécie de manière absolue. Dès lors que le dépôt est effectué sous la loi nouvelle, l'acte de divulgation est toujours un obstacle, peu importe sa date de

⁷¹³ V. les articles L. 511-5 et L. 511-16 « ancien » du Code de la propriété intellectuelle.

réalisation⁷¹⁴. Autrement dit, il faut toujours revenir à la date du dépôt. Pour un dépôt réalisé sous la loi ancienne, le juge ne donne aucune valeur aux antériorités éventuelles. Pour un dépôt réalisé sous la loi nouvelle, le juge apprécie la nouveauté du dessin ou modèle de manière absolue. En droit de la propriété industrielle, il faut s'intéresser aux règles qui interdisent la réservation de certaines choses.

§ 2 / Les choses qui ne peuvent être réservées par un droit de propriété industrielle

185. En droit de la propriété industrielle, le législateur donne parfois un inventaire des objets auxquels une protection doit toujours être refusée. Faut-il ici reconnaître une illustration de ces actes ou faits « neutres » qui sont insusceptibles de provoquer la naissance d'une situation juridique ?

Par exemple, l'article L. 511-8 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'ordonnance du 25 juillet 2001, dresse une liste de choses qui ne sont pas « *susceptible[s] de protection* ». Ce sont des « apparences » non protégeables au titre du livre V du Code de la propriété intellectuelle, parfois pour des raisons « extérieures » à l'esprit de la protection elle-même. Par exemple, l'interdiction de réservation est justifiée par la nature particulière de certains marchés⁷¹⁵. Peut-on parler de « conditions neutres » au regard de la constitution de la situation juridique « titularité du droit de dessin ou modèle » ?

Il s'agit plutôt de raisonner en termes de dépôts pourvus ou non d'efficacité, en fonction de la date à laquelle la procédure d'enregistrement a été réalisée. Les conditions de recevabilité de

⁷¹⁴ Il faudra déterminer si le fait en cause constitue un acte de divulgation au sens de l'article L. 511-6 du Code de la propriété intellectuelle. Pour un exemple d'appréciation comparée sous les deux régimes successifs d'un acte de création du dessin ou modèle et de sa cession à un tiers qui en effectuera le dépôt : Cass. com., 5 nov. 2002 : *Propr. ind.* janv. 2003, comm. n° 5, obs. P. KAMINA.

⁷¹⁵ L'article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle impose des conditions de protection supplémentaires quand le produit est complexe. L'objectif est d'éviter que des industriels puissants contrôlent le marché de certains produits automobiles. En raison d'une nature singulière du produit en question, la constitution de la situation juridique « titularité d'un droit de dessin ou modèle » s'effectue différemment : le dessin ou modèle qui est déjà nouveau et qui présente déjà un caractère propre doit aussi remplir des conditions supplémentaires, celles des a) et b) de l'article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle. Si ce régime dérogatoire avait dû être ajouté plusieurs années après que le régime de 2001 ne fut entré en vigueur, la question se serait posée de l'application dans le temps de la loi nouvelle. Il aurait fallu distinguer les droits déjà constitués au profit des déposants antérieurs, de ceux dont la constitution serait postérieure à la date d'entrée en vigueur. Ces difficultés ne se sont pas posées parce que le régime spécial a été créé en même temps que le régime général en 2001. Il est vrai qu'une partie de la doctrine estime que l'ordonnance du 25 juillet 2001 n'a pas modifié les conditions de protection des dessins et modèles. (V. par exemple sur le point de savoir si le principe de l'unité de l'art a survécu à la réforme : M.-C. PIATTI, « *Autonomisation* » du droit français des dessins et modèles ? : *Propr. ind.* 2004, n° 12, étude p. 7 ; P. et F. GREFFE, *op. cit.*, n° 24, p. 17). Dans ce cas, le nouveau régime particulier aux produits complexes serait effectivement venu s'ajouter à un système antérieur dépourvu d'une telle distinction sur la nature simple ou complexe du produit. V. aussi le 2° de l'article L. 511-8 du Code de la propriété intellectuelle.

la demande de protection ne sont pas des éléments qui produisent en tant que tels l'effet juridique recherché, la réservation de la chose. La nature de l'objet dont la réservation est souhaitée figure parmi les conditions de recevabilité de la demande. Il ne s'agit qu'indirectement d'une condition de formation de la situation juridique. En somme, la question que l'interprète doit plutôt se poser est la suivante : pouvait-on, à « cette époque », protéger valablement par un dépôt un dessin ou modèle de ce type ?

Prenons un exemple de droit prospectif. Un procédé de clonage humain n'est pas aujourd'hui protégeable par le droit des brevets. En considérant qu'une loi nouvelle encadre spécialement ce type d'invention par le livre VI du Code de la propriété intellectuelle, tout industriel obtiendra cette protection dès lors qu'une procédure de dépôt sera engagée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle⁷¹⁶. Finalement, le contrôle qui est opéré par l'INPI rend relativement inutile tout raisonnement transitoire supplémentaire. La neutralité d'une condition de protection, comme les conséquences de sa défaillance éventuelle, sont des éléments de toute façon appréciés par l'autorité d'enregistrement. En ce sens, le droit de la propriété industrielle est infiniment plus simple que le droit de la propriété littéraire et artistique. Il s'agit maintenant d'aborder un type de lois proposé par ROUBIER : les lois venues créer une situation juridique inédite.

IV / Les lois venues créer une situation juridique inédite

186. Présentation – En présence d'une loi nouvelle qui consacre, pour la première fois, l'existence d'une situation juridique, le droit antérieur peut-il être assimilé à un « vide juridique » ?

Le cas échéant, la rétroactivité de la loi nouvelle serait intuitivement autorisée. D'ailleurs, serait-il possible de reconnaître la présence d'un « droit acquis » ?

Il est possible de douter de l'utilité de la notion de « vide juridique » en droit de la propriété intellectuelle à ce stade. En effet, selon un raisonnement propre au droit des biens, il est possible de souligner le rôle de la jurisprudence en amont. La « réception » de nouveaux biens peut être indirecte. Elle est implicite chaque fois qu'elle résulte d'un mécanisme juridique dont l'objet n'est pas d'établir une relation d'appropriation entre une personne et une chose. En d'autres termes, un vide juridique ne peut pas être constaté avant « une première loi » en

⁷¹⁶ L'inventeur pourra tenter d'obtenir une protection, seulement pour les éléments non divulgués.

droit de la propriété intellectuelle, dès lors que les juges ont pu décider que la seule utilisation d'une valeur peut caractériser une faute de son « utilisateur ». Il est alors possible de penser que la notion de vide juridique ne pourrait en aucun cas caractériser le droit d'auteur, en raison des arrêts de 1777⁷¹⁷. De même, le droit des artistes-interprètes et la protection des logiciels sont des domaines qui ont été un temps régis par l'article 1382 du Code civil.

Le doyen ROUBIER consacre certains développements aux lois relatives à la création d'une situation juridique totalement inédite⁷¹⁸. Ce type de lois devrait recevoir le même régime transitoire que la loi ayant pour objet la constitution des situations juridiques. Il est expliqué : « *Les lois qui créent des situations juridiques doivent purement et simplement être assimilées aux lois relatives à la constitution d'une situation juridique : donc elles ne peuvent donner à des faits ou à des actes passés le pouvoir de déterminer cette situation juridique, alors qu'ils ne l'avaient pas au moment où ils se sont passés. (...) Cependant, (...) si ces faits étaient des états durables et ayant un caractère continu dans le temps, la loi nouvelle qui ne peut les saisir comme faits du passé peut les atteindre au moment de son entrée en vigueur comme faits du présent, et leur donner ce pouvoir de créer la nouvelle situation juridique à ce moment* »⁷¹⁹. Il convient dans un premier temps de s'intéresser aux exemples proposés par le doyen ROUBIER et issus du droit de la propriété intellectuelle (A). Il faut ensuite rechercher les lois propres à cette discipline qui correspondent à cette présentation doctrinale (B). En dernier lieu, une approche de droit prospectif sera tentée (C).

A / Les exemples proposés par ROUBIER issus du droit de la propriété intellectuelle

187. Un décret relatif aux appellations d'origine - Au sein des lois qui créent des situations juridiques nouvelles, ROUBIER cite l'exemple du décret du 4 janvier 1909 qui crée le droit à l'appellation d'origine « Champagne »⁷²⁰. Son application dans le temps devait être identique à celle d'une loi relative aux conditions de constitution d'une situation juridique⁷²¹.

⁷¹⁷ V. *supra*, n° 27.

⁷¹⁸ Plus précisément, ROUBIER consacre des développements aux « lois qui créent ou suppriment des situations juridiques » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 210 et s.

⁷¹⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 210

⁷²⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 210.

⁷²¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 211. Il est expliqué : « *Le décret du 4 janvier 1909 qui délimitait la Champagne viticole et créait le droit à cette appellation devait s'appliquer même à l'encontre des producteurs qui avaient autrefois utilisé l'appellation Champagne et auxquels la nouvelle délimitation territoriale refusait ce droit* ». En somme, dès l'entrée en vigueur du décret, le droit à l'appellation peut naître dans le patrimoine de

188. La loi du 11 mars 1902 - ROUBIER donne aussi l'exemple de la loi du 11 mars 1902⁷²². Avant son entrée en vigueur, les dessins et modèles industriels n'étaient protégés que par la loi du 18 mars 1806. À l'issue de la réforme, ils devinrent aussi protégeables par la loi du 19 juillet 1793 sur le droit d'auteur. En somme, la loi de 1902 offrit une faculté pour le créateur d'un dessin industriel de se prévaloir d'un autre régime juridique de protection⁷²³. Pour ROUBIER, cette loi devait s'appliquer à tous les dessins et modèles. Peu importerait leur date de création. Le juge pouvait donc faire application du texte nouveau, sans avoir à vérifier que l'acte de création se situait bien après son entrée en vigueur.

Il est possible de penser que si la loi nouvelle s'applique immédiatement à un dessin ou modèle existant, c'est certainement qu'il s'agit de considérer un « état durable ». Le fait de création ne peut pas lui-même constituer cet « état durable » parce qu'il est réputé instantané. Toutefois, ce fait de création donne naissance à une « chose intellectuelle » durable : le dessin ou modèle lui-même⁷²⁴. Il est indéniable que l'existence même de la chose a un caractère continu dans le temps. L'application immédiate de la loi de 1902 serait donc justifiée par la persistance dans le temps, depuis l'acte de création, jusqu'à la date de l'entrée en vigueur du texte, de la chose « dessin ou modèle »⁷²⁵. Le raisonnement serait ainsi fondé sur la seconde partie de la proposition de ROUBIER : « *Cependant, (...) si ces faits étaient des états durables et ayant un caractère continu dans le temps, la loi nouvelle qui ne peut les saisir comme faits du passé peut les atteindre au moment de son entrée en vigueur comme faits du présent, et leur donner ce pouvoir de créer la nouvelle situation juridique à ce moment* ».

Au regard de cet exemple donné par ROUBIER, il est tentant de raisonner en termes de « statut de la chose ». Ce statut pourrait être automatiquement modifié par le législateur. Il faut déjà remarquer que l'absence de tout système d'enregistrement conduit plus facilement à l'adoption de cette façon d'apprécier le changement subi par l'ordonnancement juridique. En effet, l'absence de titre suppose de se concentrer sur la chose elle-même, objet intangible d'un droit de propriété intellectuelle qui n'est que temporaire. Seulement, si l'on peut concevoir

producteurs, qui peuvent ainsi l'opposer à ceux qui avaient, dans le passé, usé de cette appellation. ROUBIER souligne ensuite que l'acquisition immédiate de ce droit ne suppose pas, pour autant, la possibilité de demander la sanction d'actes d'usages antérieurs de l'appellation.

⁷²² P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 210.

⁷²³ Il est assez singulier de prendre pour exemple de lois qui créent une situation juridique nouvelle, une loi qui, dans l'absolu, ne crée pas de toute pièce un régime inédit. En effet, la loi du 11 mars 1902 ne crée pas un régime spécifique des dessins et modèles, elle affirme seulement que ce type de création peut recevoir aussi la protection du droit d'auteur.

⁷²⁴ Tant que l'enregistrement n'a pas été réalisé, il ne s'agit pas d'évoquer un « bien intellectuel ».

⁷²⁵ Il serait possible aussi de penser à « l'état réservé » de la chose.

qu'une loi nouvelle « saisisse » une chose existante au jour de son entrée en vigueur, indirectement, il devrait aussi être accepté que le propriétaire subisse immédiatement un amoindrissement de ses prérogatives. En d'autres termes, considérer la chose d'une manière objective tend à faire oublier qu'une personne est titulaire du droit qui s'exerce sur elle. Il s'agirait d'imposer au titulaire du droit une modification de la teneur de ses prérogatives dès l'entrée en vigueur d'une réforme. Ne voit-on immédiatement les notions de « droit acquis », de « loi rétroactive », d'« expropriation illégitime » ou même d'atteinte au droit fondamental de propriété poindre à l'horizon ? En conclusion, lorsque le doyen ROUBIER donne des exemples de « premières lois » propres au droit de la propriété intellectuelle, les difficultés principales sont déjà observables. La création *ab initio* d'un régime spécial des appellations d'origine est plus simple à appréhender que la création des premiers fondements de l'unité de l'art. L'existence, au jour de l'entrée en vigueur, des choses qui sont spécialement visées par la règle nouvelle est assurément un point à remarquer par l'interprète. Il s'agit à présent de rechercher d'autres exemples de lois qui, en droit de la propriété intellectuelle, ont pour la première fois créé une situation juridique.

B / La recherche des premières lois venues créer une situation juridique en droit de la propriété intellectuelle

189. En droit de la propriété intellectuelle, la règle antérieure à la création d'un monopole aura la nature d'une règle permissive⁷²⁶. Le droit antérieur à une « première loi » pourrait être caractérisé par une utilisation libre d'une œuvre, d'une interprétation, d'une invention, d'un dessin apposé sur un objet ou la forme de cet objet⁷²⁷. Cependant, il ne faut pas oublier que toutes ces choses pouvaient avoir une valeur et qu'elles avaient déjà vocation à devenir des biens. Dans l'absolu, leur utilité et leur rareté étaient des éléments suffisants pour expliquer leur appropriation, dès avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle⁷²⁸. Afin de comprendre la manière dont le principe de ROUBIER peut permettre de clarifier le

⁷²⁶ Pour Monsieur PETIT : « L'absence de règle formellement exprimée ne détermine pas l'existence d'un vide juridique » ; « même une règle en apparence complètement nouvelle modifie en réalité une règle antérieure, règle implicite de non-imputation auquel le silence des sources du droit donne naissance » : J. PETIT, *op. cit.*, n° 575 et s, p. 277 et s.

⁷²⁷ Réserve est faite du lien choisi entre un produit industriel et le signe qui sert à le distinguer de ses semblables. La notion de « chose intellectuelle » est plus difficile à utiliser en droit des marques parce qu'elle devrait être utilisée pour désigner ce lien et non le signe en lui-même.

⁷²⁸ Par suite, une loi spéciale apportée par un régime de propriété intellectuelle inédit, vient s'ajouter à une loi générale appartenant à un droit des biens préexistant. Il est aussi possible de se souvenir que le droit préexistant à la première loi intéressant la propriété intellectuelle pouvait se caractériser par une application déformée du mécanisme de la responsabilité civile, V. par ex : Cour royale de Paris, 25 nov. 1836 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 259.

changement subi par l'ordonnancement juridique au jour de son entrée en vigueur, il convient de s'intéresser aux « premières lois » dans le domaine du droit d'auteur (§1), du droit des bases de données (§2) et du droit des brevets (§3).

§ 1 / En droit d'auteur

190. Les premières lois du XVIIIème siècle - Dans l'histoire du droit d'auteur, le caractère novateur des premières règles légales a été nié au motif que le droit de propriété « commun » permettait déjà d'expliquer les pouvoirs de l'auteur sur son œuvre⁷²⁹. C'est aussi l'idée que les droits du créateur préexistaient à toute intervention législative. La loi nouvelle n'aurait fait que « constater » l'existence de ces droits. En effet, ils seraient de toute façon nés lors de l'acte de création de la chose⁷³⁰.

En appliquant la première proposition du doyen ROUBIER, qui consiste en une assimilation des lois relatives aux conditions de formation d'une situation juridique et aux lois venues consacrer pour la première fois une situation juridique, on aboutit à une solution différente. Le fait de création réalisé avant la « toute première loi » sur le droit d'auteur n'aurait produit, à cette date, aucun effet juridique. Il aurait fallu attendre que le processus créatif envisagé par les premières lois sur le droit d'auteur se produisent après leur entrée en vigueur.

Cependant, la seconde proposition du doyen ROUBIER donne au juge la faculté d'appliquer la loi nouvelle en présence d' « états durables et ayant un caractère continu dans le temps ». L'œuvre créée avant l'entrée en vigueur des lois du XVIIIème siècle trouverait alors une protection au jour de leur entrée en vigueur. Avant cette date, il faudrait admettre des tiers pouvaient librement jouir de cette chose. Force est de constater que la solution est toujours différente de la première, fondée sur une « approche réelle ». Que l'interprète choisisse de considérer que l'ordonnancement juridique antérieur protégeait l'œuvre en tant qu'objet d'un droit de propriété ou selon un droit naturel évident, la solution de ROUBIER se distingue toujours par une certaine sévérité à l'égard des intérêts de l'auteur.

Il faudrait alors faire état de la volonté du législateur qui était d'apporter aux choses existantes de son époque la protection légale la plus adaptée à leurs caractéristiques. En clair, le « critère

⁷²⁹ CA Paris, 31 déc. 1874 : *Rec. Sirey* . 1875. II. 65 : « *considérant que les lois qui régissent la matière de la propriété artistique et littéraire n'ont en aucune façon créé ce droit de propriété, mais ont seulement réglementé son exercice. Que le droit de propriété de l'auteur sur son œuvre et le droit de reproduction qui en est l'accessoire sont antérieurs et préexistants à cette législation* ».

⁷³⁰ V. H. DESBOIS et J.-P. HOOYKAAS, *Conférences, travaux du Centre d'étude René MARCQ*, 1957, vol. IV, p. 8.

de rattachement » de la loi nouvelle n'était pas l'acte de création de l'œuvre, mais son existence même en tant que chose. C'est pour cette raison que le législateur précisait au sein du décret du 13-19 janvier 1791 que les ouvrages des auteurs morts « *depuis cinq ans et plus sont une propriété publique* » (article 2). À l'inverse, le consentement formel et par écrit de l'auteur était nécessaire pour la représentation des œuvres dont l'auteur était vivant ou décédé depuis moins de cinq années. Même les actes antérieurs étaient conservés, conformément au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, en considérant seulement « *les actes qui auront été passés entre les comédiens et les auteurs vivants, ou des auteurs morts depuis moins de cinq ans* » (article 4). En somme, le législateur applique immédiatement aux œuvres existantes au jour de l'entrée en vigueur cette norme : « *Les héritiers ou cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages, durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur* » (article 5).

En outre, une condition fut posée en jurisprudence pour l'application du décret du 19-24 juillet 1793 : l'auteur devait encore être titulaire de son droit de propriété au jour de son entrée en vigueur. En somme, il ne pouvait pas profiter du régime offert par la loi nouvelle si ce droit ne figurait plus dans son patrimoine⁷³¹. Ce cas de figure pouvait se rencontrer d'autant plus facilement à cette époque que l'auteur pouvait être dépossédé de toutes ses prérogatives par une simple cession du support de l'œuvre. Cette condition liée à la conservation du droit, constatée au jour de l'entrée en vigueur de la réforme, se retrouve également au sein de la jurisprudence du XIX^{ème} siècle sur l'augmentation de la durée des droits par une loi nouvelle⁷³². Le juge s'inspirait alors d'une série de dispositions insérées au sein de la loi nouvelle⁷³³.

⁷³¹ Cass. sect. crim., 16 Brumaire an XIV (7 novembre 1805) : *Rec. Sirey* an XIV, I, p. 602 : « *Les auteurs encore propriétaires de leurs ouvrages au moment de la promulgation de la loi du 19 juillet 1793, ont pu seuls profiter du bénéfice de cette loi. Les droits des cessionnaires antérieurs à la promulgation de cette loi, sont réglés d'après les lois anciennes et leurs titres individuels* ». Par « *droits des cessionnaires antérieurs à la promulgation de cette loi* », il faut entendre « *droit des cessionnaires acquis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle* ».

⁷³² Cour de Paris, 31 déc. 1874 : *Rec. Sirey* 1875, II, p. 65. Les juges affirment que la prolongation de la durée des droits d'auteur résultant des lois du 8 avril 1854 et du 14 juillet 1866, ne devait pas profiter aux héritiers des auteurs qui avaient cédé leurs droits antérieurement à ces lois. Par conséquent, il était décidé que les héritiers ne pouvaient pas poursuivre en contrefaçon les cessionnaires qui avaient reproduit l'œuvre artistique après l'expiration du temps fixé pour la durée des droits d'auteur par la loi en vigueur lors de la cession.

⁷³³ Selon l'article 1^{er} de la loi de 1791, « *Les auteurs d'écrits en tout genre (...) jouiront durant leur vie entière, du droit de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république, et d'en céder la propriété en tout ou en partie* ». Selon l'article 2 : « *Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs* ». L'article 7 dispose quant à lui : « *Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartiennent aux Beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années* ». Les deux premiers articles ne disposent que pour l'avenir. Les auteurs sont encore propriétaires de leurs ouvrages au moment de la promulgation de cette loi. Ils ne les transmettront que depuis cette date à leurs héritiers, ou les céderont à des cessionnaires. L'article 7 aurait été inutile si l'article 2 avait réglé les droits des héritiers et des cessionnaires, pour le passé comme pour l'avenir. En effet, l'article 7 présente une rédaction similaire à l'article 2, mais il est

191. La création d'un statut de l'œuvre posthume au XIII^{ème} siècle - La loi des 19-24 juillet 1793 ne comportait aucune disposition relative aux œuvres posthumes. C'est le décret du 1^{er} Germinal an XII (22 mars 1805) qui affirma : « *Les propriétaires par succession ou à autre titre, d'un ouvrage posthume ont les mêmes droits que l'auteur, et les dispositions des lois sur la propriété exclusive des auteurs et sur sa durée leur sont applicables (...)* ». L'évènement « création de l'œuvre » s'est nécessairement réalisé lorsque l'on évoque la qualification d'« ouvrage posthume ». En 2007⁷³⁴, les juges affirmèrent que pour l'application du régime des œuvres posthumes, il est indifférent que l'évènement « création de l'œuvre » se soit situé avant la toute première réglementation des droits d'exploitation sur les œuvres posthumes. Cette solution est comprise à l'aide de l'écriture structurale de la règle juridique. En effet, seules comptent au sein du syllogisme la date de publication de l'œuvre et la qualité de la personne ayant effectué cet acte⁷³⁵. L'acte de création de l'œuvre est évidemment nécessaire, mais sa date n'a pas d'importance d'un point de vue transitoire⁷³⁶. Au jour de l'entrée en vigueur de la « première loi » intéressant les œuvres posthumes, il ne s'agissait donc pas d'isoler seulement les œuvres dont la création était postérieure à cette date.

en réalité tourné vers « le passé ». À l'article 2, est prévue une référence à la mort de l'auteur comme point de départ du délai de protection. Le décès de l'auteur est un « événement futur » qui a la même valeur pour l'héritier ou le cessionnaire. En revanche, l'article 7 ne donne aucune référence explicite au décès de l'auteur. La qualité d'héritier est seule traitée. Le mécanisme bénéficie à une personne qui a déjà la qualité d'héritier au jour de l'entrée en vigueur. Le législateur vient résoudre une difficulté liée à l'application immédiate de la loi nouvelle. L'hypothèse est donc proche d'une disposition transitoire aux vertus pédagogiques. L'héritier ne bénéficiera pas, à partir de l'entrée en vigueur, d'une protection de dix années comme la rédaction de l'article semble le supposer. En réalité, l'application immédiate de la loi postule de rechercher la date de décès de l'auteur et de compter dix années. C'est en ce sens que l'article 7 concerne « le passé » parce que le fait que l'auteur fut décédé au jour de l'entrée en vigueur est un point acquis. Il faudra seulement faire profiter l'héritier du temps de protection qu'il reste à courir. De plus, l'article 7 est seulement relatif aux droits des héritiers. À la différence de l'article 2, il n'est pas question des droits des cessionnaires. Il en a été déduit que leurs droits n'étaient réglés que par les termes de la convention antérieure de cession. Quand il est dit à l'article 1^{er} que la durée de protection profite à l'auteur pendant toute sa vie, le monopole est soumis à un terme incertain : l'auteur mourra un jour, mais la date de cet évènement est inconnu.

⁷³⁴ TGI Paris, 12 sept. 2007 : *RIDA* oct. 2007, p. 211, note P. SIRINELLI.

⁷³⁵ V. *infra*, n° 316.

⁷³⁶ Selon une approche « réelle », il est possible de penser qu'une œuvre posthume pouvait exister avant l'entrée en vigueur du décret de l'an XII. Le statut de la chose « œuvre posthume » étant vérifiable à cet instant, le nouveau régime lui aurait été immédiatement applicable. Force est de constater que cette approche permet de souligner qu'il ne faudrait pas nécessairement attendre la création d'une œuvre postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme. Cependant, cette vision des choses n'est pas tout à fait éclairante parce qu'elle ne permet pas d'attribuer le droit d'exploitation à une personne précise. Il est aussi possible de se poser la question suivante : cette présentation de la règle n'a-t-elle pas pour défaut de faire bien peu de cas de la volonté de l'auteur ? Ce dernier peut décider de son vivant que l'œuvre ne devra pas être divulguée. Le statut d'œuvre posthume ne devrait dès lors jamais exister. En réalité, il suffit d'ajouter au présumé de la règle l'absence de toute opposition de l'auteur à la publication posthume de son œuvre. En pratique, la contestation de cet exercice aura pour origine une demande en justice d'un tiers fondée sur la défense du droit moral de l'auteur. Il s'agira pour ce dernier de faire jouer le syllogisme suivant : si l'auteur n'a pas consenti à la publication posthume de son œuvre (A) alors le régime des œuvres posthumes ne peut pas s'appliquer (B).

192. La création d'un droit d'auteur sur une œuvre logicielle par la loi du 3 juillet

1985 - Peut être assimilée à une loi venue créer pour la première fois une situation juridique, la loi du 3 juillet 1985, en tant qu'elle reconnaît officiellement la titularité d'un droit d'auteur sur une œuvre logicielle. Fallait-il reconnaître une protection par le droit d'auteur aux seuls logiciels créés après l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985 ?

Fallait-il au contraire comprendre que le principe d'application immédiate postulait une application de la loi nouvelle à tous les logiciels existants ?

La loi nouvelle a été appliquée à tous les logiciels existants au jour de l'entrée en vigueur⁷³⁷. Comme la valeur économique du logiciel préexistait à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il est possible de penser que la protection spéciale du droit d'auteur s'est immédiatement substituée à celle que pouvait offrir en théorie le seul droit des biens. Également, l'application la plus générale de la loi nouvelle aurait pu être défendue au regard de sa nature de loi de codification d'une jurisprudence antérieure⁷³⁸.

Une fois la loi nouvelle entrée en vigueur, le visa de la loi ancienne permit officiellement, comme dans l'affaire « Pachot », de n'encourir aucune critique au regard de l'article 2 du Code civil. La chose intellectuelle avait été créée sous le droit antérieur et l'utilisation du principe de ROUBIER devait postuler une conservation de la loi ancienne. Néanmoins, « l'éclairage »⁷³⁹ de la loi nouvelle éblouit tellement que la précision en devient presque formelle. Par conséquent, le juge semble autorisé à s'affranchir de toute limite inhérente au

⁷³⁷ Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : *RTD com.* 1986 ; p. 399, obs. A. FRANÇON ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n° 9, comm. A. MAFFRE-BAUGÉ ; *JCP E* 1986, I, 15791, n° 1, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *D.* 1986, 405, concl. CABANNES et note B. ÉDELMAN ; *RDPI* 1986, n° 3, 206, rapport JONQUÈRES. Dans l'affaire « Société Williams Électronics », le jeu « Défender » a été enregistré et déposé au Copyright Office de Washington le 10 novembre 1980, le logiciel avait donc été créé avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985. Dans l'affaire BMW, le salarié avait été licencié le 5 juillet 1977 pour ne pas vouloir communiquer à son entreprise les logiciels créés. Ceux-ci avaient donc été réalisés avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985. Dans l'affaire « ATARI » il suffit de remarquer que la Cour d'appel s'est prononcée le 4 juin 1984. Le jeu électronique en question avait bien été créé avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1985.

⁷³⁸ B. SCHAMING, *Le droit du logiciel*, La Villeguérin Éditions, 1990, préf. J.-J. BURST, p. 287 : « Il convient de répondre à la question de savoir si les logiciels créés avant la date d'entrée en vigueur bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur, la loi n'ayant pas en principe d'effet rétroactif. Cette question appelle à notre sens une réponse positive car, dès avant l'entrée en vigueur de la loi, la jurisprudence avait étendu aux logiciels le bénéfice du droit d'auteur sous l'égide de la loi du 11 mars 1957 ». L'auteur, après avoir cité l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1986, précité, conclut : « Il peut donc être considéré comme acquis que la protection conférée est celle du droit d'auteur, quel que soit le moment de création du logiciel considéré ».

⁷³⁹ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, précité : *JCP G* 1986 II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ, M. VIVANT : « Dans l'affaire Pachot, dans l'affaire Atari, dans l'affaire Williams Electronics, la Cour de cassation prend nettement parti pour le maintien de l'exigence : « Un logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par la loi sur le droit d'auteur ». Et ceci, doit être d'autant plus souligné que les Hauts magistrats ont délibérément rendu leurs arrêts sous l'éclairage de la loi de 1985 même si celle-ci ne trouvait pas à s'appliquer dans les espèces citées ». Les deux arrêts « Atari » et « Williams Electronics » ont été rendus le même jour par l'Assemblée plénière.

droit transitoire, dans la mesure où la loi nouvelle n'aurait apporté qu'une innovation attendue⁷⁴⁰.

193. Le modèles des directives communautaires - Il est possible de citer la directive du 27 septembre 2001. Elle comporte un chapitre 3 contenant des dispositions finales. L'article 10 est consacré à l'« *Application dans le temps* » : « *La présente directive est applicable pour toutes les œuvres d'art originales définies à l'article 2 qui, au 1^{er} janvier 2006, sont encore protégées par la législation des États membres en matière de droit d'auteur ou répondant à cette date aux critères de protection en vertu de la présente directive* ». Il y a bien une prise en compte de la chose qui présente, au jour de l'entrée en vigueur, les critères de protection posés par le législateur communautaire. De même, l'article 50 de la loi du 1^{er} août 2006⁷⁴¹ prévoit que ces dispositions n'ont pas pour effet de protéger une interprétation, un phonogramme ou un vidéogramme dont la durée de protection a expiré au 22 décembre 2002, date limite de transposition de la directive du 22 mai 2001⁷⁴². L'application immédiate de la loi nouvelle signifie que ses normes s'appliquent à la chose intellectuelle, dès lors qu'elle fait encore l'objet d'une protection. Il convient également de s'intéresser à cette qualification de « première loi » dans le domaine des bases de données.

§ 2 / En droit des bases de données

194. Le problème de l'investissement durable - Le droit du producteur de bases de données est apparu avec la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998. L'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle crée un lien exclusif inédit entre le producteur et la base de données créée. Selon le principe proposé par le doyen ROUBIER, cette loi ne devait pas porter atteinte à d'autres situations juridiques antérieures, alors même qu'elles auraient consisté en la

⁷⁴⁰ M. KESSLER, *Le logiciel, protection juridique, France et Étranger*, Technique et Documentation Lavoisier, 1986, p. 64 : citant le rapporteur de la loi, Monsieur RICHARD, qui refusait de considérer la question comme urgente en présence d'un « *début de cadre légal* » offert par la jurisprudence, l'auteur remarque que ce cadre « *présentait [alors] l'élasticité des cordes d'un ring de boxe* » et que « *l'on pouvait donc s'interroger, dans ce contexte devenu fluctuant, sur l'avenir de la protection des logiciels par le droit d'auteur* ». Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, Genève, publication OMPI, 1978, p. 4. Dans le cadre d'une réflexion sur la nécessité d'une protection juridique particulière : « *Il se peut que dans quelques pays, la protection du logiciel puisse être assurée convenablement sans modification des lois existantes. Mais étant donné la nouveauté de l'informatique et la rareté des décisions judiciaires qui en découle, sans oublier les désaccords observés entre les juristes, il subsiste une grande incertitude en ce domaine* ».

⁷⁴¹ Cet exemple est tiré d'une disposition transitoire.

⁷⁴² V. l'article L. 211-4 du Code de la propriété intellectuelle sur la durée des droits voisins.

création d'un lien d'appropriation entre la base et son créateur⁷⁴³. La condition posée à la protection est la réalisation d'un investissement. Le principe de ROUBIER suppose que le juge ne peut donner rétroactivement à un investissement réalisé avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle un effet qui n'était pas prévu lors de sa réalisation. Cependant, l'investissement réalisé sous l'empire du droit antérieur peut aussi être considéré comme un « *état durable* » ayant un caractère continu dans le temps. Il faudrait alors rappeler les termes de ROUBIER : « *si ces faits étaient des états durables et ayant un caractère continu dans le temps, la loi nouvelle qui ne peut les saisir comme faits du passé peut les atteindre au moment de son entrée en vigueur comme faits du présent, et leur donner ce pouvoir de créer la nouvelle situation juridique à ce moment* ». L'investissement déjà réalisé pouvait donc être compris comme une condition « présente » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. D'ailleurs, quand la Cour de Justice des Communautés Européennes donne en 2004 des indices sur la notion d'investissement⁷⁴⁴, ce sont bien des éléments qui laissent penser à un « *état durable* ». En effet, pouvaient facilement être constatés, au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, des efforts commerciaux, des contrats de publicité, des contrats de promotion ou même des contrats de travail. D'une manière générale, tout effort initié dans le passé, toute convention conclue plusieurs années auparavant, sont des éléments qui sont toujours vérifiables à cette date⁷⁴⁵. Il convient de rechercher ces « premières lois » créatrices de situations juridiques inédites dans le domaine du droit des brevets.

§ 3 / En droit des brevets

195. La création du certificat d'utilité par la loi du 2 janvier 1968 - La loi du 2 janvier 1968 a créé un nouveau titre de propriété industrielle, le certificat d'utilité⁷⁴⁶. Dès l'entrée en vigueur de la réforme, une faculté fut offerte à l'inventeur de choisir une

⁷⁴³ L'analyse de la disposition peut être utile, l'effet de la règle de droit consiste ici expressément à attribuer le droit intellectuel à une personnalité juridique. Ce droit porte sur le contenu de la base. C'est ce que l'alinéa 2 de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle rappelle : « *Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs* ».

⁷⁴⁴ CJCE, 9 nov. 2004 : D. 2005, pan. p. 1495, obs. P. SIRINELLI ; RTD com. 2005, p. 90, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; Comm. com. électr. 2005, comm. n° 2, note C. CARON.

⁷⁴⁵ Peut-être faudrait-il s'abstenir de confondre l'investissement réalisé avec ses effets quand ceux-ci sont durables. Un investissement serait présumé avoir épuisé ses effets au jour où un investissement de même nature deviendrait nécessaire. Une certaine continuité devrait être remarquée puisqu'un investissement « en cours » serait toujours observable.

⁷⁴⁶ L'idée était de permettre à l'inventeur d'éviter les frais d'une recherche documentaire. En effet, l'établissement du rapport de recherche n'est pas nécessaire pour la création de ce titre. Le titre est destiné aux inventions rapidement dépassées par le progrès technique. Sa durée de six années constitue la seule différence avec le brevet.

protection plus adaptée à la nature de son invention. La qualification de « loi créant une situation juridique inédite » n'est pas ici d'une grande utilité. En effet, une procédure spéciale d'obtention d'un nouveau titre de propriété industrielle doit naturellement être suivie après l'entrée en vigueur de la réforme.

196. Conclusion du B – L'application d'une « première loi » dans le temps a été envisagée par le doyen ROUBIER et fut transposée au droit de la propriété intellectuelle. Force est de constater que le raisonnement est totalement différent selon qu'un acte de création est suffisant pour obtenir la réservation d'une chose intellectuelle ou qu'une procédure administrative doit être accomplie. La « première loi » qui vient régir de manière inédite une chose intellectuelle peut saisir immédiatement toutes les choses qui répondent aux caractéristiques imposées par la loi nouvelle. Au contraire, dès lors qu'une procédure impérative est nécessaire pour obtenir la réservation des utilités de la chose, la loi nouvelle aura toujours son application dans le temps retardée à la mise en place effective du système d'enregistrement. L'interprète est donc rassuré. La création d'une première situation juridique, par une « première loi » de réservation propre au droit de la propriété intellectuelle, ne nécessitera pas toujours un examen attentif des éléments existants au jour de l'entrée en vigueur. Cette démarche ne sera utile qu'en observant que le fait générateur de la protection consiste en la création d'une chose. Il s'agit à présent de vérifier la véracité de ce constat, en se risquant à une étude de droit prospectif.

C / Des exemples de droit prospectif

197. Dans le cadre d'une approche prospective, les œuvres « libres » (§1) ainsi que les œuvres dites « orphelines » (§2) peuvent permettre d'imaginer une codification future de leur régime.

§ 1 / Les œuvres libres

198. Une manifestation de volonté exigée de l'auteur - Il convient d'imaginer une loi nouvelle qui viendrait reconnaître un régime particulier à des œuvres dites « libres ». En admettant que le législateur donne un effet juridique aux déclarations publiques de volonté de

l'auteur en ce sens, il ne faudrait s'attacher qu'à celles réalisées après la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Par exemple, si un artiste avait affirmé dans les médias que son œuvre appartenait à tous et que le public en serait dorénavant le seul destinataire, le juge ne pourrait faire produire à cet acte antérieur à la loi nouvelle aucun effet juridique. En pratique, il s'agirait pour l'auteur de reformuler sa décision après la date d'entrée en vigueur. Seulement à cet instant, et non immédiatement au jour de l'entrée en vigueur, l'œuvre deviendrait « libre ». Le juge devrait se concentrer sur la date de l'acte unilatéral de renonciation⁷⁴⁷.

199. L'existence suffisante de l'œuvre au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle - En considérant cette fois la chose qui est produite par l'activité créatrice de l'auteur, il serait possible de dire que la loi nouvelle s'applique immédiatement à la chose existante au jour de son entrée en vigueur. L'œuvre pourrait alors être considérée comme « libre de droits » au jour même de l'entrée en vigueur du texte légal, dès lors que les conditions légales imposées se trouveraient réunies. Depuis la date de création de l'œuvre jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, l'œuvre serait toutefois soumise au droit antérieur⁷⁴⁸. Ce cas de figure se rencontrerait si le législateur ne conditionnait à aucune formalité particulière l'abandon par l'auteur de toutes ses prétentions.

200. Une loi nouvelle venue clarifier le droit existant - Le juge pourrait offrir à loi nouvelle un champ d'application temporel plus étendu encore en considérant que le législateur aurait simplement répondu à une jurisprudence préalable. Par exemple, en dénonçant l'aspect trompeur de la dénomination « œuvre libre » dans certains domaines particuliers de la création⁷⁴⁹. Il n'aurait souhaité qu'éclairer le juge et les tiers sur des actes de renonciation aux droits non anticipés par le législateur. Toutes les choses seraient alors concernées, sans que l'interprète n'éprouve le besoin de rechercher leur date de création.

⁷⁴⁷ Il est possible d'imaginer que la loi nouvelle imposerait sur ce point un formalisme rigoureux pour cette déclaration de l'auteur. Il s'agirait d'un acte de renonciation aussi encadré que le contrat de cautionnement conclu entre un professionnel du crédit et un consommateur par exemple.

⁷⁴⁸ Des actes de contrefaçon pourraient donc être qualifiés pendant cette période.

⁷⁴⁹ Cette qualification laisse entendre que l'auteur a renoncé d'une manière automatique, sans contrepartie, à l'intégralité de ses droits, tant patrimoniaux que moraux. V. C. CARON, *op. cit.*, n° 177, p. 136 : « *L'expression est des plus trompeuses car ces logiciels ne sont pas forcément gratuits ni libres de droit* ». Si la loi venait simplement rappeler la conformité du principe de gratuité au droit d'auteur, la notion de « loi interprétative » concentrerait certainement l'attention des premiers commentateurs.

201. Conclusion du § 1 – Il a été constaté qu'en fonction de la volonté qui est prêtée au législateur, les solutions changent. Celui-ci voudrait-il encadrer strictement la qualification d'« œuvre libre », qui suppose un abandon par l'auteur de toutes ses prérogatives sur la chose créée ? L'interprète doit alors se concentrer sur la démarche imposée par le législateur. Seuls les actes accomplis après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront en mesure de produire cet effet juridique d'abdication. Le législateur laisserait-il à l'auteur le soin de décider l'application ou l'exclusion du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle ? La solution serait certes dangereuse au regard de la protection des intérêts des tiers en l'absence de toute publicité, il n'en reste pas moins que toutes les œuvres existantes au jour de l'entrée en vigueur pourraient être concernées par la réforme. Les créations pour lesquelles l'auteur aurait décidé en son âme et conscience de nier toute réserve légale, seraient dès cette date considérées comme « libres ». Enfin, le législateur souhaiterait-il seulement clarifier le droit existant, qui connaîtrait déjà cette qualification d'« œuvre libre » ? Le juge serait alors implicitement autorisé à voir dans la loi nouvelle une « loi de codification ». Ses normes pourraient s'appliquer sans limite temporelle précise. En conclusion, la qualification proposée par ROUBIER de « loi venue créer pour la première fois une situation juridique inédite » est intéressante en ce qu'elle oblige l'interprète à isoler ce type de loi et à rechercher la volonté du législateur derrière cette intervention spécifique. Très certainement, le législateur devrait choisir l'accomplissement obligatoire d'une procédure spécifique afin d'encadrer strictement les renoncements de l'auteur à ses droits. Il convient à présent de s'intéresser aux « œuvres orphelines » parce qu'une réforme future pourrait avoir pour ambition de leur donner un régime propre.

§ 2 / Les œuvres orphelines

202. L'existence d'une procédure - La qualification d'« œuvre orpheline » concrétise une éventualité : l'impossibilité factuelle à reconnaître la paternité d'une œuvre existante. Il convient de noter que la loi nouvelle ne rendrait pas disponible la qualité d'auteur parce que la personne autorisée par le législateur à utiliser commercialement ou à titre gratuit l'œuvre orpheline ne serait pas qualifiée d'« auteur »⁷⁵⁰. Une œuvre orpheline est d'abord une œuvre déclarée « non attribuée » par une autorité spéciale. Seule une procédure permettrait de

⁷⁵⁰ C'est une catégorie d'œuvres pour lesquelles le droit moral de l'auteur ne serait jamais exercé. Il ne pourrait être exercé que dans le cas d'une découverte ultérieure de l'auteur de l'œuvre. Dès l'instant de cette identification, précisément, l'œuvre n'est plus « orpheline ».

distendre temporairement le lien existant entre l'auteur et son œuvre⁷⁵¹. Il faudrait ici reconnaître une garantie indiscutable du principe de non rétroactivité⁷⁵².

203. La poursuite d'un objectif justifié par l'intérêt général - La reconnaissance légale des œuvres orphelines serait l'occasion de satisfaire certains impératifs culturels, assurément d'intérêt général⁷⁵³. L'idée principale est de permettre une conciliation entre, d'une part, le respect des droits de propriété intellectuelle « potentiels », et, d'autre part, la nécessité de « débloquer » la diffusion et l'exploitation d'œuvres restées inconnues⁷⁵⁴. Par suite, prenant conscience du souhait du législateur d'agrandir l'accès au « patrimoine culturel », le juge pourrait en déduire qu'il ne s'agit pas seulement d'évoquer un « patrimoine futur ». C'est-à-dire que le législateur ne viserait pas seulement un patrimoine constitué d'œuvres créées après l'entrée en vigueur⁷⁵⁵. Bien plus, la loi nouvelle devrait s'appliquer à toutes les œuvres existantes dont les ayants-droits sont inconnus au jour de son entrée en vigueur. De plus, le juge pourrait estimer que toute œuvre « en cours d'exploitation » devrait être immédiatement concernée par la loi nouvelle, simplement en raison de l'objectif de départ. Il s'agit de rendre viable le plus rapidement possible des projets de numérisation en cours. D'ailleurs, il faut rappeler que les organismes souhaitant diffuser des œuvres dites « orphelines » veulent principalement anéantir tout risque d'être actionné en contrefaçon. Ils souhaitent qu'à l'avenir les actes d'exploitation effectués sur ce type d'œuvres ne puissent pas être sanctionnés. En conclusion, la loi nouvelle répondrait à un besoin de sécurité juridique exprimé par les exploitants, dont il ne serait pas opportun de reporter la réponse. L'application

⁷⁵¹ Les solutions devraient conserver un caractère précaire, c'est-à-dire qu'elles seraient dans tous les cas conditionnées par l'absentéisme des ayants droit. V. *Rapport adopté le 18 avril 2007 sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées. Questions particulières de mise en pratique*, p. 6 : les États membres peuvent adopter des solutions différentes dans la limite du respect de certains principes directeurs, parmi ceux-ci figure celui de : « prévoir un mécanisme de retrait en cas de réapparition du titulaire des droits ».

⁷⁵² Le groupe d'experts institué par la Commission européenne recommande l'établissement, au niveau national, de mécanismes permettant la réservation d'une rémunération pour les ayants droits qui se feraient ultérieurement connaître. V. *Rapport adopté le 18 avril 2007 sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées. Questions particulières de mise en pratique*, p. 6.

⁷⁵³ Il s'agirait d'un intérêt général proche de celui qui justifie le régime des œuvres posthumes : assurer au public la connaissance de créations originales jusque là restées dans l'ombre. Il conviendrait aussi de prendre en considération les cessions de droits d'exploitation que l'INA consent à titre non commercial dans le secteur éducatif et culturel. La qualification de « loi d'ordre public » postule une application la plus générale possible de ses dispositions, aussi le juge serait-il tenté d'appliquer le dispositif à toutes les œuvres non attribuées qui existaient au jour de l'entrée en vigueur.

⁷⁵⁴ V. J.-F. DEBARNOT, *L'expérience de l'Ina relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines : Comm. com. électr.* 2010, étude n° 1, p. 6.

⁷⁵⁵ La Commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique évoque seulement des « œuvres protégées ». V. *Rapport du 18 mars 2008*, p. 8 : « L'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droit ne peuvent être identifiés ou retrouvés malgré des recherches avérées et sérieuses ». Le choix de cette qualification est porteur de sens, quand l'impossibilité d'établir le sujet des droits d'auteur semble pourtant constituer un obstacle logique. V. sur ce point : C. CARON : *op. cit.*, n° 200, p. 157.

temporelle de la réforme serait ainsi conçue de la manière la plus générale. À ce titre, les travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique constituent assurément une source d'indices⁷⁵⁶. L'œuvre déjà protégée et divulguée est expressément concernée par la réforme. Par conséquent, le juge ne serait pas contraint de reporter l'application de la loi nouvelle aux œuvres dont la création serait postérieure à l'entrée en vigueur ou encore aux œuvres qui ne recevraient qu'après cette date une publication⁷⁵⁷.

204. Conclusion du § 2 – Même si la qualification d'« œuvre orpheline » suppose le respect d'une procédure spécifique, accompagnée d'une publicité respectueuse des intérêts des tiers, il est fortement probable que la loi nouvelle recevra une application temporelle étendue. C'est-à-dire qu'il ne sera pas distingué selon la date de création de l'œuvre ou de sa divulgation, qui sont des « critères de rattachement » spécifiques au droit de la propriété littéraire et artistique. Il est possible de penser que la solution est justifiable par l'existence « actuelle » de la chose, observable au jour de l'entrée en vigueur. La présentation du doyen ROUBIER, précisément la référence qui est faite au « fait du présent », serait alors confortée par l'analyse de la volonté du législateur.

205. Conclusion du IV - L'assimilation des lois qui viennent créer de manière inédite une situation juridique, aux lois relatives aux conditions de constitution d'une situation juridique, semble bien pratique. Il a été constaté que l'analyse de l'interprète est grandement simplifiée dans le cas où le législateur imposerait l'accomplissement d'une procédure spécifique. La création d'un certificat d'adition revient à offrir à l'inventeur le choix du titre de protection de sa création. L'interprète sait que les certificats d'aditions ne pourront être délivrés qu'une fois la procédure mise en place. Celle-ci sera nécessairement accomplie après l'entrée en vigueur de la réforme. De même, la création d'un régime spécial pour les œuvres libres devrait commander une manifestation de volonté claire de l'auteur, laquelle devrait être constatée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le régime des œuvres orphelines, tel qu'il est pour l'instant imaginé, supposerait une information correcte des tiers et une recherche active de l'auteur. Une procédure devrait alors conditionner la qualification

⁷⁵⁶ Selon le II, 1) de l'avis du 10 avril 2008 du CSPLA : « l'œuvre est orpheline lorsqu'un ou plusieurs titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins sur une œuvre protégée et divulguée ne peuvent être identifiés ou retrouvés malgré des recherches avérées et sérieuses ».

⁷⁵⁷ D'ailleurs, la condition de protection qui consiste en l'impossibilité de trouver les titulaires du droit montre un caractère durable. Il serait donc possible de prendre en compte des recherches infructueuses déjà effectuées sous la loi ancienne, pour retenir la qualification proposée par la loi nouvelle.

d' « œuvre orpheline », si dérogatoire au droit moral. En revanche, en l'absence de toute procédure, quand la constitution de la situation juridique est dépendante d'un acte créatif, l'analyse transitoire est plus complexe. À ce titre, les premières lois sur le droit d'auteur ne trouvent pas un « critère de rattachement » manifeste. Il faut réfléchir sur la teneur de l'ordonnancement juridique antérieur. De même, pour les œuvres logicielles, il est difficile d'affirmer « un véritable vide juridique » caractérisant le droit précédent l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985. La difficulté est ainsi constatée : lorsque le processus créatif s'est réalisé avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la chose créée peut encore exister à cette date. Par exemple, l'œuvre posthume est une catégorie d'œuvres qui pouvaient évidemment exister au jour de l'entrée en vigueur du premier texte légal les concernant. L'interprète peut alors se demander si la loi nouvelle peut appréhender ce « fait du présent », que le doyen ROUBIER présente comme automatiquement saisissable par une réforme. Assurément, une chose intellectuelle peut correspondre à cet « état de fait continu dans le temps ».

206. Conclusion de la Section I – Une fois résolue la difficulté relative au fait de savoir si la loi nouvelle impose une condition inédite pour la protection d'une chose, le système proposé par le doyen ROUBIER peut parfaitement être transposé en droit de la propriété intellectuelle. Afin de satisfaire pleinement l'exigence de sécurité juridique, le juge devrait reprendre la terminologie exacte qui est proposée par l'auteur. Au moins devrait-il s'expliquer sur le choix de la loi applicable⁷⁵⁸. Par exemple, l'ordonnance du 25 juillet 2001 a imposé la présence d'un produit industriel ou artisanal. Les conditions de protection semblent donc plus restrictives que celles imposées sous le droit antérieur, puisque des « esthétiques industrielles » ont pu être protégées par le juge sur le fondement de la loi du 14 juillet 1909⁷⁵⁹. Par suite, des espaces, des décorations d'intérieurs protégés sous le droit ancien pourraient, en théorie, fonder des recours en contrefaçon effectués après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2001. Il a été vu, en effet, que le système de ROUBIER imposait à l'interprète, et au juge en général, de se référer au jour de la formation de la situation juridique, c'est-à-dire au jour de la constitution du droit. Au contraire, le juge peut être tenté de choisir de retenir la loi existante au jour de l'acte de contrefaçon. Il affirmera alors qu'aucune sanction ne peut être prononcée, dès lors que la chose n'a pu être réservée par l'intermédiaire d'une procédure de

⁷⁵⁸ CA Toulouse, 22 nov. 1994 : *PIBD* 1995, III, 91. Le choix de la loi ancienne du 31 décembre 1964 pour se prononcer sur la déchéance de la marque n'est pas justifié. Le juge fait application de l'ancienne exception selon laquelle la déchéance n'est pas prononcée, dès lors que la marque est exploitée pour certains produits ou services et qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public.

⁷⁵⁹ V. par exemple : CA Paris, 20 mai 1967 : *JCP G* 1968, II, 15410 ; CA Paris, 4 oct. 1995 : *JCP E* 1996, II, 562, obs. F. GREFFÉ.

dépôt. Le cas échéant, il devra toutefois détailler son raisonnement. Par exemple, la solution donnée le 18 juillet 2000 par la Cour de cassation en droit d'auteur ne peut s'expliquer au regard des critères de résolution proposé par le doyen ROUBIER. Le juge est encouragé à considérer la valeur de la chose telle qu'elle existe au jour de la résolution du litige. Il a été constaté que cette démarche peut être expliquée par la nature de « standard juridique » de la notion d'originalité. La distinction entre la considération du mérite, d'une part, et celle de la valeur commerciale de la chose, d'autre part, en ressort quelque peu floutée. D'une manière générale, une condition de protection non définie, c'est le risque de voir le juge se référer au temps présent et non au moment « passé » de la création de la chose. Toujours est-il qu'avec le critère de la « mise en œuvre du droit », l'interprète ne peut pas espérer donner à une réforme future une solution en accord avec l'exigence universelle de sécurité juridique.

Il a été remarqué que la solution proposée en droit d'auteur peut être rapprochée de celle applicable en droit des marques. C'est à la date à laquelle un tiers supposé contrefacteur a commencé à utiliser les termes litigieux que le juge doit se placer pour apprécier si la marque avait acquis par l'usage un caractère distinctif⁷⁶⁰. Autrement dit, le juge est autorisé à ne pas se référer au jour de la constitution de la situation juridique. Il est alors possible de trouver la cause de ce rapprochement dans la durée du monopole qui peut, dans les deux cas, s'avérer particulièrement longue. Pourtant, l'assimilation n'est pas permise. En droit des marques, le législateur autorise expressément le juge à se placer à une date différente de celle de l'enregistrement de la demande de protection, afin d'apprécier le seul caractère distinctif du signe. Si la loi du 31 décembre 1964 était moins exigeante que la loi du 4 janvier 1991 au regard des conditions de validité du droit⁷⁶¹, le juge n'était pas autorisé, pour autant, à refuser au titulaire le droit d'agir en contrefaçon pour la défense d'un signe qui serait devenu, avec l'entrée en vigueur, d'une faiblesse discriminante. En conclusion, en droit d'auteur, aucune règle particulière n'autorise le juge à considérer une autre époque que celle de la réalisation de la conception de l'auteur. La tâche de l'interprète revient donc à analyser précisément le changement subi par l'ordonnancement juridique quand une loi nouvelle semble modifier les conditions de réservation d'une chose intellectuelle, sans oublier qu'aujourd'hui toute loi nouvelle française sera nécessairement tributaire de la jurisprudence européenne⁷⁶².

⁷⁶⁰ Cass. com., 19 déc. 1998: *PIBD* 1999, III, 88; *Ann. propr. ind.* 1999, p. 186.

⁷⁶¹ C. LE –STANC, *Vigueur des effets : rigueur des conditions* : *Propr. ind.* 2008, repère n° 4.

⁷⁶² V. par exemple, sur les conditions à remplir pour que l'enregistrement d'une marque « de couleur » soit incontestable : CJCE, 6 mai 2003, « Libertel » : *Propr. ind.* 2003, comm. n° 76, obs. P. TRÉFIGNY.

SECTION II / La rétroactivité de la loi nouvelle
 déduite de son application à une situation juridique
 déjà éteinte

207. Une loi nouvelle qui a pour objet de définir les conditions d'extinction d'une situation juridique ne peut pas remettre en question la disparition d'une situation juridique déjà constatée sous l'empire de la loi ancienne. Le doyen ROUBIER pose ce principe afin de reconnaître l'application rétroactive d'une loi nouvelle. Par exemple, un droit de brevet éteint par l'effet d'une déchéance constitue une situation juridique entièrement disparue⁷⁶³. Ce point ne peut pas être remis en question par une loi qui s'applique seulement d'une manière immédiate⁷⁶⁴. De même, la déchéance provoquée par la publicité donnée à un dessin ou modèle, telle qu'elle était encourue sous la loi du 18 mars 1806, est demeurée définitive malgré l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1909 qui supprima cette cause de déchéance⁷⁶⁵. Dans un premier temps seront donnés des exemples de modes d'extinction des situations juridiques rencontrées en droit de la propriété intellectuelle (I). Il s'agira ensuite de s'intéresser, conformément à la présentation de ROUBIER, aux actes ou faits qui ne peuvent causer l'extinction d'une situation juridique en droit de la propriété intellectuelle (II)

*I / L'exemple de modes d'extinction de situations juridiques
 en droit de la propriété intellectuelle*

208. Un droit éteint par un acte de renonciation – Le doyen ROUBIER évoque l'hypothèse de la renonciation à un droit subjectif⁷⁶⁶. Une loi nouvelle qui viendrait remettre

⁷⁶³ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 43, p. 199. La loi du 5 juillet 1844 prévoyait la déchéance du droit de brevet dans l'hypothèse d'un défaut d'exploitation de l'invention.

⁷⁶⁴ Cass. req., 29 juill. 1941: *JCP* 1942, I, 1778, note P. ROUBIER : « En l'absence de toute disposition leur imprimant explicitement ou implicitement un effet rétroactif, les actes législatifs postérieurs qui ont mis en vigueur en France la Convention de la Haye, n'ont pas eu pour effet de restituer à un brevet l'efficacité juridique qu'il a perdue en raison de la déchéance encourue par le breveté pour défaut d'exploitation dans le délai légal, sans légitime d'extinction ».

⁷⁶⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 43, p. 197.

⁷⁶⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 40, p. 181.

en question le fait qu'une manifestation de volonté soit suffisante pour éteindre la situation juridique « titularité du droit de marque » serait rétroactive⁷⁶⁷.

209. Le mécanisme de la priorité interne en droit des brevets - L'article L. 612-3 du Code de la propriété intellectuelle est le fondement du mécanisme dit de la « priorité interne », qui s'assimile en une reformulation des revendications du brevet⁷⁶⁸. Il est possible de considérer que le premier titre de brevet survit à un remaniement de son contenu. Selon le principe proposé par le doyen ROUBIER, une loi nouvelle ne pourrait pas remettre en question la cessation des effets du premier dépôt, déjà constatée sous l'empire du droit antérieur. Si l'intérêt du breveté n'est pas directement perceptible, les tiers seraient assurément protégés par une césure nette entre le droit ancien et le droit nouveau.

210. L'extinction du droit d'usufruit du conjoint survivant de l'auteur - Le droit de l'usufruitier en droit d'auteur prévu à l'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle est conditionné par une absence de second mariage du bénéficiaire. Dès qu'un nouveau contrat de mariage est conclu, la situation juridique « titularité du droit d'usufruit du droit d'auteur » s'éteint automatiquement⁷⁶⁹. Imaginons qu'une loi nouvelle supprime à l'avenir cette obligation de célibat. Le juge ne pourrait pas « valider » un droit d'usufruit déjà éteint sous la loi ancienne. Concrètement, à la même époque, certains usufruitiers pourraient jouir de ce démembrement des droits d'auteurs, alors que d'autres, parce qu'ils se seraient mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ne devraient plus profiter de cet avantage légal. La loi nouvelle ne serait donc pas appliquée d'une manière égalitaire, alors même

⁷⁶⁷ Selon l'article L. 714-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur d'une demande d'enregistrement ou le propriétaire d'une marque enregistrée peut renoncer aux effets de cette demande ou de cet enregistrement pour tout ou partie des produits ou services auxquels s'applique la marque* ». Il s'agit de l'article 24 de la loi du 4 janv. 1991. Le raisonnement est identique lorsque la renonciation a pour objet une demande d'enregistrement. L'acte de renonciation empêche la situation juridique de se former complètement. Il faut aussi noter que la demande de titre a une valeur en elle-même et que le législateur ne pourrait rétroactivement décider une expropriation à son endroit.

⁷⁶⁸ V. l'article 13 bis de la loi du 2 janvier 1968. Il dispose en son alinéa 1^{er} : « *Lorsque deux demandes de brevets sont successivement déposées par le même inventeur ou son ayant cause dans un délai de douze mois au plus, le demandeur peut requérir que la seconde demande bénéficie de la date de dépôt de la première pour les éléments communs aux deux demandes* ». L'alinéa 2 présente les causes d'irrecevabilité de la demande. L'alinéa 3 dispose : « *La délivrance du brevet bénéficiant d'une date de dépôt antérieure en application du présent article emporte cessation des effets attachés au premier dépôt pour ces mêmes éléments* ». Sur requête expresse du déposant lors d'une nouvelle demande de brevet, la protection prendra effet au jour au jour de la première demande liée, alors que celle-ci devient caduque. Le bénéfice de la priorité porte donc sur la naissance du droit. Les nouvelles revendications, si elles ne sont pas antériorisées, seront uniquement protégées à compter de la date de la seconde demande. V. CA Paris, 29 mai 1992 : *D.* 1993. Somm. p. 377, obs. J. SCHMIDT et J.-M. MOUSSERON ; *PIBD* 1992, III, p. 609 ; *Dossiers brevets* 1992-III-I ; INPI communiqué Dir. 28 juill. 1992 : *PIBD* 1992, I, p. 65.

⁷⁶⁹ Un comportement positif est à l'origine de cette extinction.

qu'elle viendrait rétablir l'effectivité du principe de la liberté contractuelle. En effet, le législateur mettrait un terme à la condition de non convol, mais le juge devrait encore faire application de cette restriction de liberté pour une catégorie d'usufruitiers. Une certaine discrimination pourrait logiquement être ressentie par l'usufruitier marié sous l'empire de la loi ancienne⁷⁷⁰. Ce problème est récurrent en droit transitoire lorsque la survie d'un texte antérieur fait obstacle à l'application généralisée d'une loi nouvelle « plus favorable ». Seulement, le compromis reste délicat parce que le respect du principe de ROUBIER permet d'éliminer un risque plus grand, celui de voir le juge et le législateur réécrire d'une manière arbitraire le contenu d'un ordonnancement juridique « passé ».

211. La transformation d'un titre de brevet en certificat d'utilité - Raisonner en termes de « situation juridique déjà éteinte » n'est pas toujours facile. Par exemple, est-il possible d'assimiler la transformation d'un brevet en certificat d'utilité à l'extinction de la situation juridique : « titularité d'un droit de brevet » ?

L'ancien article L. 612-15 du Code de la propriété intellectuelle prévoyait qu'en l'absence de demande d'établissement du rapport de recherche et au terme d'un délai de dix-huit mois à compter du dépôt ou de la date de priorité, la « *transformation [serait] prononcée d'office dans les conditions fixées par voie réglementaire* »⁷⁷¹. Une ordonnance du 11 décembre 2001⁷⁷² a abrogé la faculté offerte au breveté de reporter dans le temps la réalisation du rapport de recherche. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire que seul un délai a disparu avec la loi nouvelle. La transformation automatique du titre de brevet n'a plus lieu d'être parce que le certificat d'utilité n'existe plus. Que est l'intérêt de classer l'hypothèse de l'article L. 612-15 du Code de la propriété intellectuelle au sein d'une étude consacrée aux situations juridiques définitivement éteintes ?

Si le brevet a été automatiquement transformé sous la loi ancienne en certificat d'utilité, la loi nouvelle ne peut plus revenir sur cette extinction. Dans le cas contraire, le juge violerait l'article 2 du Code civil.

⁷⁷⁰ Pourtant, d'un point de vue normatif, la loi ancienne devait être observée à cette époque. L'usufruitier devait adapter son comportement à la norme en vigueur au jour de son second mariage.

⁷⁷¹ V. l'alinéa 2. En utilisant l'analyse structurale de la règle, il faudrait écrire : En cas d'absence de demande d'établissement du rapport de recherche pendant un délai de dix-huit mois (A) alors (i) le titre de brevet est transformé en certificat d'addition (B).

⁷⁷² Ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008.

212. L'épuisement des droits de propriété intellectuelle - L'analyse transitoire de l'apparition d'une nouvelle cause d'extinction de la situation juridique se révèle parfois compliquée par l'origine européenne des règles nouvelles. Par exemple, l'article L. 513-8 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'ordonnance du 25 juillet 2001, évoque l'épuisement du droit de distribution⁷⁷³. La notion d'épuisement semble postuler en elle-même l'écoulement d'une certaine durée. En réalité, un seul acte de commercialisation suffit à provoquer l'extinction du droit de distribution. La disparition de la situation juridique observée présente alors une nature instantanée. Comme cet épuisement est seulement communautaire et ne concerne que le droit de distribution, la situation juridique s'écrit de la manière suivante : « titularité du droit de distribution dans le cadre de la communauté européenne ». Il ne s'agit donc pas, à strictement parler, d'une cause d'extinction de la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». Pour Monsieur PASSA⁷⁷⁴, cette inscription dans la loi interne ne fut pas très utile, sauf à des fins pédagogiques. Autrement dit, la règle existait déjà en droit français par l'effet de la jurisprudence de la CJCE⁷⁷⁵. Le raisonnement transitoire est donc parasité par cette idée selon laquelle la loi nationale n'apporte pas une réelle nouveauté.

L'analyse transitoire est aussi rendue difficile lorsque la qualification d'un acte réalisé au moyen d'un réseau internet peut recevoir des interprétations divergentes. Par exemple, le droit des bases de données distingue selon la « méthode de distribution » choisie. L'article L. 342-4 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁷⁶ évoque l'épuisement d'un droit de contrôle de la revente d'une copie matérielle d'une base de données. En considérant la situation juridique « titularité d'un droit de distribution sur une base de données », celle-ci trouve une condition d'extinction dans l'acte suivant : « *première vente dans le territoire d'un État membre de la Communauté de la copie matérielle de la base* »⁷⁷⁷. L'alinéa 2 de l'article L. 342-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Toutefois, la transmission en ligne d'une base de données n'épuise pas le droit du producteur de contrôler la revente dans tous les États*

⁷⁷³ La règle de l'épuisement des droits figurait déjà à cette date en droit des brevets et en droit des marques. Sur ce point, le droit des dessins et modèles se rapproche d'un régime commun à tous les droits de propriété industrielle.

⁷⁷⁴ J. PASSA, *op. cit.*, n°755, p. 713

⁷⁷⁵ CJCE, 14 sept. 1982 : Rec. p. 2853 : *RTD eur.* 1984, p. 316, obs. G. BONET.

⁷⁷⁶ V. L'article 5 de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998. « *La première vente d'une copie matérielle d'une base de données sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, par le titulaire du droit ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie matérielle dans tous les États membres* ».

⁷⁷⁷ À moins qu'il ne faille considérer que la situation juridique s'écrit de la manière suivante « titularité d'un droit de distribution sur une copie matérielle de la base de données » et que la cause d'extinction consiste en cette première vente de la copie en question.

membres d'une copie matérielle de cette base ou d'une partie de celle-ci ». En somme, la situation juridique « titularité d'un droit de distribution sur une copie matérielle d'une base de données » n'est pas éteinte par un acte de transmission en ligne de cette base. Imaginons que le législateur abandonne cette solution. La transmission en ligne de la base serait désormais en mesure de provoquer l'extinction du droit de distribution. Cette loi ferait d'un acte « neutre » au regard de l'existence de la situation juridique, un acte conduisant à l'extinction de celle-ci. En appliquant le principe de ROUBIER, seules les transmissions en ligne de la base réalisées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourraient avoir pour conséquence d'éteindre la situation juridique. Cependant, une transmission numérique réalisée sous le droit antérieur pourrait toujours être constatée au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le fait que la base soit en ligne à cette date a-t-il une importance ?

Le cas échéant, il serait possible de considérer que le droit de distribution s'est éteint immédiatement à partir de l'entrée en vigueur de la réforme. En réalité, l'interprète devra se focaliser sur ce problème de qualification posé par la technique des réseaux numériques.

Il est possible de noter que la notion de « situation juridique déjà éteinte » perdrait de son utilité, si la loi nouvelle pouvait se réduire à l'apport d'une réponse à une jurisprudence antérieure. Par exemple, en droit d'auteur⁷⁷⁸, l'idée a été développée d'un droit de divulgation qui trouve à s'exercer chaque fois que l'œuvre est divulguée selon des modalités auxquelles l'auteur n'a pas consenti au titre de son droit moral. Cependant, cette image d'un droit de divulgation constamment « renouvelable » au profit de l'auteur a été critiquée en doctrine⁷⁷⁹. Pour la Cour de cassation, le droit de divulgation s'épuise au premier usage. Il est alors possible de dire que la situation juridique « titularité du droit de divulgation » s'éteint immédiatement à cet instant précis⁷⁸⁰. Imaginons une loi nouvelle qui viendrait contredire cette jurisprudence et consacrer une opposabilité renforcée du droit de divulgation. Selon le principe du doyen ROUBIER, la loi nouvelle ne pourrait pas revenir sur un droit de divulgation déjà éteint. C'est-à-dire qu'à la même époque, certains auteurs ne pourraient plus arguer de leur droit de divulgation en justice, quand leurs contemporains pourraient multiplier les contentieux sur ce fondement⁷⁸¹. Certes, les conditions de la divulgation devraient à chaque

⁷⁷⁸ V. par ex. TGI Paris, 19 mai 2009 : *Propriété intellectuelle*, 2009, n° 33, p. 371, A. LUCAS. Les juges considèrent que le droit de divulgation est épuisé par le premier usage qui en a été fait par l'auteur.

⁷⁷⁹ Le droit de divulgation ferait double emploi avec le monopole d'exploitation. En effet, tout dépassement des limites dessinées par la cession constituerait une violation du droit de divulgation. Cela conduirait à limiter l'utilisation par le public des œuvres tombées dans le domaine public.

⁷⁸⁰ En analysant la divulgation en un fait unique et indivisible, il est facile de déterminer la date exacte de l'extinction du droit de divulgation.

⁷⁸¹ Dans le cas où la demande fondée sur une violation du droit patrimonial semblerait mal engagée, il serait toujours possible d'invoquer une violation du droit de divulgation.

fois être différentes, mais cette solution ne favoriserait pas un accès égalitaire au juge parce qu'une grande partie des auteurs serait privée d'un avantage procédural majeur⁷⁸². Le juge pourrait alors être tenté d'appliquer la loi nouvelle dans tous les litiges ultérieurs⁷⁸³, c'est-à-dire peu important la date de création et de divulgation de l'œuvre. En somme, la justification de cette application généralisée de la loi nouvelle s'appuierait sur la nature de la loi nouvelle, conçue comme un revirement de jurisprudence.

II / Les faits ou actes qui ne peuvent pas provoquer l'extinction d'une situation juridique en droit de la propriété intellectuelle

213. Présentation - ROUBIER explique : « *Les faits qui n'ont pas déterminé la constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique d'après la loi en vigueur au jour où ils se sont produits, ne peuvent, en vertu d'une loi nouvelle, être considérés comme ayant entraîné cette constitution (ou cette extinction) sans qu'il y ait rétroactivité* »⁷⁸⁴. Dans ce cas de figure, pour le doyen HÉRON, il faut considérer la règle : (A) n (B)⁷⁸⁵. Cette règle est utilisée par le juge pour débouter un demandeur. La principale difficulté en ce domaine est la suivante : la règle n'apparaît pas dans le texte de loi, elle reste le plus souvent implicite. La seule modification dont elle est susceptible s'écrit de cette manière : (A) i (B). Par exemple, il est implicite que le titre de brevet offre une sorte d'immunité à l'invention, toute divulgation postérieure à la date de dépôt de la demande d'enregistrement (A) ne produira aucun effet (n (B)). Le législateur, à l'avenir, ne peut que renverser cette neutralité.

214. L'absence d'exploitation des utilités de la chose – Il ne fut jamais question de considérer le défaut d'exploitation d'un dessin ou modèle comme une renonciation implicite au droit exclusif. En cela, l'histoire du droit des dessins et modèles se sépare nettement de celle du droit des brevets. Ni le législateur, ni le juge ne pouvait faire obligation à un

⁷⁸² La question peut se poser de savoir s'il existe ou non un droit « à » la divulgation. L'autorisation devrait être donnée à chaque fois que la divulgation présente certaines caractéristiques uniques. Comme dans tout domaine juridique, la présence de droits « à » en propriété intellectuelle peut être un facteur de multiplication des contentieux. V. CA Paris, 10 avr. 1995 : *RIDA* oct. 1995, p. 316. Il est affirmé qu'il n'existe pas, en faveur du créateur, de droit « à » la divulgation.

⁷⁸³ B. EDELMAN, *Le droit de divulgation remis à l'honneur, (à propos de Cass. 1^{ère} civ. 25 mars 2010 « Levinas »)* : D. 2010, p. 1599.

⁷⁸⁴ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 44, p. 200.

⁷⁸⁵ J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, article précité*, n° 61, p. 281.

industriel de continuer la fabrication d'articles « passés de mode ». En transposant le principe proposé par le doyen ROUBIER, une réforme sur ce point ne pourrait en aucune façon donner un effet extinctif du droit à une période d'inexploitation constatée sous le droit antérieur.

215. La tolérance du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle au regard de la commission d'actes de contrefaçon - En droit de la propriété intellectuelle, l'apparence d'un comportement tolérant du titulaire du droit face à la commission par un tiers d'actes de contrefaçon ne produit aucun effet juridique. En d'autres termes, le contrefacteur n'est pas autorisé à se prévaloir d'une erreur commune qui serait commise par le titulaire du droit. En droit d'auteur, les juges ont pu affirmer que « *La renonciation à un droit ne peut être tacite ; la tolérance du titulaire de droits d'auteur à l'égard d'un contrefacteur ne lui fait pas perdre ses droits* »⁷⁸⁶. Dans l'histoire du droit des brevets, la question s'est posée de savoir si la tolérance du breveté à l'égard d'actes de contrefaçon pouvait être une cause de déchéance de son droit⁷⁸⁷. Imaginons une loi nouvelle qui viendrait donner quelque effet juridique à une négligence caractérisée du titulaire du droit dans la défense de ses prérogatives. Seul le comportement observé après l'entrée en vigueur de la loi pourrait provoquer l'extinction de la situation juridique. Il reviendrait donc au juge la tâche de différencier le régime juridique de la négligence du titulaire du droit dans la défense de son monopole constaté avant l'entrée en vigueur, du comportement qui serait observable après cette date. Quand on sait que l'apparence est une représentation fautive de la réalité qui est plus proche d'un « ressenti global » que d'une analyse stricte des éléments factuels, l'utilisation du principe de ROUBIER est alors en contradiction avec cette tentation du juge de donner à la loi nouvelle un champ d'application temporel étendu.

⁷⁸⁶ CA Paris, 17 févr. 1994 : *PIBD* 1994, III, p. 308.

⁷⁸⁷ Trib. cass., 28 nivôse an XI : *Rec. Sirey* an XI, I, p. 743. Il convenait de « *savoir si la jouissance paisible pendant dix années* » des prévenus « *opérait une prescription contre les privilèges* ». Les inventeurs formèrent un pourvoi en cassation, ils estimèrent que le tribunal d'appel de Paris avait excédé son pouvoir « *en prononçant une espèce de déchéance, ou renonciation présumée, pour une cause qui n'est pas comprise dans les cas de déchéance prévus par l'article 16 de la loi du 7 janvier 1791* ». Le tribunal de cassation cassa l'arrêt d'appel et statua au regard de la loi de 1791. Il fut déclaré que « *cette loi ne place point au nombre des cas de déchéance celui auquel l'inventeur privilégié aurait souffert pendant plusieurs années que d'autres personnes se servissent de son procédé* ». En somme, si la tolérance de l'inventeur ne pouvait pas entraîner la déchéance de son droit, c'était en raison du fait que cette cause n'était pas prévue par la loi. Le juge ne pouvait prononcer une déchéance sans texte. Force est de constater qu'une certaine continuité entre les privilèges anciens et le régime nouveau apporté en 1791 permettait au juge d'invoquer la loi nouvelle. Il n'avait été faite aucune référence à une conversion du privilège ou à l'accomplissement de formalités postérieures. Seul le tribunal d'appel de Paris constatait que l'inventeur avait souffert de la fabrication d'objets similaires à l'objet protégé « *depuis la cessation du régime révolutionnaire* ». La doctrine de l'époque confirme cette jurisprudence puisque NOUGUIER écrit : « *L'inventeur privilégié qui aurait, pendant plusieurs années, souffert que des tiers se servissent de son procédé breveté, ne serait pas présumé avoir fait l'abandon de son droit exclusif* ». L. NOUGUIER, *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, op. cit., n° 9, p. 11

216. L'indifférence d'une exploitation prohibée de certains produits ou services sur la validité du droit de marque - Aujourd'hui, il est acquis qu'une marque ne peut être annulée comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, pour la seule raison que le titulaire ne dispose pas de l'autorisation requise pour offrir les services couverts par l'enregistrement⁷⁸⁸. Il s'agit d'appliquer un principe d'indépendance de la marque, principe d'ailleurs conforme à sa nature de signe distinctif⁷⁸⁹. Selon le système proposé par le doyen ROUBIER, le juge ne pourrait pas remettre en cause une période antérieure de validité du droit de marque sans donner à la loi nouvelle une application rétroactive.

217. Conclusion de la Section II –La proposition de ROUBIER de distinguer nettement les actes ou faits qui ne peuvent provoquer l'extinction d'une situation juridique est utile. En effet, elle encourage toujours l'interprète à rechercher l'écriture exacte de la règle antérieure, même restée implicite. Cette démarche préalable est nécessaire au regard de l'exigence de sécurité juridique. Il convient à présent de déduire la rétroactivité de la loi nouvelle d'une remise en cause *a posteriori* d'effets juridiques déjà réalisés sous l'empire du droit antérieur.

SECTION III / La rétroactivité de la loi nouvelle
déduite de son application aux effets juridiques déjà
réalisés d'une situation juridique

218. Présentation – Le doyen ROUBIER⁷⁹⁰ affirme que les effets d'une situation juridique déjà réalisés sous l'empire d'une loi antérieure ne peuvent pas être atteints par une loi nouvelle. Il est expliqué⁷⁹¹ : « *La loi qui gouverne les effets d'une situation juridique ne peut, sans rétroactivité, atteindre les effets qu'une situation juridique de cette sorte avait produits sous la loi antérieure, qu'il s'agisse d'ailleurs de modifier, d'accroître ou de*

⁷⁸⁸ V. TPICE, 13 sept. 2005 : *Prop. ind. nov.* 2005, comm. n° 87, obs. A FOLLIARD-MONGUIRAL. Par exemple, les marques « Vidéos X » et « Magazine du film X » sont valables, parce que les activités réglementées qu'elles désignent ne sont pas de nature à réduire la portée du droit de marque. CA Paris, 17 oct. 1995 : *Jurisdata* n° 1995-024073.

⁷⁸⁹ Le nom de domaine obéit au même principe. « Désir sexe » peut valablement désigner un site internet : CA Paris, 19 oct. 2005, Valognes : *Comm. com. élect.* 2005, comm. n° 5, note C. CARON. Au contraire, penser le droit de marque comme susceptible de servir de sanction à la réglementation sur des produits ou services reviendrait à le confondre avec un outil de répression contre la fraude.

⁷⁹⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 45, p. 204.

⁷⁹¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 45, p. 205.

diminuer ces effets ». Très simplement, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle pendant une certaine période de temps ne peut fictivement se trouver anéantie par l'application d'une loi nouvelle. De plus, la légitimité d'actes d'exploitation accomplis par le titulaire du droit ne peuvent être remis en cause sous prétexte de l'entrée en vigueur d'une réforme.

219. La remise en question d'un délai de procédure déjà écoulé - L'article L. 612-18 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Lorsque le fonctionnement normal des communications est interrompu, un décret qui prendra effet à compter du jour de l'interruption peut suspendre les délais à l'égard de l'Institut national de la propriété industrielle pendant toute la durée de cette interruption* ». Le décret en question a un caractère rétroactif parce que sa date d'application est fictivement reportée dans le temps à une date antérieure à son entrée en vigueur. C'est une faveur qui est faite à toutes les personnes qui accomplissent des formalités de dépôt. Deux décrets ont déjà été pris dans ce cas de figure⁷⁹². L'article L. 612-18 du Code de la propriété intellectuelle décrit-il la remise en question *a posteriori* des effets déjà réalisés d'une situation juridique ?

Le législateur prévoit que l'écoulement d'un délai d'une nature procédurale pourra fictivement être réputé suspendu⁷⁹³. La durée de suspension devra être déterminée par un décret puisqu'il faudra la « calquer » sur la durée de paralysie effective du fonctionnement des communications. Le législateur encourage donc une rétroactivité de nature réglementaire. En effet, le décret prévu à l'article L. 612-18 du Code de la propriété intellectuelle aménage *a posteriori* une période de suspension du délai. Autrement dit, la durée figurant au sein du présumé de la règle est fictivement allongée⁷⁹⁴. Or, pour le doyen HÉRON, la réécriture du présumé d'une règle juridique conduit toujours à une application rétroactive de celle-ci.

Ici, le législateur a pour objectif d'éviter au déposant de subir une sanction injuste. Précisément, il intervient pour que ne soit pas assimilé à un comportement négligent, une impossibilité insurmontable d'accomplir les éléments nécessaires à la procédure d'enregistrement. L'interruption des services de communication pour cause de grève est un

⁷⁹² V. décret n° 89-204 du 4 avril 1989 et décret n° 96-460 du 23 mai 1996.

⁷⁹³ Lorsque la chose intellectuelle est une invention, entre la date de sa création et celle de la délivrance du titre de brevet, la situation juridique « titularité d'un droit de brevet » est en cours de formation. Le délai légal prévu pour accomplir toutes les formalités de dépôt concerne donc la période de formation de la situation juridique. Au respect de ce délai est attaché une sanction : le rejet de la demande. Comme pour les prescriptions, l'effet juridique de la règle procédurale se situe à l'arrivée de l'échéance.

⁷⁹⁴ La règle s'écrit : *si* le demandeur n'a pas accompli toutes les formalités pour le dépôt valable d'une demande de brevet avant l'écoulement du délai prévu (A D), *alors* (i) sa demande est rejetée (B). Le mécanisme s'assimile à la sanction d'un comportement négligent qui s'est imposé dans le temps.

cas de force majeure qui appelle une solution dérogatoire à l'article 2 du Code civil. En somme, le législateur rétablit d'une manière équitable les chances du déposant d'obtenir la délivrance d'un titre de brevet.

220. Les situations juridiques dont les effets sont en eux-mêmes rétroactifs – Le doyen ROUBIER évoque au sein de développements consacrés aux « *lois relatives aux effets d'une situation juridique* » des situations juridiques « *affectées d'un caractère rétroactif, c'est-à-dire dont la création entraîne des effets dans le passé* »⁷⁹⁵. La situation juridique en question produit des effets qui « remontent » à une date antérieure à sa constitution. L'exemple type est le partage et son effet déclaratif⁷⁹⁶. ROUBIER présente la manière dont il faut les apprécier en droit transitoire⁷⁹⁷. La loi relative aux effets rétroactifs d'une situation juridique obéit « *aux règles des situations ordinaires, c'est-à-dire qu'elle doit, à peine de rétroactivité, respecter les effets juridiques produits avant son entrée en vigueur* »⁷⁹⁸. En droit de la propriété intellectuelle, il est possible de penser à l'article L. 613-1 du Code de la propriété intellectuelle, propre au droit des brevets. Celui-ci dispose : « *Le droit exclusif d'exploitation mentionné à l'article L. 611-1 prend effet à compter du dépôt de la demande* ». La protection naît au jour de la demande, ce qui permet à l'inventeur ou à son ayant-cause de commercialiser au plus tôt l'invention et de ne pas attendre que la procédure d'enregistrement aboutisse. L'obtention du brevet entraîne donc une application rétroactive du monopole. Imaginons une réforme qui viendrait ôter l'effet rétroactif des délivrances de brevet. L'actuel article L. 613-1 du Code de la propriété intellectuelle serait remplacé par une règle qui s'écrirait ainsi : « *le droit exclusif d'exploitation mentionné à l'article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle prend effet à compter de la délivrance du titre.* » La question transitoire

⁷⁹⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 46, p. 205.

⁷⁹⁶ Les « *hypothèses* » à considérer seraient alors les suivantes : « *outre celles qui se produisent à l'intérieur d'un contrat, du fait de la survenance d'une cause de résolution rétroactive, celles dont les effets se trouvent reportés à une date antérieure par le caractère déclaratif d'un acte, comme la reconnaissance d'enfant naturel, dont les effets remontent jusqu'au jour de la naissance (ou de la conception) de l'enfant, le partage dont l'effet déclaratif retentit sur toute la période d'indivision, l'acceptation d'une succession dont les effets remontent au décès du de cuius, etc...* »

⁷⁹⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 46, p. 206. « *Pour savoir de quelle manière s'appliquent dans le temps les lois nouvelles relatives à ces situations juridiques, il nous faut reprendre la distinction précédemment posée entre les lois relatives aux effets de la situation juridique et les lois relatives aux modes de création de ces situations* ».

⁷⁹⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 46, p. 206. L'auteur donne l'exemple de la loi venue dispenser de la publicité immobilière l'hypothèque légale de la femme mariée. Il fallait désormais s'attacher à la qualité de la créance pour déterminer le rang de la sûreté. Les droits des créanciers inscrits avant l'entrée en vigueur de la loi ne devaient pas être atteints par la réforme, « *la dispense de publicité ne pouvait porter effet qu'à la date de l'entrée en vigueur du Code (...)* ». Les créanciers antérieurement inscrits ne pouvaient pas se voir imposer un reclassement de leur rang en fonction de la qualité de leur créance. En somme, la procédure d'inscription de l'hypothèque donne lieu à une situation juridique à effets rétroactifs. Le raisonnement de l'interprète face à une loi nouvelle ayant pour objet de modifier les conditions d'acquisition de la sûreté ne diffère pas de celui postulé par toute loi nouvelle venue modifier les conditions de formation d'une situation juridique quelconque.

serait la suivante : toutes les délivrances opérées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle devront-elles être privées de tout effet rétroactif ?

Respecter les effets juridiques rétroactifs déjà réalisés, revient à interdire au juge la possibilité de retirer aux délivrances effectuées dans le passé leur effet rétroactif. L'application de la loi nouvelle à toutes les délivrances octroyées après l'entrée en vigueur ne constituerait qu'une application immédiate du texte de loi⁷⁹⁹. Autrement dit, le principe proposé par ROUBIER ne permettrait pas d'assurer au breveté une conservation de la loi en vigueur au jour de son dépôt. Il est certain que cette application de la loi nouvelle porterait atteinte aux prévisions légitimes du déposant. En effet, ce dernier peut avoir débuté l'exploitation de son invention et craindre désormais que des tiers lui opposent une perte de nouveauté de la création. Pour cette raison, les juges pourraient être tentés de reconnaître un « droit acquis » à la rétroactivité de la délivrance du titre, sur le fondement de l'équité. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que la demande de réservation par un droit de brevet produit elle-même des effets juridiques. Il faudrait alors espérer que le législateur insère une disposition transitoire, permettant de sauvegarder les espérances légitimes du déposant. Une appréciation *in concreto* de ses attentes pourrait être assurée sur le fondement du respect de la confiance légitime.

Considérons un autre exemple. En droit des brevets, la loi du 4 août 2008 ouvre la possibilité au déposant français de limiter à tout moment la portée de son titre, en modifiant une ou plusieurs revendications. L'alinéa 3 de l'article L. 613-24 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Les effets de la renonciation ou de la limitation rétroagissent à la date de dépôt de la demande de brevet* »⁸⁰⁰. L'effet rétroactif de la limitation des revendications consiste en ce que le breveté ne peut plus opposer aux tiers le monopole tel qu'il était pourtant déterminé au départ⁸⁰¹. D'une manière fictive, les prérogatives du breveté doivent être considérées comme ayant toujours répondu à cette dernière rédaction. Au regard

⁷⁹⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 46, p. 206. Le doyen donne l'exemple d'un droit antérieur qui ne connaissait pas l'effet déclaratif du partage. Un droit nouveau lui succède et il impose cet effet à l'acte de partage. La question était de savoir si la loi nouvelle devait être appliquée à tous les partages effectués sous la loi nouvelle, quand bien même l'effet rétroactif remonterait à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme. ROUBIER approuve la position des juges qui consiste à ne donner un effet rétroactif au partage qu'à compter du jour où la loi nouvelle a commencé à régir l'indivision. Ce report de l'application de la loi nouvelle à la conclusion ultérieure d'une convention d'indivision devrait alors postuler, dans le cas de figure qui nous intéresse, que l'application immédiate de la loi à privilégier devrait être celle qui ne concerne que les dépôts à venir. Donner d'une manière inédite des effets rétroactifs à une situation juridique existante devrait recevoir la même analyse transitoire que *supprimer* d'une manière inédite les effets rétroactifs d'une situation juridique existante.

⁸⁰⁰ Le paiement d'une redevance est nécessaire pour la mise en œuvre de cette faculté. Cette dernière information permettra d'ailleurs à l'interprète de « figer » très simplement dans le temps l'exercice de la faculté légale en question ainsi que l'obligation née en contrepartie à la charge de son bénéficiaire.

⁸⁰¹ Ce qui retient l'attention est ici l'effet rétroactif de cette décision de limiter les revendications. Dans une réflexion sur les droits acquis, une distinction avait été faite avec les facultés légales. La loi nouvelle qui viendrait supprimer cette faculté devrait s'appliquer immédiatement, sans que les brevetés puissent arguer d'un droit acquis à limiter l'étendue des revendications de départ.

d'une réforme éventuelle, l'application du principe de non rétroactivité exige que ces effets rétroactifs ne soient pas remis en cause *a posteriori* par le juge.

221. Conclusion de la Section III – La rétroactivité d'une loi nouvelle devrait pouvoir être déduite d'une remise en question *a posteriori* des effets d'une situation juridique. Cette configuration se retrouve en droit de la propriété intellectuelle, dès lors qu'il s'agit d'interdire au juge toute remise en question d'un acte valable d'exploitation de la chose réservée. La notion de « situation juridique à effets rétroactifs », proposée par le doyen ROUBIER a été aperçue en droit de la propriété intellectuelle. Certes, il s'agit toujours d'encourager une analyse détaillée de tous les termes d'un problème transitoire. Il convient tout de même de remarquer que cette présentation est bien complexe.

222. Conclusion du Sous-titre I – Les principes généraux du droit transitoire permettent de reconnaître facilement l'application rétroactive d'une loi nouvelle. Il convient d'isoler, dans chaque domaine de la propriété intellectuelle, les conditions de constitution d'une situation juridique. L'interprète devra toujours retenir la loi en vigueur au jour de la formation de la situation juridique, afin de respecter le principe de non rétroactivité issu de l'article 2 du Code civil. La jurisprudence célèbre du 18 juillet 2000, rendue dans le domaine du droit d'auteur, postule une mise à l'écart du principe proposé par le doyen ROUBIER. En effet, la loi en vigueur au jour de la réunion des conditions de formation de la situation juridique n'a pas été choisie par le juge. Retenir une autre loi relève d'une démarche qui n'est pas en accord avec cette doctrine. Peu importe d'ailleurs que la règle nouvelle soit en vigueur au jour de l'acte commis par un tiers non autorisé, au jour de la saisine du juge ou au jour de la résolution définitive du litige.

Sous-titre II / L'APPLICATION RÉTROACTIVE DES NORMES NOUVELLES JUSTIFIÉE PAR UNE QUALIFICATION SPÉCIFIQUE DE LA LOI

223. Il convient de commencer par la qualification qui est l'objet d'un grand consensus en droit transitoire. Cette qualification a une origine légale et ses conditions de reconnaissance semblent donc plus stables. Il s'agit des « lois pénales plus douces ». La seconde qualification juridique qui est attachée à une loi nouvelle et qui permet au juge d'appliquer ses dispositions sans observer la limite de l'article 2 du Code civil est celle de « loi interprétative ». L'instabilité de cette dernière qualification contraste alors avec la première. Seront étudiées les lois pénales plus douces (**Chapitre I**), puis les lois interprétatives (**Chapitre II**).

Chapitre I / LES LOIS PÉNALES PLUS DOUCES

224. Il est certain que le principe de non-rétroactivité s'impose au législateur en matière pénale. C'est en ce sens que certains auteurs affirment simplement que la loi en vigueur au moment de l'infraction doit régir toute la répression qui s'ensuit⁸⁰². La solution est ancienne. Si la rétroactivité des lois plus douces n'était consacrée par aucun texte de l'ancien Code pénal⁸⁰³, des applications de ce principe étaient déjà présentes dans un décret du 23 juillet 1810⁸⁰⁴. Pour le doyen ROUBIER, il faudrait appliquer toutes les lois nouvelles, tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue. Par exception, lorsque la règle nouvelle est

⁸⁰² G. LEVASSEUR, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in *Mélanges Jean CONSTANT*, Liège, p. 189 et s., spéc. n° 8, p. 196. L'auteur utilise alors la notion de « postactivité » pour décrire ce qui devrait être « la règle générale normale ».

⁸⁰³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, précis Dalloz, 20^{ème} éd., droit privé, 2007, n° 152, p. 151.

⁸⁰⁴ Décret du 23 juillet 1810 relatif à la publication des Codes criminels, article 6 : « Si la nature de la peine prononcée par notre nouveau Code était moins forte que celle prononcée par le Code actuel, les cours et tribunaux appliqueront les peines du nouveau Code ». V. A. CHAUVEAU et H. FAUSTIN, *Théorie du Code pénal*, t. 1^{er}., Bruxelles, 1837.

« plus sévère » que la précédente, la loi ancienne pourra être sauvegardée⁸⁰⁵. Il convient de noter que ROUBIER refuse qu'un sort transitoire particulier soit réservé aux lois pénales⁸⁰⁶. Pour Monsieur FLEURY-LE-GROS, il faut voir dans l'article 112-2 du Code pénal une « règle instrumentale de conflit » qui serait posée d'une manière permanente⁸⁰⁷. En ce sens, cette règle a pour objet d'éviter la survenance d'un conflit de manière systématique lors de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Pour le doyen HÉRON⁸⁰⁸, les faits répréhensibles forment le présupposé de la règle et la sanction attachée à la commission des faits en constitue la conséquence. Il faut rappeler que la catégorie des « lois pénales plus douces » a pu être critiquée⁸⁰⁹. En ce sens, le principe de l'application immédiate devrait recevoir une application universelle, sans que la nature pénale ou civile de la loi revête une importance particulière. Cependant, dans tous les cas, le juge doit refuser l'application immédiate des lois « plus sévères » sur le fondement du principe de la légalité des délits et des peines. *A priori*, il ne devrait pas être difficile de retrouver en droit de la propriété intellectuelle des décisions relatives à la force changeante de la sanction pénale applicable lors d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁸¹⁰. Dès ce stade, il faut toutefois remarquer qu'en droit de la

⁸⁰⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 97, p. 522 : « dans l'intervalle entre l'infraction et le jugement, la situation juridique doit subir l'effet des lois nouvelles, toutes les fois qu'elles ne sont pas plus rigoureuses que les précédentes, la connexion du régime de l'action et du régime du droit impose de donner effet (...) aux lois nouvelles, du moment qu'elles ne sont pas plus sévères que les anciennes ». L'exemple est donné d'une loi nouvelle qui viendrait supprimer la nécessité d'une plainte pour poursuivre une infraction donnée. Elle donnerait « une liberté d'agir » au ministère public. Si cette dernière entrait en vigueur après la commission de l'infraction, « cette loi n'aurait pas d'effet vis-à-vis des infractions antérieures ; en effet, en diminuant les conditions posées à l'exercice de l'action, elle est incontestablement plus sévère pour le délinquant ». P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 97, p. 523. Est cité : Cass. civ., 9 nov. 1905, *Pand. fr.*, 1906, I, 238.

⁸⁰⁶ ROUBIER présente le principe de la non-rétroactivité des lois comme un principe universel, est niée la plus grande dangerosité de la rétroactivité en droit pénal. L'article 2 du Code civil ne faisant aucune distinction selon la nature de la loi nouvelle, le doyen explique : « On ne peut [donc] mettre en doute que les rédacteurs du Code civil ont entendu viser, dans l'article 2 du Code civil, aussi bien la non-rétroactivité des lois pénales que celle des lois civiles ». De la sorte, le principe de non-rétroactivité des lois pénales ne serait pas fondé sur des raisons propres à cette discipline. L'auteur nie l'utilité d'isoler les lois pénales plus douces pour fonder un choix systématique de la rétroactivité. Il s'agirait seulement de constater le caractère « constitutif » du jugement pénal. Entre la commission de l'infraction et le jugement, il faudrait constater une situation juridique « en cours de constitution ». La peine ne peut être prononcée que par le juge et c'est en considérant cette certitude que ROUBIER en conclut qu'il faut y voir une situation juridique qui ne devient définitive qu'au jour du jugement. P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 88, p. 450. Pour LEVEL la règle de la rétroactivité *in mitius* n'est pas une règle de conflit, mais une norme substantielle. C'est-à-dire qu'il ne s'agirait pas réellement d'appliquer une règle propre au droit transitoire : P. LEVEL : *op. cit.*, n° 175, p. 321.

⁸⁰⁷ P. FLEURY-LE-GROS, *op. cit.*, n° 242, p. 109.

⁸⁰⁸ J. HÉRON, *op. cit.*, n° 92, p. 85 L'application dans le temps des lois d'incrimination permet alors à l'auteur de dégager la définition de l'« application générale » de la loi nouvelle. Il s'agit de choisir le dernier élément du présupposé pour déterminer la loi applicable. Au contraire, la survie de la loi ancienne se définit comme le choix du premier élément du présupposé.

⁸⁰⁹ G. MARTY, *À propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces, de l'effet de la modification ou de l'abrogation des décisions réglementaires taxant les prix*, in *Mélanges Joseph MAGNOL*, Sirey 1948, préf. de J. MAURY, p. 297 et s., spéc. p. 306.

⁸¹⁰ V. par exemple : CA Dijon, 12 janv. 1990 : *PIBD* 1990, III, 342 : « Attendu que la peine de 60 000 francs d'amende prononcée contre M. Y. par les premiers juges doit être réformée en ce que les faits ont été commis antérieurement au 30 avril 1985, l'amende par laquelle était alors sanctionnée le délit de contrefaçon, en application de l'article 425 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 11 mars 1957, ne pouvait être supérieure à 20 000 francs ».

propriété intellectuelle, il n'est pas toujours évident d'identifier la naissance d'un nouveau délit⁸¹¹. Dans l'idéal, il faudrait savoir dans quelle mesure les sanctions que l'on retrouve en droit de la propriété intellectuelle peuvent être assimilées à des peines au sens de l'article 8 de la DDHC ou à des accusations pénales au sens de l'article 6-1 de la CEDH.

De prime abord, il faut remarquer que le droit de la propriété intellectuelle peut parfois laisser penser qu'il existe une place pour les « délits naturels » (**Section I**). Il s'agira ensuite d'identifier les lois « plus douces » de cette discipline (**Section II**). Des applications du principe de l'interprétation stricte de la norme pénale seront découvertes (**Section III**). Il conviendra également de souligner que le domaine de réflexion doit toujours être restreint aux sanctions ayant le caractère d'une punition (**Section IV**). Sera évoquée la tentation du juge d'étendre le principe de la rétroactivité *in mitius* à d'autres dispositions qui ne sont pas de nature pénale (**Section V**). En dernier lieu, il s'agira de réunir toutes les difficultés que l'interprète peut rencontrer en utilisant cette qualification de « loi pénale plus douce » (**Section VI**).

SECTION I / La question des délits naturels

225. En droit de la propriété intellectuelle, la contrefaçon semble reprendre une incrimination presque naturelle : le vol de la chose d'autrui ou l'atteinte au bien d'autrui d'une manière générale. M. BOULOC⁸¹² rappelle que le législateur, en déterminant les faits contraires à l'intérêt social, peut être guidé par « *certaines principes de morale respectés en tous temps et en tous lieux* ». Il s'agirait alors d'organiser la répression des « *délits naturels* » qui ont pour particularité d'être « *indépendants de la structure d'une société* »⁸¹³. Par

⁸¹¹ V. par exemple : H. DESBOIS, *La photographie et le droit d'auteur* : D. 1960, chron. p. 35, spéc. p. 38. Toutes les photographies recevaient une protection avec la loi nouvelle du 11 mars 1957. La jurisprudence libérale antérieure se verrait confirmée. « *Quant aux clichés qui auraient été tirés et reproduits sans autorisation avant le 14 mars 1958, s'ils donnaient prise aux droits d'auteur en raison de leur caractère documentaire, non artistique, ils échapperaient, semble-t-il, aux poursuites correctionnelles, car la loi nouvelle a créé, à vrai dire, un nouveau délit : jadis, les documents, comme tels, ne pouvaient être placés sous l'égide des droits d'auteur* ». En d'autres termes, les actes antérieurs effectués par des tiers sur des photographies « seulement documentaires » ne pourraient se voir sanctionnés sur le fondement de la loi nouvelle, en raison du caractère « plus sévère » d'un point de vue pénal.

⁸¹² B. BOULOC, *Droit pénal général*, précis Dalloz, 20^{ème} éd., droit privé, 2007, n° 7, p. 6.

⁸¹³ Ils s'opposeraient aux « *délits artificiels* », « *librement établis par le législateur, qui crée alors et modèle l'ordre social, bien plus qu'il ne le conserve ou ne le précise* ».

exemple, le délit de contrefaçon serait resté le même, depuis le temps des privilèges jusqu'aux lois fondatrices du XVIIIème⁸¹⁴.

Cependant, la référence à un droit naturel antérieur à toute action législative a toujours pour inconvénient de brouiller les pistes en droit transitoire. En matière pénale, il est évident que ce type de raisonnement devrait se heurter au principe de légalité⁸¹⁵. Par exemple, le juge qui souhaiterait donner à un droit voisin un champ d'application plus large que celui proposé par la loi du 3 juillet 1985, en s'inspirant notamment de la notion d'investissement, devrait garder à l'esprit que ces droits sont assortis d'une sanction pénale. Une interprétation extensive des textes en vigueur serait en mesure de constituer une violation du principe de légalité des délits et des peines⁸¹⁶. Il faut à présent s'intéresser à l'identification, en droit de la propriété intellectuelle, des lois pénale « plus douces ».

SECTION II / L'identification de la loi pénale « plus douce »

226. Une loi pénale « plus douce » est une loi qui supprime une incrimination, qui cesse de punir un fait antérieurement punissable⁸¹⁷. Sont également des lois plus douces, celles qui font disparaître une circonstance aggravante, qui admettent un fait justificatif nouveau ou une nouvelle cause de non-imputabilité, celles qui établissent une excuse absolutoire ou atténuante, ou encore qui donnent au juge le pouvoir de tenir compte de

⁸¹⁴ Cass. civ., 25 février 1920 : *Recueil Sirey* (1791-1830), 1819-1821, I, p. 189. La Cour affirme sur le fondement de la loi du 19 juillet 1793 et des articles 425 et 427 du Code pénal : « *Les emprunts faits dans un ouvrage scientifique de quelques passages ou formules d'un autre ouvrage du même genre, ne constituent point le délit de contrefaçon, lorsque l'ouvrage nouveau diffère essentiellement du premier par son titre, son format, sa composition et son objet* ». Le premier moyen du pourvoi est fondé sur la violation des arrêts du conseil des 30 août 1777 et 13 juillet 1778, de la loi du 19 juillet 1793 et des articles 425 et 427 du code pénal : « *Les lois et règlements anciens avaient défini le délit de contrefaçon comme toute réimpression, en tout ou en partie, d'un livre déjà publié en vertu d'un privilège. Depuis que le privilège en librairie a été remplacé par le droit exclusif de propriété, que la loi du 19 juillet 1793 maintient au profit de tout auteur ou de tout cessionnaire de l'auteur, en lui accordant le droit exclusif d'imprimer et de vendre son ouvrage, le délit de contrefaçon n'en est pas moins resté comme il était auparavant, un fait de réimpression et vente de tout ou partie d'un livre déjà imprimé, et appartenant à un autre* ». Le pourvoi poursuit : « *L'article 425 du code pénal (...) rappelle les mêmes principes, et indique que ces principes relativement aux faits constitutifs et au caractère du délit de contrefaçon, sont encore les mêmes sous la nouvelle législation, qu'ils étaient sous la loi ancienne* ». En l'espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi, en raison de ce que les deux ouvrages ne pouvaient être confondus.

⁸¹⁵ Le juge pourrait en effet faire état d'un délit « respecté en tous temps » pour punir de manière arbitraire.

⁸¹⁶ Le chapitre V, titre III du Code de la propriété intellectuelle est consacré aux dispositions pénales et l'article L. 335-4 du même code traite plus spécialement des infractions aux droits voisins.

⁸¹⁷ En revanche, n'est pas une loi qui supprime une incrimination celle qui tout en abrogeant formellement une loi ancienne, reprend l'incrimination dans de nouvelles dispositions. En cas d'abrogation d'une incrimination, l'action civile elle-même ne peut être jugée par le tribunal répressif, qu'autant que ce dernier était déjà saisi avant l'abrogation.

l'intention. Une loi qui change une appréciation *in abstracto* en une appréciation *in concreto* est également qualifiée de loi « plus douce ». La loi nouvelle qui abroge une infraction provoque une sorte d'amnistie qui anéantit totalement l'empire de la loi ancienne. C'est d'ailleurs une cause de l'extinction de l'action publique, selon l'article 6 du Code de Procédure Pénale. Il faut rappeler que ces considérations ne sont valables que sous réserve du respect de la décision passée en force de chose jugée⁸¹⁸. Par exemple, quand la loi du 13 juillet 1978 en matière de brevets abroge le délit de contrefaçon, c'est assurément une loi « plus douce ». La dépénalisation du droit des brevets a d'ailleurs été perçue favorablement par Monsieur AZÉMA : la sanction pénale antérieure était anachronique et inefficace⁸¹⁹. L'État aurait renoncé à ce procédé de protection du monopole du breveté. Le législateur aurait pris acte d'une sorte de désuétude du système mis en place. Autre exemple, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 abrogea une incrimination en droit des obtentions végétales⁸²⁰. Le fait de se prévaloir indûment de la qualité de propriétaire d'un certificat ou d'une demande de certificat d'obtention végétale ne fut plus sanctionné pénalement. L'action en responsabilité demeure possible néanmoins. De même, le législateur souhaite récemment contraventionnaliser l'acte de contrefaçon réalisé sur internet. Le Conseil constitutionnel a par suite censuré les dispositions en question⁸²¹. Il s'agissait bien de créer une loi pénale plus douce⁸²². Cette information transitoire, liée au caractère « plus doux » de la loi pénale, est particulièrement éclairante dès lors que l'on s'intéresse à la politique législative. Abaisser le niveau de la sanction aboutit paradoxalement à garantir une plus grande efficacité à la répression. Par exemple, si la loi française avait retenu la notion proposée par la directive de « contrefaçon à l'échelle commerciale »⁸²³, il aurait été possible de l'analyser en une loi « plus douce ». La restriction des critères de reconnaissance de l'acte de contrefaçon aurait dû en effet conduire à rendre plus difficile l'opération de qualification de l'acte illicite.⁸²⁴ En somme, la qualification de « loi plus douce » se serait imposée si tous les actes réalisés par les

⁸¹⁸ Une loi pénale nouvelle, même moins sévère, ne peut pas avoir d'incidence sur une peine prononcée par une décision passée en force de chose jugée avant son entrée en vigueur.

⁸¹⁹ J. AZÉMA, *Nouveaux apports législatifs au droit des brevets d'invention* : D. 1985, chron. p. 91.

⁸²⁰ L'article 31 de la loi du 11 juin 1970 fut abrogé. Une amende de cinquième classe était prévue.

⁸²¹ Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, du 27 juill. 2006 : JO 3 août 2006, n° 178 p. 11541 ; LPA 2006, n° 161, 162 et 163, p. 3 et s., note E. SCHOETTL.

⁸²² Loi dite de « lutte contre la contrefaçon » prévoyait qu'une AAI était en mesure de prononcer la suspension de l'abonnement internet, ce que le Conseil constitutionnel a censuré. Avec la loi du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, c'est le juge judiciaire qui intervient pour prononcer la suspension. Il s'agit d'une peine complémentaire.

⁸²³ Cette notion était préconisée dans la directive sans être obligatoire pour les Etats membres.

⁸²⁴ Il ne s'agirait pas simplement de réaffirmer l'adage de *minimis non curat praetor*. V. *Comm. Com. électr.* déc. 2007, n° 12, étude n° 30, C. CARON. Seulement, il aurait certainement été souligné qu'un acte de contrefaçon retenu par le juge a toujours plus ou moins pour objectif de procurer un avantage économique ou commercial à son auteur. Certaines incertitudes entouraient cette notion communautaire.

« utilisateurs finaux » de bonne foi avaient été exclus de toute répression. Il convient à présent d'aborder le principe de l'interprétation stricte et sa transposition en droit de la propriété intellectuelle.

SECTION III / Le principe de l'interprétation stricte

227. Pour GENY⁸²⁵, l'instant de la naissance de la loi doit être privilégié. Il admet néanmoins que « l'état social » contemporain du jugement peut peser sur l'interprétation du texte quand il exprime « *une notion mobile et fugace* »⁸²⁶. Or, une sanction pénale peut être dans la dépendance d'une telle notion. Le principe de légalité, en toute rigueur, devrait empêcher une trop grande latitude du juge à cet égard. En droit de la propriété intellectuelle, une conciliation doit être effectuée entre d'une part, le souci d'adapter un texte général qui peut être relativement ancien, et, d'autre part, le principe d'interprétation stricte de l'incrimination pénale. Les juges ont pourtant affirmé que les termes de l'article 425 du Code pénal étaient « *simplement énonciatifs* »⁸²⁷. Ils ont pu donner une interprétation large à la notion d'« *entreprise de spectacle* », figurant à l'article 428 du Code pénal⁸²⁸. L'objectif alors poursuivi au XIX^{ème} siècle était de rendre plus efficace la protection offerte par le droit de la propriété littéraire et artistique⁸²⁹. Le terme d'« édition » reçut une signification adaptée aux besoins de la pratique⁸³⁰ et la notion de « public » fut à l'origine de nombreuses discussions⁸³¹. D'autre part, quand les juges énoncent : « *La rédaction de L. 716-1 n'exclut pas que des faits autres que ceux visés par les textes cités puissent être constitutifs de*

⁸²⁵ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, tome 1^{er}, LGDJ, 1995, p. 271 et 272.

⁸²⁶ L'auteur donne l'exemple de l'ordre public.

⁸²⁷ CA d'Orléans, 22 avril 1863 : *Rec. Sirey* 1863, II, p. 100.

⁸²⁸ Cass. crim., 22 janv. 1869 : *Rec. Sirey* 1870, I, p. 45 : « *Attendu que les mots entrepreneurs de spectacles, dont se sert l'article 428, ne doivent pas être limités aux industriels qui font de l'exploitation d'une entreprise théâtrale leur profession spéciale, mais qu'ils s'appliquent également à tous ceux qui, accidentellement ou d'une manière plus ou moins permanente, entreprennent de faire jouir le public de la vue ou de l'audition d'œuvres dramatiques ou musicales* » ; « *Attendu que les mots entrepreneurs de spectacles, dont se sert l'article 428, ne doivent pas être limités aux industriels qui font de l'exploitation d'une entreprise théâtrale leur profession spéciale, mais qu'ils s'appliquent également à tous ceux qui, accidentellement ou d'une manière plus ou moins permanente, entreprennent de faire jouir le public de la vue ou de l'audition d'œuvres dramatiques ou musicales* ».

⁸²⁹ CA Orléans, 22 avril 1863 : *Rec. Sirey* 1863, II, p. 100. À propos du droit de reproduction, les juges ont affirmé que la reproduction d'une œuvre d'art non consentie par l'auteur constituait le délit de contrefaçon, peu importait le mode de publication ou de « mise à jour » de l'œuvre par lequel cette reproduction avait pu être obtenue.

⁸³⁰ CA Lyon, 7 nov. 1958 : *Gaz. pal.* 1959, I, jurispr. p. 159 : « *Mais attendu que le mot « édition » figurant dans la loi de 1793 et dans le Code pénal doit être pris dans son sens étymologique et juridique et non dans son acception commerciale ; que la reproduction en un seul exemplaire peut donc constituer une contrefaçon* ».

⁸³¹ CA Nancy, 18 juin 1870 : *Rec. Sirey* 1871, II, p. 116 ; Cass., 22 janv. 1869 : *Rec. Sirey* 1870, I, p. 44.

contrefaçon »⁸³², le principe de légalité semble mis à mal et le raisonnement transitoire sur un plan pénal trouve assurément ses limites. Par suite, dans l'hypothèse d'une loi nouvelle qui viendrait modifier la lettre de l'article L. 716-1 du Code de la propriété intellectuelle, le juge comme l'interprète aurait les plus grandes difficultés à déterminer le caractère « plus doux » ou « plus sévère » de la réforme envisagée. Il est également possible de citer les controverses animées que suscita l'affaire des « Liaisons dangereuses » autour de l'article 426 du Code pénal et notamment sur la valeur du principe de l'interprétation restrictive des lois pénales⁸³³. Les contours flous du droit au respect de l'œuvre devaient être conciliés avec la règle de la légalité des délits et des peines. Cependant, il a été affirmé que la suppression de toute sanction pénale en droit des brevets en 1978 n'était pas compatible avec une interprétation souple de ce principe. En outre, le principe de l'interprétation stricte de la norme pénale trouve des applications dans le domaine de la « para propriété intellectuelle ». La loi des 9 et 12 février 1895 sur les fraudes en matière artistique, dite loi BARDOUX⁸³⁴ dresse une liste des œuvres qui peuvent faire l'objet du délit de fraude artistique. Il s'agit des œuvres « *de peinture, sculpture, dessin, gravure et musique* ». Il est admis par la doctrine qu'il convient de faire application de l'article 111-4 du Code pénal. La liste est donc considérée comme limitative⁸³⁵. Il convient à présent de s'intéresser à l'exigence de droit positif d'une peine ayant le caractère d'une punition.

SECTION IV / La reconnaissance d'une peine ayant le caractère d'une punition

228. En présence d'une peine ou d'une sanction ayant le caractère d'une punition⁸³⁶, toute loi nouvelle « plus sévère » doit être automatiquement écartée, quand bien même celle-ci aurait une nature interprétative⁸³⁷. Par exemple, au regard des mesures de sûreté, la question

⁸³² CA Paris, 27 sept. 1996 : *D. aff.* 1996, p. 1356 ; *D.* 1996, IR, p. 249 ; *RJDA* 1997, n° 289 ; *PIBD* 1997, III, p. 9.

⁸³³ TGI Seine, 25 sept. 1959 : *JCP* 1959, II, 11319, obs. M. PLAISANT ; *RTD com.* 1960, p. 88, obs. H. DESBOIS ; CA Paris, 4. avr. 1960 : *D.* 1960, p. 535, note H. DESBOIS ; *JCP* 1960, II, 11569, concl. COMBALDIEU ; Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 1966 (deux arrêts) : *JCP* 1967, II, 14937, concl. LINDON ; *D.* 1967, p. 384, note H. DESBOIS.

⁸³⁴ V. article 1, 1° de la loi.

⁸³⁵ P. HENAFF, *Les lacunes de la loi de 1895 sur les faux artistiques* : *Comm. com. électr.* 2006, étude p. 21.

⁸³⁶ Cons. const., déc. n° 82-155, DC, du 30 déc. 1982, *JO* 31 déc. 1982 ; *RDP* 1983. 333, note L. FAVOREU.

⁸³⁷ V. Cass. com., 7 avril 1992 : *JCP* 1992, II, 21939, note C. DAVID ; Cons. const., déc. n° 82-154, DC, du 29 déc. 1982 : *Dr. fisc.* 1983, n° 2-3, comm. 47 ; Cons. const., déc. n° 89-268, DC, du 30 déc. 1989 : *Dr. fisc.* 1990, n° 2-3, comm. 57 : « le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines appliquées par les

s'est posée de savoir s'il s'agissait d'une peine ou d'une simple modalité de la poursuite⁸³⁸. La solution apportée à ce débat peut exercer une influence sur la manière de résoudre certaines questions propres au droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, il a pu être dit : « *La peine a toujours poursuivi des buts complexes, et c'est pour l'ensemble de la peine dans son unité et non pas pour l'un ou l'autre de ses aspects que la règle de non rétroactivité a été établie* »⁸³⁹. En ce sens, en droit de la propriété littéraire et artistique, la privation d'internet pourrait être analysée comme une mesure de sûreté, en tant qu'elle permet d'anticiper une répétition du téléchargement illégal. D'autre part, la prescription peut faire penser au mécanisme d'une sanction. En effet, le titulaire du droit est contraint de faire diligence et se trouve menacé d'une perte de ses prérogatives en cas d'inexécution. Seulement, la situation du débiteur, à l'issue d'une prescription, se trouve consolidée et cet effet ne peut pas être expliqué par la notion de « sanction ». Autrement dit, un tri doit être effectué. La qualification de loi pénale « plus douce » ou « plus sévère » est conditionnée par la reconnaissance préalable d'une peine ayant le caractère d'une punition. En droit de la propriété industrielle, les hypothèses de déchéance des droits peuvent faire penser au mécanisme d'une sanction (II). Il faudra ensuite étudier l'influence d'un critère dans la résolution d'un problème transitoire, la crédibilité de la sanction (III).

I / La déchéance d'un droit de propriété industrielle : une sanction ?

229. L'application dans le temps de la Convention de La Haye du 6 novembre 1925, ratifiée en France par la loi du 1^{er} août 1930, fit débat. Elle se proposait de supprimer le mécanisme de la déchéance du brevet pour défaut d'exploitation de l'invention⁸⁴⁰. Une

juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de les prononcer à un autorité d'une nature non judiciaire » ; CE 14 avril 1986, req. n° 44607 : *Dr. fisc.* 1986, n° 41, comm. 1679, concl. RACINE ; Cass. com., 7 nov. 1989 : *RJF* 12/1989, 755, n° 1461 ; CE sect., 11 déc. 1987, req., n° 61531 : *Dr. fisc.* 1988, n°19, comm. 924, concl. MARTIN-LAPRADE.

⁸³⁸ Il peut s'agir d'hésiter également sur la notion de peine accessoire qui découle de la condamnation : V. D. ROETS, *L'épineuse question de l'application dans le temps des mesures de sûreté* : *Gaz. Pal* du 11 mars 2010, n° 70, p. 10. Les juges ont soustrait les mesures de sûreté au principe de non-rétroactivité de la loi criminelle, au prétexte qu'il s'agissait de sanctions prises dans l'intérêt du délinquant et dépourvues de caractère afflictif ou infamant : Cass. crim., 18 janv 1950 : *JCP* 1950, II, 5383 ; Cass. crim., 11 juin 1953 : *JCP* 1953, II, 7708, note J. BROUCHOT.

⁸³⁹ V. G. LEVASSEUR, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in *Mélanges Jean CONSTANT*, Liège, 1971, p. 189 et s., spéc. p. 252. Opposer les effets afflictifs de la peine et ses aspects de réadaptation sociale procéderait d'une démarche artificielle.

⁸⁴⁰ V. l'article 5, alinéa 2 de la Convention.

controverse éclata sur la question de savoir s'il fallait revenir sur des déchéances antérieurement encourues par le breveté. Les plaideurs avaient argué d'un caractère rétroactif de la loi nouvelle sous le prétexte qu'il s'agissait d'une disposition de caractère pénal plus douce⁸⁴¹. Il est possible de considérer que le mécanisme de la déchéance est une sanction spécifique à la propriété industrielle. Le législateur donne une réponse à un comportement qui n'est pas logique au regard de la réservation volontaire d'une chose intellectuelle. Éventuellement, cette réservation peut montrer une période extrêmement longue et la déchéance permet de rendre efficace la règle selon laquelle le monopole constitue l'exception, et la liberté du commerce et de l'industrie, le principe. En droit des marques, le titulaire du droit doit être en mesure d'empêcher que son signe perde son caractère distinctif ou ne devienne trompeur. Est reconnue à sa charge une obligation de défendre la marque contre les actions de ses concurrents, mais surtout contre des glissements sémantiques opérés par le public. Au regard du caractère éventuellement trompeur du signe, il est également contraint de surveiller que la véracité de l'information communiquée au destinataire du produit ou du service se soit pas affectée par le temps qui passe. Un mécanisme de déchéance vient sanctionner un manquement à ces obligations.

Par comparaison, lorsque le litige commande d'apprécier la conformité du signe à l'ordre public, l'évolution des rapports entre le signe et l'ordre public est complètement indépendante du comportement du titulaire de la marque. Aucune passivité ne peut lui être reprochée, dès lors qu'il n'est pas en capacité de réagir contre un tel phénomène social. En d'autres termes, si l'ordre public évolue dans ses composantes, il ne s'agit pas de reprocher au titulaire du droit la dérive du sens de son signe.

L'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle sanctionne l'absence d'usage sérieux de la marque sans juste motif⁸⁴². Cette déchéance était déjà prévue en son principe par la loi du 31 décembre 1964. Le titulaire de la marque peut toutefois invoquer un « juste motif »⁸⁴³. Il peut tenter d'apporter la preuve d'une exploitation réelle de la marque, et ce, malgré ce qui est avancé par le demandeur en déchéance. En principe, l'usage de la marque est une défense adaptée. Par exception, l'alinéa 4 de la disposition légale prévoit que, dans certaines conditions, même l'usage sérieux de la marque « *ne fait pas obstacle* » au prononcé de la déchéance. Les conditions de cette exception montrent une relative mauvaise foi du titulaire

⁸⁴¹ V. la note de P. ROUBIER sous : Cass. req., 29 juill. 1941: *JCP* 1942, I, 1778.

⁸⁴² V. l'article 27 de la loi du 4 janvier 1991. Cette déchéance était déjà prévue en son principe par la loi du 31 décembre 1964.

⁸⁴³ V. l'article L. 714-5 al. 1^{er}.

de la marque, qui se défend en arguant d'une exploitation du signe. Précisément, l'exploitation a été reprise après une période de cinq années « et » dans les trois mois qui précèdent la demande de déchéance « et » après que le propriétaire a eu connaissance de l'éventualité de cette demande. Pour simplifier, il faudrait dire que la reprise d'une exploitation du signe après une période d'inexploitation peut être une défense efficace, mais que seule la négligence temporaire d'un industriel de bonne foi est excusable. Seulement, il est certain que la diligence et la bonne foi attendue du titulaire du droit ne peuvent permettre de qualifier automatiquement le mécanisme de la déchéance du droit de « sanction ». D'ailleurs, en pratique, les discussions ont essentiellement porté sur la computation des délais légaux⁸⁴⁴ et l'analyse des textes en termes de lois « plus sévères » et « plus douces » n'aurait pas facilité la tâche du juge. Il convient de noter que pour le doyen ROUBIER, le procès pénal montre un caractère « constitutif » qui ne se retrouve pas dans le régime actuel de la déchéance du droit de marque⁸⁴⁵. Prenons un autre exemple. L'article L. 623-23 du Code de la propriété intellectuelle prévoit les hypothèses de déchéance des droits du titulaire d'un COV. Le 1° et le 2° font état d'un comportement négligent du titulaire du droit. Le 3° correspond à l'hypothèse classique du défaut de paiement des redevances⁸⁴⁶. L'esprit d'une punition pourrait bien être décelé. En droit des topographies de semi-conducteur, un mécanisme de déchéance est aussi organisé⁸⁴⁷, même si le terme même de déchéance n'est pas utilisé⁸⁴⁸. Comme l'enregistrement n'a aucune justification, l'« occupation » de la chose intellectuelle doit cesser. Cependant, l'analyse transitoire est dans tous les cas rendue impossible pas la concomitance du régime principal et des règles relatives à la déchéance du droit.

Néanmoins, la notion de « peine » apparaît justifiée quand la déchéance d'un brevet était prononcée en cas de défaut de paiement des annuités légales⁸⁴⁹. Sous la loi du 25 mai 1791, la

⁸⁴⁴ Les juges se sont attachés au point de départ du délai de non-exploitation afin de déterminer selon quel mode de computation, celui de la loi ancienne ou celui de la loi nouvelle, le droit se trouvait déchu. V. par exemple : Cass. com., 3 janv. 1996 : *PIBD* 1996, III, p. 98.

⁸⁴⁵ La loi du 4 janvier 1991 prévoit une déchéance automatique du droit, à l'expiration d'une période de cinq années, ce qui laisse à penser que le prononcé de la déchéance revêt un caractère seulement « déclaratif ».

⁸⁴⁶ Article issu de l'article 22 de la loi du 11 juin 1970, la loi relative à la protection des obtentions végétales.

⁸⁴⁷ L'article L. 622-6, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Devient sans effet tout enregistrement concernant une topographie qui n'a fait l'objet d'aucune exploitation dans un délai de quinze ans à compter de la date à laquelle elle a été fixée ou codée pour la première fois* ».

⁸⁴⁸ L'analyse transitoire est paralysée en ce sens que cette déchéance est issue de l'article 3 de la loi du 4 novembre 1987, qui est justement relative à la protection des produits semi-conducteurs.

⁸⁴⁹ V. Cour impériale de Limoges, 7 décembre 1854 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 539. L'article 4 de la loi de 1844 prévoyait la durée des brevets d'invention et le paiement d'une taxe dont le montant était proportionnel à cette durée. En son dernier alinéa, il dispose : « *Cette taxe sera payée par annuités de cent francs, sous peine de déchéance, si le breveté laisse écouler un terme sans l'acquitter* ». L'article 32 de la loi de 1844 est consacré aux causes de déchéance du brevet. Le 1° dispose qu'encourt la déchéance : « *Le breveté qui n'aura pas acquitté son annuité avant le commencement de chacune des années de la durée de son brevet* ». Les juges ont pu préciser sous l'empire de cette loi de 1844 que la déchéance était « *acquise à tous ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir* » et qu'« *il [était] évident que la déchéance [avait] lieu de plein droit* ».

déchéance n'était encourue que lorsqu'elle avait été déclarée par le Gouvernement⁸⁵⁰. Au contraire, avec la loi du 5 juillet 1844, l'invocation d'un paiement effectué avant la demande en déchéance ne devait plus être une défense valable, parce que la déchéance s'opérait « de plein droit ». Certains plaideurs demandaient l'application de la loi du 25 mai 1791, soit en tant qu'elle devait s'appliquer au litige pour des raisons transitoires, soit parce que l'interprétation de ses dispositions devait éclairer le juge sur le sens de la loi nouvelle de 1844. Seule la première solution est intéressante d'un point de vue transitoire. Il ne devait donc pas être question d'une déchéance « de plein droit ». Il s'agissait alors de se poser la question suivante : dans quelle mesure la loi nouvelle pouvait-elle supprimer des tempéraments autrefois reconnus au breveté ?

Il fut soutenu que la loi nouvelle n'avait pas réellement modifié le droit existant parce que l'expression « déchéance de plein droit » n'y apparaissait pas clairement⁸⁵¹. En somme, le problème était obscurci par des considérations sur la compétence de l'autorité en mesure de prononcer la déchéance du titre⁸⁵². Toujours est-il que la différence est visible avec une

⁸⁵⁰ Il s'agissait alors d'une solution jurisprudentielle, parce que ce principe n'est nullement inscrit dans la loi du 25 mai. La loi du 7 janvier 1791 prévoit bien les causes de déchéances en son article 16, mais ne précise pas cette règle. V. Cour d'appel d'Amiens, 28 décembre 1850 : *Rec. Sirey* 1851, II, 107.

⁸⁵¹ La rédaction des articles 3 et 4 de la loi de 1791 devait être comparée à celle de l'article 32 de la loi de 1844.

⁸⁵² Sous la loi du 7 janvier 1791, ce pouvoir appartenait à l'administration. En considérant ces pouvoirs retirés par la loi nouvelle, le juge s'en trouverait immédiatement investi. Quand le changement de règle s'accompagne d'un changement de compétence, doit-on faire appliquer la loi ancienne par la nouvelle juridiction ? Le problème devait être réglé de la manière suivante : le juge devait constater que le brevet obtenu sous la loi ancienne n'avait pas disparu sous son empire en cas de défaut de paiement. V. CA Paris, 13 juin 1850 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 538. Un brevet avait été demandé et obtenu en 1842 pour cinq années. Dans les six mois de l'obtention du brevet le breveté n'avait pas acquitté le « complément de la taxe ». La Cour estime que le brevet n'est pas devenu « nul de plein droit » pour autant : « *Qu'en effet, à la différence des dispositions de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1844, la peine que la loi des 14 et 25 mai 1791, qui régit la matière, attachait au non paiement de la taxe, était placée dans les mains de l'administration comme moyen de contrainte, et qu'elle seule était maîtresse de déterminer le moment où elle devait en user* ». CA Paris 26 juillet 1865 : *Rec. Sirey* 1865, II, p. 345. : « *sous l'empire de la loi antérieure des 14-25 mai 1791, titre 2, article 4, la jurisprudence a pu sainement décider que, faute par le breveté d'avoir rempli sa soumission au terme prescrit, sa déchéance n'était pas par cela seul encourue, alors d'ailleurs que l'autorité publique ne s'en prévalait pas ou avait accordé certaines facilités au débiteur de la taxe, une telle décision serait aujourd'hui contraire à la lettre et à l'esprit de la loi actuellement en vigueur ; que celle-ci prononce expressément, en pareil cas, la déchéance. Que, par l'article 34, elle donne l'action à toute personne y ayant intérêt, et qu'il ne saurait aujourd'hui appartenir à l'administration d'user d'une tolérance qui serait de nature à préjudicier aux droits des tiers* ». Il est expliqué que la carence de paiement est ainsi étudiée dans ses conséquences selon la date à laquelle elle a pu être constatée. En somme, il s'agissait de faire application du principe de ROUBIER qui tend à ne pas remettre en cause l'extinction d'une situation juridique valablement opérée sous l'empire de la loi ancienne. La complexité du problème est en réalité expliquée par les interprétations divergentes des textes en vigueur V. pour des exemples d'une particulière sévérité à l'endroit du breveté, même sous l'empire de la loi du 5 juillet 1844 : Cour impériale de Metz, 5 février 1862 : *Rec. Sirey* 1862, II, p. 113 ; Cour impériale de Paris, le 6 décembre 1861 : *Rec. Sirey*, 1862, II, 118. Les juges évoquent une déchéance encourue « à titre de peine ». Cependant, la sanction en question ne commanderait aucun caractère intentionnel. Un événement de force majeure n'étant pas considéré comme un moyen de s'amender. Cependant, la doctrine n'était pas en accord avec cette dernière solution. RENOUARD reconnaissait que des « *obstacles matériels de force majeure* » pouvaient être admis comme excuse : A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin 1884, n° 210 ; L. NOUGUIER, *Des brevets d'invention*, op. cit., n° 580. Pour BLANC la disposition de l'article 32 était simplement comminatoire, « (...) *le breveté pourrait toujours s'acquitter du terme arriéré, tant que la déchéance de son brevet n'a pas été prononcée. Alors seulement la peine est encourue* ». La dernière formule est particulièrement intéressante, la déchéance est alors considérée par les juges et la doctrine comme la punition d'un comportement négligent : E.

décision « neutre » comme une décision de rejet d'une demande non conforme aux exigences légales. Par exemple, selon l'article L. 612-4 du Code de la propriété intellectuelle⁸⁵³, le principe est celui d'un unique concept inventif général. Si, au contraire, les revendications sont disparates, le déposant doit modifier de sa propre initiative son dépôt. Il peut aussi être enjoint de le faire par l'INPI. À défaut d'opérer une ou plusieurs demandes divisionnaires, le déposant encourt le rejet de sa demande par application de l'article L. 612-12 al. 1^{er}, 2^o et 3^o⁸⁵⁴. Il est possible de considérer que le rejet sanctionne le défaut de régularisation de la demande, plus que la rédaction irrespectueuse du principe du concept inventif unique. D'autres causes de rejet obéissent à ce type de considérations⁸⁵⁵. Quand le déposant est invité à réagir dans un certain délai sur le contenu de sa demande, l'absence de conformité à la loi de celle-ci à l'échéance suffit à caractériser sa négligence, presque « fautive »⁸⁵⁶. Il ne faut pas pour autant y voir une sanction ayant le caractère d'une punition. Il convient à présent de s'intéresser à l'idée de « sanction crédible » et de son influence en droit transitoire.

II / La crédibilité de la sanction et le droit transitoire

230. Une sanction pénale non crédible est une sanction qui semble disproportionnée⁸⁵⁷. La crédibilité de la sanction dépend d'une simple donnée qualitative :

BLANC, *L'inventeur breveté, code des inventions et des perfectionnements contenant la loi nouvelle sur les brevets avec son commentaire*, Paris, 1845, p. 327 et 574.

⁸⁵³ Disposition issue de l'article 14 de la loi du 2 janv. 1968.

⁸⁵⁴ La procédure est réglementée par les articles R. 612-33 à R. 612-35 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸⁵⁵ V. l'article L. 612-12 : le 6^o (défauts dans la rédaction de la description et des revendications), le 7^o (la demande de brevet n'a pas été modifiée après mise en demeure, alors que l'absence de nouveauté résultait manifestement du rapport de recherche), le 8^o (défaut rédactionnel consistant en des revendications qui ne se fondent pas sur la description), le 9^o (le déposant n'a pas présenté d'observations ou déposé de nouvelles revendications, alors qu'il y était tenu pendant la procédure de l'établissement du rapport de recherche). Ces causes de rejet, au contraire de celles qui sont relatives aux caractéristiques de l'invention, montrent une sorte de sanction d'un comportement négligent du déposant.

⁸⁵⁶ Un seul document pertinent peut être en mesure de remettre en cause la nouveauté de l'invention. À l'issue du rapport de recherche préliminaire, le demandeur peut être invité à modifier sa demande dans un délai de trois mois. S'il n'apporte pas les observations nécessaires, ni ne modifie les revendications, son absence de diligence aura pour conséquence le rejet de sa demande (V. L. 612-12 7^o). En prenant l'exemple de l'article L. 712-7 du Code de la propriété intellectuelle qui donne trois causes de rejet de la demande d'enregistrement de marque, la notion de sanction est bien lointaine. Le a) et le b) concernent les caractéristiques du signe. Le c) reprend logiquement l'hypothèse d'une action en opposition qui aurait été un succès. L'intégralité de l'article est issu de la loi du 4 janvier 1991 (article 10). Toute comparaison avec les causes de rejet prévues par la loi de 1964 est inutile, l'idée de sanction d'un comportement ne se retrouve pas dans cette disposition. Il n'est donc pas opportun de réfléchir ici sur la notion de sanction et par conséquent d'utiliser les qualifications de « loi plus douce » et de « loi plus sévère ».

⁸⁵⁷ V. C. LE-STANC, *Sanctions pénales de la contrefaçon : Propr. ind.* 2004, repère n° 4. Il faudrait notamment s'interroger sur la pertinence de la sanction prévue en droit des bases de données (amende et prison) quand il ne s'agirait que de punir des actes de parasitisme.

« *la relation entre le volume des infractions et les possibilités de la répression* »⁸⁵⁸. Un système défaillant montre un volume trop important d'infractions et l'apparition d'une impunité de fait. En ce sens, la loi du 22 Germinal an XI, propre au droit des marques, montrait une sévérité pensée au départ comme bénéfique à une certaine honnêteté industrielle⁸⁵⁹. Cependant, le juge n'osait pas prononcer la réclusion. Dans ce cas de figure, toute loi nouvelle venue diminuer la peine aurait, en réalité, conduit à une augmentation du nombre des condamnations prononcées. Aujourd'hui, il est possible de penser à l'incapacité du législateur à endiguer le phénomène de la « piraterie sur internet » parce que la fonction de menace de la norme pénale n'est aucunement assurée. Une réflexion sur la sévérité de la sanction avait d'ailleurs accompagné la transposition de la directive du 22 mai 2001. Il est certain qu'à l'issue de la contraventionnalisation du « peer to peer », le juge aurait pu faire application du principe de la rétroactivité *in mitius*. Le nombre des condamnations aurait pu être augmenté et il aurait été possible d'y découvrir un facteur d'intimidation à destination des « pirates ». Il est vrai aussi que l'adoption du système dit de la « licence légale » aurait conduit à l'impossibilité d'incriminer aucun acte sur le fondement des articles réprimant la violation des droits de reproduction et de représentation de l'auteur. Comme les dispositions civiles ne s'appliquent que pour l'avenir, une sorte de « vide juridique » aurait caractérisé les actes de contrefaçon commis avant l'entrée en vigueur de la loi. Quoiqu'il en soit, la multiplication des lois pendant une durée relativement restreinte semble assurément un facteur potentiel de multiplication des conflits de lois dans le temps. Aujourd'hui, il est possible de penser que le mécanisme des différentes mises en demeure dans la lutte contre le téléchargement illicite peut être à l'origine d'un certain sentiment d'impunité de l'internaute. Dans le domaine des nouvelles technologies, il est certain que la découverte d'une sanction est d'un enjeu majeur. Il faut se rappeler le droit transitoire ne prend pas en compte la qualification de « loi améliorée » ou de « loi plus efficace ». En somme, le système ne peut, en toute rigueur, être analysé dans sa globalité. Seules les dispositions strictement pénales devraient recevoir un traitement particulier. Il ne faut pas oublier que les lois dites

⁸⁵⁸ J. RIVERO, *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s., spéc. p. 682. Il faut craindre cette situation : « *la multiplication des délits dépasse les possibilités de l'appareil répressif et augmente les chances d'impunité* ». Il est expliqué : « *Le voleur de voitures, le cambrioleur de résidences savent que seul un hasard malencontreux les exposerait au châtement, tant leur nombre dépasse les moyens de la police. La peine encourue devient si aléatoire que l'effet dissuasif ne joue plus* ».

⁸⁵⁹ L'article 16 de la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) punit des peines du faux en écritures privées la contrefaçon de la marque que tout manufacturier ou artisan a le droit d'appliquer sur les ouvrages de sa fabrique. L'article 16 dispose : « *La contrefaçon des marques particulières que tout manufacturier ou artisan a le droit d'appliquer sur des objets de sa fabrication, donnera lieu : 1° à des dommages-intérêts envers celui dont la marque aura été contrefaite ; 2° à l'application des peines prononcées contre le faux en écriture privée* ».

« HADOPI » sont seulement venues s'ajouter aux incriminations existantes. Le régime général des articles L. 335-2 à L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle est conservé. Une sorte de ventilation devrait alors s'effectuer selon la nature civile ou pénale des dispositions⁸⁶⁰. Il est possible ici de penser aux critiques formulées sur le défaut de caractère dissuasif des condamnations en matière de contrefaçon avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007. Cependant, il n'est pas opportun d'assimiler le pouvoir du juge de prononcer des dommages et intérêts punitifs avec la création d'une infraction⁸⁶¹. Il convient à présent de s'intéresser à la tentation de l'interprète qui consiste à étendre le principe de la rétroactivité *in mitius* à des dispositions de nature civile.

SECTION V / La tentation d'étendre le principe de la rétroactivité *in mitius* à des dispositions civiles

231. En principe, la rétroactivité *in mitius* s'explique par le fait que le juge ne devrait pas être autorisé à prononcer des sanctions qui ne se justifient plus pour le législateur. Pour le doyen HÉRON : « À la réflexion, l'argument ne vaut rien : de ce que la répression n'est pas nécessaire à l'encontre d'un agissement futur, on ne peut pas déduire automatiquement qu'elle ne l'est plus à l'encontre d'un agissement passé (...) »⁸⁶². Force est de constater que les lois civiles et pénales seraient soumises, dans cette optique, à une approche transitoire identique. Par exemple, en droit des brevets, sous la loi du 5 juillet 1844, la bonne foi du prétendu contrefacteur était indifférente. Par la suite, la loi du 2 janvier 1968 est venue distinguer deux sortes de contrefacteurs. Les personnes qui avaient fabriqué le produit breveté étaient traitées plus sévèrement que celles qui s'étaient bornées à utiliser ou commercialiser le produit protégé. Le cas échéant, aucune sanction ne pouvait être prononcée si elles n'avaient pas agi en connaissance de cause. Alors même que la discussion est relative à l'action civile, il est intuitif de penser que la loi de 1968 était « plus douce » que la loi précédente. C'est pour

⁸⁶⁰ Il est possible de voir dans la loi HADOPI une loi pénale plus sévère, dès lors que l'on s'intéresse à la création d'une nouvelle infraction à l'article L. 335-7 et L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle donne un régime spécial dès lors que l'infraction a été réalisée « au moyen d'un service de communication en ligne ». Seulement, il faut rappeler que les peines complémentaires ne s'appliquent pas de plein droit. À l'alinéa 3 de l'article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle une amende est prévue pour celui qui a déjà été condamné à la peine complémentaire, mais qui ne respecte pas l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement.

⁸⁶¹ Il convient de noter qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007, le droit pénal connaissait officiellement une « sanction réparation » prononcée à titre de peine complémentaire. V. l'article 131-8-1 du Code pénal pour les délits.

⁸⁶² J. HÉRON, *Principes de droit transitoire*, op. cit., n° 87, p. 79.

cette raison que certains plaideurs tentaient de démontrer que la loi nouvelle pouvait être appliquée à des infractions commises avant son entrée en vigueur⁸⁶³. Le doyen HÉRON évoque la tentation de choisir la rétroactivité de la norme quand elle permet de valider un acte juridique ou de protéger certains sujets de droit⁸⁶⁴. Il s'agirait indirectement de se servir de la notion de la rétroactivité *in mitius*. Ce rapprochement est toutefois une erreur pour l'auteur⁸⁶⁵. L'idée a été émise que l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* à des normes dont la nature n'est pas strictement pénale pourrait se justifier en ce qui concerne les règles à laquelle la norme pénale se réfère⁸⁶⁶. Le doyen ROUBIER s'interrogeait déjà sur une extension du principe à des normes n'ayant pas une nature pénale⁸⁶⁷. À ce titre, il s'est intéressé aux « règles d'incrimination indirecte »⁸⁶⁸. Monsieur PETIT évoque à ce propos les « répercussions pénales » des lois extra-pénales⁸⁶⁹. Il s'agit de donner des exemples de cette tentation à travers les spécificités du droit d'auteur (I) et du droit des marques (II).

I / L'exemple du droit d'auteur

232. L'histoire du droit d'auteur - Il fut recherché si la loi du 11 mars 1957 ne pouvait pas être considérée comme « plus douce » que les lois du XVIIIème siècle, en matière de contrefaçon de photographies. La loi des 19-24 juillet 1793 ne faisait pas mention de ce

⁸⁶³ V. CA Paris, 7 janv. 1971 : *PIBD* 1972, III, 179 ; *RTD com.* 1972, p. 610, obs. A. CHAVANNE et J. AZÉMA. En l'espèce, les juges écartent cet argument et retiennent la loi en vigueur au jour de la commission des faits dommageables.

⁸⁶⁴ J. HÉRON, *op. cit.*, n° 68, p. 64

⁸⁶⁵ La loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service (*JO*, 6 janvier 1991, n° 5, p. 316) contient au sein d'un dernier titre les définitions et sanctions de plusieurs infractions pénales. L'adoption de ce procédé rédactionnel permet assurément de rendre très simple l'identification de la loi pénale.

⁸⁶⁶ MARTY G., *À propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces, de l'effet de la modification ou de l'abrogation des décisions réglementaires taxant les prix*, in *Mélanges Joseph MAGNOL*, Sirey 1948, préf. de J. MAURY, p. 297 et s., spéc. p. 305 : « Il est impossible de séparer une règle juridique, fut-elle pénale, des notions ou règles auxquelles elle se réfère et sur lesquelles elle s'appuie ; de séparer par exemple la loi réprimant le délit de hausse illicite des dispositions fixant le prix licite des divers produits. Toutes ces règles contribuent à définir la situation pénale du délinquant, conditionnent indivisiblement la répression ».

⁸⁶⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 93, p. 489. « Doit-on prendre en considération exclusivement les lois pénales qui fixent les conditions nécessaires pour qu'il y ait incrimination, ou ne faut-il pas aussi traiter de la même manière les lois extra-pénales, qui fixent les conditions relatives à l'existence et à l'étendue du droit violé ? Ces conditions là ne font-elles pas aussi partie des conditions constitutives du délit ? ». L'idée est ainsi présentée : « comme le droit pénal suppose, à la base de la plupart des infractions, la violation d'un droit comme condition du délit, il en résulte qu'en modifiant les conditions d'exercice du droit, on influe nécessairement sur les conditions d'existence du délit (...) » ; « Cette argumentation ne nous paraît nullement probante ; les lois pénales ont pour but de définir les conditions dans lesquelles une infraction existe, et non pas les conditions, qui sont présumées, dans lesquelles le droit auquel il est fait infraction existe ».

⁸⁶⁸ J. HÉRON, *op. cit.*, n° 85, p. 78 « On entend par là les règles qui ne posent pas elles-mêmes une incrimination, mais qui énoncent une obligation dont l'inobservation est pénalement sanctionnée par une autre règle. Le Conseil constitutionnel a décidé que le législateur pouvait faire rétroagir ces normes nouvelles à condition de ne pas donner la même rétroactivité à la seconde règle qui en sanctionne l'inobservation ».

⁸⁶⁹ Est donné l'exemple d'une disposition qui abroge ou allège une obligation fiscale, elle supprime par conséquent l'incrimination du manquement à cette obligation ou en réduit le domaine.

type d'œuvres. Les juges avaient reconnu néanmoins qu'elles pouvaient bénéficier de la protection par le droit d'auteur. Avec la loi du 11 mars 1957, le législateur reconnaissait expressément que les photographies constituaient des œuvres protégeables. Cependant, la précision relative à leur caractère artistique ou documentaire était au cœur d'un débat important. Fallait-il considérer que la loi nouvelle imposât une condition supplémentaire à la protection des photographies ?

Dans cette hypothèse, la loi du 11 mars 1957, au regard de la sanction pénale de la contrefaçon, devait être considérée comme « plus douce » que la loi antérieure, qui n'exigeait qu'un caractère original pour une protection de même nature. Le prévenu pouvait-il alors invoquer le bénéfice de la loi nouvelle, sur le fondement de la rétroactivité *in mitius* ?

Les juges ont considéré que la loi du 11 mars 1957 n'avait pas ajouté un élément nouveau pour la constitution du délit de contrefaçon, mais s'était bornée à confirmer l'interprétation que la jurisprudence avait donnée de la loi ancienne⁸⁷⁰.

233. Le droit d'auteur contemporain - En matière de téléchargement illicite, le juge peut être amené à isoler différentes étapes : l'achèvement de l'œuvre, la fin du téléchargement, l'ouverture du fichier qui l'a contient ou la lecture de ce fichier⁸⁷¹. L'avis de techniciens est une information préalable éclairante. Si le législateur devait définir certains termes techniques, il faudrait certainement déterminer l'influence de son intervention sur la qualification de l'acte de contrefaçon. Par exemple, la copie privée se caractérise encore de nos jours par un débat sur le caractère licite de la source utilisée. Il a été dit sur ce point : « *introduire une telle condition, c'est ajouter à la loi, ce qui est toujours dangereux, surtout*

⁸⁷⁰ V. J. MALHERBE, *Photographie et contrefaçon* : *Rev. science crim. et de droit pénal comparé*, juill. Sept. 1957 ; CA Lyon, 7 nov. 1958 : *Gaz. pal.* 1959, I, jurisp. p. 159 : Les prévenus étaient poursuivis pour faits de contrefaçon et débits d'ouvrages contrefaits, pour avoir fait et livré des agrandissements de photographies sans l'autorisation du photographe qui les avait prises : « *Que sans doute la loi des 19-24 juill. 1793, applicable à l'époque des faits antérieurs à la loi du 11 mars 1957, ne visait pas expressément les œuvres photographiques. Mais que la jpençe admettait que leurs auteurs pouvaient avoir droit à la protection de la loi quand par leurs qualités ils avaient su créer une œuvre se différenciant de l'image banale qu'aurait pu obtenir tout manipulateur d'un appareil photographique ; que pendant l'instance, postérieurement au jugement frappé d'appel, la loi du 11 mars 1957 est entrée en application* ». « *Qu'il importe de rechercher si cette loi exige pour la constitution du délit, des éléments nouveaux et si elle peut, en conséquence, être considérée comme rétroactive ; que les prévenus ne peuvent pas, en effet, être condamnés si les faits qui leur sont reprochés ne constituent plus un délit* ». « *Que contrairement à la législation antérieure, la loi du 11 mars 1957 vise les œuvres photographiques, mais qu'elle exige qu'elles aient un caractère artistique ou documentaire pour qu'elles soient considérées comme des œuvres de l'esprit ; qu'on pourrait à première vue estimer que le caractère artistique est un élément nouveau pour la constitution du délit ; que la loi ne contient aucune définition de l'expression « caractère artistique » ; « Qu'ainsi, il apparaît qu'en exigeant que les photographies aient un caractère artistique, le législateur de 1957 n'a pas ajouté un élément nouveau mais s'est borné à confirmer la jpençe* ». En l'espèce, le caractère artistique des photos fut reconnu.

⁸⁷¹ TGI Pointoise, 2 févr. 2005 : *Légipresse* 2005, n° 224, III, p. 159, comm. G. QUERUEL.

lorsqu'on fonde des poursuites pénales sur un tel ajout »⁸⁷². Est retrouvée l'une des difficultés récurrentes de la matière⁸⁷³. La généralité des termes d'une règle ancienne doit toujours être mise en rapport avec la précision de l'expression de la règle nouvelle. Le caractère accessoire de la sanction pénale complique alors les choses parce l'interprète est tenté d'appliquer le principe de l'interprétation stricte également à des normes civiles. Par exemple, si les termes de « reproduction » et de « représentation » de l'œuvre, devaient laisser place à un vocabulaire emprunté au domaine de l'informatique, la loi nouvelle semblerait toujours « plus douce ». Dans ce cadre, la rétroactivité *in mitius* peut apparaître comme une étape nécessaire du raisonnement de l'interprète. Il convient à présent de comprendre la tentation du juge d'étendre le principe de la rétroactivité *in mitius* à des normes civiles en droit des marques.

II / L'exemple du droit des marques

234. Le régime de l'action en déchéance du droit de marque a profondément changé avec l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991⁸⁷⁴. Il serait possible de penser que cette évolution a eu des conséquences sur le résultat d'une action en contrefaçon. En considérant le nouveau mode de computation du délai ainsi que la fin de l'exception relative aux produits ou services similaires, il serait possible d'appliquer la solution transitoire applicable aux « lois plus sévères ». Il s'agirait d'un moyen de sauvegarder dans une certaine mesure l'empire de la loi ancienne.

De même, il n'est pas évident de savoir exactement de ce qui relève de la « vie des affaires » en droit des marques. La loi française n'a pas repris cette exigence lors de la transposition de la directive. Pourtant, la loi française doit être interprétée à la lumière de ce texte. Imaginons que le législateur vienne donner des indices sur la notion d'« usage du signe dans la vie des affaires ». Il pourrait, par exemple, préciser qu'un usage effectué à des fins parodiques n'est pas un usage de cette nature⁸⁷⁵. En appliquant le principe selon lequel la loi à retenir doit être

⁸⁷² J. LARRIEU, *Peer-to-peer* » et copie privée (à propos de TGI Paris, 13 oct. 2004) : D. 2004, n° 43, p. 3132.

⁸⁷³ V. pour une controverse sur le terme d'« édition » : Trib. com Seine. 18 janv. 1937 : *Gaz. Pal.* 1937. I. 297.

⁸⁷⁴ V. F. POLLAUD-DULIAN, *La déchéance pour défaut d'exploitation des marques et le droit transitoire* : *JCP E* 1995, I, 470.

⁸⁷⁵ C. GEIGER, *Droit des marques et liberté d'expression (de la proportionnalité de la libre critique)* : D. 2007, chron. p. 884, spéc. p. 887. « Si l'on veut éviter ce genre de litige à l'avenir, il serait certainement utile de songer, dans une perspective de *lege ferenda*, à transposer cette exigence, tout en en précisant explicitement le contenu ou en en donnant une définition négative, précisant par exemple qu'un usage à des fins critiques ou parodiques ne constitue pas un usage dans « la vie des affaires ». Ou alors, à des fins de sécurité juridique, de consacrer, à l'instar du droit d'auteur, une exception de parodie en droit des marques, même si l'on peut être réservé quant à la transposition d'une telle limite étrangère au droit des signes distinctifs ».

celle en vigueur à la date de la commission de l'atteinte au droit de marque, le juge devrait continuer de sanctionner les usages parodiques ; dès lors qu'ils se seraient réalisés sous le droit antérieur. Le juge pourrait être tenté de donner un champ d'application élargi à la loi « plus douce », tout en arguant d'une solution implicitement prévue dans la directive ou dans la jurisprudence antérieure⁸⁷⁶. Enfin, il convient de réunir toutes les difficultés que l'interprète est en mesure de rencontrer lorsqu'il entend utiliser la qualification de « loi pénale plus douce ».

SECTION VI / Les difficultés

235. La première difficulté est issue de la confrontation entre la notion de « situation juridique » et le mécanisme de l'incrimination pénale (I). Ensuite seront abordées toutes les difficultés liées à une approche réelle du droit de la propriété intellectuelle (II).

I / La conciliation théorique entre la notion de situation juridique et le mécanisme de l'incrimination pénale

236. Présentation – En considérant la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle », comment qualifier l'action en contrefaçon ?

Très souvent, il s'effectue une sorte de jonglage entre la notion de « situation juridique » et l'analyse du présumé de la règle d'incrimination.

237. La notion d' « effets juridiques » en question - Classiquement, les effets de la situation juridique doivent être classés en deux catégories. Les « effets passés » sont encore soumis à la loi ancienne et les « effets futurs » seront soumis à loi nouvelle. Comment apprécier le fait de contrefaçon commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ? Comment faire entrer ce fait dans le schéma préalablement dessiné au moyen de la notion de « situation juridique » ?

⁸⁷⁶ Il serait même possible d'arguer d'une « limite interne » au monopole, sorte de limite « naturelle » au droit de marque.

Très souvent, la question de la régularité de la situation juridique est traitée en amont. Concrètement, il s'agit de savoir si les conditions de formation de la situation juridique ont été modifiées. Si les effets de la situation juridique sont évoqués en jurisprudence, il n'est jamais précisé en quoi ils consistent réellement. Il n'est jamais affirmé que la situation juridique est la titularité d'un droit de propriété intellectuelle sur cette chose précise (invention, œuvre, signe distinctif, obtention végétale). Il n'est jamais précisé non plus que les effets de la situation juridique consistent en une faculté d'opposer aux tiers, pendant toute la durée du monopole, ce lien exclusif existant entre cette personne et la chose intellectuelle en question. D'un côté, la régularité d'une situation juridique est strictement appréciée et de l'autre côté il n'est pas précisément fait état des effets attachés à cette situation juridique. Ensuite, quand il s'agit de qualifier des actes de contrefaçon, le terme de « situation juridique » est le plus souvent abandonné. L'attention va porter sur les faits de contrefaçon eux-mêmes et non plus sur les effets d'une situation juridique qui ne semble plus utile à ce stade. En conclusion, cette approche ne semble pas rigoureuse.

238. Une tentative d'explication - De nombreuses causes peuvent expliquer l'adoption de cette démarche chaotique. Intuitivement, l'action en contrefaçon n'est permise, en droit de la propriété industrielle par exemple, qu'à une seule personne, celle qui a obtenu la délivrance du titre souhaité. L'action en contrefaçon semble donc constituer un effet de cette délivrance. Cependant, en toute rigueur, il ne peut pas être affirmé que la situation juridique *consiste* en cette délivrance. Ce n'est que le résultat d'une décision administrative d'octroi d'un titre de protection.

Le plus gênant, c'est d'affirmer que « l'effet » de la situation juridique est de pouvoir agir en contrefaçon. Il est évident que le régime des droits de propriété intellectuelle n'est pas purement défensif. Par exemple, cette vision simpliste des choses ne serait pas en accord avec le nombre important de dispositions légales consacrées aux contrats au sein du Code de la propriété intellectuelle. De plus, il existe un obstacle logique à affirmer que l'effet d'une situation juridique se réduit à offrir un droit d'agir en justice. Le litige doit rester « accidentel » dans la vie d'un droit subjectif. Le problème vient du fait que la notion d'« action en justice » renvoie à un droit précisément identifiable et qu'au contraire l'expression de « situation juridique » a tendance à l'occulter quelque peu⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ Le doyen ROUBIER préfère cette expression parce qu'elle permet de dépasser le simple droit subjectif, qu'elle peut englober des « rapports juridiques ». Il semble pourtant difficile d'évoquer une action en justice précisément attachée à un « rapport juridique » préexistant.

Il peut aussi paraître étrange de considérer l'action en contrefaçon comme un exemple d'« effet futur » d'une situation juridique. Cette vision ne semble pas correspondre aux intentions du titulaire du droit. N'est-il pas considéré que l'obtention d'un droit de brevet dans l'unique but de l'opposer à son concurrent puisse révéler un abus de droit ?

Il semble qu'il peut être affirmé que la situation juridique « titularité du droit de dessin et modèle » par exemple, a pour effet principal de créer sur une durée déterminée un rapport exclusif, d'une nature réelle, entre le titulaire du droit et l'apparence protégée. Ce lien lui permettra, dans l'hypothèse où un tiers a profité d'une manière ou d'une autre des utilités de sa chose, sans y être autorisé, d'agir en contrefaçon. L'action est l'une des concrétisations possibles, par le titulaire du droit, de son pouvoir sur l'apparence nouvelle qu'il a choisi de déposer. L'exclusion des tiers est classiquement une conséquence de toute propriété, de toute possession. Agir en défense de cette exclusivité n'est pas *l'effet* direct de la situation juridique. C'est une conséquence de l'opposabilité *erga omnes* de son pouvoir, opposabilité qui constitue cet effet principal et continu de la situation juridique.

Il est vrai que ces détours peuvent sembler largement théoriques. Cependant, il s'agit de démontrer que la notion de situation juridique ne mérite pas cet abandon systématique quand il est question d'action en contrefaçon. Le jonglage permanent entre les différentes qualifications est un facteur évident de complexité du droit transitoire et le droit de la propriété intellectuelle ne fait pas, malheureusement, exception.

239. Conclusion du I - Le jour où l'acte de contrefaçon est commis, il faut vérifier que la situation juridique « titularité du droit de propriété intellectuelle » s'est correctement formée selon le droit en vigueur de cette époque. Il faut ensuite observer l'effet juridique de cette situation, à la date de commission du fait illicite. En effet, une loi nouvelle aurait pu, entre le moment de la formation de la situation juridique et la date de commission de cet acte illicite, limiter ou au contraire améliorer la force d'opposabilité du droit. Par exemple, le législateur aurait créé, dans cet intervalle, des exceptions au profit d'un tiers ou au contraire aurait imposé des présomptions de violation du monopole au profit du titulaire du droit. Seule cette décomposition permet d'assurer l'exigence de sécurité juridique. Il convient à présent d'envisager les difficultés nées d'une réflexion sur le rapprochement entre l'approche réelle du droit de la propriété intellectuelle et la notion d'« incrimination pénale ».

II / La conciliation théorique entre l'approche réelle du droit de la propriété intellectuelle et l'incrimination pénale

240. La notion de « peine » suppose une adaptation de la réponse de la société aux caractères d'un comportement illicite. Le principe de proportionnalité est fondé sur l'équité. La sanction montre une exacte proportionnalité quand elle peut être regardée comme la juste rétribution d'une faute antérieurement commise. Le droit transitoire est évidemment sollicité quand le législateur change de point de vue sur la nature de ce rapport. En droit de la propriété intellectuelle, ce rapport de proportionnalité devrait conduire à refuser de sanctionner, sur le terrain du droit pénal, des atteintes seulement mineures portées aux différents monopoles. Or, cette position pourrait être en contradiction avec une approche purement « réelle » de la discipline. En effet, dans cette optique, n'importe quelle intrusion du tiers au sein du rapport exclusif existant entre le titulaire du droit et sa chose devrait être sanctionnée. Cette vision des choses ne postulerait donc pas l'établissement d'une échelle des peines en fonction des différents degrés de violation du monopole. En d'autres termes, aucune « contrefaçon partielle »⁸⁷⁸ ne pourrait exister.

Il est possible de remarquer que la rédaction de l'ancien article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle se caractérise par une certaine généralité. L'article L. 513-4 « nouveau » du Code de la propriété intellectuelle est assurément plus précis dans la définition des actes interdits aux tiers. Par suite, la précision des actes interdits semble conférer un caractère « plus doux » au texte d'incrimination. Cependant, il est toujours possible de penser que la nature du droit de dessin ou modèle postule à elle-seule l'exclusion absolue des tiers dans la jouissance de la chose. Dans ce cas, ce premier constat, de nature pénal, perdrait en légitimité. De même, quand l'article L. 513-5 du Code de la propriété intellectuelle transpose l'article 9 § 1 de la directive du 13 octobre 1998, qui étend la protection « *à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'utilisateur averti une impression visuelle d'ensemble différente* », la protection du dessin ou modèle semble devoir être entendue plus largement. D'un point de vue pénal, la législation devrait donc être considérée comme « plus sévère ». Par exemple, le titulaire acquiert le pouvoir d'interdire les adaptations de la création couverte par le dépôt. À l'inverse, pour Monsieur PASSA⁸⁷⁹, la référence à l'« observateur averti » pourrait avoir pour conséquence, au regard du droit ancien, de réduire

⁸⁷⁸ V. sur les hypothèses de plagiat et l'idée qu'il s'agit d'une contrefaçon sans sanction : R. CASTELAIN, *Le plagiat musical* : RIDA oct. 1956, p. 55.

⁸⁷⁹ J. PASSA, *op. cit.*, n° 750, p. 706.

la portée de la protection : « *des différences qui jadis n'auraient peut-être pas exclu la qualification de contrefaçon, pourraient au contraire en justifier aujourd'hui l'exclusion si elles sont perceptibles par l'observateur averti* ».

241. Conclusion du Chapitre I – Il est possible d'imaginer à l'avenir un législateur qui viendrait consacrer des scissions internes au sein de la contrefaçon. Par exemple, certaines contrefaçons ne seraient pas sanctionnées au pénal et seul un principe indemnitaire constituerait la réponse apportée à d'autres types d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle. Par suite, l'interprète de la loi nouvelle aurait certainement pour réflexe d'utiliser la qualification de « loi pénale plus douce ». Il a été constaté que cette qualification devait s'entendre strictement. Autrement dit, à chaque fois que son utilisation a été entendue autrement, la solution ne fut pas convaincante. Il a été aperçu que le droit de la propriété intellectuelle montrait à certains endroits des difficultés d'application du principe d'interprétation stricte de la norme pénale. Il faut aussi retenir que l'analyse réelle du droit de la propriété intellectuelle postule une réaction immédiate à l'encontre de toute atteinte au monopole, quand le principe d'interprétation stricte de la règle pénale exige de l'interprète un retour au texte légal, parfois défavorable aux intérêts du titulaire des droits. En dernier lieu, il a été vu que l'extension du mécanisme de la rétroactivité *in mitius* à des règles non strictement pénales est à exclure. Cela conduirait à se demander si la réforme est ressentie « plus ou moins sévèrement » par le titulaire du droit. Assurément, cette démarche ne serait conforme à l'exigence de sécurité juridique. En conclusion, il ne semble pas que le droit de la propriété intellectuelle manifeste une originalité particulière dans l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*.

Chapitre II / LES LOIS INTERPRÉTATIVES

242. Présentation - Pour ROUBIER, en élaborant une loi interprétative, le législateur agirait à la manière d'un interprète⁸⁸⁰. LEVEL utilise un critère similaire : les lois interprétatives seraient reconnues lorsque le rapprochement des deux textes successifs montrerait « *l'intention du législateur de se comporter en interprète des lois précédentes* »⁸⁸¹. Il faudrait également considérer « *le besoin du droit antérieur d'être précisé et complété* »⁸⁸². C'est-à-dire que le juge pourrait faire état d'un défaut d'achèvement du droit positif et de la nécessité d'apporter sur un point controversé une réponse rapide. En droit de la propriété intellectuelle, la principale difficulté consiste à interpréter les silences du législateur. Faut-il en conclure un report au Code civil ? Lorsque le problème est relatif à un droit de marque, faut-il considérer ce silence comme un report à la propriété industrielle en général et dont le droit des brevets constitue souvent l'emblème⁸⁸³ ?

La consistance de l'ordonnancement juridique qui précède une intervention législative donnera une idée des apports de la loi nouvelle. Cette information est évidemment nécessaire pour résoudre un conflit de lois dans le temps. Par exemple, quand la loi du 11 mars 1957 reconnaît le caractère personnel et exclusif du droit de divulgation, il est pressenti que le législateur ne fait que proclamer un principe préexistant. En considérant que la solution était déjà inhérente aux lois des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793, la loi du 11 mars 1957 ne semble pas montrer des limites temporelles définies. Il faut alors préciser que le législateur n'a pas donné à cette loi une portée rétroactive⁸⁸⁴. Cependant, en pratique, la différence avec une loi expressément rétroactive, sur ce point précis, est imperceptible. Afin de comprendre la manière dont l'interprète est en mesure d'utiliser la notion de « loi interprétative » dans ce type d'hypothèse, il convient d'abord de se pencher sur la rétroactivité

⁸⁸⁰ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 58, p. 254. Pour l'auteur : « *Est, de sa nature, interprétative, la loi qui, sur un point où la règle de droit est incertaine ou controversée, vient consacrer une solution, qui aurait pu être adoptée par la seule jurisprudence* ».

⁸⁸¹ P. LEVEL, *op.cit.*, n° 71, p. 130.

⁸⁸² P. LEVEL, *op.cit.*, n° 71, p. 130.

⁸⁸³ Par exemple, sur les conséquences d'une absence en droit des marques de régime particulier applicable à l'acquisition d'un signe en copropriété, quand le droit des brevets prévoyait expressément cette hypothèse : M. DEHAUT, *Les marques de certification : apports du décret du 1^{er} mars 2007 modifiant le Code de la propriété intellectuelle : Propr. ind.* 2007, focus n° 79.

⁸⁸⁴ Cette précision est faite, par exemple par les juges d'appel dans l'affaire « Bonnard » : CA d'Orléans, 18 févr. 1959 : *D.* 1959, p. 440, note H. DESBOIS.

qui est traditionnellement attachée aux lois interprétatives (**Section I**). Ensuite, il faut s'intéresser à l'application de la définition jurisprudentielle des lois interprétatives en droit de la propriété intellectuelle (**Section II**). Les rapports complexes que la loi interprétative entretient avec la jurisprudence doivent être expliqués (**Section III**). Sera également abordée la tentation de retenir une vision extensive de la notion de loi interprétative (**Section IV**). Enfin, il conviendra de s'intéresser au cas spécifique des lois de transposition d'une directive communautaire (**Section V**).

SECTION I / La rétroactivité des lois interprétatives

243. Une rétroactivité supposée conforme à l'exigence de sécurité juridique - En indiquant la nature interprétative de la loi, le législateur donne l'information capitale selon laquelle il souhaite seulement clarifier le droit existant. Par suite, la loi pourra être appliquée de manière rétroactive par le juge. D'une manière fictive, la clarification envisagée est totalement intégrée au texte de loi originaire. En procédant à la réécriture de la règle, l'accessibilité du droit est mieux garantie. Par conséquent, la rétroactivité peut être considérée comme bénéfique.

244. Une rétroactivité parfois discutée – Très tôt, le législateur fit interdire l'apposition volontaire de fausses indications d'origine sur des produits naturels ou industriels. Une controverse éclata sur le sens de l'article 1^{er} de la loi du 6 mai 1919⁸⁸⁵. Le législateur elabora par la suite la loi du 22 juillet 1927⁸⁸⁶. Il accorda l'appellation à certaines communes et exigea de nouvelles conditions de protection. En ne modifiant que l'article 10 de la loi antérieure de 1919⁸⁸⁷, le législateur souhaitait ne pas remettre en cause « *les principes fondamentaux de la loi* »⁸⁸⁸. Au regard de la controverse antérieure, le texte fut interprété comme la consécration d'une interprétation extensive de l'article 1^{er} de la loi de

⁸⁸⁵ Il s'agissait de savoir quelles étaient les conditions auxquelles le législateur subordonnait le droit à l'appellation d'origine. Soit la conformité du signe à l'origine géographique d'une part, et aux usages locaux, loyaux et constant d'autre part, devait être exigées ; soit seule l'authenticité de l'origine géographique devait être vérifiée. V. par exemple : Cass. civ. 26 et 27 mai 1925 : *Rec. Sirey* 1928, I, p. 25.

⁸⁸⁶ Loi du 22 juillet 1927 : *Rec. Sirey* 1928, *Lois annotées*, p. 1319.

⁸⁸⁷ Trois conditions nouvelles furent imposées pour permettre l'application à un vin d'une appellation d'origine. L'authenticité d'origine, le cépage et l'aire de production. Leur mise en place eut pour effet de réduire le cercle des bénéficiaires.

⁸⁸⁸ M. TOUBEAU, *La protection des appellations d'origine, commentaire de la loi du 22 juillet 1927*, Paris, 1928, n° 15, p. 14.

1919. La nature interprétative du texte fut rapidement affirmée⁸⁸⁹ et l'effet rétroactif de la loi nouvelle préoccupa immédiatement de nombreux viticulteurs⁸⁹⁰. Par la suite, la rétroactivité de la loi nouvelle de 1927 fut écartée : il fut décidé au civil comme au pénal que la loi ne devait pas régir des éléments « *du passé* »⁸⁹¹. En somme, la rétroactivité fut jugée trop dangereuse. Il convient alors de remarquer que lorsque l'effet rétroactif des lois interprétatives est regretté, la critique s'inscrit dans une dénonciation générale de toute rétroactivité légale⁸⁹². En doctrine, la rétroactivité des lois interprétatives a parfois été niée. Pour MAIHLER DE CHASSAT⁸⁹³, ces lois ne sont pas rétroactives en raison d'un défaut d'autonomie au regard de la loi interprétée. Pour BEUDANT, aucune rétroactivité n'est observable parce que ces lois ne sont pas véritablement nouvelles⁸⁹⁴. De même, pour LEVEL, quand le législateur agit comme un interprète, l'état du droit existant n'est pas réellement modifié⁸⁹⁵. En somme, la loi interprétative ne serait jamais une loi inédite et ne montrerait donc pas une application dans le temps propre⁸⁹⁶. Cette absence d'altérité entre deux lois successives dont l'une a pour objet d'expliquer les termes de l'autre, est une image parfois utilisée en jurisprudence⁸⁹⁷.

⁸⁸⁹ M. TOUBEAU, *op. cit.*, n° 43, p. 31 : « *Comme l'indique le ministre de l'Agriculture, dans sa circulaire du 30 Septembre 1927, la loi nouvelle a un caractère nettement interprétatif* ».

⁸⁹⁰ M. TOUBEAU, *op. cit.*, n° 43, p. 32 : certains viticulteurs avaient vendu des vins sous une appellation d'origine admise par les tribunaux, alors que l'interprétation « correcte » de la loi de 1919, consacrée par la loi de 1927, n'aurait pas autorisé certaines cessions. Pour l'auteur, cette crainte n'était pas fondée. Le raisonnement fait évidemment appel à la notion de droit acquis.

⁸⁹¹ M. TOUBEAU, *op. cit.*, p. 32 et p. 33.

⁸⁹² La loi interprétative est toujours en mesure de bouleverser des « attentes légitimes ».

⁸⁹³ M. A. MAIHLER DE CHASSAT, *op. cit.*, tome 1, p. 133. Il est dit que la loi interprétative, étant un « *procédé légal du législateur par lequel il met au jour sa première pensée* », « *il n'y a nul effet rétroactif à faire remonter la loi interprétative à la loi interprétée, puisque cette dernière n'a pu, sans absurdité, renfermer d'autres pensées que celle de la loi qui l'interprète* ».

⁸⁹⁴ C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publié par R. BEUDANT, Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, 1896, n° 126, p. 131 et s. BEUDANT, *op. cit.*, n° 134, p. 141. Le défaut de nouveauté de la loi interprétative découlerait de « *la nature des choses* ». Cette idée doit être rapprochée de l'abandon du projet concernant l'ajout d'un alinéa supplémentaire à l'alinéa 2 du Code civil, parce que « *proclamant une vérité trop évidente* ».

⁸⁹⁵ P. LEVEL, *op. cit.*, n° 72, p. 132 ; AUBRY et RAU, ainsi que DEMOLOMBE, auraient également soutenu cette thèse, doctrine présentée et expliquée par P. ROUBIER : *op. cit.*, n° 56, p. 245, note n° 3. Si la conception d'une fusion absolue entre deux lois successives devait être retenue, une certaine insécurité juridique ne serait pas à exclure. ROUBIER estime par exemple que la négation de tout intervalle de temps entre la première loi et la seconde qui l'interprète, conduirait à une remise en cause des solutions définitives qui ont pu être apportées à des litiges pendant cette période de temps : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 56, p. 247. Cette conséquence serait évidemment inacceptable, surtout s'il revient au juge de deviner la nature interprétative de la loi.

⁸⁹⁶ En tant que norme qui ne fait que révéler le sens authentique de la loi interprétée, elle ne devrait pas pouvoir entrer en conflit avec une loi précédente. Les conflits de lois dans le temps impliquent toujours un changement de règles, une modification observable du droit objectif.

⁸⁹⁷ V. Cass. 3^{ème} civ., 27 fév. 2002 : *RTD civ.* 2002, p. 601 ; *JCP E* 2002, jurisp., p. 678, note M.-L. SAINTURAT. À la suite de cette intervention de la troisième chambre civile, qui se prononçait sur les caractéristiques de la loi MURCEF, certaines Cour d'appel avaient affirmé que la loi nouvelle était « *interprétative et non rétroactive* » : CA Paris, 7 fév. 2003 : *AJDI* 2003, p.187 ; CA Caen, 17 fév. 2003 : *AJDI* 2003, p.585, obs. J. SCHECROUN, affirmant que la loi « *ne [constituant] pas une modification législative mais l'affirmation du droit antérieur (...) dépourvue de pouvoir innovant elle ne caractérise pas une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice* ».

Pour le doyen BACH⁸⁹⁸, au contraire, le droit existant est modifié par l'entrée en vigueur d'une loi interprétative. Pour cet auteur, l'interprétation d'une disposition légale ne conduit jamais à une solution unique, « *qui serait la seule exacte* », mais au contraire à « *plusieurs solutions d'égale valeur* ». Par suite, la loi interprétative imposerait une lecture particulière de la règle, résultante nécessaire d'un choix opéré par le législateur⁸⁹⁹. L'élection de l'un des sens de la règle en vigueur est d'ailleurs qualifiée par Monsieur PETIT d'« *acte de volonté créateur de droit* »⁹⁰⁰.

245. Les lois interprétatives expresses, une sorte de « clause de rétroactivité » - En pratique, un article de la loi nouvelle donne la liste des dispositions dont la nature est interprétative⁹⁰¹. Le juge sait alors que le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à celles-ci⁹⁰². Il est invité à prendre acte d'un type de rétroactivité expresse⁹⁰³. Le droit de la propriété intellectuelle offre l'exemple d'un texte normatif dont l'intitulé pouvait faussement laisser croire à une nature interprétative. Il s'agit du décret du 25 Prairial an III (13 juin

⁸⁹⁸ L. BACH, *Rép. Civ. Conflits de lois dans le temps*, Dalloz, 1996, n° 195, p. 31.

⁸⁹⁹ L. BACH, *Rép. Civ., op.cit.*, n° 201, p. 32. Pour le doyen BACH, l'intérêt de distinguer la loi interprétative de la loi simplement rétroactive réside dans la possibilité pour les lois interprétatives de s'appliquer pour la première fois aux instances pendantes devant la Cour de cassation. Il faut alors rappeler qu'en principe, la Cour de cassation ne peut pas raisonnablement reprocher aux juges du second degré de ne pas avoir fait application d'une loi qu'ils ne pouvaient pas connaître. V. par exemple, la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce (JO du 1^{er} juillet 2000, p. 9946), elle dispose en son article 23 : « *Les dispositions de la présente loi sont applicables aux instances en cours qui n'ont pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée* ». La doctrine s'est par la suite exprimée : « *Emporté par un zèle douteux en faveur des débiteurs, le législateur a osé décider que la loi nouvelle s'appliquerait aux procédures en cours, y compris en cas de pourvoi en cassation, ce qui a créé un désordre surréaliste, obligeant la Cour de cassation à reprocher aux juges du fond de n'avoir pas appliqué une loi...qui n'était pas promulguée à la date où ils rendaient leur arrêt !* » : F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation* : D. 2006, chron., p. 17 et s., spéc. p. 25.

⁹⁰⁰ J. PETIT, *op.cit.*, n° 610, p. 298 : « *(...) l'idée selon laquelle la loi interprétative n'est aucunement créatrice de droit n'est pas admissible. Dès lors qu'une règle comporte plusieurs sens possibles, le choix de l'un d'entre eux résulte nécessairement d'un acte de volonté créateur de droit* ».

⁹⁰¹ Il est certain que l'expression même de « loi interprétative » n'est pas exigée. Néanmoins, ROUBIER précise : « *Dans notre droit, il n'y a pas de termes sacramentels, de verbia solemnia ; mais on ne voit pas bien par quel autre terme le mot interprétation pourrait être remplacé, de façon à exprimer, d'une manière assez claire et certaine, que la loi a bien le caractère interprétatif* » : P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 57, p. 249. V. par exemple : Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} fév. 1984 : *Bull.civ.*, III, n° 25 : « *En déclarant qu'un texte a un caractère interprétatif, le législateur a nécessairement donné un caractère rétroactif à cette disposition* » :

⁹⁰² CA Aix, 7 avril 1902 : *S et P.* 1902, II, 241.

⁹⁰³ T. BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, préf. P. GOBERT, Paris, PUF, 1990, n° 270, p. 268 : l'analyse de la jurisprudence montrerait que la loi déclarée interprétative est toujours perçue comme une catégorie de lois rétroactives. Par exemple, la loi n° 66-681 du 22 novembre 1966 (JO 24 novembre 1966, p. 10259), « *relative aux déclarations conjointes prévues aux articles 11 (alinéa 2), 16 et 20 de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux* », offre l'exemple parfait d'une loi expressément interprétative. La formulation du titre de la loi et le nombre limité de ses articles (deux) sont des indices de sa nature interprétative. Ses dispositions sont entièrement orientées vers la modification d'un texte antérieur récent. L'article 2 de la loi du 22 novembre 1966 dispose : « *Dans le deuxième alinéa de l'article 17 de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, les mots « à peine de nullité » sont supprimés* ». Est retrouvé un mécanisme traditionnel des lois interprétatives qui consiste à procéder en une retouche rédactionnelle d'un article existant. Il était de plus ajouté à l'alinéa suivant : « *Les dispositions de l'alinéa précédent ont un caractère interprétatif* ». Cette précision est suffisante pour « déclencher » le régime particulier des lois interprétatives. V. Sur les raisons de la disparition de cette sanction, F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, *op.cit.*, n° 77, p. 98.

1795)⁹⁰⁴, intitulé « *Décret interprétatif de celui du 19 juillet 1793 qui assure aux auteurs et artistes la propriété de leurs ouvrages* ». Le décret du 19-24 juillet 1793⁹⁰⁵ donnait un rôle essentiel aux officiers de paix, tenus de retirer du marché les exemplaires contrefaisants⁹⁰⁶. Le décret « interprétatif » de 1795 vint modifier les modalités de leur confiscation et opéra une nouvelle répartition des compétences⁹⁰⁷. Pour MERLIN, les lois des 19-24 juillet 1793 et du 25 Prairial an III permirent de « *déléguer les premières poursuites* » à différents agents lors de la répression « *d'un délit attentatoire à la propriété* »⁹⁰⁸. Les deux textes successifs formaient donc les composantes d'un même régime juridique. Le décret « interprétatif » de 1795 précisait seulement un point de nature procédurale. Même si le texte apparaît comme le « *prolongement* »⁹⁰⁹ de la loi de 1793, il ne s'agit pas d'un texte interprétatif. L'expression « *à l'avenir* » employée par le législateur indique d'ailleurs que le champ d'application des nouvelles dispositions ne devait pas empiéter sur celui de la loi ancienne.

246. Conclusion de la Section I – Le législateur peut indiquer au sein de la loi nouvelle qu'il s'agit d'une loi dont la vocation est essentiellement d'interpréter une loi antérieure. Si la doctrine s'est interrogée sur la rétroactivité des lois interprétatives, en pratique, cette indication du législateur a le même rôle qu'une « clause de rétroactivité ». Il faut remarquer que les lois interprétatives expresses ne se retrouvent pas en droit de la propriété intellectuelle. Comme il s'agit d'une pratique courante du législateur⁹¹⁰, il faudrait conclure sur ce point à une certaine autonomie de la discipline. En somme, le caractère interprétatif d'une loi nouvelle a toujours été découvert par le juge⁹¹¹. Ne se pose donc pas le problème de savoir si la qualification utilisée par le législateur est légitime⁹¹². Dans le silence

⁹⁰⁴ *Rec. Sirey 1791-1830, Lois, décrets, ordonnances*, I, p. 328 ; décret cité par : A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-art*, Paris, vol. 1, 1838, p. 330.

⁹⁰⁵ Décret relatif « *aux droits de propriété des auteurs, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs* » : *Rec. Sirey, 1791-1830, Lois, décrets, ordonnances*, p. 241.

⁹⁰⁶ V. L'article 3 du décret.

⁹⁰⁷ V. l'article 1^{er} disposait : « *Les fonctions attribuées aux officiers de paix par l'article 3 de la loi du 19 juillet 1793, seront à l'avenir exercées par les commissaires de police, et par les juges de paix dans les lieux où il n'y a pas de commissaires de police* ». La règle sera reprise plus tard à l'article 66 de la loi du 11 mars 1957.

⁹⁰⁸ P.-A MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit qui se présentent le plus souvent dans les tribunaux*, Garnery, 1827-1830, vol. 4, (1829), V. « contrefaçon », p. 398.

⁹⁰⁹ L. BACH, *Rép. civ., précité*, n° 188, p. 29 : la loi nouvelle interprétative « *fait corps avec la loi ancienne dont elle n'est qu'un prolongement* ».

⁹¹⁰ C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 6^{ème} éd., 2008, n° 126, p. 147.

⁹¹¹ V. sur cette découverte : P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale, Droit civil*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n° 266, p. 296.

⁹¹² La Cour de cassation rappelle parfois la véritable nature du texte législatif et peut refuser de l'appliquer rétroactivement : Cass. soc., 16 mai 1957 : *Gaz. Pal.* 1957, II, 131 ; Cass. soc. 20 mai 1958 : *Gaz. Pal.* 1958, II, 60. Pour un exemple d'utilisation artificielle par le législateur de la qualification de loi interprétative : Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 1953 : *JCP G* 1955, II, 8830, note P. ANCEL ; *RTD civ.* 1955, p. 637, obs. R. SAVATIER.

du législateur, le juge peut tenter de reconnaître une loi interprétative. Le cas échéant, il doit se référer à une définition jurisprudentielle précise.

SECTION II / L'application de la définition jurisprudentielle des lois interprétatives en droit de la propriété intellectuelle

247. La jurisprudence judiciaire donne une définition relativement stable de la loi interprétative⁹¹³. C'est une loi qui « *se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant, qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse* »⁹¹⁴. Chaque élément de cette définition a son importance parce que le juge qui reconnaît le caractère interprétatif d'une loi nouvelle devrait toujours être en mesure de justifier son point de vue. En toute rigueur, il devrait pouvoir affirmer qu'il existe une volonté du législateur de déroger au principe de non rétroactivité⁹¹⁵. Cette volonté doit pouvoir être devinée par le juge au regard de certains indices. Il faut retenir l'intervention rapide du législateur (**I**), l'existence d'une controverse antérieure (**II**) et la clarification de l'ordonnement juridique existant (**III**).

I / L'intervention rapide du législateur

248. Une présomption quant à la volonté du législateur - L'article L.422-3 du Code de la propriété intellectuelle⁹¹⁶ précise ce qu'il faut entendre par la « spécialisation » des conseils en propriété industrielle. Cet éclairage intervient une dizaine d'années après l'entrée

⁹¹³ S'agissant de la jurisprudence administrative, les décisions du Conseil d'État seraient conformes à une approche classique du problème : J. PETIT, *op.cit.*, n° 607, p. 296 et s : « *est interprétative la prescription qui n'a pas pour objet d'établir une règle nouvelle mais de préciser ou d'explicitier la signification d'une ou plusieurs règles antérieures, qui était donc incertaine ou discutée* ».

⁹¹⁴ Cass. soc., 3 oct. 1957 : *Bull.civ.* IV, n° 899 ; *D.* 1957. 673 ; Cass. 2ème civ., 20 févr. 1963, *Bull.civ.* n° 174, p. 127 ; Cass. soc., 14 juin 1989 : *Bull.civ.* V, n° 442 ; Cass. com., 7 avril 1992 : *JCP* 1992, II, 21939, note C. DAVID : « *La loi interprétative comporte nécessairement quatre éléments : une reconnaissance d'un droit préexistant, ne comportant pas d'innovation, ce droit étant susceptible d'être controversé, par suite d'une définition imparfaite* ».

⁹¹⁵ À cette fin, il pourrait citer les travaux préparatoires de la loi. Pour être utiles, ceux-ci devraient clairement faire état de cette volonté. V. J. PETIT, *op. cit.*, n° 625, p. 303 : quand le Conseil d'État se fonde sur les travaux préparatoires de la loi nouvelle, il tâcherait ainsi de révéler la signification objective de la loi.

⁹¹⁶ V. l'alinéa 1^{er}.

en vigueur du texte initial. Par suite, il est peu probable que le juge reconnaisse ici l'œuvre d'une loi interprétative⁹¹⁷. En revanche, même si la loi 4 août 2008 n'offrait pas des travaux préparatoires suffisamment clairs pour admettre sans discussion sa nature interprétative, il est incontestable que la seule célérité du législateur dans son œuvre d'interprétation de la loi de la loi du 29 octobre 2007 constitue une forte présomption en faveur de cette nature⁹¹⁸. Il convient ensuite d'apprécier le critère lié à l'existence d'une controverse antérieure.

II / L'existence d'une controverse antérieure

249. La notion de « controverse antérieure » est assurément au cœur de la démarche qui tend à identifier une loi interprétative⁹¹⁹. En droit de la propriété intellectuelle, une difficulté doit être surmontée. De nombreuses controverses n'ont pas montré d'assise textuelle précise. Il s'agit de s'intéresser à certaines controverses ayant marqué le droit d'auteur (A), le droit des brevets (B) et le droit des obtentions végétales (C).

A / Des exemples de controverses en droit d'auteur

250. L'exemple historique de la durée du droit d'auteur attribué à l'État - Au XIX^{ème} siècle, les juges reconnaissaient parfois à l'État la qualité d'auteur. Cependant, la difficulté consistait à déterminer la durée du monopole, en l'absence de toute précision sur ce point au sein du décret du 19 juillet 1793. Le silence du législateur fut incontestablement à l'origine d'une controverse. Par exemple, les juges se prononcèrent sur la faculté pour l'État de revendiquer la « *propriété d'une carte de France* ». Il fut estimé que l'État était l'auteur de la carte, parce qu'il en avait conçu le plan, en avait dirigé l'exécution et couvert les

⁹¹⁷ V. la loi du 26 novembre 1990.

⁹¹⁸ Pour CARBONNIER, le juge devrait se reporter aux premiers commentaires dont la loi nouvelle fut l'objet alors qu'elle n'aurait encore révélé aucune difficulté d'application et qu'elle serait vierge d'interprétations partisans : J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Défrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 107 et s. « *Presque fatalement une époque arrive, où, le contentieux ayant envahi la loi, l'interprétation se présente délibérément comme une fourniture d'armes aux belligérants, voire comme une offre d'armes aux belliqueux. (...) Si nous réfléchissons sincèrement à ce qu'est le droit tel qu'il s'applique, nous devrions accorder, en toutes lois, une valeur exceptionnelle aux commentaires les plus immédiats, affranchis des limites et des servitudes du droit appliqué* ». Relèverait de cette démarche le fait de s'attacher aux travaux parlementaires de la loi du 29 octobre 2007 dans le cadre d'un premier commentaire « d'actualité » afin de déterminer le juge compétent, V. par exemple : J-P. GASNIER, *Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon* : *Prop. ind.* 2007, étude n° 25.

⁹¹⁹ Si cet élément ne devait pas être vérifié, le juge pourrait être tenté d'utiliser la qualification de « loi interprétative » dès lors qu'un texte de loi viendrait compléter ou concrétiser un point incertain de l'ordonnement juridique existant. Il en résulterait une insécurité juridique certaine.

dépenses⁹²⁰. Le défendeur à l'action soulignait le caractère temporaire du droit d'auteur et estimait cette donnée inconciliable avec la nature perpétuelle de l'État. Dans cette optique, le silence du législateur devait s'interpréter comme un refus de conférer à l'État la qualité de créateur⁹²¹. Est retrouvée l'idée d'un droit d'auteur entièrement « construit » par le législateur. Cette conception interdit toute extension des règles existantes à des hypothèses non spécialement prévues, en amont, par le législateur. Pour le tribunal, il fallait au contraire reconnaître à l'État la qualité d'auteur et donner à son droit exclusif un caractère perpétuel⁹²². L'exclusion de l'État du bénéfice de cette loi n'aurait pu résulter que d'une disposition spéciale parce que la législation sur le droit d'auteur ne faisait que codifier une propriété préexistante. En résumé, comme les principes gouvernant la propriété de droit commun devaient recevoir une application par défaut, l'État, qui avait entièrement contrôlé la réalisation de la carte, était bien titulaire d'un droit d'auteur sur celle-ci⁹²³. La controverse ainsi isolée ne pouvait pas donner lieu à l'élaboration d'une loi interprétative parce qu'aucun texte obscur n'était réellement en cause. C'est plutôt la nature du droit à reconnaître à l'État qui était au cœur du débat.

251. La paralysie du droit moral des coauteurs d'une œuvre audiovisuelle - L'article L. 121-5 du Code de la propriété intellectuelle⁹²⁴ dispose : « *L'œuvre audiovisuelle est réputée achevée lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur* ». La question s'est posée de savoir si le réalisateur pouvait seul donner son accord au producteur, si cet échange de volontés était suffisant pour l'établissement de la version définitive de l'œuvre audiovisuelle⁹²⁵. La lettre de la loi semble autoriser cette vision des

⁹²⁰ Trib. de la Seine, 3 fév. 1875 : *Rec. Sirey* 1875, II, p. 148.

⁹²¹ Plusieurs projets de lois avaient proposé une durée spéciale des droits d'auteur lorsqu'ils étaient détenus par l'État. En 1875, aucune loi nouvelle n'était venue régler cette question, la loi du 14 juillet 1866 étant silencieuse à ce sujet. V. note sous Trib. de la Seine, 3 fév. 1875, *précité*.

⁹²² Les juges expliquent le caractère temporaire du droit d'auteur par un souci de préservation de l'intérêt général. L'État étant le gardien de cet intérêt, il n'y aurait aucun inconvénient à lui conférer un droit d'auteur perpétuel.

⁹²³ La maîtrise légitime de l'État sur la chose se justifie par son activité productrice. Une loi ultérieure aurait pu affirmer que l'application du décret de 1793 concernait « l'État créateur » au même titre que n'importe quelle personne physique. Également, une loi nouvelle aurait pu affirmer la nature perpétuelle du droit d'auteur quand il est reconnu à l'État, rappelant ainsi l'immortalité d'une personnalité morale. Dans ces deux cas de figure, l'absence de nouveauté de la loi nouvelle aurait pu être défendue en justice. Le juge aurait été autorisé à faire une application généralisée de la loi, simplement en considérant que le législateur ne faisait que rappeler certaines évidences. Au contraire, le législateur aurait pu accorder à l'État un droit d'auteur d'une durée de trente ans. Dans ce cas, la loi n'aurait pas pu être qualifiée d'interprétative. En somme, l'appréciation de l'apport normatif du texte légal change en fonction du degré de spécialité de la loi nouvelle au regard du droit civil préexistant.

⁹²⁴ V. l'alinéa 1^{er} de l'article. Il s'agit de l'article 16 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 codifié.

⁹²⁵ Sur ce débat, V. F POLLAUD DULIAN, *op.cit.*, n° 351, p. 250.

choses puisque selon l'article, il peut être fait appel « éventuellement » aux autres coauteurs⁹²⁶. Il faudrait remarquer l'emprunte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁹²⁷, rendu alors que le projet de loi était en discussion à l'Assemblée Nationale⁹²⁸. Il s'agissait pour les juges de déterminer la portée du droit moral des auteurs qui se mettent au service d'une œuvre commune. Le rôle du réalisateur et du producteur devaient être précisément délimités. Seulement, après que la loi nouvelle ne fut entrée en vigueur, les juges furent désavoués en partie par la Cour de cassation. Cet événement contribua logiquement à l'incompréhension de la disposition légale⁹²⁹. La qualité rédactionnelle de l'article fut aussi mise en cause, la doctrine soulignant une « malfaçon législative »⁹³⁰. Le texte légal se révélait aussi contraire au régime de l'œuvre de collaboration⁹³¹, au statut particulier du droit moral durant la phase d'élaboration de l'œuvre⁹³² et même à « l'approche romantique du droit d'auteur français »⁹³³. En somme, la prédominance décisionnelle du réalisateur était fortement discutée⁹³⁴. Finalement, il faut retenir que l'obscurité du texte ne fut pas ici la source unique de la controverse.

⁹²⁶ V. A et H. J LUCAS, *op.cit.*, n° 196, p. 167. Pour ces auteurs, le sens de l'alinéa est clair : « le producteur peut se contenter de l'accord du réalisateur, sans être tenu de consulter les autres coauteurs ».

⁹²⁷ CA Paris, 18 avril 1856 : *Rec. Sirey*. 1957, p. 96 ; *D.* 1957, p. 108, note H. DESBOIS.

⁹²⁸ Le projet de loi fut adopté en 3^{ème} lecture par l'Assemblée Nationale le 28 février 1957. V. R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique* : *JCP G* 1957, I, 1398, n° 32 ; H. DESBOIS, *La loi du 11 mars 1957* : *RIDA* janv. 1958, numéro spécial : *D.* 1957, chron. p. 165.

⁹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 avril 1959 : *D.* 1959, p. 325, note G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE ; *Rec. Sirey*. 1959, p. 132. V. pour un exposé des approches doctrinales de l'époque ainsi qu'une analyse des effets de cette jurisprudence sur la portée du droit moral des coauteurs : C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. de A. FRANÇON, Litec, 1998, n° 217 p. 196 et s.

⁹³⁰ V. P. SIRINELLI : *D.* 2006, pan. p. 2991, spéc. p. 2296 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 669.

⁹³¹ L'œuvre audiovisuelle est une œuvre de collaboration selon une jurisprudence constante. V. Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1994 : *RIDA* 1994, n° 162, p. 433.

⁹³² Le dernier alinéa de l'article L. 121-5 du Code de la propriété intellectuelle limite le droit moral des coauteurs de l'œuvre audiovisuelle avant son achèvement. Ainsi réduits au silence de manière temporaire, les coauteurs retrouvent l'occasion de manifester leur désaccord au stade du « final cut ».

⁹³³ CA Paris, 9 sept. 2005 : *Propri. intell.* 2006, n° 19, p. 176, note A. LUCAS. Les juges décident que la « consultation des coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, autres que le réalisateur, n'est pas obligatoirement requise ». Les juges se prononcent clairement pour une lecture littérale du texte. L'article L. 121-5 n'obligerait pas le producteur à obtenir le consentement de tous coauteurs pour le montage final. L'analyse du comportement des parties en l'espèce apporte tout de même certaines nuances à la rigueur du principe. P. SIRINELLI, *D.* 2006, déjà cité, p. 2996. L'auteur explique : « Contraire à l'approche romantique du droit français, cette solution n'est cependant pas en porte-à-faux avec la volonté précise du législateur dont le souhait proclamé, en matière audiovisuelle, était d'éviter les éventuels blocages qui pourraient entraver la réalisation de l'œuvre ».

⁹³⁴ Il est certain que législateur souhaitait l'établissement d'une hiérarchie entre les coauteurs de l'œuvre. Un abandon au réalisateur de l'exercice de leur droit de divulgation était en cause. Si un accord unanime de tous les protagonistes a pu être exigé, la jurisprudence prévoit aujourd'hui une consultation facultative des auteurs autres que le réalisateur. V. pour une explication de ce phénomène découvert *a posteriori* : *Comm. com. électr.* 2006, comm. 76, note C. CARON. Dans le sens d'un accord nécessairement unanime des coauteurs de l'œuvre, interprétation aujourd'hui abandonnée, V. CA Paris, 2 déc. 1963, « Léo Ferré » : *D.* 1964, p. 229 : « l'œuvre est réputée achevée lorsque la première copie standard en a été établie d'un commun accord entre le réalisateur, les coauteurs et le producteur » : *RTD com.* 1964, p. 564, obs. H. DESBOIS.

252. Conclusion du A – Lorsque l'on aborde la condition relative à l'existence d'une « controverse antérieure », le droit d'auteur est en mesure de fournir des exemples de controverses qui ne semblent pas directement issues de l'obscurité d'un texte légal antérieur. L'interprète est alors embarrassé. Faut-il donner à la nouvelle qui supprime cette controverse la qualification de « loi interprétative » ? En donnant une réponse positive à cette question, ne faudrait-il pas accepter, par exemple, que toute incertitude sur la liste non limitative de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle donne systématiquement lieu, à l'avenir, à la création d'une loi interprétative ? Assurément, il faut faire un choix. Donner à la loi interprétative un sens plus compréhensif ou refuser d'utiliser cette qualification dans les cas de figure décrits. Il s'agit à présent de vérifier si des questions similaires se posent en droit des brevets.

B / Des exemples de controverses en droit des brevets

253. La condition relative à l'activité inventive de l'invention - La loi du 5 juillet 1844 ne subordonnait nullement l'accès à la protection par le brevet au constat d'une activité inventive. Il fallut attendre la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968⁹³⁵ pour que cette condition fut expressément imposée. L'appréciation de la brevetabilité était donc différente sous l'empire de ces deux lois⁹³⁶. Avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle de 1968, une controverse avait néanmoins porté sur la nécessité de relever la présence d'une « idée inventive » ou d'une « nouveauté inventive » dans toute invention protégeable. Le cas échéant, l'exigence légale n'aurait été qu'implicite. Seule la signification des termes d'« invention » et de « nouveauté » devait conditionner l'épaisseur du domaine du brevetable sous l'empire de la loi du 5 juillet 1844. La loi du 2 janvier 1968 ne fut pas considérée comme interprétative du droit antérieur, même si la loi mit fin à une controverse sur la notion de brevetabilité⁹³⁷. Aucune rédaction défectueuse de la loi de 1844, à strictement parler, n'aurait pu être mise en exergue. En effet, si la valeur minimum des inventions protégeables par le livre VI du Code de la propriété intellectuelle fit l'objet d'une réflexion, tous les défauts qui pouvaient exister à ce niveau ne

⁹³⁵ C'est l'article 6 alinéa 2 qui imposa cette nouvelle condition à la brevetabilité.

⁹³⁶ V. sur ce sujet : P. MATHÉLY, *La réforme apportée par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité*, in *Mélanges Daniel BASTIAN*, Paris, 1974, p. 269 et s.

⁹³⁷ V. H. DESBOIS : *RTD com*, 1963, p. 84. L'existence d'une controverse importante est relevée. Les tribunaux avaient cependant tendance à ne pas tenir compte du niveau inventif de l'invention.

s'étaient révélés *qu'a posteriori*⁹³⁸. Le principe de ROUBIER, selon lequel les conditions de constitution de la situation juridique ne doivent s'apprécier qu'au regard de la loi en vigueur au jour de sa formation, devait donc recevoir application.

254. La brevetabilité de la seconde application thérapeutique - La loi du 4 août 2008 mit fin à une longue discussion doctrinale sur la brevetabilité de la seconde application thérapeutique⁹³⁹. Il est remarquable que la Convention sur le brevet européen, modifiée en l'an 2000⁹⁴⁰, comme la jurisprudence de la Grande Chambre de recours de l'Office européen des brevets, furent toutes deux en faveur d'une acceptation de la brevetabilité de cette invention⁹⁴¹. Le maintien de cette exclusion française⁹⁴² ne se justifiait plus. La Cour de cassation avait d'ailleurs exprimé son souhait de la voir disparaître⁹⁴³. Pour partie, la discussion fut donc causée par l'influence du droit international. En somme, si le domaine brevetable fut bien l'objet d'une controverse, celle-ci n'eut pas pour origine l'ambiguïté d'un texte de loi antérieur.

255. Conclusion du B – Les exemples choisis en droit des brevets montrent que la reconnaissance du critère de la « controverse antérieure » ne s'accompagne pas toujours de l'observation d'un texte antérieur à la rédaction ambiguë. Autrement dit, cette cause de la

⁹³⁸ Pour DESBOIS : « Cette controverse est le signe d'une lacune dans notre droit français. Il peut paraître fâcheux, (...), qu'on déclare valable en France des inventions de très faible valeur, qui n'obtiendraient pas de protection après un examen préalable » : H. DESBOIS : *RTD com*, 1963, article précité.

⁹³⁹ Le principe de protection des applications nouvelles de moyens connus trouve une illustration particulière lorsque l'invention est de nature médicale. Avant que la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ne vienne modifier l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle, la brevetabilité d'une substance ou composition déjà présente dans l'état de la technique, pour la mise en œuvre d'une méthode médicale, était déjà admise. Une condition était cependant posée : l'utilisation de ce produit pour « toute » méthode médicale. Il s'agit des méthodes citées à l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle. Ce sont les « méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal ». La seconde application thérapeutique de la substance ou composition était ainsi exclue du domaine brevetable par le législateur ainsi que par le juge. V. Cass. com., 26 oct. 1993, *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n° 20, comm. G. GLEIZE et S. LACOUR. Avec la loi nouvelle, la condition change : l'utilisation du produit « pour l'une quelconque » des méthodes médicales de l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle doit être nouvelle. Pour un exemple de raisonnement soutenu avant la réforme et en faveur de la brevetabilité de la seconde application thérapeutique : CA Paris, 11 juin 1991 : *Ann. propr. ind.* 1992, p. 116, obs. P. MATHÉLY. V. aussi : J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n° 438 et s. ; M. VIVANT, *La brevetabilité de la seconde application thérapeutique* : *JCP G* 1989, II, 3382.

⁹⁴⁰ Sur l'acte du 29 novembre 2000 portant révision de la convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 : *RTD com.* 2001, p. 76, obs. J.-C. GALLOUX.

⁹⁴¹ Gde. ch. rec., 5 déc. 1984 : *PIBD* 1985, 368, III, 146. Sont admises des revendications ayant pour objet l'application d'une substance (ou d'une composition) afin d'obtenir un médicament destiné à une utilisation thérapeutique nouvelle et inventive, même lorsque le procédé de préparation lui-même ne se distingue pas d'un procédé connu mettant en œuvre la même substance active.

⁹⁴² Monsieur RAYNARD note que le droit français, avec la modification opérée par la loi du 4 août 2008, devient non seulement conforme au droit européen mais à plusieurs jurisprudences étrangères : J. RAYNARD, *Droit des brevets et du savoir-faire industriel (décembre 2007-décembre 2008)* : *D.* 2009, pan., p. 453 et s., sp. p. 454.

⁹⁴³ Rapport de la Cour de cassation pour 1993, p. 314.

controverse n'est pas toujours retrouvée. Il convient à présent de rechercher si en droit des obtentions végétales, cet obstacle à la reconnaissance des conditions de qualification de la « loi interprétative » se retrouve de façon identique.

C / Un exemple de controverse en droit des obtentions végétales

256. La reconnaissance d'un droit de possession personnelle antérieure - Le droit des obtentions végétales ne fait nullement mention d'un droit de possession personnelle antérieure, hypothèse dans laquelle une personne a été en possession d'une variété végétale avant qu'un tiers n'en obtienne la protection par l'obtention du titre⁹⁴⁴. La Cour d'appel de Paris reconnut l'existence d'un tel droit⁹⁴⁵. S'agit-il d'une solution fondée sur le droit commun des biens ou est-elle issue d'un raisonnement par analogie avec le droit des brevets ? Dans les deux cas, la qualification de « loi de codification » pourrait justifier une application généralisée de celle-ci. Cependant, la rétroactivité de cette loi ne pouvait valablement être fondée sur sa nature interprétative, faute de texte obscur à interpréter. Assurément, la perméabilité des différents régimes de propriété industrielle est ici en question. Force est de constater que l'interprète est confronté au même obstacle dans tous les domaines de la propriété intellectuelle.

257. Conclusion du II – Le critère de la « controverse antérieure » est nécessaire pour permettre au juge de qualifier une loi nouvelle de « loi interprétative ». Il a été constaté qu'en droit de la propriété intellectuelle des controverses importantes ne sont pas directement explicables par une rédaction défectueuse d'un texte antérieur. Comme le juge est toujours tenté d'appliquer de manière rétroactive une loi nouvelle qui supprime une controverse, il faut l'encourager à justifier son raisonnement. Cette transparence est nécessaire pour garantir la sécurité juridique. Deux solutions sont alors envisageables : soit le juge affirme faire application de la qualification de « loi interprétative » entendue d'une façon compréhensive, soit le juge préfère utiliser la qualification de « loi de codification ». Dans cette dernière

⁹⁴⁴ L'article L. 623-24 du Code de la propriété intellectuelle (issu de l'article 35 de la loi du 11 juin 1970) donne une liste des articles issus du régime des brevets qui s'applique aux COV. L'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 68-1 de la loi du 2 janvier 1968, n'est pas cité. Considérer que le législateur n'a pas introduit cette disposition volontairement, reviendrait à admettre que la règle de la possession antérieure ne doit pas s'appliquer quand un COV est en cause.

⁹⁴⁵ CA Paris, 19 juin 1986 : *RDPI* 1986, n° 7, p. 63.

hypothèse, le juge nie simplement la création de règles inédites par la loi nouvelle⁹⁴⁶. Il s'agit à présent d'aborder une autre condition traditionnellement nécessaire pour la qualification de « loi interprétative » : la loi nouvelle apporte une clarification du droit existant.

III / La clarification de l'ordonnement juridique existant

258. L'exemple du droit des dessins et modèles - Les œuvres de sculpture furent protégées en tant qu'« œuvres d'art » sur le fondement de la loi du 19-24 juillet 1793. L'artiste était dispensé de la formalité de dépôt, pourtant prescrite pour les œuvres littéraires⁹⁴⁷. Par ailleurs, une sculpture « appliquée à une industrie » recevait protection sur ce même fondement⁹⁴⁸. Cependant, dès lors que la sculpture était qualifiée par les juges d'« industrielle », destinée à « l'ornementation de produits fabriqués », elle ne pouvait être protégée qu'au titre de la loi du 18 mars 1806 sur les dessins de fabrique⁹⁴⁹. Il appartenait alors aux juges du fond de déterminer si une ornementation ou une incrustation constituait une œuvre d'art de manière autonome ou si l'objet étudié, cette fois considéré comme un tout, devait recevoir la qualification d'« objet industriel et commercial »⁹⁵⁰. Lorsque cette dernière qualification l'emportait, la conservation du droit de propriété était, dans ce cas, subordonnée à la formalité préalable du dépôt, prescrite par la loi du 18 mars 1806⁹⁵¹. C'est cette condition posée à la protection effective des dessins et modèles qui rendait si dangereuse toute hésitation sur le corps de règles applicables⁹⁵². Le législateur n'avait pas défini les objets relevant du droit d'auteur et ceux concernés par le droit des dessins et modèles de fabrique⁹⁵³. Il n'avait pas, non plus, établi les caractères permettant de répartir ces objets suivant les deux régimes⁹⁵⁴. Le juge fit alors de nombreuses propositions : la qualité d'artiste ou de fabricant,

⁹⁴⁶ Par exemple, lorsque la loi du 29 octobre 2004 effectue un « toilettage terminologique » afin d'éviter une confusion fréquente entre les « choses contrefaites » et les « choses contrefaisantes », il ne serait pas question d'interprétation, faute de texte unique au sens équivoque. Le juge pourrait alors souligner, afin de faire une application généralisée du texte de loi, qu'aucune norme inédite n'a été créée à cette occasion.

⁹⁴⁷ V. par ex : CA imp. de Paris., 3 août 1854 : *Rec. Sirey* 1854, II, p. 710. La loi impose la formalité d'un dépôt dont l'absence fait présumer un abandon de l'œuvre au domaine public. « *Que sans doute, la loi du 19 juillet 1793 n'assujettit d'une manière expresse à ce dépôt que les écrits et gravures, d'où l'on conclut avec raison que les autres œuvres d'art, de l'esprit et du génie en sont dispensées (...)* ».

⁹⁴⁸ V. article 6 de la loi des 19-24 juillet 1793. V. Cass. civ., 21 juillet 1855 : *Rec. Sirey* 1855, I, p. 859.

⁹⁴⁹ V. Cass. civ., 28 juillet 1856 : *Rec. Sirey* 1856, I, p. 811.

⁹⁵⁰ V. Cass. crim., 8 juin 1860 : *Rec. Sirey* 1862, I, p. 436.

⁹⁵¹ Article 15 de la loi du 18 mars 1806.

⁹⁵² V. à propos de bronzes au caractère « majoritairement industriel » et dont l'absence de dépôt préalable dans les conditions posées en 1806 a pour conséquence de priver le créateur du bénéfice de l'action en contrefaçon : Cass. civ., 17 janvier 1882 : *Rec. Sirey* 1883, I, p. 305.

⁹⁵³ CA Paris, 19 mai 1879, sous Cass. civ., 17 janv. 1882, *précité*.

⁹⁵⁴ Cass. crim., 27 déc. 1884 : *Rec. Sirey* 1886, I, p. 90.

le caractère plus ou moins artistique de l'œuvre, son aptitude à être reproduite mécaniquement ou à convenir à un usage industriel, sa nature éphémère dictée par le « *goût de la mode* »⁹⁵⁵. La prévisibilité du droit n'était pas assurée⁹⁵⁶. La Cour de cassation énonce en 1854 que la loi des 19-24 juillet 1793 a pour objet d'assurer une protection à la « *propriété de toute création soit des arts proprement dits, soit des arts appliqués à l'industrie* »⁹⁵⁷. Il est précisé que « *la nature usuelle du produit* », la « *simplicité du dessin* », l'« *absence même d'ornementation* » ne sont pas en mesure d'exclure cette protection légale, dès lors que le « *produit porte en lui un caractère propre et spécial* », caractère lui donnant notamment une certaine « *individualité* ». Force est de constater que l'époque se caractérise par « *les incertitudes et les contradictions* »⁹⁵⁸ de la jurisprudence.

Le législateur proposa d'y mettre fin avec la loi du 11 mars 1902⁹⁵⁹. Cette loi constitue l'exemple d'une loi déclarée interprétative par la jurisprudence. Il est intéressant de s'apercevoir que ROUBIER y décèle une utilisation artificielle de la qualification, dans l'unique but de conférer à la réforme un champ d'application étendu.

Le législateur modifia l'article 1^{er} de la loi de 1793 et ajouta à ce dernier un alinéa supplémentaire. Aux auteurs d'écrits en tous genres et compositeurs de musique, aux peintres et dessinateurs, furent ajoutés les architectes et les statuaires. Certes, la jurisprudence antérieure avait pu les considérer comme les titulaires de droits d'auteur, mais il s'agissait ici de « *les inscrire nommément dans un texte que la commission et le gouvernement désir[aient] voir étendre par la jurisprudence dans le sens de la protection la plus large et la plus complète* »⁹⁶⁰. Le caractère interprétatif de la norme nouvelle pouvait être reconnu, dans la mesure où la protection des sculptures par le droit d'auteur était déjà « dans l'air du temps ». L'objectif du législateur était d'apporter plus de certé à l'ordonnement juridique existant⁹⁶¹.

⁹⁵⁵ Pour un compte-rendu des différentes propositions, V. note de P. CARTERON, sous CA Paris, 21 nov. 1912 : *Rec. Sirey* 1913, II, p. 185.

⁹⁵⁶ À propos de la sculpture d'ornement, le rapporteur de la loi du 11 mars 1902 à la Chambre des députés s'exprima en ces termes : « *Celle-ci n'est protégée par la jurisprudence que d'une façon générale, et sous réserve de distinctions et de systèmes plus ou moins arbitraires, qui ont varié suivant les époques, et qui laissent planer sur le droit des sculpteurs ornemanistes une très grande incertitude* » : *Rec. Sirey*. 1901-1905, p. 405.

⁹⁵⁷ Cass. civ., 2 août 1854 : *Rec. Sirey* 1854, I, p. 549. La solution sera confirmée par la cour d'appel de renvoi : CA imp. de Rouen, 7 déc. 1855 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 233.

⁹⁵⁸ P. et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, op.cit, n° 12, p. 9.

⁹⁵⁹ Loi qui étend aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juillet 1793 sur la propriété artistique et littéraire : *Rec. Sirey* 1901-1905, *Lois annotées*, p. 405.

⁹⁶⁰ Rapport de Monsieur PUECH à la chambre des députés, V. sous la loi du 11 mars 1902 : *Rec. Sirey* 1901-1905, *Lois annotées*, p. 405.

⁹⁶¹ Cependant, au regard de la définition classique des lois interprétatives, le critère d'un droit dont la définition est imparfaite semble se dérober. Le décret de 1793, certes lacunaire, n'était pas dépourvu de clarté.

Quant à l'alinéa supplémentaire, il portait : « *Le même droit appartiendra aux sculpteurs et dessinateurs d'ornement, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* ». Il faut noter que dans le projet de départ seuls les sculpteurs d'ornements étaient visés⁹⁶². La Commission de la Chambre des députés souhaitait insérer les termes « *et dessinateurs* », mais elle y renonça par la suite. L'explication de ce revirement par le rapporteur à la Chambre des députés est éclairante : « *Le projet a pour but moins de créer un droit nouveau que d'interpréter la législation existante en ce qu'elle pouvait avoir d'incertain. Or les dessinateurs sont désignés dans l'article 1^{er} de la loi de 1793 dans les termes les plus généraux et les plus compréhensifs. La jurisprudence d'ailleurs étend la protection à tous les genres de reproduction, quelle que soit la destination de l'œuvre* »⁹⁶³. Il faut remarquer que le sort des dessinateurs devait être réglé selon la généralité des termes de l'article 1^{er}. En ce sens, la jurisprudence en avait déjà déduit une certaine universalité de la protection par le droit d'auteur. En somme, comme la situation des dessinateurs ne nécessitait pas d'être clarifiée, il n'aurait pas dû en être question dans cette loi. C'est la commission du Sénat qui fit toutefois ajouter les « *dessinateurs d'ornement* ». Il s'agissait de donner officiellement aux dessinateurs une garantie équivalente à celle des auteurs « *d'écrits en tous genre* »⁹⁶⁴. Dans cette optique, une certaine égalité des auteurs devait être réaffirmée par le législateur. En somme, le caractère interprétatif de la loi était reconnaissable sur ce point puisqu'il n'était pas souhaité que l'ordonnancement juridique fut changé, mais seulement clarifié.

Également, par la précision : « *quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* »⁹⁶⁵, le législateur refusait au juge le pouvoir de décider arbitrairement si une chose devait être protégée par le droit d'auteur ou par le droit des dessins et modèles de fabrique. Si, à l'époque, le juge tâchait de tracer une frontière nette entre ces deux domaines, le législateur imposait un raisonnement d'une autre nature. Il ne choisit pas l'un des nombreux critères proposés par le juge, comme la « destination » ou le « caractère intrinsèque » de la chose

⁹⁶² Dans le § 2 de l'article 1^{er} du projet initial du gouvernement, les mots « et dessinateurs » ne figuraient pas.

⁹⁶³ L. PUECH, sous CA Paris 22 janv. 1924 : *RIDA* 1924, I, p. 102.

⁹⁶⁴ La commission du Sénat aurait de la sorte fait droit à plusieurs présidents de syndicats. Le rapporteur du texte final s'exprima ainsi : « *Nous estimons, (...) que la loi doit protéger les auteurs de dessins en tous genres de même que la loi de 1793 mettait sous sa sauvegarde les auteurs d'écrits en tous genres. L'assimilation s'impose* ». En toute rigueur, le droit antérieur devrait désigner l'ensemble des deux lois du 19-24 juillet 1793 et du 18 mars 1806. Il suffit de se reporter au titre de la loi du 11 mars 1902 pour s'en convaincre : « *loi qui étend aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juillet 1793 sur la propriété artistique et littéraire* ». Au départ, faire mention des dessinateurs d'ornements dans la loi nouvelle ne fut pas une démarche considérée comme nécessaire. Ceux-ci ne souffraient pas, au contraire des sculpteurs, d'un texte de loi supposé défectueux.

⁹⁶⁵ En droit d'auteur, le mérite avait pu, bien avant la loi de 1902, être considéré comme indifférent : V. par ex. Cour imp. de Paris, 11 avril 1853 : *Rec. Sirey* 1853, II, p. 237. Il s'agissait de compositions musicales dont la longueur, les proportions ou la valeur ne devaient pas, selon la Cour, être prises en compte. Au contraire, les premiers juges avaient distingué les productions légères (telles que « *romances, chansonnettes, mélodies de salon* ») et les « *œuvres sérieuses des maîtres* », seules protégeables.

étudiée⁹⁶⁶. Le procédé rappelle un type d'intervention législative, isolé par ROUBIER, qui permet de supprimer une controverse « *en déplaçant le problème sur un autre terrain* »⁹⁶⁷.

Enfin, la loi du 11 mars 1902 fut considérée interprétative du droit existant au jour de son entrée en vigueur⁹⁶⁸. Son caractère rétroactif justifiait qu'elle s'appliquât « *aussi bien pour le dessin créé en 1896 que pour l'étoffe créée en 1907* »⁹⁶⁹. Cette nature interprétative fut justifiée par les travaux préparatoires de la loi nouvelle. Ces derniers montraient la volonté du législateur de confirmer l'une des positions jurisprudentielles antérieures⁹⁷⁰ et de corriger un défaut majeur de la loi ancienne consistant en une liste incomplète des auteurs⁹⁷¹. La loi du 11 mars 1902 devait donc « s'incorporer »⁹⁷² à la loi de 1793. Cependant, quand le doyen ROUBIER s'intéressa précisément à la loi du 11 mars 1902, il considéra au contraire qu'elle inaugurerait un droit nouveau entièrement résumé par le principe de l'unité de l'art⁹⁷³. Dans cette optique, le droit antérieur était caractérisé par le principe de la séparation de « l'art pur »

⁹⁶⁶ Le caractère intrinsèque de la chose présentée devait se révéler « artistique » ou « industriel ».

⁹⁶⁷ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 58, p. 259.

⁹⁶⁸ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 58, p. 257. V. Trib. comm. Guéret, 23 mai 1911 : *Ann. de la prop. ind.* 1913, I, p. 10 : « *La loi du 11 mars 1902 a rattaché à la protection de la loi de 1793 toutes les créations de la forme, quels que soient leur mérite ou leur destination ; que la loi de 1902 est une loi interprétative qui développe et commente le texte de la loi de 1793, dans laquelle elle s'incorpore ; qu'il en découle nécessairement cette conséquence qu'elle a un effet rétroactif et qu'un dessin exécuté antérieurement peut profiter de sa protection* » ; Trib. comm. de la Seine, 5 avril 1911 : *Ann. de la prop. ind.* 1913, I, p. 262 (le jugement sera confirmé en appel : CA Paris 22 nov. 1912 : *Ann. de la prop. ind.* 1913, I, p. 262 ; CA Paris., 22 janv. 1924 : *Ann. de la prop. ind.* 1924, I, p. 98 ; V. aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op.cit.*, n° 32, p. 18. Il est expliqué qu'à l'issue de l'élaboration de la loi du 18 mars 1806, une discussion s'imposa : « *sur le point de savoir si l'on doit et si l'on peut distinguer les arts purs et les arts appliqués, pour déterminer laquelle des deux lois est applicable ou s'il convient de reconnaître que l'art est un, quelle elle soit la destination de la création, de sorte que le créateur peut choisir entre les deux dispositifs de protection, voire les cumuler...* ». Le législateur aurait alors choisi en 1902 la théorie de l'unité de l'art, déjà évoquée par la doctrine. Il conviendrait alors de savoir si cette approche n'entre pas en conflit avec l'analyse de ROUBIER, qui voit dans la loi de 1902 une innovation absolue (certes chuchotée par les artistes industriels).

⁹⁶⁹ Trib. comm. Guéret, 23 mai 1911 : *précité*.

⁹⁷⁰ Exposé des motifs, Chambre. Ann., n° 1440. séance du 20 février 1900 ; Rapport de M. PUECH, Chambre, ann. off. N° 2775, 22 novembre 1901 ; Rapport de M. GONNOT, Sénat, ann. n° 56, 13 février 1902 ; G. CHABAUD, *La protection légale des dessins et modèle*, Paris, Dunod, p. 57. Le législateur de 1902 n'avait pas entendu créer un droit nouveau, mais plutôt consacrer la jurisprudence antérieure en tant qu'elle avait donné à l'article 1^{er} de la loi de 1793 une interprétation extensive.

⁹⁷¹ J.-A. GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons*, Paris, Legrand et Descauriet, 1837, introduction, p. 3 : « *La loi du 19 juillet 1793 est imparfaite, insuffisante ; on le reconnaît. Une loi nouvelle est devenue nécessaire. Mais quelle doit être cette loi ?* ». La question est présentée comme étant d'une résolution difficile. L'auteur rappelle alors qu'une « bonne loi » doit être une « œuvre de conscience et de durée ». G. BRY, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, Librairie Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1914, n° 504, p. 423. L'auteur relevait qu'à cette époque la loi de du 18 mars 1806 n'avait pas encore été abrogée. Les sculpteurs et dessinateurs pouvaient donc encore l'invoquer. Par suite, « *la loi de 1902, sous ce rapport, ne faisait que sanctionner la théorie du cumul que la jurisprudence semblait admettre avant 1850* ». L'auteur expliquait : « *C'est pourquoi on avait qualifié cette loi de 1902, dans les rapports présentés au Parlement, de loi interprétative* ».

⁹⁷² G. BRY, *op.cit.*, n° 504, p. 424. Cette image de l'incorporation a été utilisée en jurisprudence : V. Trib. comm. Guéret, 23 mai 1911, déjà cité : « *La loi du 11 mars 1902 a rattaché à la protection de la loi de 1793 toutes les créations de la forme, quels que soient leur mérite ou leur destination ; que la loi de 1902 est une loi interprétative qui développe et commente le texte de la loi de 1793, dans laquelle elle s'incorpore ; qu'il en découle nécessairement cette conséquence qu'elle a un effet rétroactif et qu'un dessin exécuté antérieurement peut profiter de sa protection* ».

⁹⁷³ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 58, p. 257.

d'une part et de « l'art industriel » d'autre part. Cette distinction fut ensuite abrogée par la loi nouvelle. Par conséquent, pour le doyen, les juges appliquèrent d'une manière erronée le texte de la loi nouvelle. Le caractère interprétatif de la loi de 1902 n'aurait été affirmé que dans le but de justifier *a posteriori* l'application de la loi nouvelle à toutes les œuvres existantes à cette époque, sans considérer leur date de création. En somme, le vœu de garantir au texte le plus grand rayonnement possible était exaucé par le recours artificiel à la qualification de loi interprétative. Il convient de remarquer que l'application immédiate de la loi nouvelle à toutes les œuvres existantes aurait pu être justifiée par un raisonnement fondé sur le « statut de l'œuvre »⁹⁷⁴. Cependant, en considérant que les œuvres n'auraient dû être protégées qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi, toutes les difficultés n'auraient pas été écartées pour autant. Il suffit de penser que l'œuvre aurait pu donner lieu sous le droit antérieur à la conclusion d'une convention.

Était-il possible de voir dans la loi nouvelle une directive d'interprétation adressée au juge ? BRY déclarait : « *La nouveauté de l'œuvre est désormais seule à considérer. Le juge ne doit en apprécier ni le mérite, ni l'importance et, dans tous les cas, c'est la loi de 1793 qui s'applique* »⁹⁷⁵. Dans cette optique, le juge serait autorisé, depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à reconnaître une œuvre protégée, en ayant à l'esprit ce souhait reformulé du législateur. Par suite, la date de création de l'œuvre ne constituerait pas un obstacle à l'application généralisée de la loi nouvelle. Toutefois, il faut rappeler que cette vision des choses tend à considérer que la loi puisse avoir le juge pour destinataire. Ce point est évidemment discutable.

259. Conclusion de la Section II – L'adoption d'une définition stricte des lois interprétatives est d'un enjeu important. S'il fallait reconnaître au juge, dans le silence de la loi, une absolue liberté dans le choix de ses critères de définition, il faudrait explorer le risque d'une prise de pouvoir discutable au regard de l'article 2 du code civil⁹⁷⁶. Il est conforme au principe de sécurité juridique que les conditions jurisprudentielles soient le plus souvent vérifiées. En ce sens, ROUBIER reconnaît « *l'exception traditionnelle concernant les lois d'interprétation, lesquelles ont force rétroactive même sans cette déclaration expresse*

⁹⁷⁴ V. *infra*, n° 384 et s.

⁹⁷⁵ G. BRY, *op.cit.*, n° 504, p. 423. Le critère de nouveauté doit être compris en ce sens que les reproductions fidèles de la nature sont exclues de la protection. Le juge doit exiger la présence d'un effort intellectuel.

⁹⁷⁶ Par exemple, le juge ne devrait pas pouvoir déduire la nature interprétative d'une loi nouvelle au regard de la seule rapidité d'intervention du législateur, venu retoucher un texte de loi extrêmement récent.

(...) »⁹⁷⁷, mais pour aussitôt aborder le problème de la détermination des critères de reconnaissance de ce type de lois⁹⁷⁸. L'intention du législateur d'attribuer un caractère interprétatif à la loi nouvelle doit être « *clairement reconnaissable* »⁹⁷⁹. Il a été constaté que les conditions relatives à l'intervention rapide du législateur, l'existence d'une « controverse antérieure », ainsi que l'objectif de clarification du droit existant, n'étaient pas difficiles à retrouver en droit de la propriété intellectuelle. Cependant, une condition implicite peut faire défaut, celle de l'existence d'un texte légal antérieur dont la rédaction est ambiguë. La question se pose alors de savoir si le juge est tout de même autorisé à appliquer de manière rétroactive la loi nouvelle. Il a été constaté que la tentation est grande pour le juge d'appliquer généralement des dispositions légales qui ont pour finalité de terminer une controverse antérieure. La solution réside par conséquent dans l'adoption d'une définition compréhensive de la loi interprétative ou dans l'utilisation de la qualification de « loi de codification ». Dans l'optique de résoudre ce dilemme, il s'agit à présent d'aborder les rapports qu'une loi interprétative entretient avec la jurisprudence antérieure.

SECTION III / Les rapports entretenus entre une loi interprétative et la jurisprudence antérieure

260. La loi interprétative, en ayant pour objet de rendre le droit plus clair, peut conduire à condamner une jurisprudence autant qu'à la confirmer. Dans tous les cas, elle rend l'ordonnement juridique en place de meilleure qualité⁹⁸⁰. En droit civil, plusieurs lois

⁹⁷⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 31, p. 148.

⁹⁷⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 31, p. 150. L'auteur présente son rapport en vue de la rédaction d'un avant projet de loi initié par la Commission de réforme du Code civil en 1949. Il s'agit de proposer une synthèse des principes généraux des conflits de lois dans le temps, destinée à figurer dans le corps même du Code civil. V. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Paris, Sirey, années 1948-1949, p. 263-275.

⁹⁷⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 31, p. 150

⁹⁸⁰ V. P. LEVEL, *op. cit.*, p. 127, n° 71 : la loi interprétative peut « *préciser une loi obscure, redresser une jurisprudence ou une pratique qui interprètent une loi antérieure dans un sens qui ne convient pas au législateur actuel* ». Dans cette hypothèse, le juge et le législateur se montrent tels deux interlocuteurs se disputant l'interprétation correcte d'un texte normatif. Les deux protagonistes semblent alors exercer un pouvoir de même nature. Le législateur s'arroge parfois le droit de remettre en discussion *a posteriori* une jurisprudence. Il s'agirait d'une compétence spécifique. V. P. LEVEL, *op. cit.*, n° 71, p. 131 : « *L'opportunité de faire œuvre d'interprétation est évidemment de la décision du législateur présent : le caractère erroné d'une jurisprudence antérieure est une qualification qui relève de la compétence de la loi nouvelle* ». V. aussi : G. MECARELLI, *Requiem pour les lois interprétatives, (à propos de Cass. ass. plén. 23 janv. 2004) : Petites affiches*, 28 avr. 2005, n° 84, p. 8-14. Les critères d'encadrement de l'ingérence législative dans l'exercice du pouvoir judiciaire, établis pour les lois de validation, s'appliquent aujourd'hui aux lois interprétatives. L'auteur estime que l'existence même des lois interprétatives pourrait être remise en question. En effet, dès que le législateur viendrait retoucher une solution jurisprudentielle, la qualification d'« *ingérence du législateur dans le domaine judiciaire* » pourrait être retenue. En cas de défaut d'« *impérieux motif d'intérêt général* », la loi devrait alors être uniquement considérée comme une loi nouvelle ordinaire.

venues infirmer une jurisprudence se sont appliquées de manière rétroactive sur cette seule considération⁹⁸¹. Il est possible de penser que l'application généralisée du texte de loi n'est pas dangereuse puisque le texte a pour finalité d'améliorer le droit en vigueur⁹⁸². En pratique, l'application temporelle de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, ainsi que la mise en œuvre de loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dite « loi anti Perruche », a fait naître une multitude de questions transitoires. De prime abord, il convient de comprendre l'importance du pouvoir normatif du juge (I). Ensuite, il faut savoir que la loi nouvelle peut apporter une confirmation (II) ou une condamnation (III) de la jurisprudence antérieure. Enfin, il sera souligné que la problématique des lois interprétatives est sur ce point plus accentuée dans le domaine du droit d'auteur (IV).

I/ Le pouvoir normatif du juge

261. Problématique - Le pouvoir créateur des juges doit être admis⁹⁸³. Ce pouvoir est à l'origine des discussions sur l'opportunité des revirements prospectifs⁹⁸⁴ et sur les qualités d'une jurisprudence absolument conforme à l'exigence de sécurité juridique⁹⁸⁵. À cet égard, le droit de la propriété intellectuelle montre souvent un juge qui « *se hisse à l'étage du*

⁹⁸¹ La Cour de cassation avait soumis à la présomption de l'article 1384 du Code civil la responsabilité du fait d'un incendie. Une loi nouvelle intervint très rapidement pour soustraire cette hypothèse de l'empire de l'article (V. la loi du 7 nov. 1922, ajoutant un alinéa 2 à l'article 1384 du Code civil) : Cass. civ., 16 nov. 1920 : *D.* 1920, I, p.169, note R. SAVATIER ; Cass. civ., 15 mars 1921 : *D. P.* 1922, I, p. 25, note G. RIPERT. Le texte de loi fut appliqué à des sinistres réalisés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, contrairement au principe traditionnel selon lequel seule la loi en vigueur au jour de la réalisation du dommage doit être retenue. Par conséquent, la loi nouvelle fut appliquée de manière rétroactive et fut qualifiée d'interprétative par la Cour de cassation. Cass. civ., 14 juill. 1925 : *D. H.*, 1925, 573 ; Cass. civ., 23 mars 1926 : *D. P.* 1926, I, p. 129, note L. JOSSERAND. V aussi : Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 2009 : *JCP E*, n° 40, du 28 sept. 2009, 284, note L. MAYAUX. Parfois le juge ne se réfère même pas à la qualification de « loi interprétative » pour donner une application rétroactive aux lois venues briser une jurisprudence : Cass. civ. 14 mai 1949 : *D.* 1949, p. 329, note signée P.L.P.

⁹⁸² V. P. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi*, in *Mélanges René SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603 et s. spéc. p. 610 et p. 611. L'observation conduit à un constat singulier : le juge élargit souvent la portée dans le temps de la loi nouvelle qui brise sa jurisprudence antérieure. La jurisprudence confère à la loi « *une sorte d'anticipation rétrospective* ». L'auteur explique « *La loi peut encore pousser davantage cette rétroactivité et énoncer qu'elle s'applique aux procès en cours ; elle tend alors à être aussi fulgurante qu'un revirement de jurisprudence proprement dit (...)* » : P. MALAURIE, *article précité*, p. 611.

⁹⁸³ V. Par ex., C. RADÉ, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence* : *D.* 2005, chron. p. 988, spéc., p. 990. En 2002, la Cour de cassation impose une contrepartie financière comme nouvelle condition de validité des clauses de non-concurrence rencontrées en droit du travail. L'auteur pose cette question : « *La Cour de cassation n'a-t-elle pas outrepassé son rôle en décidant d'introduire une nouvelle condition de validité à la clause de non-concurrence ?* ». Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement « *la valeur normative qui s'attache à la loi* ». V. par exemple : Cons. Const. déc. 2002-460 DC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, *JO* 30 août 2002, p. 14411.

⁹⁸⁴ V. P. MORVAN, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon* : *D.* 2005, chron. p. 247.

⁹⁸⁵ V. T. BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, 1990, n° 89, p. 76 ; F. MARMOZ, *Nul n'est censé ignorer que la jurisprudence peut changer*, (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006) : *D.* 2006, 2894.

législateur »⁹⁸⁶. Il n'est pas rare que ce dernier « *montre la nécessité d'une règle nouvelle* » ou « *en suggère son contenu* »⁹⁸⁷. Dans le cadre d'une étude sur les lois interprétatives, il s'agit de savoir si l'application temporelle d'une loi nouvelle peut être dépendante de ses rapports avec le droit jurisprudentiel existant au jour de son entrée en vigueur.

262. Le point de vue de la doctrine et de la jurisprudence sur la nature de la norme « interprétée » - Quand le doyen ROUBIER affirme qu'une loi interprétative apporte « *des solutions claires et complètes dans un corps de droit confus* »⁹⁸⁸, l'auteur rappelle la pluralité des sources du droit⁹⁸⁹. Il donne l'exemple de règles coutumières « *obscurcs, mal fixées ou incertaines* » qui pourraient éventuellement faire l'objet de clarifications législatives. Monsieur PONSARD semble également favorable à une vision extensible de ce droit antérieur dont les composantes équivoques constituent le terrain d'élection des lois interprétatives. La loi pourrait être interprétative d'un droit antérieur « *entendu au sens le plus large (loi, coutume, jurisprudence)* »⁹⁹⁰. À l'instar du doyen ROUBIER, Monsieur PONSARD estime qu'il ne faudrait pas retenir une vision trop stricte des sources du droit positif. La jurisprudence semble aussi en ce sens lorsqu'elle reconnaît qu'elle loi nouvelle peut interpréter une « *règle d'équité* » antérieure⁹⁹¹. En outre, la définition classique des lois

⁹⁸⁶ A. BÉNABENT, *Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer*, in *Mélanges Philippe LE TOURNEAU*, p. 81 et s. Pour ROUBIER « (...) la doctrine moderne a donné une autre ampleur à la notion d'interprétation ; tenant compte du vieillissement des textes, de la nécessité de les adapter à un milieu différent de celui dans lequel ils avaient été portés, on a reconnu au juge des pouvoirs beaucoup plus larges, et de véritables modifications au droit en vigueur ont été apportées, sous le manteau de l'interprétation, par la jurisprudence » : P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 58, p. 260

⁹⁸⁷ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ème éd., tome 2, n° 149, p. 50 : « *C'est un fait bien connu, que, fréquemment, les jugements ouvrent la voie à la loi écrite, qu'ils en préparent la disposition, en montrant la nécessité d'une règle nouvelle, et en suggérant son contenu* ». Il faudrait alors isoler le moment auquel l'ordonnancement juridique subit un réel changement susceptible de présenter un intérêt pour le droit transitoire.

⁹⁸⁸ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 56, p. 246.

⁹⁸⁹ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 56, p. 246. Est dénoncée cette idée selon laquelle « *tout le droit est contenu dans la loi* ». Pour l'auteur, ne pas admettre l'existence de lois interprétatives dans des « *matières régies par la seule jurisprudence* » ou par la coutume, revient à nier indirectement la « *valeur obligatoire* » du droit coutumier ou jurisprudentiel.

⁹⁹⁰ CA Paris, 10 juin 1954 ; Trib. civil de la Seine, 24 déc. 1953 ; Trib. civ. de Châlon sur Saône 25 nov. 1953 : *D.* 1955, p. 9, note A. PONSARD. Les juges décident que la loi n° 52-899 du 25 juillet 1952 sur le nom, des enfants naturels, la filiation, la substitution du nom (*JO* du 29 juillet 1952, p. 7679) ne peut recevoir la qualification de loi interprétative, faute de « *texte législatif antérieur de sens controversé* » à interpréter. Pour Monsieur PONSARD, les juges ont peut-être retenu une conception trop restrictive des lois interprétatives.

⁹⁹¹ La règle d'équité apparaît ordinairement lorsque la loi montre des lacunes. Un texte trop général peut par exemple être « corrigé » par le jeu de l'équité. Cette notion s'insère classiquement au sein d'une démarche d'interprétation de la loi. V. A. TUNC, *Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité*, in *L'hypothèse du non-droit*, Université de Liège, 1978, XXXème séminaire, Commission droit et vie des affaires, p. 281 et s., spéc., p. 292. Incontestablement, la fonction de correction du droit est ici intéressante. L'équité pourrait « *requérir des lois nouvelles* », elle s'assimile alors à une sorte de révélateur d'un « besoin de droit ». Il a pu être affirmé en jurisprudence que « *dans une matière sur laquelle la législation ancienne ne contenait pas de dispositions précises et sur laquelle il n'y avait pas de jurisprudence constante, la loi nouvelle est réputée loi interprétative de la règle d'équité antérieure* ». La règle d'équité est alors considérée comme une composante de ce droit

interprétatives fait état d'un « droit préexistant », expression qui semble renvoyer à l'hypothèse réduite d'un droit subjectif. Cependant, la « reconnaissance » opérée par la loi interprétative pourrait aussi porter sur « *un état de droit préexistant* »⁹⁹², ce qui est beaucoup plus permissif. Le lien causal entre l'intervention législative et l'existence d'un texte antérieur obscur est alors plus difficile à identifier.

Au contraire, Messieurs GHESTIN et GOUBEAUX soulignent un défaut majeur de cette vision des choses : « *l'incertitude de la date d'apparition des règles coutumières ou jurisprudentielles* »⁹⁹³. Il faut garder à l'esprit que le législateur qui qualifie son texte d'interprétatif, détermine le domaine d'application de la loi dans le temps d'une manière implicite⁹⁹⁴. La date qui doit être retenue pour son applicabilité est automatiquement celle de l'entrée en vigueur de la loi interprétée⁹⁹⁵. Les effets du texte ne peuvent se reporter plus avant dans le temps⁹⁹⁶. Par conséquent, donner à la loi interprétative la possibilité de rétroagir depuis la date d'apparition d'une jurisprudence ou d'une coutume, semble constituer une solution dangereuse⁹⁹⁷. Le bornage de la rétroactivité devient illusoire⁹⁹⁸.

263. L'exemple du droit des brevets – Lors de l'apparition d'une nouvelle technologie porteuse d'innovations, deux solutions sont envisageables. Soit un titre spécifique est créé *ab initio* par le législateur, en considération des caractères de la chose nouvellement

antérieur qu'il convient de clarifier. V. Cour royale de Lyon, 25 mars 1820 : *Rec.Sirey*. 1791-1830, (1819-1821), II, p. 239.

⁹⁹² Cass. com., 22 oct. 2002: *Bull. civ.* IV, n° 150 ; Cass. 1ère civ., 18 oct. 2005: *Bull. civ.* I, n° 365.

⁹⁹³ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd. 1990, n° 349, p. 306, note n° 21. Cette présentation est moins tranchée par la suite : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd., note n° 177, p. 338. En principe, une disposition légale rétroactive indique une date « du passé » qui constitue une limite à l'application rétroactive du texte. Même si les décisions passées en force de chose jugée constituent toujours une limite opposable, cette date constitue une garantie expliquée par l'exigence de sécurité juridique.

⁹⁹⁴ V. E.-L. BACH., *Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps, article précité*, n° 36, p. 435.

⁹⁹⁵ La solution est bien sûr transposable aux lois interprétatives seulement « découvertes » par le juge.

⁹⁹⁶ V. par exemple : CE, 22 Mai 1989, « Redjala » : *D.* 1989, IR, p. 192 : « (...) le décret de codification du 15 septembre 1981 avait, illégalement d'ailleurs, modifié la règle de droit applicable. Dès lors, les dispositions précitées de caractère interprétatif de l'article 74-II de ladite loi ne peuvent produire effet à une date antérieure à celle de l'entrée en vigueur (...) du livre des procédures fiscales (...) ».

⁹⁹⁷ Il semble particulièrement délicat d'admettre une vision extensive du « droit interprété » en droit de la propriété intellectuelle. L'importance de la jurisprudence au regard de l'identification des conditions de validité des monopoles présente un risque évident. Le juge pourrait souvent arguer de l'absence de clarté de la règle jurisprudentielle antérieure dans l'idée de conférer un effet rétroactif au texte de la loi nouvelle.

⁹⁹⁸ Les rédacteurs du Code civil n'ont jamais envisagé cette possibilité. Le projet de l'article 2 du Code civil contenait à l'origine un alinéa 2 qui ne faisait aucune mention de règles « à interpréter » autres que d'origine légale (« Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée »).

apparue⁹⁹⁹ ; soit le juge fait subir au domaine du brevetable une nouvelle extension. En faveur de la compétence du juge, sont retrouvés les arguments qui défendent en toute matière le rôle créateur de la jurisprudence. Les techniques étant en perpétuelle évolution, il est évident que la multiplication des lois n'est pas une solution idéale. Par exemple, quand l'invention consiste en un « animal chimère », il faudrait simplement résoudre le problème de la description¹⁰⁰⁰. C'est-à-dire qu'une intervention législative n'est pas toujours nécessaire. L'appréciation de la licéité de l'invention au regard des seules conditions de brevetabilité peut parfois suffire. Autre exemple, l'utilisation de mauvaise foi des brevets a toujours pu être stigmatisée. En ce sens, les agissements de certains laboratoires pharmaceutiques ont conduit à distinguer entre les « brevets légitimes » et « illégitimes ». Les juges ont été en mesure d'isoler les brevets qui n'étaient en réalité que des armes anticoncurrentielles¹⁰⁰¹.

Au contraire, il est possible d'avancer que si le juge devait se contenter d'une interprétation des conditions de brevetabilité en vigueur, sans que le législateur n'intervienne jamais pour préciser les limites de la brevetabilité, il s'ensuivrait une certaine insécurité juridique pour les plaideurs. En effet, il y a un risque évident de divergences jurisprudentielles dès lors que le juge doit se prononcer sur une « chose intellectuelle » totalement inédite et qui ne cadre pas avec l'approche classique des conditions de brevetabilité¹⁰⁰². Par exemple, en matière d'inventions biotechnologiques, le juge peut être tenu de répondre à des questions qui dépassent peut-être sa compétence¹⁰⁰³. Or, les investisseurs ne peuvent pas se contenter d'une jurisprudence indécise. Certes, les restrictions avancées sont le plus souvent inspirées de considérations éthiques et morales, éléments que le juge est en principe capable de manier avec mesure. Cependant, les réponses apportées par le législateur sur la brevetabilité des séquences génétiques ont assurément permis de rassurer les protagonistes de la recherche. En

⁹⁹⁹ V. le rapport sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Il est question d'une proposition de la CNCDDH d'élaborer « un droit des brevets spécifiques pour les recherches portant sur le matériau biologique humain ».

¹⁰⁰⁰ J.-C. GALLOUX, « Fabrique-moi un mouton... », *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français* : JCP 1990, I, 3430 : « Nous signalerons néanmoins que, quand bien même les animaux-chimères seraient a priori brevetables, la question de leur description serait à résoudre, risquant d'invalidier la demande ».

¹⁰⁰¹ V. J. ARMENGAUD et E. BERTHET-MAILLOLS, *Du mauvais usage du droit des brevets en matière pharmaceutique, selon le rapport préliminaire de la Commission européenne* : *Propr. int.* 2009, n° 31, p. 132. De même, les « fonctions traditionnelles » des brevets ont pu être distinguées des « fonctions additionnelles ». Il s'agit d'apprécier la légalité de ces dernières au regard de la notion d'intérêt général.

¹⁰⁰² Ces conditions ont été créées à l'origine pour des inventions essentiellement mécaniques ou chimiques.

¹⁰⁰³ Est-il de sa mission d'affirmer qu'une molécule d'ADN est une simple molécule chimique ou la vie elle-même ?

somme, l'adaptation des textes existants a pu correspondre à un « besoin de droit » véritable¹⁰⁰⁴.

264. Conclusion du I – Il a été constaté que le droit de la propriété intellectuelle donne au juge un pouvoir normatif réel. Comme la reconnaissance d'une loi interprétative suppose d'apprécier l'ordonnancement juridique précédant l'entrée en vigueur du texte légal, il faut prendre parti sur la composition de ce droit antérieur nécessitant une clarification. Se pourrait-il qu'une jurisprudence compose ce droit « à interpréter » ? Force est de constater que le juge est fortement tenté d'appliquer d'une manière rétroactive une loi nouvelle venue seulement contredire ou confirmer une jurisprudence. Il peut penser satisfaire ainsi la volonté du législateur. Seulement, il faut constater que la qualification de « loi interprétative » reçoit dès lors un sens bien large. Tâchons de découvrir les termes exacts du problème quand le législateur annonce la confirmation d'une jurisprudence antérieure.

II / La confirmation d'une jurisprudence antérieure

265. En droit de la propriété intellectuelle, le juge s'efforce de construire un régime conforme aux intérêts du titulaire du droit comme à l'intérêt général. Par suite, il est tout à fait logique que le législateur souhaite entériner les progrès jurisprudentiels de la discipline¹⁰⁰⁵. De nombreux exemples de cette volonté codificatrice se rencontrent en droit des brevets (**A**) et en droit d'auteur (**B**).

A / En droit des brevets

266. La loi du 5 juillet 1844, véritable codification de la jurisprudence antérieure

- La jurisprudence rendue sous l'empire de la loi du 5 juillet 1844 témoigne de la réticence du

¹⁰⁰⁴ Il s'agit toujours d'éviter que le système des brevets français ne devienne « anti-économique ». Lorsque le législateur affirme la brevetabilité des inventions portant sur de « la matière biologique » et qu'il crée de nombreuses restrictions dans le même temps, certes, la solution apportée est relativement complexe, mais elle opère une clarification évidente pour les spécialistes (V. l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle).

¹⁰⁰⁵ V. par exemple : M. TOUBEAU, *La protection des appellations d'origine, commentaire de la loi du 22 juillet 1927*, Paris, 1928, n° 2, p. 6 : « De 1919 à 1925, une série de jugements et d'arrêts interprétant la loi de la manière la plus conforme et aux intérêts de ses auteurs mêmes et aux intérêts de la production nationale, vinrent donner au nouveau régime de protection une base solide et des racines profondes ; des appellations importantes reçurent une définition complète (...) ».

juge à considérer que ce texte apporte un véritable changement dans l'ordonnancement juridique. La loi du 7 janvier 1791 était lacunaire sur de nombreux points et le juge combla naturellement certains silences du législateur¹⁰⁰⁶. Après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle du 5 juillet 1844, le juge ne procéda que rarement à une scission nette des domaines d'application respectifs des deux lois successives, laissant supposer une équivalence parfaite sur des questions essentielles. Force est de constater que la loi du 5 juillet 1844 joua le rôle d'une « loi de codification ». Il s'agit à présent de trouver des exemples en droit d'auteur de lois venues confirmer une jurisprudence antérieure.

¹⁰⁰⁶ Cass., 9 février 1853 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 193. En l'espèce, un brevet avait été obtenu en 1843 pour un procédé dans le domaine des instruments de musique, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1844. Des fabricants concurrents demandaient la nullité du brevet. La nouveauté de l'invention était contestée. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel, au visa des articles 1 et 2 de la loi du 7 janvier 1791 : « *Attendu que, d'après les articles 1 et 2 de la loi du 7 janvier 1791, comme aujourd'hui, d'après l'article 2 de la loi du 5 juillet 1844, l'application pratique d'une théorie déjà connue constitue une invention susceptible d'être brevetée, si elle produit des résultats industriels nouveaux* ». Le visa de la Cour de cassation est l'affirmation d'une continuité de solution sous les deux lois successives. V. aussi : Cass. req., 30 mars 1853 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 264. Un brevet avait été obtenu en 1833, soit avant l'entrée en vigueur de la loi de 1844. Une saisie avait été effectuée par le breveté en 1846. La Cour d'appel reconnut la contrefaçon du brevet. Les demandeurs au pourvoi invoquaient la nullité du titre sur le fondement des articles 2, 30 § 1, 3 et 6 de la loi du 5 juillet 1844 (l'article 2 dresse une liste des inventions brevetables, l'article 30 énonce les causes de nullité des brevet). La Cour de cassation affirme qu'il s'agissait d'un véritable produit industriel. La loi en vigueur au jour du dépôt était celle du 7 janvier 1791 et ce texte ne présentait aucune liste des inventions exclues du domaine brevetable. L'exclusion de la méthode discutée en l'espèce aurait donc dû résulter d'une interprétation jurisprudentielle du texte légal. Par suite, les juges ont pu considérer que leur opinion se trouvait simplement confortée par la loi nouvelle. Dans ce cas de figure, le juge ne semble pas contraint de délimiter le domaine d'application temporel des deux lois successives. V. aussi : Cour royale de Paris, 29 juillet 1848 : *Rec. Sirey* 1848, II, p. 468. Il était question d'un brevet délivré en 1838, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1844. Le breveté opéra une saisie-contrefaçon contre un concurrent et l'assigna en justice. Selon les premiers juges, un acte de contrefaçon avait bien été commis. En appel, les défendeurs invoquèrent le défaut de nouveauté de l'invention. Celle-ci aurait été décrite dans une demande antérieure, déposée quelques semaines avant la demande de brevet litigieuse. Cet acte aurait suffi, pour les défendeurs, à faire connaître le procédé et empêcher qu'il puisse être protégé par un brevet. La Cour d'appel confirme le premier jugement. Comme aucune suite n'avait été donnée à la première demande de protection, il est décidé que le procédé en question n'avait pas perdu sa nouveauté. Les fondements indiqués par les juges sont les articles 1^{er}, 30 et 31 de la loi du 5 juillet 1844. Il faut alors constater que le brevet a été délivré sous l'empire du droit antérieur et que la nullité du titre est pourtant appréciée au regard de la loi nouvelle. Les juges ont certainement considéré que les deux lois successives étaient équivalentes. En estimant que l'ordonnancement juridique n'avait reçu aucune modification, les juges seraient implicitement autorisés à se fonder sur la loi en vigueur au jour du prononcé du jugement. V. aussi : Cour royale de Paris, 20 mars 1847 : *Rec. Sirey* 1847, II, p. 219. Un brevet avait été délivré en 1843, soit sous l'empire de la loi du 7 janvier 1791. Le breveté fit par la suite pratiquer une saisie-contrefaçon. Le prévenu estimait que l'objet du brevet obtenu ne pouvait être considéré comme « *l'application nouvelle d'un moyen connu à un produit nouveau* » et par suite ne pouvait « *ni aux termes de l'article 2 de la loi du 5 juillet 1844, ni aux termes des lois antérieures, constituer une invention* ». Le défendeur invoquait aussi un rapport de l'Assemblée Constituante sur la loi du 25 mai 1791. La Cour d'appel se prononce en 1846. Elle accueille les moyens du prévenu et déboute le breveté de ses demandes. Sont citées les lois du 7 janvier et du 25 mai 1791 ainsi que l'article 2 de la loi du 5 juillet 1844. Afin de déterminer sa validité, il est fait référence aux deux lois successives, celle en vigueur au jour du dépôt et celle en vigueur au jour du jugement. La date des faits de contrefaçon présumés n'est pas indiquée, il ne semble pas que les juges se soient inspirés de cette information ; V. aussi : Cass. crim., 21 août 1846 : *Rec. Sirey* 1847, I, p. 759 ; Cass. crim., 13 août 1852 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 388 ; Cass. crim., 6 mars 1858 : *Rec. Sirey* 1858, I, p. 769 ; Cour impériale de Rouen, 10 février 1859 : *Rec. Sirey* 1859, II, p. 693.

B / En droit d'auteur

267. La loi du 11 mars 1957 et les photographies - L'application du décret-loi du 19-24 juillet 1793 aux œuvres photographiques était controversée¹⁰⁰⁷. La démarche du juge consistait en une recherche de l'originalité au cas par cas. Une opposition claire était décelée entre d'une part, une protection systématique des photographies, et d'autre part, une inadaptation intrinsèque du droit d'auteur à permettre la réservation de ce type de chose¹⁰⁰⁸. À ce titre, le législateur avait la faculté d'envisager la création d'un droit voisin¹⁰⁰⁹, mais il opta au contraire pour une certaine continuité des solutions jurisprudentielles, admettant la protection de ces « choses intellectuelles » par le droit d'auteur. En ce sens, la loi nouvelle ne sembla pas modifier brutalement le droit existant.

La nature interprétative de la loi du 11 mars 1957 aurait pu permettre de justifier son application à toutes les photographies, sans prêter attention à la date de leur réalisation. Cependant, le temps particulièrement long qui sépare les deux épisodes législatifs n'aurait pu permettre, en toute rigueur, de retenir la qualification de « loi interprétative »¹⁰¹⁰. De plus, le décret de 1793 était concis et ne pouvait pas correspondre à un texte antérieur obscur. Il est indéniable que l'imperfection rédactionnelle, dut-elle être constatée, se révéla *a posteriori*.

¹⁰⁰⁷ V. Trib. de la Seine, 26 avril 1894 : *Rec. Sirey* 1895, II, p. 20. Le « dessin photographique » n'était pas regardé dans tous les cas comme une œuvre « purement mécanique, dépourvue de tout caractère artistique par la raison qu'il est une image obtenue par des procédés matériels et physiques ». À l'inverse, il ne s'agissait pas non plus d'affirmer que toute photographie, quelle qu'elle fut, puisse se réclamer de la protection de la loi des 19-24 juillet 1793 : V. CA Paris, 3 janv. 1908 : *Rec. Sirey* 1908, II, p. 238 ; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 190, p. 140 : « L'assimilation aux œuvres des beaux-arts nécessitée par l'application d'un texte qui n'avait pu envisager les photographies entraînait nécessairement des difficultés et des incertitudes ». L'article 3 de la loi du 11 mars 1957, codifié à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle porte au sein de sa liste énonciative des œuvres protégeables : « les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de procédés analogues à la photographie ».

¹⁰⁰⁸ CA Toulouse, 17 juill. 1911 : *Rec. Sirey* 1913, II, p. 312 : « Attendu que la doctrine et la jurisprudence sont, depuis longtemps, divisés sur le point de savoir si les productions photographiques peuvent bénéficier des dispositions de la loi de 1793 ». Il est vrai que des références à « l'habileté du photographe » dépendante de l'« expérience professionnelle qu'il a pu acquérir, et non du sens artistique dont il peut être doué » ou encore l'étude du « caractère scientifique » des procédés employés, n'étaient pas en mesure d'assurer la prévisibilité de la jurisprudence ; CA Nancy, 14 mars 1903 : *Rec. Sirey* 1903, II, p. 276. En l'espèce, les juges constatent l'absence de tout effort intellectuel, l'image étant uniquement due aux « procédés mécaniques et industriels employés par le praticien ». Dès lors, ils déclarent n'avoir pas à rechercher « si des photographies, portant l'empreinte d'une originalité artistique certaine, peuvent être considérées comme une création de leur auteur, et être protégées par les dispositions de la loi [de 1793] ». La définition stricte du domaine des Beaux-arts constitua un premier obstacle à la reconnaissance d'une protection de principe des photographies. Les juges rappellent que les beaux-arts désignent strictement la musique, la peinture, la gravure et la sculpture. Ils affirment que la photographie ne peut être « rattachée à une branche quelconque des beaux-arts » et qu'il s'agit au contraire d'« œuvres purement industrielles ». Pour une présentation générale des différents systèmes proposés par la jurisprudence : V. F. POLLAUD-DULIAND, *op. cit.*, n° 190, p. 140 et s.

¹⁰⁰⁹ V. C. COLOMBET, *Précis de propriété littéraire et artistique*, 9^{ème} éd., n° 94. L'auteur estime que la protection des photographies ne s'adapte pas parfaitement au régime de la propriété littéraire et artistique, et « qu'il aurait peut-être été préférable de ne protéger ces créations que par un régime autonome » ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} éd., n° 85, p. 102-103.

¹⁰¹⁰ La rapidité d'intervention du législateur fait toujours présumer la finalité interprétative de la seconde loi. V. P. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi*, in *Mélanges René SAVATIER*, p. 603 et s p. 607. Ce « facteur temps » pourrait donc être souligné par le juge.

Avant même que la loi nouvelle n'entre en vigueur, les juges utilisèrent la distinction entre les œuvres « artistiques » et les œuvres seulement « documentaires »¹⁰¹¹. Cette distinction présente au sein de la loi du 11 mars 1957 concentra de nombreuses interrogations quant à son rôle explicatif ou réellement normatif¹⁰¹². Cette différenciation dans les critères de protection de la forme originale fut d'ailleurs supprimée avec la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985¹⁰¹³. Par conséquent, l'apport de la loi du 11 mars 1957 peut être analysé comme une parenthèse mineure qui témoigne plus d'une maladresse rédactionnelle que d'une véritable volonté de modifier les conditions de constitution du droit d'auteur. D'ailleurs, cette vision des choses peut expliquer dans une certaine mesure la solution adoptée le 18 juillet 2000 par la Cour de cassation¹⁰¹⁴.

268. La loi du 11 mars 1957 et le contrat d'édition - Le contrat d'édition fit l'objet d'une série d'articles détaillés au sein de la loi du 11 mars 1957. Au sein de l'exposé des motifs de la loi nouvelle, il était précisé que ces règles pratiques étaient déjà admises dans leur ensemble par l'opinion publique¹⁰¹⁵. L'absence d'innovation réelle du texte légal était indirectement déduite de la teneur de la jurisprudence antérieure¹⁰¹⁶.

269. La codification future d'un pouvoir existant sur l'œuvre - La reconnaissance légale d'un droit d'exposition aurait pour finalité d'empêcher qu'un tiers ne profite d'une utilité économique de la chose sans qu'aucune contrepartie ne soit prévue pour l'auteur. De la sorte, le législateur ne ferait que reconnaître l'existence d'un pouvoir du créateur qui est

¹⁰¹¹ V. CA Paris, 1^{er} avril 1957 (deux arrêts) : *RIDA* Janv. 1958, XVIII, p. 196 et p. 198.

¹⁰¹² L'article 3 de la loi du 11 mars 1957 portait : « *Sont considérées notamment comme œuvres de l'esprit au sens de la présente loi : (...) les œuvres photographiques de caractère artistique ou documentaire et celles de même caractère obtenues par un procédé analogue à la photographie* ».

¹⁰¹³ V. l'article 1^{er} de la loi du 3 juillet 1985, II : « les mots « *œuvres photographiques de caractère artistique ou documentaire et celles de même caractère obtenues par un procédé analogue à la photographie* » sont remplacés par les mots : « *œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à celles de la photographie* » ».

¹⁰¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : *D.* 2000, p. 821, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD com.* 2001, 439, obs. A. FRANÇON ; *Comm. com. électr.* 2000, n° 124, note C. CARON. V. *supra*, n° 177 et s.

¹⁰¹⁵ Il en était conclu : « *le projet de loi n'innove guère* ». V. l'exposé des motifs de la loi : *RIDA* oct. 1954, p. 150 et s., spéc. p. 156.

¹⁰¹⁶ V. cependant : A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur* : *D.* 1976, p. 55 et s, spéc. p. 55 : « *En France, les décrets de 1791 et 1793 qui ont longtemps régi le droit d'auteur, mais qui demeuraient des textes sommaires, ne parlaient pas de ces contrats. Ceux-ci étaient donc soumis purement et simplement aux règles du Code civil* » ; « *Il est classique de dire, en une formule générale, que la loi du 11 mars 1957 n'a guère innové et que, pour l'essentiel, elle s'est contentée de codifier le régime de protection des auteurs tel qu'une jurisprudence séculaire l'avait dégagé et, pour tout dire, créé à partir des textes laconiques du droit révolutionnaire. Mais, en ce qui concerne les contrats d'exploitation du droit d'auteur, la loi de 1957 a eu, en réalité, un effet plus novateur* ». Par exemple, il est indéniable que le législateur, en imposant un certain formalisme contractuel, souhaite rompre avec des pratiques antérieures.

inhérent aux caractéristiques de la chose. Il est également possible de penser que l'article 4 de la directive du 22 mai 2001 imposait aux États membre de reconnaître l'existence d'un droit de distribution¹⁰¹⁷. Le législateur français considéra que cette transposition n'était pas nécessaire¹⁰¹⁸. Aujourd'hui, seul l'article L. 122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle fait référence à ce droit de distribution, à travers l'épuisement du droit de contrôler la vente des exemplaires matériels de l'œuvre. Il est possible d'imaginer que le législateur donne à l'avenir une présentation plus rationnelle de cette prérogative spécifique. La qualification de « loi de codification » serait certainement appropriée.

270. Conclusion du II – Il a été constaté que la loi du 5 juillet 1844 fit un rappel des principes connus en matière de brevetabilité et que sur de nombreuses questions, la loi du 11 mars 1957 opéra une simple codification de solutions jurisprudentielles antérieures¹⁰¹⁹. Il faut retenir que le juge est toujours en mesure de décomposer les prérogatives du titulaire du droit sur la « chose intellectuelle » réservée ou d'agrandir l'assiette de son pouvoir exclusif. Le législateur qui confirme ces avancées jurisprudentielles fait œuvre de codification¹⁰²⁰. Par suite, le juge est implicitement autorisé à donner une application étendue au texte légal, comme s'il était en présence d'une loi interprétative. Il convient de vérifier si le problème se présente de la même façon lorsque le législateur entend cette fois condamner une jurisprudence antérieure.

¹⁰¹⁷ V. A. LUCAS, *Le droit de distribution et son épuisement : Comm. com. électr. nov. 2006*, étude n° 25, p. 6.

¹⁰¹⁸ La théorie du droit de destination aurait été suffisante.

¹⁰¹⁹ A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur : article précité*, p. 58 : « L'interprétation stricte des cessions portant sur la propriété littéraire tend à ce que l'auteur ne puisse être dépouillé que des droits formellement visés dans le contrat. Cette solution avait déjà été admise par la jurisprudence avant la loi de 1957. Mais cette dernière a donné à cette règle une force et une portée particulièrement grandes ». V. l'exposé des motifs de la loi : RIDA, oct. 1954, p. 150 et s., spéc. p. 156 : « si remarquables qu'ait été, au cours du dernier siècle, l'effort de la jurisprudence, une loi offre des garanties plus sérieuses. (...) ». La France n'étant pas un pays de droit coutumier, « il serait absurde de fonder la défense des intérêts de l'auteur uniquement sur l'interprétation par les tribunaux de textes extrêmement anciens qui se bornent à affirmer quelques principes généraux ». P. GREFFE, *op. cit.*, n° 981, p. 362 : « La loi de 1957 a apporté, d'une part, certaines innovations essentielles par comparaison à l'état antérieur, et, d'autre part, elle précise et codifie un grand nombre de principes depuis longtemps admis en jurisprudence ». M. BOUTET, *Considérations générales : RIDA* avr. 1958, XIX, p. 13 et s., spéc. 21 : « Lorsque le texte traite des nouveaux modes d'expression, rien n'affecte les principes essentiels, dont la pérennité demeure ».

¹⁰²⁰ V.-L. BÉNABOU et V. VARET, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, sous la dir. d'A. FRANÇON, mission de recherche, droit et justice, la documentation française, n° 12, p. 16 : « La loi du 3 juillet 1985 prévoyait que serait opérée une codification de la propriété littéraire et artistique, fusionnant ce texte avec celui de la loi du 11 mars 1957. Des projets avaient été réalisés dans ce sens au ministère de la Culture ».

III / La condamnation d'une jurisprudence antérieure

271. Présentation - Le juge peut être tenté d'appliquer de manière rétroactive une loi venue combattre une jurisprudence, d'autant plus si le législateur montre une réaction rapide. La question semble s'être posée depuis toujours¹⁰²¹, si bien que le rapprochement avec le mécanisme d'une loi interprétative pourrait être anticipé dans le cadre d'une étude prospective¹⁰²².

272. La loi du 11 mars 1957 et le contrat de mariage - La loi du 11 mars 1957¹⁰²³ renversa une jurisprudence antérieure relative aux régimes matrimoniaux. Le législateur qualifia de « propres » le droit moral ainsi que le monopole d'exploitation de l'auteur¹⁰²⁴. L'objectif du législateur ne fut pas dissimulé, il s'agissait de condamner fermement l'opinion antérieurement exprimée par la Cour de cassation¹⁰²⁵. Il fallait mettre fin à certains scandales, montrant notamment le conjoint de l'auteur tirant grand profit des créations intellectuelles

¹⁰²¹ Cass. 28 mai 1875 : *Rec. Sirey* 1875, I, p. 329. LABBÉ explique la volonté du législateur de déroger au droit existant : « Avant 1789, le roi qui donnait à un auteur un privilège décidait en général dans l'acte de concession que le privilège serait perpétuel pour l'auteur et ses héritiers, mais que le privilège serait limité à la vie de l'auteur si celui-ci le cédait à un tiers. Cette habitude de l'ancienne chancellerie royale, consacrée par un arrêt du conseil d'État du roi du 30 août 1777, explique la rédaction des lois de 1793 et de 1810 dans des passages qui ont pour but d'y déroger (...) ». L'auteur analyse l'article 2 de la loi de 1793 (« Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs »), la notion de loi interprétative est indirectement en question : « Cette disposition a été présentée comme une interprétation législative des contrats de cession déjà conclus avant la promulgation de la loi. Il est plus naturel d'y voir simplement une dérogation au droit antérieur, et la consécration de cette idée que le monopole à exercer pendant un certain temps après la mort de l'auteur pourra appartenir à un cessionnaire aussi bien qu'à l'héritier si l'auteur l'a voulu. Autrefois l'héritier avait un privilège personnel que la volonté de l'auteur pouvait anéantir, mais non transmettre. Désormais, le droit de l'auteur, qui n'est plus qualifié de privilège, forme avec sa prolongation posthume un droit transmissible dont l'auteur peut à son gré (...) ». La réflexion sur la nature interprétative de l'intervention légale est courante à cette époque. L'article 40 du décret du 5 février 1810 énonce : « Les auteurs (...) peuvent céder leur droit à un imprimeur ou libraire ou à toute autre personne qui est alors substituée en leur lieu et place pour eux et leurs ayants cause ». Pour LABBÉ, le texte « détermine toute l'étendue que peut avoir une cession, non pas l'étendue nécessaire de toute cession, encore moins l'étendue à donner à une cession antérieure. Il tranche une question de théorie, la transmission des droits d'auteur même posthumes. Il n'empiète pas sur le pouvoir judiciaire quant à l'interprétation des contrats ».

¹⁰²² Il est probable que le législateur se prononce un jour sur la question de la protection des parfums par le droit d'auteur : V. CA Paris, 3 juill. 1975 : *D.* 1976, somm. p. 19 ; *RIDA* janv. 1977, p. 108. La précision suivante : « même si les formules ne sont pas protégées par le droit des brevets » tend à admettre que le droit d'auteur peut faire office de protection par défaut quand les autres régimes présents au Code de la propriété intellectuelle ne sont pas applicables. Cette vision des choses doit évidemment être combattue.

¹⁰²³ Loi du 11 mars 1957, *JORF* du 14 mars 1957, p. 2723.

¹⁰²⁴ V. l'article 25 de la loi du 11 mars 1957, codifié à l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle. Certains juges avaient bien tenté, avant l'intervention législative, d'imposer cette vision des choses : V. CA Paris, 1^{er} fév. 1900, « Lecoq » : *Rec. Sirey* 1900, II, p. 121, note R. SALEILLE ; Trib. civ. Seine, 1^{er} avr. 1936, « Canal » : *DP*, 1936, 2, p. 65, note A. NAST ; *RTD civ.* 1936, 464, obs. G. LAGARDE, jugement confirmé en appel : CA Paris, 23 fév. 1938 : *Rec. Sirey* 1938, II, p. 169, note P. ESMEIN.

¹⁰²⁵ V. Civ. 25 juin 1902, « Lecoq » : *DP* 1903, I, p.5, note A. COLIN ; *Rec. Sirey* 1902, I, p. 305, note G. LYON-CAEN ; Cass. civ. 14 mai 1945, « Canal » : *Rec. Sirey* 1945, I, p. 101, note H. BATIFFOL ; *D.* 1945, p. 285, note H. DESBOIS. V

tombées dans la communauté¹⁰²⁶. Alors que l'auteur DESBOIS exprimait le souhait que l'intervention législative revête un caractère interprétatif, c'est le principe de l'application immédiate qui s'est imposé en jurisprudence. Il convient de remarquer qu'en donnant un effet rétroactif à la loi nouvelle, l'objectif du législateur aurait été totalement atteint.

Dans l'affaire « BONNARD », la Cour d'appel d'Orléans¹⁰²⁷ ne fit pas application de la loi du 11 mars 1957 au litige. La loi nouvelle n'aurait pas pu servir de fondement à la solution sans se révéler rétroactive. L'argumentation des juges fit cependant état d'une disposition de la loi nouvelle qui « consacrait un principe certain de notre droit positif »¹⁰²⁸. Le juge rappelle ainsi que le droit antérieur postulait déjà la solution adoptée. Le choix de la loi ancienne ne semble alors constituer qu'une simple façade.

La Cour d'appel de Paris¹⁰²⁹, se prononçant cette fois dans l'affaire « PICABIA », reconnut elle aussi l'impossibilité d'appliquer la loi nouvelle du 11 mars 1957 au litige. Elle tâcha pourtant d'imposer, à l'aide des normes antérieures, une solution similaire à celle préconisée par la réforme. Il est vrai qu'à la lecture de l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle, le législateur semblait conférer au juge la possibilité de donner à la loi nouvelle quelques effets rétroactifs¹⁰³⁰. Il n'empêche que le juge sembla dans tous les cas embarrassé à l'idée d'opérer une scission nette entre un « droit ancien » d'une part et un « droit nouveau » apporté par la loi nouvelle d'autre part. Au regard de ces jurisprudences, la loi du 11 mars 1957 entretenait officieusement une proximité certaine avec les lois interprétatives.

273. La loi du 27 mars 1997 et la jurisprudence « chambres d'hôtel » - L'article L. 132-20 du Code de la propriété intellectuelle est relatif à l'autorisation de télédiffuser une œuvre, il est issu de la loi du 27 mars 1997¹⁰³¹. La solution est également affirmée dans le

¹⁰²⁶ Pour DESBOIS, cette dernière jurisprudence conduisait à la rupture des liens existant entre le créateur et son œuvre, en « jetant celle-ci dans la masse commune et en l'exposant aux hasards d'un partage » : H. DESBOIS, *op.cit.*, p. 121 et s.

¹⁰²⁷ CA d'Orléans, 18 fév. 1859 : *D.* 1959, p. 440, note H. DESBOIS ; *RTD civ.* 1959, p. 528, n° 7, obs. H. DESBOIS.

¹⁰²⁸ La formule semble désigner un précepte à observer, qui n'a pas de limitation temporelle. Il s'agit de l'article 19 de la loi du 11 mars 1957. Il dispose en son alinéa 1^{er} : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre ».

¹⁰²⁹ CA Paris, 24 mai 1969 : *RTD civ.* 1970, p. 564, obs. R. NERSON ; *Gaz. Pal.* 1969, II, 240.

¹⁰³⁰ L'alinéa 3 de l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une sauvegarde de la loi ancienne au regard des produits rattachés au monopole d'exploitation de l'auteur. Il en a été déduit que l'alinéa 1^{er}, relatif au monopole lui-même, pouvait concerner les contrats de mariage déjà conclus sous le droit antérieur. V. CA Paris, 22 avr. 1982, « Léo Ferré » : *D.* 1984, p. 397, note J. GHESTIN. La rétroactivité est souvent perçue de manière intuitive dès lors que la volonté des parties au contrat est écartée par une loi nouvelle.

¹⁰³¹ V. l'article 2 de la loi, le 4^e a été ajouté à cet article par la loi du 1^{er} août 2006. (V. l'article 30 de la loi) : « L'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne comprend la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation installés par leurs propriétaires ou copropriétaires, ou par les mandataires de ces derniers, à seule fin de permettre le raccordement de chaque logement (...) ».

domaine des droits voisins¹⁰³². Le but proclamé de la réforme fut de mettre fin à une jurisprudence antérieure¹⁰³³. Selon cette jurisprudence, l'acte de diffusion d'une œuvre dans les hôtels était soumis à l'autorisation des ayants-droits. Le législateur estima au contraire que l'autorisation de télédiffuser comprenait déjà cette distribution particulière de l'œuvre. L'application immédiate de la loi nouvelle postule une application de ses normes à toutes les diffusions à venir de l'œuvre. Au contraire, une application rétroactive de la loi conduit à affirmer : « il n'a jamais fallu considérer que cet acte de diffusion dans les hôtels ait dû être soumis à une autorisation quelconque ». Cette solution garantit une certaine uniformité des solutions judiciaires, puisqu'un hôtelier déjà condamné peut demander à ce que la loi nouvelle lui soit appliquée, même devant la Cour de cassation¹⁰³⁴.

274. La loi du 1^{er} juillet 1998 et une paralysie du droit moral au cours d'une procédure judiciaire - L'article L. 331-4 du Code de la propriété intellectuelle est issu de l'article 6 de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 qui transpose la directive « bases de données ». Il est dit : « *Les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure (ajout par la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006) « parlementaire de contrôle », juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique* ». Le législateur prévoit une paralysie du « pouvoir d'interdire » de l'auteur ou du titulaire d'un droit voisin, dans le but de faciliter le bon déroulement du procès. Cette disposition a été adoptée pour ôter toute légitimité à une position jurisprudentielle antérieure. La Cour de cassation avait fait droit au refus d'un plaideur de communiquer une pièce dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Le droit moral de l'auteur, à travers le droit de divulgation, servait de fondement à cette solution¹⁰³⁵. En considérant l'objectif du législateur, le juge serait tenté de n'opérer aucune distinction selon la date de création de l'œuvre ou la date de la saisine du juge par exemple. En d'autres termes, le juge serait autorisé à appliquer l'article L. 331-4 du

¹⁰³² Voir l'article L. 216-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰³³ V. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2005 : *Comm. com. élect.* 2005, comm. n° 80, note C. CARON ; *JCP G* 2005, II, 10053, note C. CARON ; *Propri. intell.* 2005, n° 15, p. 160, note A. LUCAS ; *RLDI* 2005, n° 6, p. 9, note A. MAFFRE-BAUGÉ ; *Légipresse* 2005, n° 222, III, p. 103, note E. ARFI. V. C. CARON, *op. cit.*, n° 316, p. 267.

¹⁰³⁴ La seule limite étant classiquement celle des décisions passées en force de chose jugée. L'application généralisée de la loi nouvelle aurait pour avantage d'empêcher qu'un plaideur ne se prévale d'un « droit d'interdire » valablement sous le droit antérieur.

¹⁰³⁵ Cass. 1^{ère} civ. 25 févr. 1997 : *JCP G* 1997, II, 22873, note J. RAVANAS ; J. AZÉMA et J-C. GALLLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006, n° 626, p. 429. V aussi : CA Paris, 4 avr. 2001 : *Dr. fam.* 2001, comm. H. LECUYER, à propos d'un journal intime.

Code de la propriété intellectuelle à tout litige ultérieur. En pratique, l'adversaire de l'auteur pourrait immédiatement bénéficier d'un nouveau moyen de preuve.

275. Conclusion de la Section III – Il a été vu que le législateur qui donne son appui à une démarche constructive du juge ou qui, au contraire, empêche celle-ci de se développer, entreprend de clarifier le droit existant. Dans cette optique, le juge peut se sentir autorisé à œuvrer de la même manière que s'il était en présence d'une loi interprétative, c'est-à-dire faire une application généralisée de ses normes. L'exigence de sécurité juridique suppose que le raisonnement du juge apparaisse au sein de sa décision. C'est-à-dire qu'il doit être possible pour l'interprète de comprendre le cheminement intellectuel adopté, ayant conduit au choix de la loi applicable. Par conséquent, appliquer de manière rétroactive la loi nouvelle, en ne précisant pas sa nature interprétative, n'est pas conforme à l'objectif d'accessibilité du droit et entretient la complexité du droit transitoire. Si le juge ne retrouve pas l'élément de définition des lois interprétatives relatif à l'existence d'un texte antérieur obscur, il convient alors d'utiliser la qualification de « loi de codification », plus compréhensive. Une autre solution consisterait à abandonner ce critère et assumer faire usage d'une conception extensive de la notion de « loi interprétative ».

SECTION IV / La tentation d'adopter une vision extensive des lois interprétatives

276. Adopter une vision extensive des lois interprétatives, c'est reconnaître que les critères classiques de reconnaissance de ce type de lois ne doivent pas nécessairement être présents pour appliquer de la manière la plus générale possible les dispositions de la loi nouvelle. En somme, dès lors que le législateur ne viendrait que codifier une pratique existante ou reprendre une interprétation classique de certaines clauses contractuelles, le juge se verrait autorisé à retenir la loi nouvelle sans rechercher aucun « critère de rattachement potentiel »¹⁰³⁶. Il faut d'abord s'intéresser aux éléments favorables à une vision extensive de la notion de « loi interprétative » (I). Il convient ensuite de comprendre le refus du juge en

¹⁰³⁶ V. par exemple : CA Paris, 14 sept. 2005 : *Juris-data* n° 2005-297747 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 3, note C. CARON. Sur l'interprétation d'un contrat d'édition au regard des obligations qu'il suppose créer à la charge des parties.

droit de la propriété intellectuelle d'appliquer rétroactivement toute loi nouvelle venue simplement clarifier le droit existant (II).

I / Les éléments favorables à une vision extensive des lois interprétatives

277. La fin d'une discrimination - Il est tentant d'appliquer d'une manière étendue les lois nouvelles qui assurent la répartition égalitaire d'un avantage. En effet, le législateur propose alors une écriture de la norme plus respectueuse de l'équité. Dans ce cadre, la notion de « loi interprétative » permettrait de justifier une entorse ponctuelle au principe de non-rétroactivité. En droit d'auteur, le décret du 5 février 1810¹⁰³⁷, « contenant le règlement sur l'imprimerie et la librairie », vint garantir « le droit de propriété » à « l'auteur et à sa veuve » pendant leur vie, et à ses enfants pendant vingt ans¹⁰³⁸. La durée du droit d'auteur s'en trouvait considérablement revalorisée. Il fut question de savoir si n'étaient concernées que les œuvres littéraires, excluant par là-même toutes les productions des Beaux-arts, ainsi que les compositions musicales¹⁰³⁹. Certains juges estimaient que le décret était « étranger aux œuvres de peinture »¹⁰⁴⁰. Pour le Conseil d'État, le décret n'avait « rien innové quant aux droits des auteurs dramatiques et compositeurs de musique »¹⁰⁴¹.

Les auteurs dramatiques n'obtinrent gain de cause qu'à l'issue de l'entrée en vigueur d'une loi du 3 août 1844¹⁰⁴² et il fallut attendre une loi du 8 avril 1854 « terminant de longues et stériles controverses »¹⁰⁴³ pour observer une suppression totale des anciennes

¹⁰³⁷ Décret du 5 février 1810 : *Rec. Sirey*. 1810, *Lois, décrets, ordonnances*, I, p. 809.

¹⁰³⁸ L'article 39 dispose : « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donne le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans ».

¹⁰³⁹ A.-C. RENOUARD, *Droits d'auteur*, t. 2, n° 118, p. 242 ; A. GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, op. cit. n° 255, p. 259. Le décret du 5 février 1810 est considéré comme « spécial aux ouvrages de littérature ». Un « livre sur la musique », comme une méthode pouvait néanmoins bénéficier de la nouvelle durée prévue, parce qu'il s'agissait d'« une œuvre littéraire en même temps que musicale ». Certains auteurs y ajoutaient néanmoins les compositions musicales : V. E. POUILLET, op. cit., n° 135 ; en ce sens : CA Paris, 7 mai 1872, *Rec. Sirey* 1873, II, p. 6 ; Cass. req., 11 mars 1873 : *Rec. Sirey* 1873, I, p. 324.

¹⁰⁴⁰ CA Paris, 18 août 1879 : *Rec. Sirey* 1880, II, p. 257.

¹⁰⁴¹ V. l'avis du Conseil d'État du 23 août 1811, sur « la question de savoir si les dispositions du décret du 5 février 1810, article 39 et 40, sont applicables aux auteurs d'ouvrages dramatiques ». Il est précisé que les droits des auteurs d'ouvrages dramatiques et des compositeurs de musique devaient être réglés conformément aux lois existantes antérieurement audit décret du 5 février 1810, V. A. GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, op. cit. n° 255, p. 259, note 2.

¹⁰⁴² Loi du 3 août 1844 « relative au droit de propriété des veuves et des enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques », promulguée le 17 août 1844.

¹⁰⁴³ J.-B. DUVERGIER, *Collection des lois, lois, décrets, règlements et avis du Conseil d'État*, tome 54^{ème}, p. 175.

discriminations¹⁰⁴⁴. Autrement dit, cette disposition fut applicable aux héritiers de tous les auteurs sans exception, c'est-à-dire sans distinction du genre de leurs ouvrages.

Il est également possible de citer le célèbre décret du 1^{er} Germinal an XIII (22 mars 1805) qui permit au « publicateur » d'une œuvre posthume de faire valoir des droits d'une nature particulière à l'égard des tiers. Les termes de ce décret assimilèrent le propriétaire de l'ouvrage à l'auteur, sans qu'aucune distinction fondée sur la nature de l'œuvre n'ait été effectuée¹⁰⁴⁵. La question de savoir si les œuvres d'art graphiques et plastiques donnaient aussi lieu à un droit de publication posthume fut à l'origine de nombreuses controverses¹⁰⁴⁶. Il fallut attendre un décret en date du 8 juin 1806¹⁰⁴⁷ pour que les propriétaires d'ouvrages dramatiques obtiennent le droit d'invoquer efficacement le décret du 1^{er} Germinal an XIII. En somme, ce décret de 1806 supprima une cause de discrimination et mit fin à une situation injuste selon laquelle les propriétaires d'ouvrages dramatiques ne trouvaient aucune récompense dans la publication de l'œuvre. En conclusion, dans ces hypothèses, le juge peut être tenté d'exclure tout raisonnement transitoire, fondé sur la date de création de la chose ou la date présumée d'extinction des droits et donner ainsi à la loi nouvelle une application automatique à tout litige ultérieur. L'adoption d'une vision extensive de la notion de « loi interprétative » permettrait alors de justifier clairement cette solution.

278. La précision d'une sanction - L'absence de sanction attachée à un commandement légal peut être à l'origine d'un « besoin de précision » caractéristique d'un ordonnancement juridique nécessitant une interprétation¹⁰⁴⁸. Par exemple, en droit des

¹⁰⁴⁴ Loi « sur le droit de propriété garanti aux veuves et aux enfants des auteurs, des compositeurs et des artistes », V. J. RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, Paris, 1880, t. 5, V^o « Propriété artistique », n^o 115. Cette loi étendit la durée du droit des enfants de l'auteur et restitua aux veuves le droit de jouissance « durant leur vie » issu du décret du 5 février 1810.

¹⁰⁴⁵ Le décret du 1^{er} germinal an XIII dispose : « Les propriétaires, par succession ou à autre titre, d'un ouvrage posthume, ont les mêmes droits que l'auteur, et les dispositions des lois sur la propriété exclusive des auteurs et sur sa durée leur sont applicables (...) ».

¹⁰⁴⁶ G. LYON-CAEN constate qu'« en ce qui concerne les œuvres d'art, il n'existe aucune disposition dans nos lois réglant le cas où elles pourraient être posthumes. Il est du reste difficile de définir à quelles conditions une œuvre artistique a ce caractère » : note sous Cass civ., 28 déc. 1880 : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 113.

¹⁰⁴⁷ Le décret du 8 juin 1806, « concernant les théâtres » comprend deux titres, « Des théâtres de la capitale » et « Des auteurs ». L'article 12 du décret, compris dans le titre second dispose : « Les propriétaires d'ouvrages dramatiques posthumes ont les mêmes droits que l'auteur ; et les dispositions sur la propriété des auteurs et sa durée, leur sont applicables, ainsi qu'il est dit au décret du 1^{er} germinal an XIII », (*Rec. Sirey* 1791-1830, *Lois, décrets, ordonnances*, p. 719).

¹⁰⁴⁸ Un exemple peut être donné en droit civil. Il fut imposé en 1989 aux bailleurs sociaux de saisir une commission spécialisée avant de procéder à l'assignation du locataire aux fins de résiliation du contrat (V. l'article 24 de la loi n^o 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n^o 86-1290 du 23 décembre 1986, V. l'article 442-6-1 du Code de la construction et de l'habitation, relatif à l'application des clauses résolutoires de plein droit dans les baux d'habitation, V. l'article 115 de la loi du 29 juillet 1998). L'assignation ne devait être délivrée que trois mois après cette saisine, dans l'objectif d'assurer un maintien des aides et de favoriser un apurement amiable de la dette contractuelle. L'obligation mise ainsi à la charge des bailleurs n'était pourtant assortie d'aucune sanction. Lorsque les parlementaires voulurent

brevets, le décret du 14-25 mai 1791 est venu préciser les dispositions du décret du 31 décembre 1790 -7 janvier 1791, notamment au regard des sanctions applicables¹⁰⁴⁹. Il est alors possible d'y voir un corps unique de dispositions. En droit d'auteur, si l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁵⁰, relatif au contrat de production audiovisuelle, prévoit les éléments devant faire l'objet d'une conservation, aucune sanction n'est indiquée en cas d'absence de toute précision au contrat sur ce point. De même, l'article L. 131-9 du Code de la propriété intellectuelle impose la délivrance d'une information contractuelle sur l'existence de mesures techniques de protection, mais aucune sanction n'est formulée en cas d'inexécution de cette obligation. Il est aussi possible de citer, en droit des obtentions végétales¹⁰⁵¹, le règlement (CE) n° 2100/94. Il présente une lacune importante. Si les tiers peuvent déjà, dans le cadre d'une procédure d'octroi de la protection communautaire, formuler des objections¹⁰⁵² ou former un recours¹⁰⁵³ contre la décision d'octroi du titre¹⁰⁵⁴, une fois la protection accordée, les tiers ne disposent plus d'aucune voie procédurale pour en obtenir la nullité ou la déchéance. Certes, la jurisprudence ouvre parfois aux tiers la possibilité d'agir en ce sens¹⁰⁵⁵, mais il semble bien qu'un défaut de la norme est observable¹⁰⁵⁶. Dans tous ces cas de figure, le juge peut être tenté de faire une application étendue de la loi nouvelle qui viendrait combler le « vide juridique » existant. Seulement, l'application rétroactive du texte nouveau ne pourrait pas être seulement justifiée par la volonté du législateur¹⁰⁵⁷. S'il est certain que la modification de la norme en vigueur se révèle conforme à l'exigence de sécurité juridique, tout plaideur pourrait démontrer qu'au jour des faits aucune sanction n'était prévue par la loi.

mettre fin aux abus constatés en pratique et établir une sanction adaptée, il s'agissait simplement de rendre efficiente la loi existante. Il fut question de « *corriger le dispositif en place* » par une loi nouvelle et c'est tout naturellement que la qualification de « loi interprétative » fut proposée en doctrine. Le principe de non rétroactivité l'a finalement emporté. La sanction consistant à déclarer irrecevable la demande en résolution du contrat de bail ne devait s'appliquer qu'aux assignations délivrées après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle

¹⁰⁴⁹ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^{ème} éd., tome 3^{ème}, Bruxelles, 1825, V. « brevets d'invention », p. 276.

¹⁰⁵⁰ V. l'alinéa 3.

¹⁰⁵¹ N. BOUCHE, *Action des tiers en nullité ou en déchéance de la protection communautaire des variétés végétales : Propr. ind.* 2010, comm. n° 34.

¹⁰⁵² V. L'article 59 du règlement CE n° 2001/94. Du fait de ces objections, ils acquièrent la qualité de partie à la procédure, à côté du demandeur.

¹⁰⁵³ V. L'article 67.

¹⁰⁵⁴ V. L'article 69.

¹⁰⁵⁵ OCVV, Ch. rec., 23 janv. 2009, aff. A 010/2007, « Ralf Schröder c/ Jorn Hansson, Lemon Symphony » ; OCVV, Ch. rec., 2 déc. 2008, aff. A 009/2008, « Barberina ».

¹⁰⁵⁶ Si les articles 20 et 21 du règlement indiquent que l'OCVV peut déclarer la nullité ou la déchéance de la protection, littéralement, l'initiative de la nullité ou de la déchéance ne revient qu'à l'office et aucune autre disposition du règlement ou de son décret d'application n'évoque une action éventuelle d'un tiers sur sa seule initiative. Les tiers peuvent pourtant avoir un intérêt sérieux à voir prononcer la nullité ou la déchéance de la protection communautaire.

¹⁰⁵⁷ Qu'il s'agisse d'ailleurs du législateur national ou communautaire.

279. La loi nouvelle est en cours d'élaboration au moment de la résolution du litige – Le doyen ROUBIER rappelle que le juge ne doit pas prendre en considération les réformes « en cours » pour se prononcer¹⁰⁵⁸. Monsieur PETIT évoque le problème de la « mise en vigueur anticipée accomplie par les organes d'application de la règle »¹⁰⁵⁹. Certaines « anticipations » de cette nature correspondraient à une application rétroactive de la loi nouvelle. Il est tentant pour le juge de faire application au litige d'un texte seulement en étude devant les parlementaires lorsque la loi nouvelle ressemble à une loi interprétative¹⁰⁶⁰. Par exemple, en droit d'auteur, dans l'affaire « La bergère et le ramoneur », les coauteurs défaillants au sens de l'article L. 121-6 du Code de la propriété intellectuelle avaient acquiescé à la projection du film sous certaines conditions. Ils ne devaient pas être mentionnés au générique et un avis devait indiquer qu'ils se désolidarisaient du projet¹⁰⁶¹. Il a été souligné en doctrine que les juges avaient respecté le principe de non rétroactivité en apparence seulement. En effet, la teneur de la loi nouvelle avait influencé leur décision¹⁰⁶². La réforme opérée par la loi du 3 juillet 1985 donna au créateur d'un logiciel la possibilité d'invoquer une protection de sa création sur le fondement du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Avant l'intervention du législateur, la question s'était posée de savoir sur quels critères le logiciel pouvait trouver sa place au sein de la liste ouverte des œuvres protégeables par le droit d'auteur¹⁰⁶³. Il avait ainsi été rapproché des traductions¹⁰⁶⁴ et des partitions de musique. En fonction de l'opinion du juge sur le sens de la loi du 11 mars 1957, l'objet de la loi nouvelle change indirectement¹⁰⁶⁵. C'est à ce niveau qu'une certaine insécurité juridique est décelable.

¹⁰⁵⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 59, p. 265.

¹⁰⁵⁹ J. PETIT, *op. cit.*, n° 209 et s., p. 104 et s.

¹⁰⁶⁰ Dès lors que la loi en préparation est annoncée comme interprétative, le juge sait que l'objectif du législateur est de rendre plus clair le droit existant. Il suppose également que le texte de la loi nouvelle pourra être appliqué d'une manière rétroactive. Par suite, le juge peut être tenté de fonder sa solution sur le principe contenu au sein de la loi nouvelle, quand bien même elle ne serait pas encore entrée en vigueur. La frontière est bien mince avec un revirement de jurisprudence, qui est par nature rétroactif.

¹⁰⁶¹ CA Paris, 18 avril 1956 : *D.* 1957, p. 108, note H. DESBOIS.

¹⁰⁶² R. SARRAUTE, *Le conflit entre droits moraux et l'achèvement de l'œuvre cinématographique* : *Gaz. Pal.* 1959, II, p. 34, spéc. p. 35 : « Sans doute la Cour de cassation dans l'affaire, « la bergère et le ramoneur », n'avait pas à appliquer un texte postérieur aux faits dont elle était saisie. Elle paraît cependant avoir jusqu'à un certain point tenu compte des solutions adoptées par le législateur ». V aussi : R. SARRAUTE, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957* : *Gaz. Pal.* 1957, II, doctr. p. 1, § 6.

¹⁰⁶³ L'article 3 de la loi du 11 mars 1957 a été codifié à l'actuel article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁶⁴ CA Paris, 2 nov. 1982 : *Gaz. Pal.* 2-3 mars 1983, note J.-R. BONNEAU.

¹⁰⁶⁵ TGI Paris, 21 sept. 1983 : *JCP G* 1984, II, 20249, note J. -M WAGRET ; *D.* 1984, p. 77 note C. LE-STANC ; *Gaz. Pal.* 1984, I, p. 50, note J.-R. BONNEAU ; TGI Paris, 14 juin 1983 : *D.* 1983, IR, 308 ; *Gaz Pal* 1983, I, p. 468, note J.-R BONNEAU ; *Dossiers brevets* 1983, IV, 2 ; TGI Paris, 4 oct. 1983 : *Expertises* 1984, n° 59, p. 54 ; TGI Paris, 27 juin 1984 : *Dossiers Brevets* 1985, III, 1 ; TGI Paris, 27 mars 1987 : *Expertises*,

Si le juge considérait que la loi du 11 mars 1957 pouvait déjà accueillir les logiciels, la loi nouvelle venait seulement clarifier un point controversé en jurisprudence et en doctrine¹⁰⁶⁶. Par suite, le juge aurait certainement accepté que le créateur d'un logiciel puisse se prévaloir du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, peu importerait la date de création de la chose.

Au contraire, le juge pouvait penser que la loi du 11 mars 1957, telle qu'elle avait été conçue à l'origine, ne pouvait fonder cette protection. L'absence de « *vocation naturelle* »¹⁰⁶⁷ du logiciel à être protégé par le droit d'auteur ne pouvait être résolue par la seule jurisprudence. Dans cette optique, la loi du 3 juillet 1985 aurait été annonciatrice d'un changement réel de l'ordonnement juridique. Le juge aurait logiquement effectué une séparation nette entre le droit ancien et le droit nouveau. Le critère de rattachement choisi aurait été la création du logiciel, et ce, en accord avec les idées du doyen ROUBIER sur la constitution de la situation juridique.

En considérant maintenant que la loi nouvelle fut en « cours d'élaboration » au moment de la résolution du litige, le juge qui aurait refusé la protection du droit d'auteur à une création logicielle serait certainement pointé du doigt comme montrant une certaine résistance. Indirectement, serait encouragée une application rétroactive de la loi nouvelle.

Il est possible de citer la loi du 3 juillet 1985 à un autre titre. Cette loi fit disparaître le statut particulier des photographies subordonnant la protection par le droit d'auteur à la présence d'un caractère artistique ou documentaire¹⁰⁶⁸. La loi nouvelle leva toute ambiguïté¹⁰⁶⁹ et se

1987, p. 195. Il est intéressant de noter que parfois le logiciel est bien qualifié d'œuvre de l'esprit sur le fondement de la loi du 11 mars 1957, mais que le raisonnement est principalement axé sur l'absence d'antériorités produites. V. T. corr. Nanterre, 29 juin 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, I, p. 66, note J.-R. BONNEAU. Les juges avaient estimé que les auteurs du jeu vidéo en question « *s'en étaient tenus à créer une activité ludique élémentaire qui ne fait appel qu'à l'attention et aux réflexes sans prétendre par ailleurs solliciter l'intelligence, l'imagination et encore moins la sensibilité artistique* ». La solution adoptée témoigne d'une interprétation restrictive de la loi du 11 mars 1957 quant aux conditions de protection. V. aussi : TGI d'Evry, 11 juil. 1985 : *Gaz. Pal.* 12 nov. 1985, p. 12, note J.-R. BONNEAU. Dans ce jugement rendu après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les magistrats estiment que la loi applicable, celle du 11 mars 1957, ne permettait pas de protéger les logiciels « *sauf modification législative* ». Le pouvoir normatif du juge montrait ici ses limites.

¹⁰⁶⁶Le juge pouvait considérer que le législateur n'avait procédé qu'à une adaptation du texte en vigueur. V. Cass. Ass. plén., 7 mars 1986 : *JCP G* 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ, M. VIVANT : « *les réponses déduites de « l'état naturel » de la loi de 1957 demeurent pour une large part exploitables sous l'empire de la réforme de 1985* ». La loi aurait simplement été complétée dans un souci de sécurité juridique compte tenu des divergences jurisprudentielles dans un domaine aux enjeux économiques majeurs : « (...) *la protection des logiciels semble [donc] imposer le recours à la loi sur les droits d'auteur, qu'il faudrait donc simplement compléter pour tenir compte de leurs particularités* » : Sénat, C. JOLIBOIS, Rapport n° 212, séance du 24 janv. 1985, p. 71

¹⁰⁶⁷R. PLAISANT, *La protection du logiciel par le droit d'auteur* : *Gaz. Pal.* 1983, I, 348.

¹⁰⁶⁸Le législateur procéda à la réécriture de l'article 3 de la loi du 11 mars 1957. D'un point de vue critique, le mérite semblait se cacher derrière le caractère artistique exigé et le caractère documentaire donnait aux photographies une protection dérogatoire dans le domaine des œuvres protégées.

¹⁰⁶⁹V. l'exposé des motifs du projet de loi, n° 2169, Ann. Pv. Débats, Ass. Nat. 4 juin 1984, p. 5.

présenta sur ce point comme une mesure de simplification¹⁰⁷⁰. En effet, le législateur affirma la possibilité de protéger toutes les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie¹⁰⁷¹. Madame GENDREAU constata en jurisprudence un changement dans l'appréciation des critères de protection, et ce, à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985¹⁰⁷². C'est-à-dire qu'une œuvre photographique qui aurait dû être régie par la loi du 11 mars 1957 fut souvent appréciée selon le critère rétabli de l'originalité. Il suffisait pour les juges d'apprécier d'une manière plus restrictive le caractère documentaire de la photographie¹⁰⁷³. Indirectement, le juge prenait acte de la suppression par le législateur de ce critère documentaire, alors même que la loi nouvelle n'aurait pas dû, en toute rigueur, s'appliquer à des œuvres créées sous le droit antérieur¹⁰⁷⁴.

De même, avant que la loi du 1^{er} août 2006 n'entre en vigueur, les juges furent tentés de s'inspirer de ses travaux préparatoires. En effet, au regard des œuvres créées dans le cadre d'une mission de service public, il semblerait que le nouveau texte ait été utilisé sans que le raisonnement transitoire ne soit parfaitement fondé¹⁰⁷⁵.

280. Conclusion du I – Plusieurs éléments sont favorables à l'adoption par le juge d'une vision extensive de la notion de « loi interprétative ». En effet, il peut souvent paraître opportun de donner à la loi nouvelle le plus grand champ d'application possible. Il a été constaté que la volonté du législateur de clarifier le droit existant, peut sembler constituer la justification idéale à une dérogation silencieuse apportée au principe de non-rétroactivité. Afin que l'exigence de sécurité juridique soit pleinement satisfaite, le juge devrait alors

¹⁰⁷⁰ V. le rapport de Monsieur Richard, *précité*, p. 21.

¹⁰⁷¹ V. CA Reims, 15 sept. 1992 : *Gaz. Pal.*, 1993, III. p. 295 : « Considérant que la loi du 11 mars 1957 dans son article 3 ne qualifiait d'œuvre de l'esprit bénéficiant de la protection que les photographies à caractère artistique ou documentaire ; que cette restriction a été levée par la loi du 3 juillet 1985 applicable à compter du 1^{er} janvier 1986 ; que les contrats liant les parties ont été passés en 1979 et 1981 », « Considérant que sauf prescription contraire une loi n'a pas d'effet rétroactif ; qu'il échet en conséquence, infirmant sur ce point la décision des premiers juges, de dire qu'en l'espèce c'est l'article 3 de la loi du 11 mars 1957 dans son ancienne rédaction qui s'applique ». Certes, la notion de contrat est un élément déterminant en droit transitoire et le raisonnement est en partie expliqué par la conclusion de la convention à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985. Mais il s'agit ici de constater que le fondement de l'article 3 de la loi du 11 mars 1957 est bien analysé comme comportant deux versions successives qui ne se confondent aucunement (l'arrêt d'appel a été rendu sur renvoi après cet arrêt de cassation : Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989 : *Bull. civ.* 1989, n° 391, p. 262.

¹⁰⁷² Y. GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, préf. A. FRANÇON, LGDJ, 1994, n° 45 et 46, p. 58 et s.

¹⁰⁷³ CA Lyon, 23 mars 1989 : *D* 1989, p. 126 ; Y. GENDREAU, *op.cit.*, n° 45 p. 59. En raison du fait que les photographies avaient été commandées et exécutées selon les directives d'une agence d'une part, et que l'événement saisi était relatif à l'actualité courante d'autre part, ces photographies ne pouvaient accéder à la protection spéciale du livre I du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁷⁴ V. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988 : *Bull. civ.* I, n° 61, p. 40, deux arrêts. Y. GENDREAU, *op.cit.*, n° 46, p. 59 et s. « Ici encore, on remarque des attendus plus sévères, sans doute sous l'influence des modifications de la loi de 1985, dans un arrêt rendu bien avant l'adoption de celles-ci ».

¹⁰⁷⁵ TA Versailles, 17 oct. 2003 : *Comm. com. électr.* janv. 2004, comm. n° 1, note C. CARON.

préciser qu'il comprend la loi nouvelle comme une loi interprétative entendue au sens large. Cependant, en droit de la propriété intellectuelle, le juge ne semble pas enclin à reconnaître une loi interprétative dans toute loi nouvelle qui viendrait simplement clarifier le droit existant.

II / Le refus du juge d'appliquer rétroactivement une loi nouvelle venue clarifier le droit existant

281. En droit d'auteur – Au sein d'un arrêt célèbre de 1842¹⁰⁷⁶, la Cour de cassation décidait que la vente d'une œuvre artistique, faite sans aucune réserve, transmettait à l'acheteur la « *pleine et absolue propriété* » de l'œuvre¹⁰⁷⁷. Si l'auteur n'avait fait aucune réserve au sujet de la reproduction ultérieure de l'œuvre, ce droit comptait parmi les avantages et accessoires de celle-ci, transmis à l'acquéreur¹⁰⁷⁸. Cette solution était seulement en mesure d'être écartée en présence d'une loi spéciale. En d'autres termes, une intervention législative était nécessaire pour empêcher le droit commun de la vente de régir les cessions d'œuvres d'art¹⁰⁷⁹. La loi du 9 avril 1910 énonça alors que l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraînait pas celle du droit de reproduction¹⁰⁸⁰. Très tôt, les juges rappelèrent que la loi nouvelle ne pouvait pas s'appliquer de manière rétroactive¹⁰⁸¹. L'auteur OLAGNIER regretta l'analyse jurisprudentielle qui « *contre toute raison* » refusait de donner à la loi de 1910 un caractère interprétatif¹⁰⁸². En somme, la date de l'aliénation du support de l'œuvre ne devait avoir aucune importance, la cession n'aurait jamais dû conduire à un transfert absolu des droits de l'auteur¹⁰⁸³. La qualification de « loi interprétative » aurait été suffisamment justifiée par le

¹⁰⁷⁶ Cass. Ch. Réunies., 27 mai 1842 : *Rec. Sirey*. 1842, I. 385, concl. A. DUPIN.

¹⁰⁷⁷ C'est-à-dire que la chose *devait* être cédée avec tous ses accessoires, ainsi que tous les droits et avantages qui s'y rattachent ou en dépendent. V. par exemple : Trib. Lyon, 24 déc. 1857 : *Ann.* 1858, p. 89. L'acheteur d'une fresque obtint automatiquement le droit de la détruire. Il est précisé que son droit n'aurait pu trouver des limites qu'en présence d'une stipulation expresse de l'auteur.

¹⁰⁷⁸ V. CA Paris, 18 août 1879 : *Rec. Sirey* 1880, II, p. 257.

¹⁰⁷⁹ Les juges avaient cependant tenté d'établir un régime plus protecteur de l'artiste : Cass. crim., 23 juil. 1841 : *Rec. Sirey*. 1841, I. 566, affaire dite de « la Bataille des pyramides » (GROS). La Cour de cassation estimait que le droit de reproduction n'était cédé à l'acheteur qu'en présence d'une stipulation particulière de l'auteur. V. P. OLAGNIER, *op. cit.*, tome 2, p. 196.

¹⁰⁸⁰ Le principe exprimé par la loi du 9 avril 1910 sera repris au sein de l'article 29 de la loi du 11 mars 1957. Le texte de la loi de 1957 aurait cependant une portée plus étendue : V. sur ce point H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 312, p. 402.

¹⁰⁸¹ V. Trib. de Soissons, 21 juin 1911 : *Ann. de la propr. industr.* 1913, p. 100.

¹⁰⁸² P. OLAGNIER, *op. cit.*, tome 2, p. 196 et p. 201 et s.

¹⁰⁸³ L'article unique de la loi du 9 avril 1910 dispose : « *L'aliénation d'une œuvre d'art, n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction* ». L'emploi du présent au sein du texte de loi conduit à penser qu'il aurait toujours fallu comprendre ainsi la cession d'une œuvre contre un prix. Il est possible de penser qu'en réalité, il s'agissait d'exprimer ceci : « L'aliénation d'une œuvre d'art, n'entraîne plus, à moins

fait que la loi nouvelle ne faisait que rétablir le sens exact du décret-loi de 1793. DESBOIS se montra d'ailleurs favorable à cette vision des choses¹⁰⁸⁴.

Cependant, la Cour de cassation précisa par la suite que la disposition n'avait pas un caractère interprétatif et ne pouvait pas produire des effets rétroactifs¹⁰⁸⁵. Aussi les ventes consenties avant l'entrée en vigueur du nouveau texte devaient-elles encore répondre au principe d'un « *dépouillement* » définitif des prérogatives de l'auteur, et ce, en sa simple qualité de vendeur. Cette solution fut explicitement réaffirmée en 1982, à l'occasion de l'affaire « Renoir »¹⁰⁸⁶. C'est le principe de survie de la loi ancienne qui constitua un rempart à l'application généralisée de cette règle nouvelle. Certes, les juges montrèrent une certaine résistance dans l'affaire « Feuillade »¹⁰⁸⁷. Cependant, en 2005, à l'issue de l'affaire « Colette », les juges énoncèrent de nouveau que toute cession consentie sous l'empire du décret des 19-24 juillet 1793 avait été réalisée « *sans réserve* »¹⁰⁸⁸.

Pour Monsieur POLLAUD-DULIAND¹⁰⁸⁹, la confusion opérée par les juges entre l'œuvre et son support n'était pas conforme au décret-loi de 1793. Rien n'aurait dû permettre de soutenir

de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction ». V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 307, p. 139.

¹⁰⁸⁴ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 312, p. 404. L'auteur vit dans l'opinion contraire « *une erreur, qui ne devra pas être renouvelée dans l'avenir* ».

¹⁰⁸⁵ Cass. crim., 19 mars 1926 « Dames Chamouillet et autres » : *D.P.* 1927, I, p. 25, note M. NAST ; *Rec. Sirey*, 1926, I, p. 145. Il était affirmé que : « *les ventes des tableaux dont il s'agit ayant été effectuées sans restrictions ni réserves antérieurement à la loi du 9 avril 1910, avaient eu pour effet de dessaisir les vendeurs de tous les droits et avantages attachés à la chose vendue et de les transférer aux acquéreurs* ». Le juge distingue clairement le régime précédant de celui qui est issu de la réforme de 1910 : « *Si depuis la promulgation de la loi du 9 avril 1910, l'aliénation des œuvres d'art n'entraîne pas, à moins d'une convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction, il en était autrement sous l'empire de la législation antérieure à ladite loi* ».

¹⁰⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1982, « Renoir » : *Bull. civ.* I, n° 228 ; *D.* 1983, IR p. 96, obs. C. COLOMBET : « *La loi du 9 avril 1910 (...) n'ayant ni un caractère interprétatif ni d'effet rétroactif, le droit de reproduction afférent aux œuvres vendues avant son entrée en vigueur suivait, sauf clause contraire, le sort du support matériel* ». L'absence de tout effet rétroactif de la loi nouvelle fut implicitement invoqué dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en 1923 : CA Paris, 8 nov. 1923 : *S. et P.* 1923, II, 141. En l'espèce, un immeuble avait été construit par un architecte avant le vote de la loi du 9 avril 1910. N'était pas en discussion le droit exclusif de l'architecte sur sa création. Il s'agissait de savoir si l'architecte avait aliéné son droit de reproduction au bénéfice du propriétaire de l'immeuble. Ce dernier souhaitait l'application des principes consacrés par la jurisprudence antérieure à la loi de 1910. L'architecte auteur ayant aliéné le fruit de son travail, le droit accessoire de reproduction devait également avoir été cédé. Un premier jugement avait fait application de l'ancienne jurisprudence, mais il fut infirmé par la Cour d'appel de Paris. Elle estima que le contrat par lequel le propriétaire d'un terrain charge un architecte d'y construire un immeuble, devait recevoir la qualification de louage d'ouvrage. Aucune vente n'ayant été consentie par l'architecte, la jurisprudence antérieure à la loi de 1910 ne pouvait recevoir application : « *Si la construction de l'immeuble, à raison duquel l'architecte revendique, contre un tiers, qui s'est approprié ses plans, la propriété de la création artistique qu'il a réalisée, est antérieure à la loi du 9 avril 1910, le tiers assigné pour contrefaçon n'est pas fondé à opposer à la demande de dommages et intérêts formée contre lui une fin de non-recevoir tirée de ce que l'architecte serait sans qualité pour agir, la construction de l'immeuble ayant entraîné de sa part, au profit du propriétaire de l'immeuble, aliénation de tous ses droits à la création artistique qu'il avait réalisée* ».

¹⁰⁸⁷ CA Paris, 30 juin 1982, « Feuillade » : *RIDA*, oct. 1982, p. 193 ; *D.* 2006, p. 661, note B. ÉDELMAN. Il est dit que sous l'empire du décret de 1793 s'imposait déjà l'interprétation stricte des dispositions relatives à la cession des droits patrimoniaux de l'auteur.

¹⁰⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2005 : *D.* 2006, jurispr. p. 661, note B. ÉDELMAN. Le problème fut largement compliqué par la cession automatique de modes de reproduction inconnus à la date de signature de la convention. Pour les juges, la cession a porté sur « *la pleine et entière propriété* » de l'œuvre.

¹⁰⁸⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 27, p. 21.

que le législateur avait fait du droit de reproduction l'accessoire du support matériel de l'œuvre. En ce sens, la loi nouvelle aurait dû constituer un outil au service du rétablissement de l'interprétation exacte du texte d'origine. En somme, le refus des juges de considérer la loi nouvelle comme interprétative du droit antérieur aurait en quelque sorte diminué l'efficacité de la réforme¹⁰⁹⁰. Il est vrai qu'en admettant la nature interprétative de la loi, en toute rigueur, le droit de reproduction de l'auteur serait réputé n'avoir jamais quitté son patrimoine. Par suite, toute reproduction effectuée sans autorisation aurait dû, rétrospectivement, être qualifiée d'illicite¹⁰⁹¹.

282. En droit des dessins et modèles - L'article 15 de la loi du 18 mars 1806 prévoyait que le fabricant qui voudrait revendiquer la propriété d'un dessin de son invention devait se plier à une formalité de dépôt. Cette formalité fut d'abord interprétée comme conditionnant la faculté de poursuivre l'auteur d'un fait de contrefaçon¹⁰⁹². Le dépôt permettait de conserver une propriété préexistante, dont le principe résidait dans la conception du dessin de fabrique¹⁰⁹³. Une fois le dépôt effectué, les faits de contrefaçon pouvaient être sanctionnés, peu importait que leur date de commission fut antérieure ou postérieure à cette formalité¹⁰⁹⁴. Il faut noter que la loi du 18 mars 1806 était totalement silencieuse sur la manière dont la propriété des dessins et modèles pouvait être perdue. Cependant, la Cour de cassation estima en 1850 que la propriété du créateur tombait dans le domaine public par l'effet d'une « *livraison au commerce* » du dessin de fabrique¹⁰⁹⁵. Une jurisprudence nouvelle faisait son apparition : le dépôt devait précéder toute exploitation du dessin ou modèle¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁰ Au contraire, la rétroactivité de la loi aurait permis de rendre cohérente l'intervention législative. L'acheteur privilégié n'aurait pu, à partir de la réforme, reproduire l'œuvre selon son bon vouloir. P. ÔLAGNIER, *op. cit.*, tome 2, p. 196 : « *toutes les aliénations d'objet d'art faites sans réserves antérieurement à la loi, continuaient à conférer à l'acheteur de l'objet d'art le droit de les reproduire* ».

¹⁰⁹¹ Tous les actes portant sur des reproductions de l'œuvre et effectués par le cessionnaire, auraient eu pour objet une chose non comprise au sein du commerce juridique. Il aurait fallu qualifier d'« objets contrefaisants » les reproductions de l'œuvre cédée et effectuées par le cessionnaire sous l'empire de la loi ancienne. Dans cette optique, la rétroactivité de la loi du 9 avril 1910 aurait donc permis la modification du statut des reproductions de l'œuvre, dont le cessionnaire était en possession au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il serait rétroactivement reproché à ce dernier de ne pas avoir recueilli le consentement de l'auteur avant toute reproduction de sa création. N'ayant pas procédé à cette demande, la chose qui résulte de cette opération de reproduction aurait changé de statut, pour être qualifiée de contrefaisante.

¹⁰⁹² V. Cass. req., 31 mai 1827 : *Rec. Sirey* 1825-1827, I, 610.

¹⁰⁹³ V. Cass. civ., 14 janv. 1828 : *Rec. Sirey*. 1828-1830, I, p. 10 ; Cour royale de Paris, 29 déc. 1835 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 135.

¹⁰⁹⁴ C'est-à-dire qu'ils se soient réalisés avant ou après le moment choisi pour le dépôt.

¹⁰⁹⁵ V. Cass. Ch. Req., 1^{er} juillet 1850 : *Rec. Sirey* 1851, I, p. 785 (la Cour rejette le pourvoi formé contre : CA Lyon, 6 août 1849 : *Rec. sirey* 1850, II, p. 647, 2^{ème} espèce.

¹⁰⁹⁶ V. P. et F. GREFFE, *Traité des dessins et des modèles, op.cit.*, n° 10, p. 7. Il est expliqué que ce revirement de jurisprudence constitua l'une des principales difficultés auxquelles donna lieu la loi du 18 avril 1806.

De simple formalité aux vertus conservatrices d'un droit existant, le dépôt devenait partie intégrante d'un système entièrement fondé sur la nouveauté. Les juges eurent la tâche de déterminer les conditions dans lesquelles le dessin devait être considéré comme « *livré au public* »¹⁰⁹⁷ avant que le dépôt n'ait été effectué. Le dessin de fabrique devait être « *resté, par le fait, la propriété de l'inventeur* », avant qu'il ne devienne réellement cette propriété « *par le droit* »¹⁰⁹⁸. L'ouvrage jurisprudentiel ne se caractérisait pas par sa clarté¹⁰⁹⁹.

La loi du 14 juillet 1909 énonça ensuite : « *la propriété d'un dessin ou modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayant droits ; mais le premier déposant dudit dessin est présumé jusqu'à preuve du contraire, en être le créateur* »¹¹⁰⁰ ; « *la publicité donnée, antérieurement au dépôt, par une mise en vente ou tout autre moyen, n'entraîne la déchéance, ni du droit de propriété, ni de la protection spéciale accordée par la présente loi* »¹¹⁰¹. La loi nouvelle fut interprétée comme posant définitivement le principe d'une propriété du dessin ou modèle indépendante du dépôt¹¹⁰². Le fait de création était placé au cœur du dispositif légal et la valeur déclarative du dépôt fut clairement affirmée. Il n'était plus question de reprocher au créateur de ne pas avoir fait « acte de propriété », en négligeant d'effectuer cette formalité avant toute exploitation commerciale. Les juges n'ont pas considéré que de la loi du 14 juillet 1909¹¹⁰³ était doté d'un caractère interprétatif, parce que la disposition avait créé « *une situation toute nouvelle en faveur du fabricant* »¹¹⁰⁴. En outre, les travaux préparatoires de la loi nouvelle démontraient suffisamment la volonté du législateur de modifier la loi antérieure du 18 mars 1806¹¹⁰⁵. Concrètement, le créateur du dessin ou modèle ne pouvait pas arguer du caractère interprétatif de la loi du 14 juillet 1909 pour échapper à une déchéance déjà encourue sous le droit antérieur.

¹⁰⁹⁷ V. par exemple : CA Lyon, 19 juin 1851 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 606, confirmé par Cass. civ., 15 nov. 1853 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 703 (sur l'envoi et l'exhibition d'un échantillon à Constantinople).

¹⁰⁹⁸ Cour imp. de Caen, 30 août 1859 : *Rec. Sirey* 1860, II, p. 81.

¹⁰⁹⁹ V. E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Paris, Marchal et Billard, 3^{ème} éd., 1899, n° 90 et s., p. 123 et s. V. les hésitations de la jurisprudence de l'époque : Cass. civ., 14 janv. 1828 : *D. P.* 1828, I, 87 ; Cass. civ., 17 mai 1843 : *D. P.* 1843, I, 327 ; Cass. 25 nov. 1881 : *D. P.* 1885, I, p. 81.

¹¹⁰⁰ V. l'article 3 § 2.

¹¹⁰¹ V. l'article 3 § 3.

¹¹⁰² Cass. civ., 1^{er} juil. 1854 : *D. P.* 1850, I, p. 203 ; V. E. POUILLET, *op. cit.*, n° 251.

¹¹⁰³ Plus précisément l'article 3 § 3 de la loi.

¹¹⁰⁴ V. CA Nîmes, 31 juillet 1909 : *Rec. Sirey* 1912, II, p. 118 ; CA Paris, 4 février 1910 : *Rec. Sirey* 1910, II, p. 285 : « *Considérant que la loi du 14 juillet 1909, promulguée postérieurement au jugement frappé d'appel, et dont se prévalent aujourd'hui les appelants, loin d'avoir interprété la loi du 18 mars 1806, qui régit les faits incriminés, l'a modifiée dans son article 3, et décide que la publicité donnée à un dessin ou modèle, antérieurement à son dépôt, par une mise en vente ou par tout autre moyen, n'entraîne pas la déchéance du droit de propriété ; d'où il suit, a contrario, qu'antérieurement à la dite loi, cette déchéance subsistait, ainsi que l'ont déclaré les premiers juges* ». V. aussi : Cass. civ., 18 juill. 1930 : *Rec. Sirey* 1930, II, p. 149.

¹¹⁰⁵ V. Commentaire sous CA Paris, 4 février 1910, *précité*.

Il convient également de noter que la loi du 14 juillet 1909 proposa d'exclure du bénéfice du régime spécial les modèles dont la forme était exclusivement imposée par la fonction ou le but utilitaire de l'objet¹¹⁰⁶. Codifiée à l'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle, cette règle fut à l'origine de divergences jurisprudentielles importantes¹¹⁰⁷. Sa rédaction était considérée comme défectueuse parce que le sens juridique de l'expression « *invention brevetable* » était difficile à définir¹¹⁰⁸. Il s'agissait pourtant d'une ligne de démarcation essentielle entre deux systèmes de protection. Aujourd'hui, l'article L. 511-8 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁰⁹ ne fait plus référence à l'invention brevetable, mais au critère de la « *fonction technique* »¹¹¹⁰. Le nouveau texte supprime ainsi la référence ambiguë à la brevetabilité, tout en gardant « *la même raison d'être* »¹¹¹¹. De prime abord, il est possible de considérer que l'ordonnance de juillet 2001 donne une lecture simplifiée d'un principe existant. En fonction de la manière dont le juge comprend le critère complexe de « l'inséparabilité », l'ordonnance du 25 juillet 2001 apparaît soit comme une œuvre de codification de la jurisprudence antérieure, soit comme une loi imposant une vision nouvelle du modèle « *exclusivement imposées par la fonction* ». Il faut retenir que la qualification de « loi interprétative » est à exclure, non seulement parce que la réécriture de la loi du 14 juillet 1909 semble avoir réellement modifié la teneur de l'exclusion à la protection du livre V du Code de la propriété intellectuelle¹¹¹², mais aussi parce que les deux textes de lois appartiennent à des époques différentes. Dans cette hypothèse, l'analyse de la volonté du créateur de la norme devient un facteur d'exclusion de cette qualification de « loi interprétative ».

¹¹⁰⁶ L'article 2 de la loi du 14 juillet 1909 dispose : « [Mais], si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle nouveau et comme une invention brevetable et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que conformément aux dispositions du livre VI ».

¹¹⁰⁷ V. M.-A. PÉROT-MOREL, *L'application restrictive du régime de protection des dessins et modèles et des inventions brevetables* : *RTD com.* 1976, 23. V. les quatre arrêts du même jour : Cass. com., 22 févr. 1966 : *JCP* 1967, II, 15196, avec les conclusions de Monsieur l'avocat général H. GÉGOUT.

¹¹⁰⁸ Cette expression pouvait être entendue strictement : l'invention devait répondre aux conditions de brevetabilité. Elle pouvait également être entendue dans un sens plus large, celui des « créations utiles » qui produisent un résultat industriel quelconque.

¹¹⁰⁹ Issu de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur la réforme des dessins et modèles.

¹¹¹⁰ L'article L. 511-8 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *N'est pas susceptible de protection : 1° L'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit* ».

¹¹¹¹ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Aperçu rapide de l'ordonnance du 25 juillet 2001* : *JCP G* 2001, p. 1921, spéc., p. 1923.

¹¹¹² V. F. POLLAUD-DULIAN, *note précitée* : dans le cadre d'un premier regard sur le texte de l'ordonnance, l'auteur estime que « désormais, le terme essentiel de la prohibition sera l'adverbe « *exclusivement* » ». Il en conclut : « *En tous cas, avec un tel critère, l'exclusion devrait avoir moins souvent à s'appliquer* ».

283. Conclusion du II – En droit de la propriété intellectuelle, le juge semble parfaitement conscient des risques liés à l'admission d'une vision trop extensive de la notion de « loi interprétative ». Que le domaine soit contractuel ou non, le juge n'utilise pas la qualification de « loi interprétative » à chaque fois qu'une loi nouvelle vient clarifier le droit existant.

284. Conclusion de la Section IV – Il a été aperçu qu'en droit de la propriété intellectuelle, comme ailleurs, le choix de la loi nouvelle semble relever de l'intuition. En ce sens, quand il est question d'une loi nouvelle qui rend le droit existant plus compréhensible, notamment au regard de controverses jurisprudentielles antérieures, la tentation est grande d'utiliser la qualification de « loi interprétative ». Pourquoi ne pas proposer une application généralisée de la loi nouvelle quand le législateur la présente lui-même comme un outil de compréhension du droit actuel ? En droit de la propriété intellectuelle, on retrouve les avantages qu'une approche souple des critères de reconnaissance de la loi interprétative serait en mesure d'offrir. Pourtant, il a été constaté que le juge se refuse à voir dans toute loi nouvelle apportant une clarification de l'ordonnement juridique une loi interprétative. Il convient à présent d'aborder le cas particulier des lois de transposition d'une directive communautaire.

SECTION V / Le cas particulier des lois de transposition d'une directive communautaire

285. Le point de départ est le suivant : une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier. Elle ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une personne¹¹¹³. En droit d'auteur, dans le cadre d'une affaire dont les éléments factuels étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2006, il fut question de savoir si une interopérabilité totale pouvait être demandée entre des fichiers musicaux et des baladeurs numériques¹¹¹⁴. Les juges recherchèrent la réponse au sein de la directive du 22 mai 2001 et de la loi du 1^{er} août 2006. Il fut remarqué que ce dernier texte

¹¹¹³ CJCE, 26 févr. 1986 « Marshall », 152/84 : *Rec. CJCE* 1986, p. 723.

¹¹¹⁴ TGI Nanterre, 15 déc. 2006 : *D.* 2007, AJ, p. 219, note C. MANARA.

aurait pu conduire les juges sur une fausse piste, le droit commun des biens étant certainement un outil plus approprié dès lors, notamment, que le litige était né avant l'entrée en vigueur de la loi de 2006¹¹¹⁵. En d'autres termes, il faudrait prendre garde à ne pas résoudre un litige au regard de la loi de transposition qui n'était pas encore entrée en vigueur au moment des faits. Seule la directive pourrait dans ce cas constituer un outil, encore faut-il savoir si son entrée en vigueur est suffisante ou s'il faut attendre la date limite de transposition du texte. En droit des marques, l'application dans le temps des règles apportée par la loi du 4 janvier 1991, a montré que le raisonnement transitoire du juge était largement influencé par la présence, en amont, de la directive du 13 octobre 1988. Selon l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle, les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la fonction du produit ne sont pas distinctifs¹¹¹⁶. Sous la loi du 31 décembre 1964¹¹¹⁷, ne pouvaient pas être adoptés les signes consistant en : « *la désignation nécessaire ou générique du produit ou du service* », ni celles « *composées exclusivement de termes indiquant la qualité essentielle du produit ou du service, ou la composition du produit* ». Le résultat technique de la forme du produit a été ajouté par la loi nouvelle. Il faut alors remarquer que l'analyse transitoire de cet ajout change en fonction de l'interprétation qui est faite de la loi ancienne.

En premier lieu, le juge pouvait considérer que le caractère nécessaire du signe, cité par loi ancienne, comprenait déjà la vérification du résultat technique de la forme. Ce faisant, le législateur n'aurait fait que clarifier le droit antérieur. Dans ce cas, le juge aurait été tenté d'appliquer la loi nouvelle de la manière la plus générale. L'affaire « Lexomil »¹¹¹⁸ montre que pour le juge, les signes constitués par une forme pouvaient être réservés, dès lors que cette forme n'était pas fonctionnelle¹¹¹⁹. La date de dépôt de la demande d'enregistrement, en réalité, importait peu. Il aurait donc été possible de considérer que le législateur ne fit que préciser en 1991 ce qu'il fallait entendre par « *désignation nécessaire du produit* ». En

¹¹¹⁵ TGI Nanterre, 15 déc. 2006 : *arrêt précité*.

¹¹¹⁶ L'article L. 711-2, alinéa 2, c) du Code de la propriété intellectuelle permet de considérer comme dépourvus de caractère distinctif : « *Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle* » (article 2 de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991).

¹¹¹⁷ V. l'article 3 de la loi. Le législateur donnait des informations sur les signes qui ne pouvaient pas « *être considérés comme marque* ».

¹¹¹⁸ Cass. com., 21 janv. 2004 : *D.* 2004, p. 568, obs. J. DALEAU ; *ibid.* p. 1015, obs. E. SCHAL et J.-P. BRESSON ; *D.* 2005, pan. 500, obs. S. DURRANDE. Le signe tridimensionnel, ici constitué d'une forme, était en réalité la forme du conditionnement du produit et non le produit lui-même. La Cour de justice des Communautés Européennes précisera plus tard qu'au regard de l'article 3§1 sous e), l'expression « forme du produit » vise également la forme du conditionnement : CJCE, 12 févr. 2004, Aff. C-218/01, « Henkel » : *PIBD*, 2004, III, p. 327 ; *D.* 2005, Pan. 500, obs. S. DURRANDE.

¹¹¹⁹ CA Paris, 24 juin 1930 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 230 (à propos d'une barre de chocolat) ; CA Paris, 24 avril 1933, *Ann. propr. ind.* 1934, p. 9 ; A. CHAVANNE et J. AZÉMA, *Réflexion sur les marques figuratives, in Mélanges Jean-Jacques BURST*, Litec, 1997, p. 39 ; C. BERNAULT, *La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction* : *D.* 2003, chron. p. 957.

quelque sorte, la loi du 4 janvier 1991 aurait apporté « *l'expression nouvelle d'une condition préexistante* »¹¹²⁰. Les tribunaux auraient pu consacrer eux-mêmes cette solution, critère souvent présent lorsqu'il s'agit d'évoquer les lois interprétatives, qui, par définition, n'apportent rien de nouveau¹¹²¹. La Cour d'appel de renvoi, dans l'affaire « Lexomil » rappela d'ailleurs l'équivalence des dispositions de la loi du 31 décembre 1964 et du 4 janvier 1991, sur le fondement de la nature de droit d'occupation du droit de marque¹¹²². Au contraire, le juge pouvait voir, dans cette précision sur le résultat technique de la forme du produit, la transposition d'un principe nouveau imposé par le droit communautaire¹¹²³. Il s'agirait alors d'appliquer le principe proposé par le doyen ROUBIER selon lequel les conditions de constitution d'une situation juridique s'apprécient uniquement au jour de sa formation. En pratique, lorsque la Cour de cassation se prononce au visa de la loi du 31 décembre 1964¹¹²⁴, il faut reconnaître le principe selon lequel les conditions de validité du droit de marque s'apprécient au regard des dispositions de la loi en vigueur au jour de la demande de réservation du signe¹¹²⁵.

Cependant, lorsque les juges reprennent également les conclusions de la Cour de justice des arrêts « Philips »¹¹²⁶ et « Linde »¹¹²⁷, le droit nouveau semble avoir influencé les juges. En effet, cette jurisprudence s'est construite sur le fondement de la directive du 21 décembre 1988¹¹²⁸. En conclusion, il faut reconnaître que la loi du 31 décembre 1964 fut interprétée à la lumière de certaines composantes du droit nouveau. Indirectement, la règle nouvelle reçoit un champ d'application élargi.

¹¹²⁰ C. BERNAULT, *La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction : article précité*, p. 961. A. CHAVANNE, *La loi du 4 janvier 1991 sur les marques de fabrique : JCP 1991, I, 3507, spéc. p. 190* : « *En ce qui concerne les marques à trois dimensions l'article 2 c de la loi écarte les marques qui seraient constituées exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit (emballage, bouteille, etc...) ou encore (et c'est une nouveauté de la loi) « forme qui conférerait au produit sa valeur substantielle »*.

¹¹²¹ Il faut remarquer que ce type de constat est récurrent quand il est question de lois interprétatives : TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 443 ; AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 13^{ème} éd., Sirey, 2010, n° 107.

¹¹²² CA Versailles, ch. réunies, 27 sept. 2005 : *Prop. ind.* 2005, comm. n° 97, obs. P. TRÉFIGNY.

¹¹²³ A. CHAVANNE, *La loi du 4 janvier 1991 sur les marques de fabrique : JCP 1991, I, 3507, spéc. p. 190* : « *En ce qui concerne les marques à trois dimensions l'article 2 c de la loi écarte les marques qui seraient constituées exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit (emballage, bouteille, etc...) ou encore (et c'est une nouveauté de la loi) « forme qui conférerait au produit sa valeur substantielle »*.

¹¹²⁴ V. les articles 1 et 3 de la loi.

¹¹²⁵ Sur le principe selon lequel le caractère distinctif d'un signe s'apprécie au jour du dépôt : Cass. com., 23 oct. 1990, « Alcootest » : *Bull. civ.* IV, n° 250 ; *JCP E* 1991, II, 109, note A. CHAVANNE ; Cass. com., 24 févr. 1987, « Brillat Savarin » : *Bull. civ.* IV, n° 52.

¹¹²⁶ CJCE, 18 juin 2002 : *JCP E* 2003, p. 1434, n° 1, obs. N. BOESPFLUG, P. GREFFE et J. BARTHÉLÉMY ; *PIBD* 2003, III, p. 37 ; *Prop. ind.* 2002, comm. n° 71, obs. P. GREFFE ; *Prop. Intell.* 2002, n° 5, p. 83, obs. C. JOLY.

¹¹²⁷ CJCE, 8 Avril 2003, affaires C-53/01 à C-55/01 : *D.* 2003, p. 1232 ; *Prop. intell.* 2003, n° 9, p. 420, obs. G. BONET ; *PIBD* 2003, III, p. 505.

¹¹²⁸ La directive n° 89/104 a été abrogée par la directive CE n° 2008/95 du 22 octobre 2008. V. l'article 3.

Il convient toutefois de noter que ce point de vue n'est pas toujours partagé par la doctrine. Par exemple, la Cour de justice affirma en 2003 que le caractère distinctif d'une couleur ou d'une association de couleurs sans forme ni contour ne devait être reconnu que de manière exceptionnelle¹¹²⁹. Pour Madame DURRANDE¹¹³⁰ : « *toutes les marques (...) déposées à l'INPI depuis le 28 décembre 1991, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991, sont susceptibles d'être annulées par les juridictions nationales pour défaut de caractère distinctif, sauf si leur titulaire parvient à établir qu'elles ont acquis ce caractère par l'usage* ». Autrement dit, la validité des marques déposées sous l'empire de la loi du 4 janvier 1991 aurait dû s'apprécier au regard de cette jurisprudence¹¹³¹. Il est peu surprenant que la jurisprudence communautaire ait ici une influence directe sur la raréfaction des marques constituées par une couleur « sans forme ni contour ». Madame DURRANDE ajoute que les marques, cette fois déposées sous l'empire de la loi du 31 décembre 1964, « *ne semblent pas pouvoir être remises en cause* »¹¹³². Par conséquent, il faudrait dessiner une séparation parfaite entre, d'une part, un droit ancien silencieux, sous l'empire duquel le dépôt de ce type de signe était permis, et, d'autre part, un droit nouveau, constitué par une loi de transposition plus restrictive et postulant naturellement la prise en compte de toute interprétation de la directive par les autorités communautaires¹¹³³. Ici, contrairement à ce que peut enseigner la jurisprudence « Lexomil », le droit nouveau n'aurait pas dû être appliqué d'une manière généralisée.

Le domaine de la contrefaçon n'échappe pas à ce type d'interrogations. Par exemple, l'évaluation des dommages et intérêts dans la période comprise entre la transposition de la directive du 29 avril 2004 et l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007 a pu être la source d'interrogations¹¹³⁴. Si les dispositions « anciennes » comme les dispositions « nouvelles » doivent être interprétées au regard de la directive, il semble logique d'appliquer de la manière la plus étendue la loi nouvelle de transposition. En quelque sorte, toute réflexion transitoire sur les éléments de rattachement des dispositions antérieures et nouvelles

¹¹²⁹ CJCE, 6 mai 2003, « Libertel » : *D.* 2003, AJ, 1501, obs. DALEAU ; *PIBD* 2003, II, p. 594 ; *JCP E* 2003, 1434, n°1, obs. N. BOESPFLUG, P. GREFFE et J. BARTHÉLÉMY ; *Propr. ind.* 2003, comm. n° 76, note P. TRÉFIGNY ; *Propr. intell.* 2003, n° 9, p. 420, obs. I. DE MEDRANO CABALLERO.

¹¹³⁰ S. DURRANDE : *D.* 2005, pan. 501, spéc. p. 502.

¹¹³¹ La rétroactivité de la jurisprudence postule d'ailleurs que tous les dépôts réalisés sous l'empire de la loi de 1991 sont concernés.

¹¹³² L'auteur prévoit une exception « *sauf si leur titulaire ne peut pas, pour une raison quelconque, bénéficier de la procédure de renouvellement simplifié de l'article L. 712-9 du Code de la propriété intellectuelle* ».

¹¹³³ Au contraire, selon Monsieur BERTRAND, la vérification des conditions de validité d'une marque déposée sous l'empire de la loi du 31 décembre 1964 devrait quand même s'apprécier au regard du droit positif actuel : R. BERTRAND, *op. cit.*, n° 0.182, p. 7 et s.

¹¹³⁴ M. COUSTÉ M. et F. GUILBOT, *Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France : du jardin à la française à l'Eldorado américain ?* : *Propr. ind.* 2007, étude n°26, spéc. p. 19 et 20.

serait inutile. Il s'agirait même de se demander dans quelle mesure il ne faudrait pas voir ici un devoir pour le juge d'éviter tout cloisonnement entre le droit ancien et le droit nouveau¹¹³⁵.

La Cour de justice a été sollicitée¹¹³⁶ pour savoir si la directive n° 98/ 44/ CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions technologiques, réalisait une harmonisation exhaustive du droit des brevets. Une réponse positive fut apportée. Il faut en déduire que la directive, n'accordant pas une protection à une séquence d'ADN brevetée insusceptible d'exercer sa fonction, le législateur national ne peut accorder une protection absolue à une séquence d'ADN brevetée en tant que telle, indépendamment de l'exercice de cette fonction¹¹³⁷. La Cour affirme ensuite que cette réglementation s'applique à tous les brevets, même ceux accordés avant l'entrée en vigueur de la directive¹¹³⁸.

Une autre question est susceptible de se poser : comment ne pas appliquer une directive, même non transposée, lorsque l'on sait qu'elle crée une exception au monopole ? Par exemple, la directive 2004/27/CE du 31 mars 2004¹¹³⁹ prend acte de l'article 30 des accords ADPIC. Les laboratoires de médicaments génériques acquièrent la possibilité de commencer les essais sur les médicaments et les procédures administratives de mise sur le marché avant l'expiration des droits de brevets ou certificats d'adition concernés. Ce système permet la mise sur le marché d'un générique avant que le brevet du médicament princeps ne soit tombé dans le domaine public. Il est tentant de ne pas attendre la transposition d'une exception qui est en accord avec une jurisprudence nationale antérieure favorable au développement des génériques¹¹⁴⁰.

286. Conclusion de la Section V – Toute intervention européenne est présumée tendre à une harmonisation du droit de la propriété intellectuelle. L'« instrument directive » est utilisé afin d'effacer les différences potentielles entre le droit ancien et le droit nouveau. Ce constat permet de comprendre l'état d'esprit du juge, dès lors qu'il doit faire un choix entre la conservation de la loi ancienne pour des considérations tirées du droit transitoire

¹¹³⁵ Le fondement de ce devoir pourrait alors consister dans la jurisprudence suivante : CJCE, 10 avril 1984 « Von Colson et Kamann », 14/83 : *Rec. CJCE* 1984, p. 1891.

¹¹³⁶ CJUE 6 juill. 2010, n° C-428/08, « Monsanto Technologie c/ Cefetra et a. », cité par : J. RAYNARD, *Droit des brevets et du savoir-faire industriel* : D. 2011, pan. p. 329 et s., spéc. p. 334.

¹¹³⁷ V. le § 62.

¹¹³⁸ V. le § 69.

¹¹³⁹ Directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain : *JOUE* du 30 avril 2004, L. 136/34. V. aussi la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament : *JORF* n° 49 du 27 févr. 2007, p. 3503.

¹¹⁴⁰ V. par exemple : TGI Paris, 12 oct. 2001 : *PIBD* 2002, III, 155.

classique, d'une part, et l'application rapide de la loi de transposition, d'autre part. L'insertion de dispositions transitoires au sein de la directive elle-même, prenant en compte l'état du droit positif au jour de son entrée en vigueur, peut alors constituer un formidable outil pour le juge¹¹⁴¹. La nature de loi de transposition a-t-elle une influence en termes de droit transitoire ? En premier lieu, les incertitudes sont les mêmes que pour n'importe quel type de loi : il faut toujours savoir dans quelle mesure l'ordonnement juridique est véritablement affecté au jour de son entrée en vigueur. Cependant, force est de constater que l'instrument « directive » laisse penser à une règle dont le destinataire, après le législateur, est le juge lui-même. Or, lorsqu'une norme s'analyse comme une instruction adressée au juge, son application automatique à tous les litiges ultérieurs est bien souvent automatique.

287. Conclusion du Chapitre II – Il a été constaté que le législateur qui donne son appui à une démarche constructive du juge ou qui, au contraire, empêche celle-ci de se développer, semble toujours clarifier le droit existant. Dans cette optique, le juge se sent souvent autorisé à œuvrer de la même manière que s'il était en présence d'une loi interprétative. En ce sens, les dispositions de la loi nouvelle reçoivent une application temporelle généralisée. En d'autres termes, le juge ne prend pas la peine d'indiquer à l'interprète de la loi nouvelle le « critère de rattachement » qu'il a lui-même utilisé pour parvenir au choix de la loi applicable. Incontestablement, ce défaut de transparence n'est pas conforme à l'exigence de sécurité juridique. C'est pour cette raison qu'il a été tenté de cerner une vision extensive de la notion de « loi interprétative ». Celle-ci ne nécessiterait pas la présence de cette condition : l'existence d'un texte légal antérieur dont la rédaction est ambiguë. Seulement, il a été aperçu que le juge, en droit de la propriété intellectuelle, ne fait pas rétroagir toute loi nouvelle dont l'objet est essentiellement la clarification de l'ordonnement juridique existant. Soucieux de respecter le principe de sécurité juridique, le juge sauvegarde dans certains cas de figure l'empire de la loi ancienne, même défavorable aux intérêts de l'auteur. Faut-il alors s'entêter à proposer une conception large de la loi interprétative, dans le but de proposer au juge un minimum de justification de certaines de ses décisions ? Il semble préférable de proposer une plus grande utilisation de la qualification de « loi de codification ». Le juge informerait ainsi l'interprète de la loi nouvelle qu'il ne faudrait voir dans ce texte qu'une reprise de règles existantes.

¹¹⁴¹ V. par exemple l'article 10 alinéa 4 de la directive du 21 décembre 1988.

288. Conclusion du Titre I – Il a été vérifié en droit de la propriété intellectuelle si l'application rétroactive de la loi pouvait être découverte à l'aide des notions de « droit acquis » et de « situation juridique ». Les avantages et inconvénients de la notion de « droit acquis » se retrouvent en droit de la propriété intellectuelle, et ce, de manière relativement classique. Cette qualification est d'un maniement simple parce qu'elle correspond à une intuition : « ce droit subjectif isolé doit être protégé de l'empire de la loi nouvelle ». Cependant, la difficulté réside en ce qu'un raisonnement transitoire peut être très facilement justifié *a posteriori* à l'aide de cette notion. Par conséquent, il est préférable de refuser la justification d'un raisonnement transitoire fondée sur la qualification de « droit acquis » en droit de la propriété intellectuelle. En effet, la prévisibilité du droit ne peut être parfaitement assurée, il est difficile de comprendre les étapes du raisonnement du juge. De plus, le droit de la propriété intellectuelle est construit sur un ensemble de compromis et l'adoption de la qualification de « droit acquis » révèle bien souvent un parti pris. Les luttes internes de la discipline trouvent alors un formidable champ de bataille. Il faut alors rappeler que le droit transitoire est, dans l'absolu, une simple méthode. Elle doit être rationnelle et utilisée avec une grande objectivité. En d'autres termes, la notion de « droit acquis », utilisée en cette matière ne permet pas à l'interprète de choisir sereinement la loi applicable.

En outre, il a été constaté que la notion de « situation juridique entièrement constituée », comme celle de « situation juridique définitivement éteinte » permettait à l'interprète de reconnaître l'application rétroactive de la loi nouvelle. Le juge ne doit pas remettre en cause la formation valable d'un monopole constatée sous l'empire d'une loi antérieure. Il ne peut, non plus, redonner vie à un monopole éteint au jour de l'entrée en vigueur d'une réforme. La doctrine du doyen ROUBIER semble permettre à l'interprète de trouver la loi applicable au litige. Il convient seulement de distinguer, en amont, la teneur de la situation juridique rencontrée en l'espèce. Il faut reconnaître la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». De plus, il a été remarqué que la solution donnée par la Cour de cassation le 18 juillet 2000 est en contradiction avec le principe proposé par le doyen ROUBIER. En effet, le juge est incité à utiliser une loi différente de celle qui était pourtant en vigueur au jour de la création de la forme originale, et ce, pour décider de sa protection au regard du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

Titre II / L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE

289. L'étude de l'application immédiate de la loi nouvelle est plus difficile parce que l'article 2 du Code civil n'est pas directement en cause. Le raisonnement semble s'effectuer par défaut : si la loi nouvelle n'est pas rétroactive, c'est qu'elle est d'application immédiate. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le raisonnement ainsi présenté n'est pas complet. Si la loi nouvelle n'est pas rétroactive, c'est peut être aussi parce que la loi ancienne doit encore s'appliquer. Deux questions doivent classiquement être distinguées. La première : la loi nouvelle est-elle rétroactive ou simplement d'application immédiate ? La seconde : la loi nouvelle s'applique-t-elle d'une manière générale ou subsiste-t-il une autorité particulière de la loi ancienne ?

Lorsqu'il s'agit de s'intéresser à l'application immédiate de la loi nouvelle, les notions de « droits acquis » et de « situation juridique » montrent toujours une utilité. Certaines qualifications, cette fois appliquées directement à la loi nouvelle, peuvent également justifier l'application immédiate de ses dispositions. Il faut citer les qualifications de « lois de procédure » et de « lois d'ordre public ». En leur présence, l'empire de la loi ancienne est automatiquement écarté.

Il convient de vérifier si l'application immédiate de la loi nouvelle peut être justifiée par l'utilisation des notions de « droits acquis » et de « situation juridique » dans le domaine particulier du droit de la propriété intellectuelle (**Sous-titre I**). Il faut également savoir dans quelle mesure les qualifications applicables aux dispositions mêmes de la loi nouvelle peuvent, en droit de la propriété intellectuelle, expliquer leur application immédiate. Dans cette optique, il sera recherché si l'utilisation des qualifications de « loi d'ordre public » et de « loi de procédure » est conforme à l'exigence de sécurité juridique (**Sous-titre II**).

Sous-titre I / L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « DROIT ACQUIS » OU DE « SITUATION JURIDIQUE EN COURS »

290. Les notions de « droits acquis » et de « situation juridique » relèvent de deux méthodes distinctes de résolution des conflits de lois dans le temps. Ce sont des outils que l'interprète possède dans le silence du législateur. Si la notion de « droit acquis » joue un rôle purement négatif dans la détermination des limites de l'application immédiate de la loi nouvelle, la notion de « situation juridique », au contraire, est ici magnifiée. Il convient de savoir si le juge peut justifier l'application immédiate de la loi nouvelle en droit de la propriété intellectuelle en utilisant la notion de « droits acquis » (**Chapitre I**). Il faudra aussi vérifier si la notion de « situation juridique en cours » est conforme à l'exigence de sécurité juridique (**Chapitre II**).

Chapitre I / L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE DÉDUITE D'UNE UTILISATION DE LA NOTION DE « DROIT ACQUIS »

300. Présentation - Constaté qu'aucun droit acquis ne peut être invoqué, revient à justifier une compétence absolue de la loi nouvelle. C'est-à-dire que la loi ancienne n'est pas en mesure de constituer une barrière véritable. En droit de la propriété intellectuelle, une prérogative devrait s'analyser comme une simple « expectative » pour que le juge puisse, sur le fondement de la loi nouvelle, remettre en question son exercice pour l'avenir¹¹⁴². Le principal danger est alors de permettre au juge de choisir *a posteriori* le fondement de la solution transitoire proposée.

¹¹⁴² Le processus d'acquisition du droit, l'origine du droit, le contenu du droit sont classiquement étudiés afin de retenir cette qualification de simple expectative.

301. La durée du droit de propriété intellectuelle en question - En considérant une loi nouvelle qui viendrait réduire la durée d'un droit de propriété intellectuelle, une application immédiate de ses dispositions pourrait être justifiée par cette idée : l'espérance de pouvoir jouir des utilités de la chose jusqu'à l'arrivée du terme du monopole n'est qu'une expectative. D'un autre côté, en présence d'une loi nouvelle qui viendrait allonger la durée d'un droit, une application immédiate pourrait se déduire de l'absence, pour le cessionnaire, d'un droit acquis à voir la chose « œuvre originale » tomber dans le domaine public à la date prévue. Il ne faudrait constater qu'une simple expectative¹¹⁴³. Force est de constater que la notion d'expectative se conçoit plus simplement au regard d'un membre du public parce qu'il n'est pas censé être titulaire d'un droit subjectif opposable.

La durée des droits de propriété intellectuelle a toujours semblé constituer une question transitoire autonome. L'idée d'une durée « arrêtée » par un terme impératif peut donner intuitivement à l'interprète le désir de s'inspirer du régime des prescriptions. Il est possible de considérer que tant que le délai d'une prescription n'est pas écoulé, aucun droit acquis ne peut être constaté¹¹⁴⁴. Dans le cadre d'une prescription acquisitive par exemple, la naissance véritable du droit ne pourrait être constatée qu'au jour de l'échéance du terme. L'absence de droit acquis devrait conduire à considérer que la loi nouvelle qui viendrait modifier les conditions dans lesquelles cette prescription s'acquiert, pourrait concerner toutes les prescriptions en cours. La justification de cette solution serait indirectement fondée sur la persistance, avant l'échéance du terme, de simples expectatives.

Par analogie, toute réforme postulant une réduction ou une augmentation de la durée de protection d'un droit de propriété intellectuelle devrait s'appliquer automatiquement. Pourtant, il convient de se rappeler que la prescription reçoit un « traitement transitoire » particulier. Les principes élaborés spécialement en matière de prescription ont la même nature que les dispositions transitoires. Est retrouvée dans la doctrine de ROUBIER la mise à l'écart de ces règles spécifiques, organisant un compromis parfait entre le droit ancien et le droit nouveau. Il faut retenir que l'effet juridique attendu par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle se produit au cours de l'existence du monopole. Il ne peut être soutenu que l'effet juridique principal, comme en matière de prescription, se situe au jour de l'échéance.

¹¹⁴³ En ayant eu auparavant les clés d'une exploitation autorisée, il bénéficierait d'un avantage qu'il souhaiterait conserver malgré l'augmentation ou la résurrection du monopole.

¹¹⁴⁴ Quand une durée de prescription s'est déjà entièrement écoulée, il a été vu que le principe de non rétroactivité de la loi nouvelle empêchait toute remise en cause de la situation juridique entièrement constituée. V. *supra*, n° 172.

Le principe doit rester le suivant : un droit « en cours de validité » est une situation juridique en cours d'effet. En appliquant le principe proposé par ROUBIER, un droit de propriété intellectuelle pourrait voir sa durée augmentée ou diminuée immédiatement.

302. La perte de prérogatives antérieures – Bien avant la réforme opérée en 2006, l'artiste-interprète ou le producteur de phonogrammes pouvait interdire la reproduction des phonogrammes à la création desquels ils avaient participé¹¹⁴⁵. La loi nouvelle du 1^{er} août 2006 affirma que la reproduction strictement réservée à la radiodiffusion et sa câblodistribution simultanée et intégrale tombait dans le domaine de la licence légale. Le législateur a donc restreint le pouvoir d'interdire de l'artiste-interprète et du producteur de phonogramme¹¹⁴⁶. De prime abord, l'interprète n'est pas tenté de raisonner en termes de « droit acquis », parce que la notion de droit subjectif s'efface au profit de celle de « pouvoirs » et que cette notion semble postuler une application automatique de la loi nouvelle.

En effet, quand il est question de « pouvoirs », l'application immédiate de la loi nouvelle semble relever de l'intuition¹¹⁴⁷. Il n'y aurait pas de droit acquis à pouvoir jouir d'un pouvoir octroyé automatiquement par la loi dans certaines conditions. Inversement, une loi nouvelle pourrait octroyer à une personnalité juridique, dès son entrée en vigueur, un pouvoir inédit. Il faut admettre qu'il est tentant d'indiquer les destinataires de la règle nouvelle au sein de son présumé et d'adopter la formule suivante : « si vous êtes auteur, vous jouissez de telles prérogatives sur la chose « œuvre » ». En ce sens, la qualité d'auteur semble donner à elle seule la possibilité de jouir des prérogatives sur l'œuvre¹¹⁴⁸. Il suffirait alors de dire que lorsqu'une loi nouvelle vient réécrire la liste des prérogatives de l'auteur, cette redistribution peut être favorable ou défavorable au titulaire des droits. Raisonner en ces termes fait pourtant oublier la place essentielle de la chose intellectuelle. Par exemple, une règle de droit nouvelle postule que les personnes qui sont administrateurs d'une société anonyme (SA) peuvent obtenir un type d'information déterminé. Il s'agit de savoir si les administrateurs actuels peuvent bénéficier de cette mesure qui serait plus avantageuse que l'ancienne¹¹⁴⁹. Il ne fait

¹¹⁴⁵ L'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 22 de la loi du 3 juillet 1985.

¹¹⁴⁶ V. L'article 5 de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006.

¹¹⁴⁷ V. P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 402, p. 182.

¹¹⁴⁸ Plus précisément, les droits patrimoniaux étant librement cessibles, c'est la notion de titularité du droit d'auteur qui devrait être retenue. Néanmoins, la qualité d'auteur sera toujours utile pour une question intéressant le droit moral.

¹¹⁴⁹ De même, cette règle nouvelle pourrait combler un espace vacant.

aucun doute que les personnes qui deviendront administrateurs par la suite pourront obtenir ces informations nouvelles. Il faut se concentrer en réalité sur les personnes qui ont déjà la qualité d'administrateur au jour de l'entrée en vigueur. Il s'agira de scinder deux périodes, l'une antérieure, au cours de laquelle l'administrateur pouvait obtenir les informations prévues par la loi ancienne et une autre postérieure à l'entrée en vigueur, au cours de laquelle elle pourra obtenir les nouvelles informations. En somme, la qualité d'actionnaire au jour de la réforme permet de justifier l'acquisition immédiate de nouvelles prérogatives.

En admettant par exemple qu'une loi nouvelle reconnaisse au profit de l'auteur un droit d'exposition, il ne faudrait pas en conclure trop rapidement que cette prérogative n'existait pas sous la loi ancienne et qu'à présent l'auteur est en mesure de s'en prévaloir. Pourquoi le raisonnement devrait-il être différent ?

Simplement, il s'agit d'un droit s'exerçant sur une chose. Une question bien particulière doit être posée : le droit d'exposition n'était-il pas déjà contenu dans ce pouvoir général qui est reconnu à tout propriétaire sur la chose qu'il a conçue ?

Si la chose prend de la valeur et peut être utilisée différemment en raison de l'évolution des techniques, le pouvoir du propriétaire évolue dans le même temps. Les utilités nouvelles de la chose seront toujours réservées exclusivement à son maître légitime¹¹⁵⁰. C'est l'existence et l'utilité de la chose qui est le seul fondement de l'application immédiate de la loi nouvelle. Le raisonnement est donc différent de celui adopté quand il est question de simples « pouvoirs » octroyés à une personne en fonction de sa qualité.

303. La computation de délais - La théorie des droits acquis est inefficace pour résoudre un problème transitoire mettant en cause la computation de certains délais. Tant que le délai n'est pas totalement écoulé, il est impossible de traduire en termes de « droits acquis » ce qui s'est effectivement produit, dans les faits, sous l'empire de la loi ancienne. Il suffit de penser au changement du mode de computation des délais en droit des marques, relativement à la déchéance du droit pour défaut d'exploitation. La théorie des droits acquis n'était, en réalité d'aucun secours.

¹¹⁵⁰ Le fait que le droit de propriété intellectuelle soit acquis par l'intermédiaire d'une formalité d'enregistrement ne change rien au problème puisque le titre délivré ne présente pas une liste des actes qu'il permet d'effectuer ou non. Un droit de propriété industrielle pourra, comme un droit d'auteur, montrer un ensemble évolutif de prérogatives s'exerçant sur la chose.

304. Conclusion du Chapitre I – La théorie des droits acquis contient la promesse d'expliquer le champ d'application temporel de toute loi nouvelle. Toutefois, cette proposition doctrinale ne semble pas résister à la complexité du droit de la propriété intellectuelle. Est-ce que la qualification péremptoire des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de « droits acquis » et la qualification des attentes du public en « simples expectatives » constitue une véritable démonstration?

La crainte d'un raisonnement du juge conduit *a posteriori* est fondée. Il a été constaté que la notion de « droit acquis » est source de difficultés au regard de la modification de la durée d'un droit de propriété intellectuelle, éventuellement souhaitée par le législateur. De plus, la notion de « droits acquis » peut entretenir des rapports ambigus avec la notion de « pouvoirs » qui s'exercent sur la chose. Surtout, cette notion ne permet pas de résoudre le problème de l'avancée jurisprudentielle « validée » par le législateur au regard des utilités évolutives de la chose réservée. En conclusion, il n'est pas opportun de raisonner en termes de droits acquis afin de justifier l'application immédiate d'une loi nouvelle en droit de la propriété intellectuelle. Il convient à présent de s'intéresser à l'application immédiate de la loi nouvelle au regard de la notion de « situation juridique en cours ».

Chapitre II / L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « SITUATION JURIDIQUE EN COURS »

305. Lorsque le doyen ROUBIER s'intéresse à l'effet immédiat de la loi nouvelle sur les situations juridiques « en cours », l'auteur différencie les situations juridiques « en cours de constitution », des situations juridiques « en cours d'extinction ». De même, les « situations légales en cours d'effet » sont distinguées des « situations contractuelles en cours d'effet ». Cet arsenal de qualifications a pour objectif de cerner avec précision l'application temporelle de toute loi nouvelle. Il est certain que cette construction doctrinale a une vocation universelle. Par suite, il s'agit de transposer au droit de la propriété intellectuelle les qualifications de situation juridique en « cours de constitution ou d'extinction » (**Section I**) ; de « situation légale en cours d'effet » (**Section II**) ainsi que la qualification de « situation contractuelle en cours d'effet » (**Section III**).

SECTION I / Les situations juridiques « en cours de constitution » ou « en cours d'extinction »

306. Le doyen ROUBIER propose un régime transitoire identique pour les situations juridiques « en cours de formation » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et aux situations juridiques « en cours d'extinction » à cette même date. En droit de la propriété intellectuelle, l'étude des situations juridiques « en cours de constitution » (**I**) précèdera logiquement l'étude des situations juridiques « en cours d'extinction » (**II**).

I / Les situations juridiques « en cours de constitution »

307. Le doyen ROUBIER présente les situations juridiques dont la constitution requiert la présence d'éléments successifs¹¹⁵¹. Il donne l'exemple de la succession testamentaire, qui suppose d'abord un testament valable et dans un second temps le décès du testateur. Entre ces deux événements, la situation est « en cours de constitution »¹¹⁵². La qualification de ROUBIER est confrontée au droit de la propriété industrielle (A) et au droit de la propriété littéraire et artistique (B). Il a semblé préférable de conserver la *summa divisio* caractéristique du droit de la propriété intellectuelle. En dernier lieu, il convient de faire état d'une idée selon laquelle un droit de propriété intellectuelle « en cours de validité » constitue une « situation juridique en cours de formation ». C'est assurément une vision des choses qui s'avère défavorable aux intérêts du titulaire du droit (C).

A / En droit de la propriété industrielle

308. En droit de la propriété industrielle, la situation juridique semble avoir pour « point de départ » le dépôt d'une demande de protection. En réalité, la création d'une valeur constitue nécessairement une étape préalable. En effet, les formalités d'enregistrement ne se comprennent qu'au regard de la valeur qu'elles ont pour finalité de protéger. Il convient de transposer la qualification proposée par le doyen ROUBIER au droit des brevets (§1), au droit des marques (§2) et au droit des dessins et modèles (§3).

*§ 1 / En droit des brevets***309. Une invention brevetable et l'achèvement d'une procédure d'enregistrement**

- En droit des brevets, la première condition est la création d'une invention brevetable. L'invention doit être nouvelle¹¹⁵³. La divulgation antérieure de l'invention est un acte ou un

¹¹⁵¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 40, p. 185.

¹¹⁵² Est citée aussi l'adoption, « dont la constitution suppose une procédure qui comporte plusieurs actes distincts ». ROUBIER évoque également le mariage « dont la conclusion suppose, avant sa célébration, tout au moins des publications (...) ». Une procédure de purge d'hypothèque ainsi qu'une liquidation de succession bénéficiaire sont des exemples choisis par le doyen. Les exemples sont toujours intéressants en ce sens qu'ils peuvent nourrir un raisonnement par analogie au regard du droit de la propriété intellectuelle.

¹¹⁵³ En ayant à l'esprit la démarche du doyen HÉRON, il est possible de penser qu'il n'y a pas ici de syllogisme. Il ne s'agit pas de dire : « S'il n'existe aucune antériorité (A), alors l'invention est nouvelle (B) ». En revanche,

fait¹¹⁵⁴ qui empêche la constitution de la situation juridique¹¹⁵⁵. L'activité inventive citée à l'article L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle est aussi une composante de cette première condition : la création d'une invention brevetable. À partir de l'achèvement de l'invention présentant toutes les caractéristiques requises, la première condition de formation de la situation juridique est validée. En dernier lieu intervient la délivrance du titre de brevet. Entre ces deux événements, la création de l'invention, d'une part, et l'obtention de la protection, d'autre part, la situation juridique est « en cours de formation »¹¹⁵⁶.

En adoptant la doctrine de ROUBIER, si la loi nouvelle alignait la procédure française sur la procédure européenne et que l'obtention du titre de brevet était soumise à un contrôle supplémentaire portant sur l'activité inventive de l'invention, cette vérification inédite devrait s'opérer pour tous les dépôts à venir. La loi nouvelle concernerait aussi les procédures « en cours ». Pour autant, les dépôts déjà effectués ne devraient pas être remis en question. Il faut noter qu'une disposition transitoire exigerait certainement des déposants ayant acquis un droit de brevet sous le « droit ancien », de se soumettre à une procédure de vérification afin d'unifier les titres en circulation¹¹⁵⁷.

310. Une période de formation d'une durée limitée- Il convient de remarquer qu'en droit des brevets, la période de constitution de la situation juridique est indirectement limitée dans le temps. La condition de nouveauté de l'invention empêche que ne se perpétue indéfiniment la période qui précède l'enregistrement de la demande de protection. En effet, il faut rappeler que la protection de l'invention par le secret n'est jamais une position confortable pour l'inventeur. D'ailleurs, pour les produits semi-conducteurs, le législateur

le législateur propose un rapport d'équivalence entre les deux termes. Une invention dépourvue de toute antériorité est nouvelle (A=B).

¹¹⁵⁴ Dans la plupart des cas, la divulgation est un acte juridique au regard du rôle de la volonté de celui qui y a recours. Cependant, lorsque l'inventeur divulgue par mégarde les caractéristiques de son invention, la qualification de « fait juridique » semble bien plus appropriée.

¹¹⁵⁵ Par exception, la divulgation peut ne pas détruire la nouveauté. Ce cas de figure est prévu par l'article L. 611-13 du Code de la propriété intellectuelle. En matière de certificat d'obtention végétale, le raisonnement est très proche. La condition de nouveauté est exigée à l'article L. 623-1, 1° du Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 623-5 du Code de la propriété intellectuelle énonce les cas dans lesquels l'obtention végétale n'est pas réputée nouvelle. On retrouve le rapport d'équivalence suivant : l'existence d'une antériorité (A) équivaut (=) à l'absence de nouveauté de l'obtention végétale (B). De même, par exception, la loi prévoit que certaines divulgations ne seront pas de nature à détruire la nouveauté (V. les alinéas 2 et 3 de l'article L. 623-5 du Code de la propriété intellectuelle).

¹¹⁵⁶ Les deux conditions sont étroitement imbriquées. Il n'est pas permis de réaliser une demande à titre conservatoire sur une invention « en devenir ». Par conséquent, tant que l'invention n'est pas réalisée, aucune demande d'enregistrement ne peut être déposée. L'ordre des conditions de formation de la situation juridique est impérativement fixé. L'article L. 612-1 du Code de la propriété intellectuelle peut servir de fondement en ce sens que la procédure d'enregistrement exige la création préalable d'une invention.

¹¹⁵⁷ Le législateur pourrait également offrir à ces brevetés la faculté de renforcer la présomption de brevetabilité de leur invention. L'uniformisation s'effectuerait alors sur la base du volontariat.

limite lui-même la durée pendant laquelle la situation juridique est ainsi en formation : le dépôt doit s'effectuer dans les deux ans de la première exploitation commerciale de la topographie¹¹⁵⁸.

311. L'ajout ou la suppression de conditions de formation - Selon l'article L. 612-9 du Code de la propriété intellectuelle, le ministre de la défense doit donner son autorisation quant à la divulgation et l'exploitation de toute invention. L'alinéa 3 de l'article L. 612-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'autorisation est acquise de plein droit au terme d'un délai de cinq mois à compter du jour du dépôt de la demande de brevet. La situation juridique « titularité d'une autorisation du ministre de la défense » est en cours de formation entre le dépôt de la demande et l'arrivée du terme des cinq mois. Si une loi nouvelle avait pour objet de modifier les conditions d'obtention de cette autorisation, elle devrait concerner tous les inventeurs n'ayant pas encore, à cette date, obtenu l'autorisation en question. Par suite, le terme des cinq mois pourrait donc être avancé ou reculé automatiquement. Il convient de transposer la qualification de « situation juridique en cours de formation » au droit des marques.

§ 2 / En droit des marques

312. Le choix d'un signe distinctif et l'achèvement d'une procédure d'enregistrement - Un signe doit être choisi pour sa distinctivité à l'égard des produits et services auxquels il est destiné¹¹⁵⁹. L'industriel crée un rapport entre un signe, d'une part, et un produit ou service, d'autre part. Ce rapport est souvent nouveau, voir original. C'est à l'issue d'une procédure d'enregistrement que la situation juridique est définitivement

¹¹⁵⁸ La première condition est la création d'une topographie qui devra présenter certains caractères. Elle doit traduire l'effort intellectuel du créateur et ne pas être courante. Les fondements sont les articles L. 622-1 alinéa 1^{er} et L. 622-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle (ces articles sont issus des articles 1 et 2 de la loi n° 87-890 du 4 novembre 1987 relative à la protection des produits semi-conducteurs et à l'organisation de l'INPI). La seconde condition est relative au dépôt de cette topographie (V. l'alinéa 2 de l'article L. 622-1 du Code de la propriété intellectuelle). En l'absence d'exploitation, il faudra compter quinze années après la fixation ou la première codification de la topographie.

¹¹⁵⁹ L'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle donne une typologie de signes qui ne présentent pas pour le législateur de caractère distinctif. Cette liste correspond à des exigences logiques mais aussi à un impératif d'intérêt général. Les fondements sont les articles L. 711-1 et L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle.

constituée¹¹⁶⁰. Entre la création du lien en question et la délivrance du certificat, la situation juridique « titularité de la situation juridique » est en cours de formation.

313. L'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage - Le législateur admet que le choix initial de l'industriel puisse porter sur un signe non distinctif au regard des produits ou services auxquels il est destiné. En d'autres termes, le lien créé entre le signe choisi et un produit ou service est banal ou dépourvu de toute nouveauté au jour du dépôt. Cependant, la défaillance de cette condition de départ peut être en quelque sorte « rattrapée »¹¹⁶¹, ce qui rend tout de même légitime la réservation du signe¹¹⁶². Peut-on considérer que l'usage du signe dans cette hypothèse est une condition de formation de la situation juridique « titularité du droit de marque » ?

Le cas échéant, cela reviendrait à affirmer que la situation juridique est en cours de formation, tant que le signe n'a pas effectivement recouvré un caractère distinctif suffisant. D'un point de vue transitoire, le juge pourrait appliquer toute loi nouvelle ayant pour objet un changement des conditions de formation de la situation juridique, tant que le signe ne répondrait pas à l'exigence légale. Cette solution ne semble pas conforme à l'exigence de sécurité juridique. Le droit de marque serait ainsi « en germe » pendant plusieurs années. Cela reviendrait indirectement à admettre que le titulaire du droit n'obtiendrait aucune garantie véritable à l'issue de la procédure d'enregistrement.

Il ne faut pas oublier que lorsque la validité de la marque est mise en doute en raison du défaut de caractère distinctif du signe au jour de l'enregistrement, le cadre d'étude est celui d'une action en justice. Il s'agit de l'argument du défendeur à une action en contrefaçon. Le législateur autorise le juge à considérer l'existence du caractère distinctif du signe à une date différente de celle du dépôt de la demande de protection sur le fondement du livre VII du Code de la propriété intellectuelle. C'est une faveur qui est offerte au titulaire du droit de marque. Il peut ainsi défendre une exploitation suivie et productrice de richesses sans qu'on puisse lui reprocher un défaut de distinctivité appartenant à un passé révolu. Il n'est pas équitable que son monopole soit, à ce stade, remis en question parce que le domaine public n'est pas restreint d'une manière abusive. En somme, cette hypothèse de « validation » du

¹¹⁶⁰ Selon l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement* ».

¹¹⁶¹ Le dernier alinéa de l'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Le caractère distinctif peut, sauf le cas prévu au c), être acquis par l'usage* ».

¹¹⁶² Plus précisément, il s'agit de considérer l'usage exclusif du lien établi entre le signe et le produit ou service.

caractère distinctif du signe ne correspond pas à la qualification de « situation juridique en cours de formation » proposée par le doyen ROUBIER.

314. L'attente d'une clôture de la procédure d'opposition - La clôture de la procédure d'opposition n'est elle pas une condition de formation de la situation juridique « titularité du droit de marque » ?

Selon l'article L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle, à l'issue de la publication de la demande d'enregistrement du signe, il faut compter deux mois pendant lesquels une opposition peut être formée. À l'issue de ce délai, il faut compter six autres mois. S'il n'est pas statué dans ce délai, « *l'opposition est réputée rejetée* ». Il est alors possible de penser que le droit de marque serait, à ce moment seulement, définitivement consolidé¹¹⁶³. D'un point de vue transitoire, il faudrait admettre que les conditions légales d'acquisition du droit sont modifiables par toute loi nouvelle qui entrerait en vigueur entre la date de dépôt de la demande et celle de la clôture de la procédure d'opposition. Au regard de l'exigence de sécurité juridique, cette solution ne serait pas satisfaisante. Indirectement, il s'agirait également d'ôter toute valeur à la demande de protection elle-même, en contradiction semble-t-il avec la protection que lui accorde l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹⁶⁴. Il convient à présent de transposer la qualification de « situation juridique en cours de formation » au droit des dessins et modèles.

§ 3 / En droit des dessins et modèles

315. En droit des dessins et modèles, il faudrait se concentrer sur les changements majeurs apportés par la réforme du 25 juillet 2001. Le droit antérieur montrait un dépôt qui assurait seulement l'opposabilité du lien d'appropriation¹¹⁶⁵. Le dépôt n'avait qu'une valeur

¹¹⁶³ L'article L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle donne une série de causes de suspension de ce délai de six mois. Il faudrait alors préciser que la situation juridique serait définitivement constituée en l'absence de toute suspension.

¹¹⁶⁴ Il est dit que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ». V. GHESTIN J., BILLIAU M., LOISEAU G., *Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2005, n° 12, p. 15.

¹¹⁶⁵ L'ancien article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle énonçait : « *Les dessins et modèles régulièrement déposés jouissent seuls du bénéfice du présent livre* » (article issu de l'article 3, alinéa 1^{er} de la loi du 14 juillet 1909). Il fallait combiner cette disposition avec l'ancien article L. 511-6 du Code de la propriété intellectuelle (issu de l'article 3 alinéa 3 de la loi de 1909) : « *La publicité donnée à un dessin ou modèle,*

déclarative. La situation juridique était alors réputée s'être entièrement constituée au jour de la création du dessin ou modèle. Aujourd'hui, cette création ne peut à elle-seule conduire à la reconnaissance de la situation juridique, au contraire du droit d'auteur où la création de l'œuvre ne doit être accompagnée d'aucune formalité de publicité.

Si le « droit ancien » des dessins et modèles postulait l'insuffisance de la création en tant que telle au regard de l'opposabilité *erga omnes* du lien d'exclusivité, il est encore soutenu aujourd'hui que tout système d'enregistrement du droit de la propriété intellectuelle n'a pour finalité que de servir cette opposabilité¹¹⁶⁶. Dans ce cadre, la période de formation de la situation juridique ne serait qu'un leurre. Dès la création d'une œuvre originale, d'une invention brevetable, d'un dessin ou modèle ou dès le signe distinctif choisi, la situation juridique serait entièrement constituée. Cependant, si le droit des biens saisit déjà la chose créée en tant qu'elle est utile et rare, le régime légal des droits de propriété industrielle postule aujourd'hui la formation définitive, au jour de l'enregistrement, de la situation juridique propre au droit de la propriété industrielle. Si la chose intellectuelle est dotée incontestablement d'une valeur, le régime spécifique prévu par le Code de la propriété intellectuelle est conditionné par l'accomplissement de cette démarche volontaire¹¹⁶⁷. Il est également nécessaire de transposer la qualification de « situation juridique en cours de formation » au droit de la propriété littéraire et artistique.

antérieurement à son dépôt, par une mise en vente ou par tout autre moyen, n'entraîne la déchéance ni du droit de propriété, ni de la protection spéciale accordée par le présent livre ».

¹¹⁶⁶ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 68, p. 117 : « *De l'ensemble des dispositifs spéciaux émerge un principe de rattachement d'une création à la personne physique ou morale qui en est l'auteur, pour avoir fourni le travail créateur ou avoir maîtrisé l'entreprise créatrice. Même lorsque la loi subordonne l'acquisition du droit de propriété à un dépôt ou à la délivrance d'un titre par l'autorité, ces conditions participent de l'opposabilité bien plus que de l'attribution du droit* ».

¹¹⁶⁷ Il est possible de se demander si l'enregistrement définitif de la demande de protection constitue réellement le terme de cette période de formation de la situation juridique. La situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle » est-elle entièrement constituée quand la publicité du droit n'a pas encore été effectuée ? En principe, le droit de propriété est opposable en lui-même. Seulement, des formalités de publicité sont spécialement prévues en droit de la propriété intellectuelle afin de protéger les intérêts des tiers. Il est donc possible de se demander si la période de formation de la situation juridique ne devrait pas s'étirer jusqu'à l'accomplissement de cette publicité. Cependant, cette présentation ne doit pas être retenue parce que cette publicité n'a pour finalité que la protection des intérêts des tiers. Les régimes spéciaux offerts par le Code de la propriété intellectuelle ont clairement pour point de départ la naissance des différents droits au sein du patrimoine de leur titulaire.

B / En droit de la propriété littéraire et artistique

316. L'exemple des œuvres posthumes - L'article L. 123-4 du Code de la propriété intellectuelle ¹¹⁶⁸ distingue selon la date de divulgation de l'œuvre pour déterminer le bénéficiaire du droit d'exploitation. La situation juridique « titularité d'un droit d'exploitation sur une œuvre posthume » peut être constatée soit au profit d'un ayant droit de l'auteur, soit au profit du propriétaire du support matériel, selon que la date de divulgation de l'œuvre se situe ou non au sein de la durée du monopole de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle. Dans les deux cas de figure, la situation juridique nécessite la réunion de deux conditions successives, le décès de l'auteur et la publication de l'œuvre. Entre ces deux moments, est-on en présence d'une situation juridique en cours de formation ?

Le cas échéant, le juge pourrait immédiatement appliquer une loi nouvelle ayant pour objet de modifier les conditions d'acquisition du droit d'exploitation de ce type d'œuvres. Pour le doyen ROUBIER ¹¹⁶⁹, l'ensemble des conditions posées à la formation d'une situation juridique doit pouvoir se traduire dans des termes procéduraux. L'ayant-droit de l'auteur qui entend se prévaloir d'un droit d'exploitation sur l'œuvre posthume va entendre démontrer que la divulgation est intervenue après le décès de l'auteur, mais avant l'expiration du délai des soixante-dix années. Le propriétaire du support de l'œuvre va quant à lui se prévaloir du fait que l'œuvre a été divulguée à une date à laquelle l'auteur était déjà décédé et en même temps postérieure à l'écoulement des soixante-dix années de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle. Force est de constater que la demande ayant pour objet la reconnaissance de la titularité des droits d'exploitation de l'œuvre se fonde entièrement sur la date de la divulgation de l'œuvre.

Selon l'analyse structurale de la règle, il faut écrire : *si* l'œuvre est publiée par le propriétaire du support de l'œuvre à une date qui est postérieure à la révolution du monopole (A), *alors* le droit d'exploitation de l'œuvre naîtra dans son patrimoine (B) ¹¹⁷⁰.

L'autre versant de la règle s'écrit ainsi : *si* l'œuvre est publiée par un ayant-droit de l'auteur à une date antérieure à la révolution du monopole mais postérieure au décès de l'auteur (A), *alors* le droit d'exploitation de l'œuvre naîtra dans son patrimoine (B).

¹¹⁶⁸ Article issu de l'article 23 de la loi du 11 mars 1957 et modifié par l'article 8 la loi n° 97-283 du 27 mars 1997.

¹¹⁶⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 63, p. 295.

¹¹⁷⁰ Il n'est pas nécessaire de préciser que la date est postérieure au décès de l'auteur parce que la référence à l'extinction du monopole postule déjà la réalisation de cet événement.

Dans les deux cas, le décès de l'auteur est une condition implicite¹¹⁷¹. L'attribution et le régime des droits d'exploitation de l'œuvre posthume postulent donc une première condition liée au décès de l'auteur. Il semble alors possible d'affirmer qu'à partir du décès de l'auteur, la situation juridique « titularité d'un droit d'exploitation sur une œuvre posthume » est en formation. Cependant, il faut noter que le décès de l'auteur n'est pas un événement aléatoire, il s'agit d'un terme certain. Selon la doctrine du doyen HÉRON, un élément de cette nature ne devrait pas faire partie du présupposé d'une règle juridique. Certes, le décès de l'auteur est un élément toujours sous-entendu lorsqu'il est question d'œuvres posthumes. Néanmoins, au regard de l'attribution du droit d'exploitation portant sur l'œuvre, la constitution de la situation juridique revêt un caractère aléatoire. D'ailleurs, l'évènement « création de l'œuvre » n'apparaît pas au sein de l'écriture structurale de la règle prévue à l'article L. 123-4 du Code de la propriété intellectuelle. L'interprète est encouragé à ne raisonner qu'à partir de l'évènement « publication de l'œuvre ».

Finalement, l'utilisation de la qualification de « situation juridique en cours de formation » n'est pas opportune parce que le présupposé de la règle ne montre pas une pluralité de conditions dont la réalisation successive serait absolument nécessaire¹¹⁷². L'analyse structurale de la règle nous a montré que cette vision des choses est erronée. Il faut à présent considérer une vision défavorable aux intérêts du titulaire de droit qui pourrait précisément se fonder sur la notion de « situation juridique en cours de formation ».

C / Une conception défavorable aux titulaires de droit

317. Il convient de faire état d'une idée selon laquelle un droit de propriété intellectuelle en « cours de validité » constitue une « situation juridique en cours de formation ». Dans ce cas, il s'agit « de se placer du côté du domaine public ».

Il faut se rappeler que la liberté du commerce et de l'industrie fait de la réservation d'une chose, par l'intermédiaire d'un monopole, une exception. Autrement dit, pendant la durée de

¹¹⁷¹ Le décès de l'auteur est un événement certain. Le moment de la divulgation dépend entièrement de la volonté du « publicateur » et en fonction de sa qualité, les conditions temporelles changent. Cet événement peut se réaliser ou non dans le délai imparti pour l'ayant-droit de l'auteur et seulement après un terme incertain pour le propriétaire du support qui est l'échéance du monopole.

¹¹⁷² Force est de constater qu'en matière d'œuvres posthumes, il ne serait pas possible d'évoquer une hypothèse de « dispersion des faits », selon qu'ils se réalisent avant ou après la date d'entrée en vigueur d'une réforme à venir. V. sur ce point : J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, article précité*, n° 40, p. 304 et s. Il convient toujours d'isoler au moins deux éléments distincts, or, dans le cadre des œuvres posthumes, la divulgation de l'œuvre constitue l'élément principal.

validité de chacun des droits de propriété intellectuelle, le « public » est confronté à une réservation temporaire des utilités d'une chose intellectuelle¹¹⁷³. L'arrivée du terme des différentes protections est à ce titre attendue.

La notion de « situation juridique en cours de formation » pourrait nourrir cette idée selon laquelle la finalité de toute chose intellectuelle est de figurer dans le domaine public¹¹⁷⁴. En considérant que la situation juridique aperçue « du côté du domaine public » est en cours de formation, toute loi nouvelle qui viendrait modifier la durée du monopole s'appliquerait immédiatement. Une loi favorable à l'extension plus rapide du domaine public s'imposerait automatiquement à l'auteur. Cette application de la loi nouvelle serait ainsi justifiée : une loi relative aux conditions de constitution d'une situation juridique s'applique à toute situation juridique en cours de formation.

Cependant, un premier obstacle s'oppose à cette construction : l'impossibilité d'affirmer que le domaine public jouit de certains droits. De plus, tout raisonnement transitoire qui ne s'attache qu'au statut de la chose intellectuelle tend à faire oublier les droits dont elle constitue l'objet. Imaginons une loi nouvelle qui viendrait réduire la durée d'un titre de brevet à une dizaine d'années. Favoriser immédiatement le domaine public reviendrait à donner à l'invention le statut d'une chose commune. Le déposant assisterait, dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'extinction automatique de son droit. Évidemment, la sécurité juridique ne serait pas assurée¹¹⁷⁵. En somme, la considération unique de la chose et du public appelé à jouir de ses utilités occulte la titularité initiale des droits. L'interprète peut alors commettre des erreurs importantes. Il faut à présent s'intéresser à la qualification de situation juridique « en cours d'extinction ».

¹¹⁷³ On entend simplement par « chose intellectuelle » la chose qui est susceptible de devenir l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, une fois les conditions légales réunies.

¹¹⁷⁴ En faveur de cette idée, il est possible de citer la loi du 18 mars 1806, par laquelle le créateur d'un dessin industriel obtenait une propriété exclusive pendant la durée de son choix (V. l'article 18 de la loi : « *pendant une, trois ou cinq années, ou à perpétuité* »). L'article 19 de la loi prévoyait : « *En déposant son échantillon, le fabricant acquittera entre les mains du receveur de la commune une indemnité qui sera réglée par le conseil des prud'hommes, et ne pourra excéder un franc pour chacune des années pendant lesquelles il voudra conserver la propriété exclusive de son dessin, et sera de dix francs pour la propriété perpétuelle* ». Le paiement de chacune des annuités permettait de maintenir la protection légale du dessin. Les redevances à payer par le titulaire des droits sont appelées « indemnités ». Il est possible de penser à une occupation temporaire d'une chose intellectuelle. Celle-ci donne lieu à une sorte d'indemnité d'occupation. Le domaine public perçoit une sorte de réparation par équivalent.

¹¹⁷⁵ V. au sein des lois d'ordre public, les développements sur le statut légal de la chose. V. *infra*, n° 384 et s.

II / Les situations juridiques « en cours d'extinction »

318. Il convient dans un premier temps de prévenir une difficulté. L'interprète doit toujours avoir à l'esprit qu'une prescription « en cours » montre un droit d'agir qui est « en cours d'extinction » (A). Ensuite, il faudra aborder cette image parfois intuitive des monopoles qui, pendant leur durée de validité, seraient en « cours d'extinction » (B).

A / Une prescription « en cours » : un droit d'agir « en cours d'extinction »

319. Une différence fondamentale avec la prescription acquisitive - La prescription acquisitive n'a pas réellement de signification en droit de la propriété intellectuelle. Il est toutefois possible de rappeler qu'avant l'arrivée du terme légal, la situation juridique est « en cours de formation ». La possession se consolide dans le temps dès lors qu'elle présente certains caractères de stabilité. Le raisonnement est totalement différent en matière de prescription extinctive et il ne faudrait pas commettre l'erreur d'appliquer un parallélisme inopportun. Au terme d'une certaine durée, au cours de laquelle une négligence caractérisée du créancier peut être observée, ce dernier perd son droit d'agir. Il ne peut être question d'une situation juridique « en cours de formation » à son égard. À moins de compliquer les choses et d'imaginer que puisse exister le « titulaire d'une dette », il ne faut s'intéresser qu'à l'aspect positif du lien d'obligation. Autrement dit, une libération du débiteur est évidemment la conséquence de la prescription d'un droit d'agir. Il n'est pas judicieux d'évoquer ici une situation juridique « en cours de formation ». Au contraire, la situation juridique est en cours d'effet. La créance existe avec son droit d'agir accessoire, et ce, jusqu'au terme de la prescription extinctive. Il convient à présent de s'intéresser à cette idée, parfois intuitive, selon laquelle les monopoles en cours de validité pourraient être assimilés à des situations juridiques « en cours d'extinction ».

B / L'image des monopoles « marchant » vers leur extinction

320. Une vision négative du droit de la propriété intellectuelle - Dans une optique où les monopoles constituent des objets encombrants, il est possible de penser que pendant la

durée du monopole, la situation juridique « titularité du droit » est « en cours d'extinction ». Une loi nouvelle ayant pour objet de retoucher la durée d'un droit de propriété intellectuelle aurait alors pour objet une modification des conditions d'extinction de la situation juridique.

À ce titre, une limitation de la durée de protection de la chose serait favorable à l'intérêt général parce qu'à l'échéance du terme, la chose intellectuelle survit pour entrer dans le domaine public et l'enrichir de sa valeur. Le public peut ainsi jouir pleinement des utilités de celle-ci.

321. L'existence d'un terme impératif : une garantie pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle - Il faut garder à l'esprit que l'existence d'une limite impérative à la durée du monopole sonne comme une garantie pour le titulaire du droit. À ce titre, il ne peut en principe se voir opposer une perte de valeur de sa chose. Concrètement, un tiers n'est pas autorisé à tenter de justifier, de cette manière, une disparition du bien intellectuel.

Par exemple, il a été affirmé au XIX^{ème} siècle¹¹⁷⁶ que le juge n'était pas autorisé à diminuer le montant d'une réparation civile au regard de la valeur supposée déclinante d'une œuvre littéraire. Il convient de garder à l'esprit que la valeur de l'œuvre est en partie dépendante de son originalité. Le juge ne peut prendre acte d'une diminution de la valeur de la chose pour affirmer l'extinction du bien.

Si la loi n'imposait pas une durée intangible, ce type de raisonnement serait admissible. Le cas échéant, la tentation serait grande de concrétiser une césure interne du droit d'auteur entre ses Beaux-arts et sa « petite monnaie ». Une durée de protection différente concrétiserait certainement les différences de degré d'originalité des œuvres. Certes, il peut paraître surprenant que l'originalité puisse se modifier avec le temps, qu'elle ne reste pas figée depuis la fin de la réalisation de la conception de l'auteur. Cependant, l'originalité doit aujourd'hui être pensée comme emprunte de nouveauté et il est certain que cette nouveauté, non protégée

¹¹⁷⁶ Cour royale de Paris, 25 nov. 1836 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 529. Les articles de journaux quotidiens n'avaient été reconnus comme les objets éventuels d'une propriété littéraire que depuis peu de temps. Un dépôt à la Bibliothèque royale ou à la Direction de la librairie devait être effectué (V. la loi du 19 juillet 1793 et le décret du 5 février 1810, article 39 et 40). En l'espèce, le raisonnement ne pouvait pas porter réellement sur la protection conférée par le droit d'auteur, en raison de ce que le dépôt obligatoire faisait défaut. Par suite, les juges se prononcèrent sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour juger de la licéité d'une reproduction d'articles de journaux non consentie par leurs auteurs. En expliquant que les articles de fond en question étaient destinés à être portés à la connaissance du public et qu'un « *article polémique* » ne possédait d'intérêt qu'au regard de l'actualité politique du moment, les juges affirmèrent que la valeur de ces articles diminuait « *à mesure que les circonstances s'éloignent* ». Le préjudice éprouvé s'amenuisant avec le temps écoulé depuis la publication, il existerait un délai au-delà duquel aucun préjudice réel ne pourrait être invoqué. Il était dit : « *ce délai peut être équitablement fixé à celui nécessaire pour que la feuille copiée soit parvenue au point de la France le plus éloigné* ». Évidemment, il fut reproché aux juges de statuer « *par dispositions générales et réglementaires pour l'avenir* » et ce contrairement aux dispositions de l'article 5 du Code civil.

par un titre comme en droit des brevets, ne peut être appelée qu'à décroître. Si le législateur n'imposait pas une durée d'ordre public pour les différents monopoles, il pourrait être soutenu que la perte de cette originalité, teintée de nouveauté, dût conduire à l'extinction prématurée de la protection légale. D'ailleurs, indirectement, avec la jurisprudence « Les jeunes loups »¹¹⁷⁷, la Cour de cassation montre que ce type de raisonnement n'est pas une pure virtualité.

322. Conclusion du II - Il est préférable d'opter pour un point de vue neutre et de dire que la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle » est « en cours d'effet » tant que le monopole n'est pas arrivé à son terme. La solution transitoire est la même, la loi nouvelle pourra concerner immédiatement la situation juridique dès lors qu'elle a pour objet de modifier ses effets futurs. La loi qui a pour finalité d'augmenter ou de réduire la durée d'un monopole a pour conséquence de modifier l'effet principal de la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». Cet effet réside dans l'opposabilité *erga omnes* du lien d'exclusivité existant entre le titulaire du droit et la chose intellectuelle. Il faut alors en conclure que le parti pris portant sur la nature du monopole n'a ici aucune incidence sur la solution transitoire. Selon la construction du doyen ROUBIER, la loi nouvelle qui a pour objet de modifier la durée d'un monopole doit s'appliquer immédiatement, que le monopole existant au jour de l'entrée en vigueur s'analyse comme une situation juridique « en cours de validité », « en cours de formation » ou « en cours d'extinction ».

323. Conclusion de la Section I – La qualification de « situation juridique en cours de formation » ou « en cours d'extinction » se révèle utile en droit de la propriété intellectuelle. Précisément, en droit de la propriété industrielle, il s'agit de souligner les différentes étapes qui assurent une réservation effective de la chose. La distinction claire de celles-ci n'est pas toujours évidente à réaliser. Le principe de ROUBIER permet alors de structurer son raisonnement transitoire en présence d'une loi venue modifier les procédures

¹¹⁷⁷ Trib. civ. de la Seine, 13 nov. 1984 : *D.* 1985, IR, p. 310, obs. C. COLOMBET. Monsieur COLOMBET souligne l'injustice qui pourrait résulter d'une chute de l'œuvre dans le domaine public en raison de son succès. Le raisonnement est très proche de la déchéance pour perte du caractère distinctif d'un signe distinctif, observable en droit des marques. En considérant que l'expression appartenait au langage contemporain au moment de l'utilisation du titre de la chanson par un tiers non autorisé, une perte de l'originalité de l'œuvre semble être prise en compte. Indirectement, il s'agit de constater comme échue avant terme la durée de protection légale, l'œuvre ayant perdu sa valeur entre la date de sa conception et celle de son « utilisation » par un tiers.

d'enregistrement. En droit de la propriété littéraire et artistique, le régime des œuvres posthumes montre toute la difficulté de cet exercice de transposition du principe de l'application immédiate des lois nouvelles. C'est pour cette raison que l'analyse structurale proposée par le doyen HÉRON semble alors indispensable. En d'autres termes, la doctrine de ROUBIER permet d'adopter une vision claire du changement subi par l'ordonnement juridique. Cependant, lorsque l'interprète hésite entre plusieurs « critères de rattachement » de la loi nouvelle, qui lui paraissent emprunts d'une légitimité équivalente, il est préférable de décomposer avec patience les syllogismes en cause. Enfin, il a été constaté que la qualification de « situation juridique en cours d'extinction » ne devait pas s'appliquer aux monopoles seulement « en cours de validité ». Admettre cette vision des choses, lorsqu'un droit de propriété intellectuelle n'est pas encore arrivé à son terme, reviendrait à autoriser des « approches partisans ». Or, celles-ci doivent impérativement être exclues de tout raisonnement transitoire. En effet, la qualification de « situation juridique en cours d'extinction » correspondrait toujours à une vision critique des monopoles légaux. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie serait toujours mis en exergue. Il s'agit à présent de s'intéresser à la qualification essentielle de « situation juridique légale en cours d'effet ».

SECTION II / Les situations juridiques légales « en cours d'effet »

324. Au jour de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, une distinction doit être faite entre les effets qui se sont produits depuis la naissance de la situation juridique et ceux à venir. Les effets antérieurs sont couverts par la règle de non rétroactivité et les effets futurs sont soumis à l'application immédiate de la loi nouvelle¹¹⁷⁸.

La titularité d'un droit de propriété intellectuelle constitue une situation juridique légale en cours d'effet. Les lois nouvelles relatives aux effets de cette situation juridique vont donc la saisir immédiatement. Depuis la naissance du monopole jusqu'à l'arrivée de son terme, les utilités de la chose ne profitent exclusivement qu'au titulaire du droit. Il faudrait voir entre ces deux dates un présupposé « continu » selon la doctrine du doyen HÉRON¹¹⁷⁹. Cette qualification permet aussi de justifier le fait qu'une loi nouvelle peut changer

¹¹⁷⁸ Pour tous les droits de propriété intellectuelle, il faut que la durée de protection de la chose ne soit pas encore expirée. En droit d'auteur, le fait que l'auteur soit décédé n'a donc aucune importance.

¹¹⁷⁹ J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps*, article précité, n° 66, p. 320.

automatiquement les pouvoirs que le titulaire du droit exerce sur la « chose intellectuelle » réservée.

Il y a des hypothèses qui se comprennent très facilement. Par exemple, la loi du 26 novembre 1990 a assoupli le système de computation des délais en droit des dessins et modèles¹¹⁸⁰. Sous la loi ancienne du 14 juillet 1909, pour bénéficier du deuxième ou du troisième délai de protection¹¹⁸¹, le déposant devait impérativement faire sa demande avant l'expiration du délai précédent. Avec la loi nouvelle, le déposant qui n'a pas respecté les délais prescrits, peut être relevé des déchéances qu'il a pu encourir, s'il justifie d'une excuse légitime. Le dispositif est immédiatement applicable aux dessins et modèles « en cours de validité » au jour de l'entrée en vigueur de la réforme. Il suffit de dire que la situation juridique légale est en « cours d'effet » et qu'elle peut être automatiquement saisie par la loi nouvelle.

Cependant, si l'idée d'une augmentation des prérogatives du titulaire du droit est facilement traduisible en termes d'effets produits par une situation juridique, la démarche intellectuelle n'est pas évidente à adopter pour d'autres types de réformes. Par exemple, lorsque le législateur « retouche » la durée d'un monopole, l'interprète peut-il tenter de traduire ce changement en utilisant la notion d'effets juridiques ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord se rappeler que le monopole est cessible. Ce principe est d'une manière globale retrouvé dans toute la propriété intellectuelle¹¹⁸². Lorsque le législateur envisage d'augmenter la durée du monopole, celle-ci semble devenir un accessoire de la chose, tellement essentiel qu'elle en définit la valeur. La question se pose alors de savoir si l'accessoire suit le principal, si le cessionnaire peut invoquer à son profit les dispositions de la loi nouvelle. D'autre part, quand celui qui bénéficie de cet avantage n'est pas lié par un contrat avec le titulaire du droit, s'il profite de cet avantage en sa propre qualité, il semble alors bénéficier d'un droit propre. Il convient alors de savoir dans quelle mesure la doctrine de ROUBIER permet de comprendre ces nuances. Dans cette optique, il est nécessaire de s'intéresser à la situation juridique propre au droit de la propriété intellectuelle et aux différentes manières dont les effets de celle-ci peuvent être modifiés (I). Il s'agira ensuite d'aborder la question délicate de la durée des droits de propriété intellectuelle dans le

¹¹⁸⁰ V. l'article 9 de la loi.

¹¹⁸¹ Sous la loi du 14 juillet 1909, le délai de protection pouvait être au maximum de cinquante années. Le dépôt initial ouvrait une période de cinq années. Le déposant pouvait, par la suite, demander une protection supplémentaire de vingt années. Enfin, il avait la faculté d'opter pour une prolongation de vingt cinq années. La loi nouvelle de 1990 s'est alignée sur la pratique parce que la seconde durée de vingt années étaient toujours demandée.

¹¹⁸² Il faut excepter le droit moral de l'auteur ainsi que certains signes distinctifs de la règle.

cadre de cette approche transitoire (II). Enfin, il nous faudra présenter les principales difficultés que la notion d' « effets juridiques » peut susciter en cette discipline (III).

I / La situation juridique légale propre au droit de la propriété intellectuelle et la modification pour l'avenir des effets produits

325. L'effet essentiel de chaque monopole consiste en une opposabilité *erga omnes* du lien exclusif existant entre le titulaire du droit et la chose intellectuelle réservée. Selon le principe de ROUBIER, pendant toute la durée du monopole, cet effet peut donc se trouver modifié par une loi nouvelle. Il s'agit de scinder l'apport de la loi nouvelle selon qu'elle permet une augmentation des prérogatives exercées sur la chose (A) ou au contraire qu'elle conduise à une réduction des prérogatives sur la chose (B).

A / Une augmentation des prérogatives sur la chose

326. Une loi qui ne fait que codifier une évolution factuelle - Les prérogatives issues d'un monopole ne peuvent pas être décrites en amont, parce qu'elles dépendent des caractéristiques de la chose. L'assiette du pouvoir exclusif peut changer en raison d'une évolution des utilités de la chose. Par exemple, avec internet, sont découvertes des nouvelles manières de représenter l'œuvre. Quand le législateur intervient, bien souvent, il ne fait que constater l'évolution du contenu du pouvoir exercé par le titulaire du droit.

327. La difficulté de scinder un droit ancien d'un droit nouveau - Il est tentant d'indiquer les destinataires de la règle nouvelle au sein de son présupposé¹¹⁸³. En admettant la formule suivante : « si vous êtes auteur, vous jouissez de telles prérogatives sur la chose « œuvre » », la qualité d'auteur semble donner, à elle seule, la possibilité de jouir des prérogatives sur l'œuvre¹¹⁸⁴. D'un point de vue transitoire, il suffirait de dire que lorsqu'une loi nouvelle vient réécrire la liste des prérogatives de l'auteur, elle s'applique immédiatement, dès lors que le sujet de droit présentait, au jour de l'entrée en vigueur, la qualité d'auteur.

¹¹⁸³ P. FLEURY-LE GROS, *op. cit.*, n° 402, p. 182.

¹¹⁸⁴ Les droits patrimoniaux étant librement cessibles, c'est la notion de titularité du droit d'auteur qui doit être retenue. La qualité d'auteur sera néanmoins utile pour une question intéressant le droit moral.

Cependant, cette analyse peut être la source d'erreurs. Par exemple, quand le législateur affirme que les personnes qui sont administrateurs d'une SA peuvent obtenir un type d'informations supplémentaire, il s'agit de savoir si les administrateurs actuels peuvent bénéficier de cette mesure favorable. En effet, il ne fait aucun doute que les personnes qui deviendront administrateurs par la suite pourront obtenir ces nouvelles informations. Il s'agira de scinder deux périodes, une période antérieure au cours de laquelle l'administrateur pouvait obtenir les informations prévues par la loi ancienne, et une période postérieure à l'entrée en vigueur, au cours de laquelle il pourra obtenir les nouvelles informations. En somme, la qualité d'actionnaire au jour de la réforme permet de justifier l'acquisition immédiate de nouvelles prérogatives.

En droit de la propriété intellectuelle, si la chose prend de la valeur et peut être utilisée différemment en raison de l'évolution des techniques, le pouvoir du propriétaire évolue dans le même temps. Les utilités nouvelles de la chose seront toujours réservées exclusivement à son maître légitime¹¹⁸⁵. Dans ce cadre, il n'est pas opportun, comme dans l'exemple emprunté au droit des sociétés, de dessiner une césure nette entre un droit « ancien » et un droit « nouveau ». Autrement dit, il ne serait pas légitime de dire que l'auteur ne peut exercer ce droit d'exposition qu'à partir de l'entrée en vigueur de la réforme. En conclusion, l'application immédiate d'une loi nouvelle qui vient augmenter les prérogatives du titulaire du droit sur la chose n'est pas difficile à justifier. Cependant, la difficulté reste de savoir quelle date il convient de retenir pour constater le véritable changement de pouvoir exercé sur la chose¹¹⁸⁶. Par exemple, si le législateur devait à l'avenir évoquer un « droit d'accès à l'œuvre », la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne constituerait certainement pas un point de départ à l'exercice autorisé de cette prérogative. Il convient à présent de s'intéresser à la loi nouvelle qui organise une diminution des prérogatives du titulaire du droit sur sa chose.

B / Une diminution des prérogatives sur la chose

¹¹⁸⁵ Le fait que le droit de propriété intellectuelle soit acquis par l'intermédiaire d'une formalité d'enregistrement ne change rien au problème puisque le titre délivré ne présente pas une liste des actes qu'il permet d'effectuer ou non. Un droit de propriété industrielle pourra, comme un droit d'auteur, montrer un ensemble évolutif de prérogatives s'exerçant sur la chose.

¹¹⁸⁶ Par exemple, l'ordonnance du 25 juillet 2001 a expressément reconnu au titulaire d'un droit de dessin ou modèle la possibilité de contrôler la première mise sur le marché des produits couverts par son monopole. L'ajout de cette prérogative conduit à élargir l'assiette de son « pouvoir d'interdire ». Seulement, le droit de distribution a longtemps été déduit en droit d'auteur du droit de reproduction. De plus, la directive CE n° 2001/29 du 22 mai 2001 le consacre formellement, même si la loi de transposition n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 ne l'a pas introduit dans le livre premier du Code de la propriété intellectuelle. Par suite, il pourrait être soutenu que cette prérogative était détenue depuis le jour de l'acquisition du droit de dessin et modèle. À l'instar d'une loi interprétative, la loi nouvelle recevrait logiquement une application généralisée dans le temps.

328. La création d'exceptions inédites au monopole - Les prérogatives du titulaire du droit peuvent être limitées directement par le législateur¹¹⁸⁷. Le cas de figure le plus simple est la création d'exceptions nouvelles. En admettant la qualification de « situation juridique légale en cours d'effet » pour désigner la titularité d'un droit de propriété intellectuelle, l'interprète n'est pas contraint de distinguer selon la nature impérative de l'exception en cause. Tous les monopoles déjà constitués au jour de l'entrée en vigueur sont concernés. Les effets de la situation juridique sont changés pour l'avenir. Pour Monsieur CARON : « *[Ainsi] si la transposition de la future directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information permet de créer de nouvelles exceptions au monopole de l'auteur, il faudra considérer que n'est pas contrefacteur celui qui souhaite bénéficier d'une exception qui n'existait pas lorsque l'œuvre concernée a été créée* »¹¹⁸⁸. Autrement dit, peu importe la date de création de l'œuvre. Un auteur peut souffrir le jeu d'une exception, même s'il a réalisé son œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La doctrine du doyen ROUBIER permet de justifier ce changement immédiat des prérogatives que le titulaire du droit exerce sur sa chose.

Par exemple, dans le domaine du droit des dessins et modèles, les producteurs indépendants de pièces détachées ont voulu obtenir que ces produits soient soustraits au régime général de la directive du 13 octobre 1998, en cas d'utilisation à des fins de réparation¹¹⁸⁹. Il fut question de limiter l'exercice des droits conférés par le dessin ou modèle. Le cas échéant, il y aurait bien eu une diminution pour l'avenir des effets de la situation juridique. Peu importerait que

¹¹⁸⁷ D'un point de vue international, si l'exercice du droit peut être limité par l'État, une rémunération équitable s'impose très souvent. V. par exemple l'article 9 de la convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, intitulé : « *Limitation de l'exercice des droits protégés* ». Il dispose en son 1^o : « *Le libre exercice du droit exclusif accordé à l'obteneur ne peut être limité que pour des raisons d'intérêt public* ». Le 2^o précise : « *Lorsque cette limitation intervient en vue d'assurer la diffusion de la variété, l'Etat de l'Union intéressé doit prendre toutes mesures nécessaires pour que l'obteneur reçoive une rémunération équitable* ». En d'autres termes, le législateur ne doit pas porter atteinte aux monopoles existants d'une manière arbitraire. La loi nouvelle doit avoir pour objet la réalisation d'un objectif d'intérêt général. De même, de grandes divergences existent dans l'Union Européenne quant aux régimes des certificats d'utilité et assimilés. Une harmonisation a d'ailleurs été tentée (V. la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au rapprochement des régimes juridiques de protection des inventions par le modèle d'utilité E1006-COM (97) 691 final du 12/ 12/ 1997). En imaginant une modification prochaine du régime des certificats d'utilité, les nouvelles règles devraient s'appliquer immédiatement aux titres déjà existants. Dès lors que les changements seraient contraires aux intérêts actuels des titulaires des droits, l'insertion d'une disposition transitoire serait souhaitée.

¹¹⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ. , 18 juill. 2000, déjà cité : *Comm. com. électr.* 2000, n° 124, obs. C. CARON.

¹¹⁸⁹ La commission a présenté le 14 septembre 2004 une proposition de directive tendant à remplacer l'article 14 de la directive du 13 octobre 1998 (COM (2004) 582 final : *PIBD* 2004, n° 796, I, p. 133). Le droit obtenu par un constructeur n'aurait pas pu être opposé aux opérateurs indépendants produisant des pièces de rechange mais seulement à d'autres constructeurs souhaitant utiliser la même pièce, lors de la construction de leurs propres modèles. V. J. PASSA, *op. cit.*, n° 757, p. 715.

la durée des droits soit diminuée ou que le domaine de l'exclusivité soit affecté, la solution recevrait la même qualification transitoire.

Cependant, ce cas de figure n'est pas toujours simple à isoler. Par exemple, l'article L. 212-10 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁹⁰ dispose : « *Les artistes-interprètes ne peuvent interdire la reproduction et la communication publique de leur prestation si elle est accessoire à un évènement constituant le sujet principal d'une séquence d'une œuvre ou d'un document audiovisuel* ». La formule « ne peuvent interdire » fait clairement référence à une exception posée au monopole légal. Ce qui est particulier avec la loi du 3 juillet 1985, c'est que cette loi affirma l'existence de droits voisins en même temps que les limites opposables à ceux-ci. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de décalage temporel entre la création du droit de l'artiste-interprète et la création de cette exception¹¹⁹¹. De même, l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle, créé par la loi du 3 juillet 1985, présente une exception importante aux droits voisins. Il ne s'agit pas de la transformation d'un droit exclusif en un droit « à rémunération » parce qu'avant la réforme opérée en 1985, aucun droit exclusif n'existait réellement¹¹⁹². L'analyse transitoire se trouve alors paralysée.

329. Conclusion du I – Raisonner en termes de « situation juridique légale en cours d'effet » permet de justifier une application immédiate de toute loi nouvelle venue augmenter ou réduire les prérogatives du titulaire du droit. Cependant, il a été constaté que le juge peut toujours être tenté de faire une application étendue des dispositions nouvelles, dès lors que le législateur semble confirmer une jurisprudence antérieure. Ce cas de figure se retrouve très souvent lorsque les prérogatives du titulaire du droit sont augmentées par le législateur. En effet, le lien particulier qui unit le titulaire du droit avec sa chose est en mesure de justifier que celui-ci profite automatiquement de toutes ses utilités nouvelles. Il n'est pas nécessaire d'attendre une prise en compte effective par le législateur de cette valeur ajoutée présentée par la chose intellectuelle. En ce qui concerne cette fois la diminution des effets des situations juridiques rencontrées en droit de la propriété intellectuelle, elle prend le plus souvent la forme de la création d'exceptions inédites. En l'absence de dispositions transitoires organisant spécialement la survie partielle de la loi ancienne, la transposition du principe du doyen

¹¹⁹⁰ Cette disposition est issue de l'article 29 alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1985.

¹¹⁹¹ En ce sens, la loi du 3 juillet 1985 aurait créé une situation juridique totalement nouvelle et spécifique au droit de la propriété intellectuelle.

¹¹⁹² Par contre, comme la loi du 1^{er} août 2006 a permis un élargissement du champ d'application de la licence légale, il pourrait s'agir de raisonner en termes de situations juridiques légales modifiées immédiatement par la loi nouvelle.

ROUBIER conduit dans tous les cas à soumettre tous les monopoles « en cours de validité » à la réforme. Il convient à présent de s'attarder plus longuement sur l'hypothèse d'une loi nouvelle venue affecter la durée d'un droit de propriété intellectuelle existant au jour de l'entrée en vigueur.

II / La durée d'un droit de propriété intellectuelle en question

330. Le caractère essentiel de la durée d'un droit de propriété intellectuelle – En premier lieu, la durée du droit doit être parfaitement différenciée d'une durée de prescription, pour laquelle la règle transitoire proposée par la doctrine classique est d'ailleurs parfaitement respectée en droit de la propriété intellectuelle¹¹⁹³. Ensuite, il faut noter qu'il existe une présomption posée par le législateur en droit de la propriété intellectuelle : à l'issue de la durée de protection de la chose intellectuelle, celle-ci a, en principe, épuisé sa valeur. En d'autres termes, la valeur de la chose est présumée avoir été amortie au cours de cette période de temps intangible. Par exemple, la loi du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon¹¹⁹⁴ institua le dépôt de modèle simplifié pour les industries qui renouvellent fréquemment la forme et le décor de leurs produits¹¹⁹⁵. Cette réforme fut rendue nécessaire par la durée de vie limitée de certaines choses. En réalité, c'est la durée du bien (le droit) qui est aménagée par le législateur pour correspondre à l'évolution rapide de la valeur de la chose (l'objet du droit).

L'augmentation ou la réduction de la durée d'un droit de propriété intellectuelle est toujours l'œuvre d'une réforme essentielle. Il faut bien comprendre que la vision négative d'un monopole conduit systématiquement à en critiquer la durée¹¹⁹⁶.

La durée des droits de propriété intellectuelle est d'ordre public, il n'appartient pas aux parties de modifier cet élément du régime des droits. Aussi serait-il imaginable de qualifier de « loi impérative » toute loi nouvelle ayant pour objet de modifier la durée d'un droit. Le principal

¹¹⁹³ Par exemple, la loi du 4 janvier 1991 a réduit la durée de prescription de l'action en contrefaçon en droit des marques. La prescription de droit commun applicable entre commerçants de dix années devait être remplacée immédiatement par une durée de trois années (V. l'article 189 bis du Code de commerce) : V. CA Reims, 12 févr. 1997 : *PIBD* 1997, III, 405. Le délai plus court de trois années est décompté à partir de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et la durée totale ne peut excéder dix années.

¹¹⁹⁴ Loi n° 94-102 du 5 févr. 1994 relative à la répression de la contrefaçon et modifiant certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle : *JORF* n° 32, du 8 février 1994, p. 2151 ; *JCP E* 1994, III, 66669.

¹¹⁹⁵ V. C. RODHAIN, *Dépôt de modèle simplifié* : *JCP E* 1995, I, 449.

¹¹⁹⁶ V. par exemple : J. HUET, *Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le « peer to peer » et sur HADOPI)* : *D.* 2009, point de vue, p. 2939.

intérêt serait d'appliquer la réforme aux contrats « en cours » au jour de l'entrée en vigueur. Cependant, cette qualification de « loi d'ordre public » ne permettrait pas de justifier, à elle seule, l'application automatique d'une loi nouvelle venue diminuer la durée de validité d'un droit de propriété intellectuelle. Les questions relatives au respect de l'exigence de sécurité juridique ne pourraient être résolues aussi facilement. Il reste une question en suspens : lorsque le législateur touche à la durée des droits, peut-on raisonner en termes « d'effets de la situation juridique »?

Cette opération de qualification semble *a priori* rapprocher la durée d'un droit de propriété intellectuelle des prérogatives exercées sur la chose¹¹⁹⁷. Pourtant, cette durée encadre l'exercice de ces prérogatives, elle ne se confond pas avec elles. Si l'effet principal de la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle » est l'opposabilité d'un lien exclusif, la durée encadre cette opposabilité. En augmentant la durée du monopole, le législateur donne plus de valeur au bien. La cession du droit pourra s'effectuer sous réserve d'une contrepartie plus grande parce que la réservation de la chose est garantie sur une période plus importante. Par suite, il semble que la durée d'un droit pourrait, d'un point de vue transitoire, recevoir le même traitement que l'ajout d'une prérogative nouvelle.

Il faut retenir que le délai de protection des monopoles court inexorablement. C'est-à-dire qu'il est certain que le délai va s'écouler jusqu'au terme¹¹⁹⁸. Il suffit d'attendre à compter du décès de l'auteur ou de la date de dépôt d'une demande de protection en droit de la propriété industrielle. Par conséquent, le « mouvement » du temps qui passe n'est pas théorique. Le délai (D) doit donc se placer au sein de l'effet juridique de la règle. Si un monopole est valablement constitué (A), il en résulte (i) une protection de la chose pendant (x) années

¹¹⁹⁷ Pour l'auteur, la possibilité de jouir de manière exclusive de son droit correspond à sa durée de vie (L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle). Pour les ayants droits de l'auteur, il s'agit des soixante-dix années qui s'écoulent après le décès de l'auteur (L. 123-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle). Un régime spécial est donné aux œuvres de collaboration (L. 123-2 du Code de la propriété intellectuelle), et même plus spécialement aux œuvres audiovisuelles (L. 123-2 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle). Les œuvres anonymes, pseudonymes ou collectives reçoivent également un régime particulier (L. 123-3 du Code de la propriété intellectuelle), ainsi que les œuvres posthumes (L. 123-4 du Code de la propriété intellectuelle). Les droits voisins montrent leur spécificité en ce domaine (L. 211-4 du Code de la propriété intellectuelle), de même pour les bases de données (L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle). Un régime totalement dérogatoire est prévu dans les dispositions qui concernent les prorogations de guerre (L. 123-8, L. 123-9 et L. 123-10 du Code de la propriété intellectuelle). Pour les titres du livre VI : les brevets ont une durée de validité de vingt ans à compter du jour du dépôt. Pour les certificats d'utilité, il faut compter six ans à compter du jour du dépôt. Pour les certificats complémentaires de protection, il faut compter sept ans au maximum à partir du terme légal du brevet et un maximum de dix-sept ans à compter de la délivrance de l'AMM. Selon l'article L. 622-6 du Code de la propriété intellectuelle, les topographies de produits semi-conducteurs sont protégées pendant six ans à partir du dépôt ou de la date de première exploitation commerciale si elle est antérieure au dépôt. Selon l'article L. 712-1 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle, en droit des marques, il faut compter une durée de dix années à partir de la date de dépôt. Cette période est « *indéfiniment renouvelable* ».

¹¹⁹⁸ Réserve faite, évidemment, de toutes les hypothèses de perte d'un droit de propriété industrielle.

(DB)¹¹⁹⁹. Dès lors que le délai (D) se situe dans le cadre de l'effet juridique de la règle, selon la doctrine du doyen HÉRON, toute loi nouvelle pourrait immédiatement modifier ce délai. Aucune violation de l'article 2 du Code civil ne pourrait être déplorée.

En considérant cette fois uniquement la chose protégée par un droit de propriété intellectuelle, le terme du délai indique le moment auquel la chose tombe dans le domaine public. Il serait possible d'écrire : « si une chose est l'objet d'un droit de propriété intellectuelle (A), il en résulte (i) qu'au terme d'une période de (x) années, la chose devient commune (DB) »¹²⁰⁰. Le délai se situe encore au sein de l'effet juridique de la règle. Par suite, le législateur devrait pouvoir immédiatement reculer ou avancer l'entrée de la chose dans le domaine public.

331. La disparition d'un système de limitation de la durée du droit conduit indirectement à en allonger la durée. Par exemple, l'article 29 de la loi de 1844 portait la règle suivante : « *L'auteur d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France ; mais la durée de ce brevet ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger* ». La loi française reconnaissait donc à l'époque que la durée d'un brevet pris en France pouvait dépendre des dispositions d'une loi étrangère¹²⁰¹. Il est possible d'y voir une condition relative à l'invention elle-même. Il faudrait donc porter son attention sur la loi en vigueur au jour du dépôt. D'un autre côté, ce système de limitation potentielle de la durée du monopole a disparu pour l'avenir. Il faudrait alors constater l'abandon d'une cause de limitation de la durée du droit. En ce sens, la règle devrait concerner tous les brevets déjà délivrés sous l'empire du droit antérieur. En réalité, la discussion perd de son intérêt lorsqu'on sait que la nouveauté, qui doit être appréciée d'une manière absolue, empêche aujourd'hui toute réservation d'une invention déjà protégée « à l'étranger ».

332. L'importante réduction de la durée du droit de dessin ou modèle par l'ordonnance du 25 juillet 2001 - Le droit des dessins et modèles, à partir de la formalité du

¹¹⁹⁹ Il faut écrire : (A (i) DB). V. J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, article précité*, n°71 et s., p. 322 et s.

¹²⁰⁰ L'écriture structurale proposée permet de souligner le caractère artificiel du domaine public. Il s'agit d'une « mise à mort » du bien, que le législateur pouvait seul décider. En effet, la chose tombée dans le domaine public a toujours de la valeur, tant qu'elle est utile et rare.

¹²⁰¹ Cass. civ., 28 juin 1881 : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 409. Il était soutenu que l'extinction du brevet étranger, pour quelque cause qu'elle survienne, devait entraîner celle du brevet pris en France pour le même objet. À l'occasion d'une polémique née à propos de la question de savoir si toute cause d'extinction du brevet étranger était concernée par le syllogisme légal, il fut recherché par les juges quel pouvait être le fondement exact d'une telle limitation de la durée du brevet. La Cour de cassation affirme que le but du législateur « *a été d'empêcher que les nationaux ne restent sous l'empire du monopole, alors que l'industrie est devenue libre à l'étranger (...)* ». L'intérêt général est alors mis en lumière par des considérations de libre concurrence.

dépôt, prévoit une réservation de la chose pendant une durée de cinq années¹²⁰². Une prorogation est possible, par périodes de cinq années avec un maximum de vingt-cinq années. La réforme de 2001 est l'exemple type d'une réduction de durée du droit puisque la loi ancienne du 14 juillet 1909 prévoyait une durée de vingt-cinq années à compter de la date du dépôt. Une prorogation pour une durée supplémentaire de vingt-cinq années « sur déclaration du titulaire » était néanmoins possible. Force est de constater que le législateur n'a pas laissé l'interprète trouver seul la solution. Il a préféré créer une disposition transitoire. Il est possible d'y voir la preuve que le juge aurait certainement été contraint d'appliquer la règle nouvelle à toute situation juridique « titularité du droit de dessin ou modèle » en cours d'effet.

333. Analyse de la réduction de la durée d'un droit de propriété intellectuelle – Si réduire la durée d'un droit conduit à une diminution des effets à venir de la situation juridique, une loi nouvelle qui viendrait réduire la durée d'un droit de propriété intellectuelle devrait s'appliquer immédiatement aux droits existants à la date de son entrée en vigueur. Appliquer immédiatement une réduction du délai de protection de la chose consisterait à dire aux titulaires de droits qui ont déjà pu jouir de cet avantage depuis plus de temps que la loi nouvelle ne le prévoit : « maintenant, c'est fini »¹²⁰³. Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, toutes les personnes qui auraient déjà profité de ce temps de réservation de la chose, depuis au moins trois années, se verraient automatiquement destituées de leurs prérogatives¹²⁰⁴. Il s'agit d'une illustration parfaite de la « rétroactivité » évoquée par le doyen HÉRON¹²⁰⁵.

¹²⁰² V. l'article L. 513-1 al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁰³ J. HÉRON, *Principes de droit transitoire, op. cit.*, p. 256. L'auteur rappelle que l'acquisition d'une maison ou la mise en circulation d'un véhicule, soumet une personne à une obligation pendant une période durable. Un autre exemple est donné de la naissance d'un enfant et de l'autorité parentale qui en est la conséquence. Autrement dit, la nature du fait générateur de l'obligation importe peu. Que ce soit la conclusion d'un contrat de vente, acte juridique, ou la naissance d'un enfant, fait juridique, le raisonnement transitoire reste le même.

¹²⁰⁴ Au contraire, une application rétroactive de la règle consisterait en la négation d'une période antérieure de protection, pourtant parfaitement légitime au regard du droit antérieur. C'est-à-dire que le juge violerait l'article 2 du Code civil s'il affirmait la chose suivante : « vous qui profitez depuis cinq années déjà des bénéfices du livre V, vous êtes censés ne plus être titulaire d'un droit de dessin ou modèle sur l'apparence enregistrée depuis que trois années se sont écoulées à compter du dépôt ». Par suite, le juge pourrait refuser au titulaire du droit toute action en contrefaçon pour des faits réalisés dans les deux années qui ont précédé l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et qui sont postérieures à ce terme appliqué à la protection. Le caractère fictif de la rétroactivité est manifeste.

¹²⁰⁵ J. HÉRON, *Principes de droit transitoire, op. cit.*, p. 252. L'exemple est donné de la durée d'une exonération foncière qui passe de vingt-cinq à quinze années. Ceux qui avaient fait construire leur maison plus de quinze années avant l'entrée en vigueur se voient répondre : « maintenant c'est fini ». Il est mis fin à l'état « régime favorable d'imposition » d'une manière brutale. Pour ceux qui avaient fait construire leur maison depuis moins de quinze années, il leur est dit : « à partir d'aujourd'hui vous ne compterez plus vingt-cinq années mais quinze années ». La loi met un terme à un effet juridique durable de la situation juridique.

Cependant, il est difficile de constater concrètement cette hypothèse. La raison est la suivante : devant une atteinte possible aux prévisions des titulaires des droits, mais aussi des exploitants, le législateur préfère toujours avoir recours à une disposition transitoire. Il n'empêche qu'en théorie, le jeu des principes généraux du droit transitoire postule une application immédiate de la loi nouvelle.

L'analyse structurale permet de mieux comprendre la grande différence qui existe entre un effet juridique qui se perpétue pendant toute la durée d'un délai et un effet juridique qui ne se produit qu'à l'arrivée du terme d'un délai. Par exemple, une loi nouvelle vient réduire la durée d'une exonération fiscale. La règle s'écrit de cette manière : *si* les conditions légales sont remplies (A), *alors* (i) une exonération fiscale sera accordée pendant tant de temps (DB). La durée de l'exonération (D) se situe au sein de l'effet juridique de la règle : (B). Quand la loi nouvelle change l'effet juridique d'une règle existante, elle peut concerner les situations juridiques en « cours d'effet ». Il ne s'agit que d'une illustration du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.

En matière de prescription il faut écrire : *si* aucune action en justice n'est pas exercée pendant tant de temps (AD), *alors* (i) le droit d'agir sera éteint au terme du délai (B). Ici, le délai se situe au sein du présumé de la règle. Une loi nouvelle qui change le présumé d'une règle ne devra s'appliquer qu'aux situations juridiques futures, qui ne se constitueront qu'après son entrée en vigueur. Dans le cas contraire, elle violerait l'article 2 du Code civil. En effet, le doyen HÉRON affirme que la rétroactivité est déduite d'une atteinte aux éléments du présumé¹²⁰⁶.

En conclusion, le législateur peut immédiatement réduire la durée d'une exonération fiscale, mais ne devrait pas pouvoir faire de même en matière de prescription. Si un régime spécial a été inventé en doctrine pour pallier aux difficultés d'application dans le temps des lois venues modifier une durée d'une prescription, l'objectif est d'imposer un compromis entre le désir d'appliquer rapidement une réforme et la crainte d'une application rétroactive et injuste de la loi nouvelle.

¹²⁰⁶ En choisissant la qualification de « situation juridique en cours de formation » pour le mécanisme de prescription, serait-il du moins possible pour le juge de justifier une application immédiate de la loi nouvelle ? La réponse est négative. En effet, il ne faut pas confondre les conditions à réunir pour constater le « départ » d'une prescription et la « condition du délai » qui subordonne l'effet juridique final. Il faut nettement distinguer les deux propositions suivantes : d'une part, « afin que la prescription acquisitive puisse débiter il faut qu'une possession paisible de la chose soit constatée », et d'autre part, « afin que le droit de propriété soit enfin acquis et opposable, il faut que la durée prévue se soit écoulée ». Le délai de prescription ne se situe pas au sein des conditions de formation de la situation juridique. À ce stade préalable, il faut seulement écrire : « *si* les conditions légales sont réunies (A) *alors* la prescription peut commencer à courir (B) ».

334. L'hypothèse des prorogations de la durée d'un droit de propriété intellectuelle - Si la durée d'un droit de propriété intellectuelle est étudiée au sein des effets légaux du monopole, comment comprendre les hypothèses de prolongation de la protection ?

Les droits du producteur d'une base de données peuvent être facilement renouvelés¹²⁰⁷. Ce point a toujours été admis¹²⁰⁸. Aucun « décalage » ne peut donc être observé entre un droit antérieur qui prévoyait l'extinction de la situation juridique « titularité du droit du producteur d'une base de données » au terme d'un délai de quinze années et un droit nouveau venu introduire une faculté inédite de prorogation. De même, le droit des marques offre une faculté de prorogation du monopole¹²⁰⁹. La caractéristique essentielle de tout mécanisme de prorogation est la suivante : l'objet de la protection doit rester le même¹²¹⁰. Seulement, là encore, le droit des marques a toujours offert cette possibilité de renouveler la protection légale¹²¹¹, il n'est donc pas possible d'analyser l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle qui aurait pour la première fois octroyé cet avantage.

Le renouvellement d'un monopole en droit de la propriété intellectuelle peut-il conduire à le soumettre à l'empire d'une loi différente de celle en vigueur au jour de sa constitution ?

En droit des marques, la loi du 31 décembre 1964 appréhendait le renouvellement de l'enregistrement comme un nouveau dépôt. Le signe faisait donc l'objet d'un nouvel examen préalable. Dans le cadre d'un problème transitoire, le juge devait donc se référer à la loi en vigueur au jour de ce renouvellement. La loi du 4 janvier 1991¹²¹² exige seulement que le signe, ainsi que les produits et services désignés, soient identiques à ceux du premier enregistrement. Tous les renouvellements effectués après l'entrée en vigueur ont donc dû obéir à cette règle plus favorable au titulaire du droit. Le renouvellement se fait automatiquement par le versement de taxes et une nouvelle période de protection fait suite à l'expiration de la période précédente. Par conséquent, le fait que la protection du signe a pu faire l'objet d'une prorogation ne change rien à la nature de l'examen effectué par le juge au

¹²⁰⁷ L'article L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose dans son alinéa 3 « *Toutefois, dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement* ».

¹²⁰⁸ Il s'agit de l'article 5 de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 qui a transposé la directive CE n° 96-9 « base de données ».

¹²⁰⁹ V. l'article L. 712-9 du Code de la propriété intellectuelle (article 12 de la loi du 4 janvier 1991). Le titulaire du droit de marque a la faculté de proroger son droit pour une période de dix années supplémentaires.

¹²¹⁰ Cette exigence est clairement rappelée à l'alinéa 4 de l'article L. 712-9 du Code de la propriété intellectuelle : « *Toute modification du signe ou extension de la liste des produits ou services désignés doit faire l'objet d'un nouveau dépôt* ».

¹²¹¹ La loi du 23 juin 1857 prévoyait l'acquisition du droit de marque par le premier usage du signe et en dehors de tout usage, le droit pouvait naître d'un dépôt. Ce dernier était effectué pour une durée de quinze années et pouvait être renouvelé.

¹²¹² V. l'article 12 de la loi.

cours d'un litige. Il doit en principe se reporter à la date d'acquisition initiale du droit. Le principe de ROUBIER quant à l'appréciation des conditions de formation de la situation juridique reporté au jour de sa constitution s'applique toujours.

L'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce les conditions de protection d'une base de données. Il est dit que le producteur de la base « *bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ». La présence de l'investissement en question au moment de la constitution du contenu de la base est une condition de protection à vérifier dès la création de la base elle-même. Logiquement, le premier investissement est relatif à la création de son contenu. Cependant, une fois la base créée, d'autres moments sont proposés par le législateur pour constater un investissement doté des mêmes effets. Il s'agit d'investissements liés cette fois à la présentation du contenu et à sa vérification. Ces investissements peuvent être à l'origine d'une protection renouvelée de la base de données¹²¹³. C'est-à-dire que le législateur donne en réalité d'autres « éléments de départ » pour la protection octroyée¹²¹⁴. Le terme de « prorogation » semble convenir au phénomène produit par chaque investissement substantiel¹²¹⁵. En somme, la situation juridique « titularité du droit *sui generis* », qui a une durée de quinze années, peut naître plusieurs fois.

Il faut alors distinguer. La loi nouvelle qui viendrait changer les éléments générateurs de la protection de la base de données ne pourrait « revenir » sur une base déjà protégée. Les conditions de création de la situation juridique devraient être vérifiées à la date de réalisation du dernier investissement substantiel, sa nature importerait peu. Il convient de solliciter le principe de non rétroactivité de la loi nouvelle. En outre, le législateur pourrait réduire les possibilités de prorogation du monopole. Les conditions de ce mécanisme devaient changer pour l'avenir seulement. Dans ce cas, il s'agit d'évoquer le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle à une situation juridique « en cours ».

335. Conclusion du II – La modification par une loi nouvelle de la durée d'un droit de propriété intellectuelle est certainement le problème transitoire le plus complexe de la

¹²¹³ Il faut noter que la continuité dans la protection de la base n'est pas subordonnée à ces investissements.

¹²¹⁴ Si la présentation du contenu est une condition *a priori* liée à la naissance de la base elle-même, elle peut se rencontrer aussi au cours de « la vie » de la base. De même, les vérifications de ce contenu peuvent se rencontrer à n'importe quel moment.

¹²¹⁵ La prorogation s'opère quand le contenu de la base fait l'objet d'un investissement parmi les trois types d'investissement prévus. Cependant, l'objet de la protection reste le même, il s'agit toujours de la même base de donnée.

matière. En effet, selon l'analyse qui est faite de cette durée les solutions changent. Il s'agit de retenir ceci : la durée d'un monopole n'est en rien similaire à une durée de prescription, parce qu'il n'est pas envisageable de dire que l'issue de la réservation de la chose est précisément de voir celle-ci tomber dans le domaine public. La situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle », en cours d'effet au jour de l'entrée en vigueur, peut être immédiatement concernée par une loi nouvelle ayant pour objet de modifier la durée du droit. Lorsque la réforme conduit à une réduction de ce délai, le législateur préfère recourir à une disposition transitoire qui fait figure de compromis. Il ne s'agit pas nécessairement d'éviter une application rétroactive de la loi nouvelle, mais une application seulement immédiate¹²¹⁶. L'interprète pourrait alors utiliser la notion de « rétroactivité » afin de rendre compte de ce phénomène, par lequel le titulaire du droit est contraint d'accepter un changement soudain de ses prérogatives, dès le jour de l'entrée en vigueur de la réforme. Il s'agit à présent d'envisager les difficultés suscitées par l'utilisation de la notion d' « effets juridiques de la situation juridique » en droit de la propriété intellectuelle.

III / Les difficultés d'utilisation de la notion d' « effets juridiques »

336. De prime abord, il semble difficile de se figurer une situation juridique propre au droit de la propriété intellectuelle « en cours d'existence ». Par exemple, il est simple de retenir que la situation juridique d'un héritier se constitue au jour du décès du *de cuius*. Dès ce décès, la situation juridique est entièrement constituée. En droit d'auteur, quand on s'intéresse à la date du décès du créateur, il s'agit de faire débiter un délai qui a une durée de soixante-dix années. Imaginons un auteur décédé au jour de l'entrée en vigueur de la première loi relative aux droits des auteurs, est-il possible d'évoquer une situation juridique « en cours d'effet » ?

Cette configuration des choses est beaucoup moins intuitive que la précédente. S'il est simple de se figurer l'ordonnement juridique existant au jour du décès de l'auteur, il est complexe de se figurer la situation juridique en question au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans l'affaire « Les Misérables », il fut retenu par les premiers juges que Victor

¹²¹⁶ V. pour un point de vue différent : F. GREFFE, *Ordonnance du 25 juillet 2001 : transposition de la directive communautaire du 13 octobre 1998 sur la protection des dessins et modèles, une harmonisation limitée et inutile* : JCP E 2001, p. 1900, spéc. n° 5.

Hugo était décédé plus de soixante dix années avant la consécration légale du droit moral de l'auteur, afin de refuser l'application au litige des règles spéciales prévues par le livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle¹²¹⁷. En somme, une loi nouvelle peut concerner des œuvres créées avant son entrée en vigueur, mais il est nécessaire que l'auteur soit décédé depuis moins de soixante-dix années. Autrement dit, la situation juridique doit être en « cours d'effet » pour que le juge puisse faire jouer le principe de l'application immédiate. Cette solution transitoire suppose, pour être correctement utilisée, que l'interprète sache au préalable identifier les effets d'une situation juridique.

Dans cette optique, il s'agit en premier lieu de constater que la notion d' « effet juridique » est parfois difficile à cerner en droit de la propriété intellectuelle (A). Il faut ensuite aborder une difficulté théorique soufflée par ROUBIER : la distinction entre les lois qui viennent *diminuer* les effets d'une situation juridique avec les lois qui énoncent la *suppression* d'une situation juridique (B).

A / Des exemples issus du droit de la propriété intellectuelle

337. La notion d' « effet juridique » quand il est question d'actes de contrefaçon –

Il est classique de dire qu'en présence d'une situation juridique « en cours d'effet », les actes de contrefaçon sont logiquement régis par la loi nouvelle entrée en vigueur pendant cette période¹²¹⁸. En réalité, la loi nouvelle ne régit que le droit de propriété intellectuelle lui-même. Il ne régit pas, à proprement parler, l'acte de contrefaçon. À partir du régime applicable au droit de propriété intellectuelle, l'interprète peut déterminer si un acte peut être qualifié de contrefaisant. Des questions de cette nature ont été notamment suscitées par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 juillet 2000¹²¹⁹. Certes, la difficulté semble parfaitement comprise : il faut établir une différence entre les conditions de protection d'une œuvre et les conditions de reconnaissance d'un acte de contrefaçon¹²²⁰. Cependant, l'utilisation de la notion de

¹²¹⁷ TGI Paris, 12 sept. 2001 : *D.* 2001, AJ, p. 3123.

¹²¹⁸ En droit des dessins et modèles, l'ordonnance du 25 juillet 2001, transposant la directive du 13 octobre 1998, ne devait régir que les actes de contrefaçon commis après son entrée en vigueur : J. PASSA, *op. cit.*, n° 722, p. 683. En droit des brevets, il a été affirmé en jurisprudence que les actes d'exploitation accomplis avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 1968 relevaient toujours de la loi du 5 juillet 1844 et de ses dispositions en matière de contrefaçon : CA Paris., 3 juill. 1971 : *PIBD* 1972, 73, III, 3.

¹²¹⁹ V. Cass. 1^{ère} civ. 18 juill. 2000, *jurisprudence déjà citée* : *JCP* 2001, II, 10555, note M.-O. REGLADE-BUXTORF.

¹²²⁰ « Il convient donc de distinguer entre la création qui est le fait générateur de la protection de l'auteur et la publication qui est le fait générateur de l'action en contrefaçon et du droit à réparation ».

« situation en cours » pour désigner la contrefaçon elle-même constitue indéniablement un facteur de confusion¹²²¹.

338. La copie privée : la notion d' « effet juridique » en concurrence avec celle de « situation juridique accessoire » - En considérant qu'un droit de propriété intellectuelle, dont le terme n'est pas encore échu, est une situation légale « en cours d'effet », il est possible de penser que pendant l'existence de cette situation juridique des créances peuvent naître à titre « accessoire ». Par exemple, l'apparition du système de rémunération pour la copie privée avec la loi du 3 juillet 1985 devait constituer une nouvelle source de revenus pour les titulaires de droits. Pour toutes les acquisitions de supports réalisées après l'entrée en vigueur de la loi, l'auteur ou le titulaire du droit voisin devient immédiatement créancier d'une rémunération. C'est parce qu'il est titulaire à cet instant d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin qu'il devient automatiquement créancier d'une rémunération, qui sera due pour des actes d'acquisition postérieurs à l'entrée en vigueur. Ne suffirait-il pas de dire que les effets juridiques futurs de la situation juridique principale peuvent être « retouchés » par une loi nouvelle ?

Il semble qu'il reviendrait au même de rechercher le fait générateur de la créance accessoire concernée. Peut-on alors évoquer la notion de « situation juridique dépendante » ?

Le doyen ROUBIER consacre certains développements à ce type de situation juridique¹²²² : « *Il arrive bien souvent que des situations juridiques en quelque sorte secondaires, apparaissent comme des conséquences des situations principales* ». Par exemple, le doyen explique que le droit au nom peut être une situation juridique indépendante, mais que le plus souvent, « *le droit au nom n'est qu'une conséquence des relations de mariage ou de filiation et son attribution n'est qu'un effet de ces situations (...)* »¹²²³. Il évoque aussi l'obligation alimentaire, qui est une « *conséquence immédiate et directe des situations juridiques résultant du mariage, de la parenté ou de l'alliance (...)* ». Cette présentation n'exclut pas la recherche, à chaque fois, du fait générateur de la créance. En l'occurrence, le « fait générateur » est

¹²²¹ « Si [la loi du 11 mars 1957] s'était bornée à modifier les critères de protection du cliché photographique, elle se serait immédiatement appliquée aux situations en cours et plus précisément aux contrefaçons de photographies, réalisées après son entrée en vigueur, puisque c'est la publication qui engendre la contrefaçon. Et la date de la création du cliché litigieux aurait été sans incidence, puisque la loi nouvelle n'aurait régi que les effets de la contrefaçon ».

¹²²² P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 48, p. 216.

¹²²³ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 48, p. 216.

constitué par l'acquisition de supports d'enregistrements¹²²⁴. Le doyen ROUBIER¹²²⁵ rappelle le principe selon lequel le principal emporte l'accessoire : « (...) dans la mesure où la constitution d'une situation juridique n'est qu'un effet immédiat et direct d'une situation principale, la loi nouvelle doit être considérée comme visant les effets de celle-ci et, par suite, elle est d'application immédiate ». Autrement dit, la loi nouvelle sur la copie privée pourrait s'appliquer immédiatement, sur le seul fondement de la qualification de « situation juridique accessoire ». Il reste que l'établissement d'un rapport direct entre les deux situations juridiques sera toujours susceptible de constituer un point de discorde.

339. Le droit de suite, un effet de la situation juridique « titularité d'un droit d'auteur » ? - Dans tous les cas, dès lors que la prérogative n'est pas précisément rattachée au monopole, la notion de « situation juridique en cours d'effet » n'est plus adaptée. Par exemple, le droit de suite fait figure de question complexe puisqu'il s'agit de savoir de quelle manière la notion de « situation juridique en cours d'effet » peut être utilisée, dès lors que le fait générateur n'est pas la création de l'œuvre mais la cession de celle-ci¹²²⁶. D'une manière générale, la notion d'« effet juridique » est délicate à utiliser dès lors qu'une prérogative fait figure de « droit propre » montrant une certaine indépendance. Cette idée pourrait par exemple expliquer les prérogatives des éditeurs en matière de copie privée. Elle aurait pu également éclairer le débat sur les anciennes lois du droit d'auteur qui permirent une augmentation de la durée de protection du monopole. En effet, l'argument selon lequel les cessionnaires n'auraient pas dû profiter de cet avantage et que les héritiers de l'auteur auraient dû immédiatement recouvrer leurs prérogatives sur la chose aurait certainement pu trouver un fondement dans la notion de « droit propre ».

340. L'ajout d'un « droit d'accès » à l'œuvre et les intérêts de « l'utilisateur » de l'œuvre : un conflit traduisible en termes d'effets produits par la situation juridique « titularité d'un droit d'auteur » ? - En considérant la personne de « l'utilisateur » de l'œuvre, l'application immédiate de la loi nouvelle qui augmenterait ses pouvoirs sur la chose pourrait être paralysée par des mesures techniques de protection déjà mises en place par le

¹²²⁴ Il est possible de penser également au droit de suite, créance alimentaire qui serait néanmoins attaché à la situation juridique « titularité du droit » de la même façon.

¹²²⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 48, p. 216.

¹²²⁶ Pourtant, les articles R. 122-1 et suivants sont issus du décret n° 2007-756 du 9 mai 2007 sur le droit de suite, ont concerné au jour de leur entrée en vigueur toutes les situations juridiques « titularité du droit d'auteur » dès lors que les auteurs étaient vivants ou décédés depuis moins de soixante-dix années. Il semble donc que le problème transitoire reçoit ici une solution indépendante de la particularité de la prérogative en question.

titulaire des droits¹²²⁷. La notion de « situation juridique en cours d'effet » ne serait d'aucun secours véritable. Dans tous les cas, il faudrait avoir recours au juge pour permettre l'accès à l'œuvre tel qu'il serait nouvellement entendu par la loi nouvelle¹²²⁸. D'une manière générale, quand le regard est porté sur les prérogatives de l'utilisateur, la définition nécessairement négative de celles-ci n'est pas un facteur de sécurité juridique. En réalité, il n'est pas opportun de raisonner sur la notion de « situation juridique » quand il n'est question que de membres du public. La raison est la suivante : les avantages légaux dont ils sont en mesure de profiter ne peuvent se traduire facilement en termes de droits subjectifs. Comment identifier une prérogative sans cerner un patrimoine au préalable?

Le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) a été adopté en 1998 par le Congrès américain¹²²⁹. En ce qui concerne les mesures techniques de protection, il va beaucoup plus loin que la directive du 22 mai 2001 sur la société de l'information ainsi que les traités OMPI. Il est interdit aux tiers de contourner la mesure technique qui garantit le contrôle de l'accès à l'œuvre. Le titulaire des droits obtient-il alors un « droit d'accès » ?

Il est certain que ce contrôle va au-delà de la protection prévue par le droit d'auteur. Par exemple, le nombre des accès à l'œuvre peut être limité. Le titulaire du droit semble alors bénéficier d'une prérogative supplémentaire qui ne trouve pas véritablement de fondement dans le droit d'auteur traditionnel. En effet, c'est le support de l'œuvre qui semble permettre ce contrôle. Dans cette hypothèse, la découverte par le juge de cette prérogative inédite ne peut réellement se comprendre comme l'extension de l'opposabilité initiale du droit exclusif du créateur¹²³⁰. En conclusion, la loi française qui viendrait affirmer ce « droit d'accès » à l'œuvre d'une manière explicite n'aurait pas nécessairement pour objet une modification, pour l'avenir, des effets de la situation juridique « titularité d'un droit d'auteur ».

341. Le défaut d'utilité de la notion de « situation juridique en cours d'effet » en présence d'une procédure obligatoire – Il convient de remarquer que la notion de « situation juridique en cours d'effet » ne montre aucune utilité quand le bénéfice de la loi

¹²²⁷ Les choses se compliquent quand on imagine des mesures techniques, qui limitent d'autres prérogatives que la copie privée.

¹²²⁸ Il faut remarquer que les questions transitoires seraient certainement rendues complexes par la qualification préalable des actes de jouissance de cet utilisateur. De même, il serait difficile de définir la force impérative exacte du « droit à l'interopérabilité » dans ce type de conflit suscité par l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle.

¹²²⁹ V. J-L. GOUTAL, *L'environnement de la directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » en droit international et comparé : Comm. com. électr.* févr. 2002, chron. n° 4, p. 9.

¹²³⁰ La loi nouvelle ne peut donc être assimilée à une loi interprétative qui ne ferait que reconnaître l'étendue préexistante du « droit d'interdire » de l'auteur. En somme, le juge devrait justifier l'application de la loi nouvelle selon des « critères de rattachement » traditionnels.

nouvelle est subordonné à l'accomplissement d'une procédure. Par exemple, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005¹²³¹ a permis à certaines personnes de bénéficier d'une réduction du montant des redevances imposées au titre du brevet. Il fut décidé que le bénéfice de la réduction serait acquis sur simple déclaration¹²³². Par conséquent, à partir de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, toutes les personnes déjà titulaires d'un brevet pouvaient demander le bénéfice de cette règle. La notion de « situation juridique légale en cours d'effet » peut fournir une explication à l'application immédiate de la loi nouvelle, en ce sens que la date de constitution de la situation juridique n'a pas d'importance. Cependant, le droit transitoire est toujours plus simple à comprendre dès lors que le bénéfice d'une règle est subordonné à l'accomplissement d'un acte juridique. Il suffit d'accomplir cet acte pour déclencher le régime qui y est attaché¹²³³. Un raisonnement intuitif fondé sur l'adage *tempus regit actum* est donc suffisant et le recours à la notion de « situation juridique en cours d'effet » devient relativement inutile.

En conclusion, il a été vu que l'interprète devra se montrer très vigilant. La notion d'« effet juridique » ne devra pas être utilisée avec légèreté dès lors qu'il s'agit de qualifier un acte de contrefaçon. L'acte illicite ne doit pas être assimilé à un effet de la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». C'est parce que l'effet juridique de cette situation consiste en une opposabilité *erga omnes* du rapport d'exclusivité qui relie le titulaire du droit et la chose intellectuelle, que l'acte d'un tiers qui porte négation de ce rapport peut être qualifié d'illicite. Il a également été constaté que l'interprète devra correctement détacher des syllogismes indépendants, comme celui inhérent au système de la rémunération pour la copie privée ou au mécanisme du droit de suite. C'est-à-dire que le fait générateur de la créance ne pourra pas être trouvé au regard de la seule étude de la situation juridique principale. Enfin, l'interprète ne devra pas oublier que le « public » n'est pas, en tant que tel, titulaire de droits subjectifs. De plus, en droit d'auteur, il devra correctement scinder les prérogatives qui résultent du monopole lui-même, de celles qui pourraient se déduire d'un aménagement technique du support de l'œuvre. Dans cette hypothèse, la situation juridique fondée sur le livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle ne semble pas directement

¹²³¹ V. l'article 22 de la loi, codifié à l'article L. 612-20 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²³² V. l'alinéa 2.

¹²³³ De même, en imaginant une loi nouvelle qui viendrait créer dans l'avenir une procédure spéciale pour proroger la durée d'un droit d'auteur, le juge n'aurait qu'à constater la faculté pour tout titulaire actuel d'un droit de propriété intellectuelle d'entreprendre une telle procédure. La notion d'effet d'une « situation juridique légale en cours » permettrait évidemment de justifier cette solution, en tant que le juge ne serait pas contraint de réserver ce mécanisme aux seules œuvres créées après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cependant, la solution aurait pu simplement se déduire de la création d'une procédure nouvelle au bénéfice immédiat des auteurs et de leurs ayants-droits.

concernée. Il convient à présent d'aborder une difficulté présentée par le doyen ROUBIER : doit-on assimiler la loi qui a pour objet de *diminuer* les effets d'une situation juridique avec une loi dont l'objet est de *supprimer* une situation juridique ?

B / Une distinction théorique complexe : la loi venue diminuer les effets d'une situation juridique et la loi venue supprimer pour l'avenir une situation juridique

342. Présentation – Il s'agit d'observer les conséquences transitoires de la suppression pour l'avenir d'une situation juridique qui était « en cours d'existence » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Par exemple, en droit des brevets, le système de la licence légale a été supprimé pour l'avenir en 2005¹²³⁴. Comme ce système permettait au titulaire du droit d'obtenir une réduction du montant des redevances, il lui était indirectement signifié la fin de cet avantage pécuniaire le jour de l'entrée en vigueur. Très simplement, les redevances devaient être payées selon le taux « normal ». Il est possible d'affirmer que les situations juridiques existantes furent automatiquement supprimées. C'est-à-dire que le législateur n'a pas seulement supprimé *un moyen* de créer la licence légale en question. Il souhaita mettre fin définitivement à cette situation juridique.

343. L'exemple de la suppression du certificat d'addition - Au sein d'une espèce, un CCP avait été délivré sur la base d'un certificat d'addition¹²³⁵. Ce dernier titre a ensuite été abrogé par la loi du 26 novembre 1990 et il fallut régler le sort du CCP accessoire. Il convient de se poser la question suivante : en considérant que la situation juridique « titularité d'un certificat d'addition » a été supprimée pour l'avenir par le législateur, quel est le sort des situations juridiques existantes au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ?

En principe, une situation juridique légale « en cours » peut voir ses effets juridiques retouchés par une loi nouvelle. Il ne s'agit que d'une illustration du principe de l'application immédiate de la loi. Seulement, dans ce cas de figure, le législateur ne procède pas seulement à une réduction des prérogatives offertes par le titre, il envisage la suppression même de la situation juridique.

¹²³⁴ Il s'agit de la loi n° 2005-842 du 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (*JORF* du 27 juill. 2005) qui a supprimé l'article L. 613-10 du Code de la propriété intellectuelle. V. C. LE STANC, *Feue la licence de droit : Propr. ind.* 2005, repère n° 10.

¹²³⁵ TGI Paris, 28 mars 2000 : *D.* 2002, somm. 1192, obs. J. C. GALLOUX.

À ce sujet, le doyen ROUBIER distingue selon que le législateur vise la situation juridique elle-même ou *les moyens* de créer cette situation juridique¹²³⁶. Il faut se poser les questions suivantes : la loi nouvelle remet-elle en cause l'existence même de la situation juridique ? La loi nouvelle ne fait-elle que modifier les différents moyens de créer cette situation juridique ?

Il est avoué par l'auteur lui-même que la distinction est subtile. Envisager l'extinction d'une situation juridique pour l'avenir serait une tâche extrêmement difficile pour l'interprète : « *C'est ici une des difficultés les plus considérables de la matière ; et sans doute, le plus souvent, il y a, dans la loi nouvelle, une disposition qui règle l'application de la loi dans le temps, en ce qui concerne les situations existantes* »¹²³⁷. Toujours est-il que le doyen ROUBIER estime que les situations juridiques légales « en cours d'effet » doivent être sauvegardées lorsque le législateur modifie seulement le moyen de parvenir à cette situation juridique. Au contraire, si c'est la situation juridique en tant que telle qui doit être remise en cause par la loi nouvelle, comme celle résultant de l'esclavage, pour prendre un exemple classique, les situations juridiques existantes au jour de l'entrée en vigueur sont automatiquement réputées éteintes.

Retournons sur nos pas. La loi du 26 novembre 1990 est-elle relative au moyen de protéger une « chose intellectuelle » ou à la possibilité même de réserver cette chose ?

Le certificat d'addition représente la faculté de demander un titre accessoire rattaché à au moins une revendication du brevet principal. Il faut se rappeler qu'un brevet peut théoriquement offrir une protection à la chose réservée par un certificat d'addition. Par conséquent, la loi nouvelle n'est pas relative à la situation juridique en tant que telle, mais plutôt à un moyen de constituer cette situation juridique¹²³⁸. En appliquant maintenant le principe proposé par ROUBIER, les situations juridiques « en cours » au jour de l'entrée en vigueur devraient être sauvegardées jusqu'à leur terme. Les titulaires de certificats d'addition au jour de l'entrée en vigueur ne devaient donc pas être inquiétés par la réforme. Il faut remarquer que le souhait d'une disposition transitoire dont ROUBIER fait mention fut précisément exaucé. Selon la disposition transitoire de l'article L. 611-5 du Code de la propriété intellectuelle, les certificats d'addition sont restés valables quand ils avaient été octroyés sous la loi précédente. Dans l'espèce citée, le CCP avait été délivré justement sous

¹²³⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 213 n° 47.

¹²³⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 213 n° 47.

¹²³⁸ En somme, un raisonnement fondé sur le caractère alternatif des protections par le brevet et par le certificat d'addition permet de dire que la réforme concerne les moyens de protection d'une chose intellectuelle donnée.

l'empire de la loi du 26 novembre 1990, sur la base d'un certificat d'addition ancien. Pour les juges, ce CCP était toujours valable¹²³⁹.

344. La tentative d'une généralisation du raisonnement à l'ensemble de la propriété intellectuelle - Une chose intellectuelle est une chose susceptible, par les caractères qu'elle présente, d'être réservée par l'intermédiaire d'un droit de propriété intellectuelle. Selon une approche théorique, cette chose pourrait toujours recevoir une protection par le droit des biens. Chose dotée d'une valeur et montrant une certaine rareté, sa protection par un droit de propriété pourrait toujours être concevable. Bien sûr, cette protection est toujours moins intéressante. Toujours-est-il qu'il est tentant d'utiliser le principe de ROUBIER pour affirmer : une loi qui aurait pour objet la suppression d'un droit de propriété intellectuelle pour l'avenir ne pourrait jamais atteindre des droits intellectuels « en cours de validité ». En effet, selon le doyen, une situation juridique doit être sauvegardée dès lors que le législateur ne souhaite supprimer qu'un moyen de constituer ce type de situation juridique. En cas de suppression d'un droit de propriété intellectuelle pour l'avenir, il s'agirait de dire que seul un moyen d'obtenir une réservation des utilités de la chose est concerné par la loi nouvelle. Le droit des biens permettant toujours, par défaut, de protéger cette valeur. En conclusion, tous les droits de propriété intellectuelle « en cours » pourraient donc « survivre » jusqu'à l'arrivée du terme de la protection légale.

Imaginons l'absence de toute règle d'interdiction du clonage des êtres humains au sein du droit positif. Par la création d'une telle règle, le législateur souhaiterait implicitement qu'elle prenne effet dès l'entrée en vigueur du texte de loi. Il ne serait pas admis qu'un droit de brevet accordé sous l'empire de la loi précédente sur un procédé de clonage humain puisse être sauvegardé. Faut-il alors douter du mécanisme proposé par ROUBIER et sa mise en œuvre au regard d'un droit des biens préexistant ?

Une réponse négative doit être apportée. En effet, le raisonnement sur le droit des biens ne peut pas jouer dans ce cas de figure parce que le procédé en question serait qualifié de « chose hors du commerce », chose qui échappe à tout rapport d'appropriation.

¹²³⁹ Il est possible d'émettre une réserve : comme le législateur est libre de donner à la loi nouvelle le champ d'application temporel qu'il souhaite par l'insertion d'une disposition transitoire, il pourrait être critiquable de conclure à un respect rigoureux de la distinction de ROUBIER.

345. Conclusion de la Section II – Quand il est question d'appliquer immédiatement une règle nouvelle à un monopole « en cours de validité » au jour de l'entrée en vigueur, il est possible de raisonner en termes de « situation juridique légale en cours d'effet ». Il s'agit d'un outil de simplification indéniable. L'application immédiate de la loi nouvelle peut alors être correctement justifiée par le juge. Néanmoins, quand le législateur entend réduire les prérogatives du titulaire du droit ou la durée de réservation de la chose, l'application stricte du principe proposé par ROUBIER peut se heurter au souhait de sauvegarder les intérêts du titulaire du droit. À ce titre, il a été constaté que les modifications législatives ayant la durée du droit pour objet sont toujours délicates à appréhender en droit de la propriété intellectuelle. En effet, la transposition de la doctrine de ROUBIER conduit à une application automatique de la loi nouvelle. D'ailleurs, aucune assimilation avec le mécanisme de la prescription n'est permise. L'analyse structurale proposée par le doyen HÉRON permet également de justifier cette assertion. Autrement dit, le délai plus court proposé par une réforme ne s'ajouterait même pas depuis la date d'entrée en vigueur. Là encore, afin d'éviter l'application brutale d'une réforme qui peut se révéler défavorable aux intérêts du titulaire du droit, le législateur est fortement encouragé à insérer des dispositions transitoires.

Enfin, la nuance que le doyen ROUBIER propose à l'interprète, qui consiste à distinguer la diminution des effets d'une situation juridique, de la suppression même de celle-ci, a été transposée au droit de la propriété intellectuelle. Il a été constaté que le droit des biens permettait alors de justifier la survie jusqu'à son terme d'un droit de propriété intellectuelle qui serait menacé d'une disparition imminente par la loi nouvelle. En effet, la chose intellectuelle, étant dans l'absolu protégeable au titre de l'article 544 du Code civil, dès lors qu'elle présente une utilité et une certaine rareté, le législateur ne ferait que supprimer un moyen de réserver cette chose. Il ne s'agirait donc pas de supprimer à l'avenir toute possibilité de se réserver les utilités de la chose. Le cas échéant, le législateur annoncerait la création d'une chose hors du commerce. Certes, ce cas de figure peut éventuellement se rencontrer en droit de la propriété intellectuelle, mais il reste toutefois peu probable. Par exemple, les procédés de clonage humain ne sont pas brevetables, mais c'est une règle appartenant au droit civil qui fonde en réalité cette interdiction. Il convient à présent de transposer au droit de la propriété intellectuelle la qualification de « situation juridique contractuelle en cours d'effet ».

SECTION III / Les situations juridiques contractuelles « en cours d'effet »

346. Une situation juridique qualifiée de « contractuelle » semble très facile à concevoir. Pourtant, certaines difficultés transitoires peuvent apparaître dès lors que le contrat n'est pas l'unique objet d'étude de l'interprète de la loi nouvelle. Par exemple, en matière de création salariée, Monsieur PLAISANT proposait en 1983 un contrat général écrit avec la tenue parallèle d'un registre, permettant de faire état de la cession des droits de l'auteur lors de la remise de chaque création¹²⁴⁰. En imaginant une organisation de cette nature par le législateur, comment une loi nouvelle réformatrice sur ce point aurait-elle pu modifier en douceur une pratique contractuelle établie ?

D'une manière générale, une loi nouvelle appliquée à un « contrat en cours » apparaît souvent comme une hypothèse de rétroactivité. L'article 2 du Code civil devrait s'opposer à ce qu'un contrat « en cours » ou déjà entièrement exécuté, soit réinterprété à la lumière d'une loi nouvelle. À ce titre, le droit des régimes matrimoniaux est toujours intéressant parce qu'il a pour particularité de présenter un contrat dont la durée d'exécution s'étale sur une longue période de temps. Lorsque les juges défendaient l'empire de la loi ancienne, il s'agissait d'abord de considérer le régime matrimonial en cause comme « un tout » indissociable. Par exemple, l'application de la loi nouvelle ne pouvait pas être demandée sous prétexte que la date d'acquisition de certains biens était postérieure à l'entrée en vigueur du texte. Pour défendre la survie de la loi ancienne, il était affirmé que le juge, en appliquant la loi nouvelle, aurait violé l'article 2 du Code civil¹²⁴¹.

D'une manière générale, il faut retenir que la situation juridique contractuelle n'est pas concernée par l'application immédiate de la loi nouvelle dès lors que le contrat a épuisé tous ses effets au jour de son entrée en vigueur. Il faut aussi garder à l'esprit que la situation juridique contractuelle est parfois difficile à appréhender au regard de son contenu. Par exemple, il a pu être affirmé que des coutumes antérieures à l'entrée en vigueur du Code civil devaient être considérées comme intégrées au contrat¹²⁴².

Au regard des spécificités du droit de la propriété intellectuelle, il s'agit d'aborder cette qualification de « loi rétroactive » dès lors qu'il est question d'appliquer la loi nouvelle à un

¹²⁴⁰ V. Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1982 : *JCP* 1983, II, 20054, note R. PLAISANT.

¹²⁴¹ Cass. civ., 27 janv. 1840 : *Rec. Sirey* 1840, I, p. 257.

¹²⁴² V. Cour royale de Rouen, 19 janv. 1843 : *Rec. Sirey* 1843, II, p. 114.

contrat « en cours » (I). Il faut également rechercher la manière dont le principe de survie de la loi ancienne est reçu dans cette discipline (II). Enfin, il convient d'identifier les avantages que l'application de la loi nouvelle aux contrats « en cours » est en mesure de présenter (III).

I / La rétroactivité de la loi nouvelle appliquée par le juge à un contrat « en cours »

347. Une application de la loi nouvelle au contrat : une entorse à l'article 2 Code civil - En droit de la propriété intellectuelle et à l'occasion de la réforme opérée par la loi du 3 juillet 1985, l'INA affirmait : « *il est de principe en matière contractuelle que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même d'ordre public, continuent à être régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés à moins que la loi nouvelle n'ait expressément prévu sa rétroactivité* »¹²⁴³. De même, au sein de l'article 10 de la directive du 22 mai 2001, consacré à son application dans le temps, figure un 2° : « *La présente directive s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002* », cette date étant la date limite de transposition de la directive. Il faut alors se rappeler que les droits acquis constituent une limite classique à l'application généralisée de la loi nouvelle. Il faut aussi constater que les « *actes conclus* » devraient recevoir la même protection que les « *droits acquis* ». Par conséquent, les conventions conclues sous le droit antérieur semblent devoir être sauvegardées sur le fondement du principe de non rétroactivité. Pourtant, Monsieur BACH voit dans cette hypothèse une application seulement immédiate de la loi nouvelle¹²⁴⁴. Il considère que les contractants ne sont pas habilités par la loi ancienne à édicter des normes juridiques individuelles qui seraient à l'abri d'un changement de législation jusqu'au terme du contrat¹²⁴⁵. Il convient alors de comprendre la teneur du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, parce qu'il semble à lui-seul en mesure de résoudre toutes les difficultés.

¹²⁴³ V. la note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1999 : *Comm. com. électr.* oct. 1999, comm. n° 11, note J-C. GALLOUX. Il était souligné que seul l'article 19 alinéa 5, devenu l'article L. 212-7 du Code de la propriété intellectuelle avait une portée rétroactive. Les durées de vingt et de trente années retenues dans les protocoles et conventions collectives antérieurs n'auraient pu, par conséquent, être modifiées par la loi nouvelle. V. l'article 30 de la loi (article L. 211-4 du Code de la propriété intellectuelle).

¹²⁴⁴ L. BACH, *Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps*, article précité, n° 149.

¹²⁴⁵ Finalement, c'est aussi le rappel d'une infériorité de la norme contractuelle au regard de la norme légale. L. BACH : *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, article précité, n° 29, p. 430. L'auteur définit l'hypothèse de la survie de la loi ancienne de la manière suivante : « (...) *il est décidé que la norme législative ancienne régira certaines conduites, certains actes, de la catégorie de ceux que vise la norme législative nouvelle, et postérieurs à l'entrée en vigueur de cette norme - et ce sera la raison de l'application de la norme législative ancienne - qui se rattachent à des « circonstances » ayant existé au temps où la norme législative nouvelle n'était pas encore en vigueur (...)* ».

II / Le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle

348. Comme les parties à un contrat poursuivent des objectifs différents, il est possible que l'une des parties ait intérêt à demander l'application immédiate d'une loi nouvelle. Il s'agit alors de déterminer la valeur des stipulations qui prévoient la soumission de l'accord à des textes légaux ultérieurs. Par exemple, certains auteurs souhaitaient une révision de leur contrat, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, au regard de la prohibition nouvelle de la rémunération forfaitaire¹²⁴⁶. Le principe de survie de la loi ancienne a alors pour fonction de permettre à l'autre partie de justifier son souhait de voir cette convention régie par la loi en vigueur au jour de sa conclusion, et ce, jusqu'à son terme. La loi ancienne « survit » parce qu'il est imaginé que tout ce qui trouve « en dehors » du contrat, est soumis au régime de la loi nouvelle. Il faut d'ailleurs remarquer que le principe de survie de la loi ancienne¹²⁴⁷ peut être invoqué depuis la date de rencontre de la volonté des parties.

Il convient de noter également que ne pas appliquer la loi nouvelle à un contrat « en cours » par souci de laisser les termes de la convention en conformité avec la volonté des contractants, est un point de vue qui ne peut être conservé d'une manière absolue aujourd'hui. Madame DEKEUWER-DEFFOSSEZ avait déjà souligné que l'intérêt des contractants n'était pas toujours de figer définitivement la loi applicable à leur accord¹²⁴⁸.

Le principe de survie de la loi ancienne a trouvé ses plus belles illustrations en droit des régimes matrimoniaux¹²⁴⁹. Ce principe a reçu de nombreuses illustrations en droit d'auteur¹²⁵⁰, souvent défavorables aux intérêts du créateur¹²⁵¹. Par exemple, il a été considéré qu'une cession de droits conclue sous l'empire du droit révolutionnaire avait produit les effets qui étaient attachés à cette époque à toute cession d'une œuvre¹²⁵². Les juges ont décidé qu'un

¹²⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1967 : *JCP* 1968, II, 15530, note P. LEVEL. En l'espèce, la clause ne fut pas interprétée par les juges comme impliquant l'application de la loi nouvelle de 1957 au contrat antérieur.

¹²⁴⁷ Par exemple, l'article 49 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 interdit les clauses de renonciation du bénéfice de subrogation. La disposition n'a pas été appliquée aux cautionnements souscrits avant l'entrée en vigueur : Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1988 : *Bull. civ.* I, n° 153 ; *D.* 1988, somm., p. 278, note L. AYNES.

¹²⁴⁸ F. DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 31, p. 44 et s.

¹²⁴⁹ V. Cour royale de Bastia, 4 mai 1836 : *Rec. Sirey* 1837, II, p. 73.

¹²⁵⁰ V. CA Paris, 26 janv. 2000 : *Comm. com. électr.* mai 2000, comm. n° 53, note C. CARON. La Fondation Le Corbusier, ainsi que les héritiers de l'auteur, ne contestaient pas que la cession devait en l'espèce être régie par la loi des 19 et 24 juillet 1793. Le litige était relatif à l'étendue de la cession effectuée.

¹²⁵¹ CA Paris, 11 juill. 2005 : *Juris-data* n° 2005-29014 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. n°3, note C. CARON.

¹²⁵² V. Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2005 : *Comm. Com. électr.* juill.-août 2005, comm. n° 109, note C. CARON. (à vérifier) Pour la Cour de cassation : « la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la

contrat d'édition conclu en 1957, avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, ne pouvait avoir créé, à la charge de l'éditeur, une obligation de reddition de compte¹²⁵³. De même, au sein d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 11 octobre 2006¹²⁵⁴, les juges affirmèrent que les contrats demeuraient soumis, dans leurs effets à venir, à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. En l'espèce, la loi nouvelle du 11 mars 1957 était sollicitée en tant qu'elle apportait un principe d'interprétation stricte des cessions de droits d'auteurs. Il faut alors rappeler qu'avant la réforme de 1957, toute exploitation non prévisible ne pouvait en aucun cas entrer dans le champ contractuel. À l'issue de la réforme, les parties obtiennent la faculté d'insérer un type de clause en ce sens, sur le fondement de l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle¹²⁵⁵. Aujourd'hui, à l'encontre du principe de l'interprétation stricte, il faudrait peut-être considérer la notion de « cohérence contractuelle »¹²⁵⁶.

Il faut remarquer que toutes les présomptions légales qui ont pour fait générateur la conclusion d'un contrat suscitent le même raisonnement transitoire. Par exemple, les juges ont pu considérer que la présomption édictée par l'article 17 de la loi du 11 mars 1957 était limitée à l'exploitation cinématographique et ne s'étendait pas aux droits d'exploitation télévisuelle et vidéographique¹²⁵⁷. Il s'agissait de dire que l'intervention du législateur par la loi du 3 juillet 1985 n'avait pas pu étendre le champ de la présomption aux contrats « en cours » au jour de l'entrée en vigueur de la réforme¹²⁵⁸. Prenons un autre exemple. Selon l'article L. 132-24 du CPI, le contrat conclu entre le producteur et les auteurs d'une œuvre audiovisuelle emporte cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle. Cependant, une clause contraire est possible. Il faut alors constater un premier élément du présumé : la conclusion d'un contrat au sein duquel il n'existe aucune clause de cession (A)¹²⁵⁹. Dès lors que cet élément du présumé est constaté sous la loi

propriété d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre, ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux de l'œuvre ». Il en est déduit que le cessionnaire bénéficie des modes d'exploitation inconnus, mais aussi des prolongations légales de protection dans tous les pays concernés par l'exploitation.

¹²⁵³ CA Paris, 13 nov. 1996 : *RIDA* avr. 1997, p. 294. Il était aussi question de la stipulation d'une rémunération forfaitaire, modalité admise avant la réforme de 1957.

¹²⁵⁴ CA Paris., 11 oct. 2006 : *RIDA*, janv. 2007, p. 261, note P. SIRINELLI.

¹²⁵⁵ Dans l'affaire « Feuillade », le contrat avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957. Il s'agissait de connaître la teneur des droits cédés. Les juges ont considéré que l'exploitation télévisuelle de l'œuvre ne pouvait pas avoir été prévue par les parties. Par conséquent, cette exploitation devait être considérée comme située hors du champ contractuel.

¹²⁵⁶ Si le droit d'exploiter la chose est réellement cédé, le cocontractant de l'auteur devrait pouvoir faire usage de l'œuvre selon l'idée commune que tout un chacun peut se faire de ses utilités économiques. V. sur ce sujet : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. de H. MUIR WATTT, PUAM, 2001.

¹²⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 : *RIDA* janv. 1995, p. 197.

¹²⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : *RIDA* oct. 1997, p. 231.

¹²⁵⁹ Les deux éléments pourraient être réunis en une seule condition : la conclusion d'un contrat dont aucune clause n'a précisément pour objet d'écarter la présomption légale.

ancienne, l'effet juridique (B), « mise en œuvre de la présomption légale », ne pourrait jamais être modifié à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Le cas échéant, la loi serait appliquée d'une manière rétroactive. De même, au sein de l'article L. 132-31 du CPI, dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, il est dit que le « *contrat entre le producteur et l'auteur entraîne (...) cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre* », sous réserve de précisions sur la rémunération due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre et sous réserve d'une absence de clause contraire. Le même schéma se retrouve¹²⁶⁰. Enfin, il peut être noté qu'en droit des brevets, la Cour d'appel de Paris a décidé, avec l'approbation de la Chambre commerciale, que la cession des parts de copropriété n'avait pas à respecter le droit de préemption des autres copropriétaires, si elle avait été conclue avant le 1^{er} janvier 1969, et ce, même si la publicité de l'opération était intervenue après cette date¹²⁶¹. Force est de constater que le principe de survie de la loi ancienne trouve des illustrations dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

349. Conclusion du II – Il a été constaté que le principe de survie de la loi ancienne dans le domaine contractuel a reçu de nombreuses illustrations en droit de la propriété intellectuelle. Le juge s'est donc, à chaque fois, conformé au principe selon lequel les situations juridiques contractuelles « en cours » étaient en mesure d'échapper au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Le fait que la solution put se révéler défavorable aux intérêts du titulaire du droit n'a pas importé. Le principe de sécurité juridique serait donc garanti puisque l'interprète s'attend à retrouver une application universelle du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle. Pourquoi l'analyse semble-t-elle soudainement plus simple ?

L'interprète imagine très rapidement la situation juridique dont il est question au sein de ce principe. Elle est conçue comme la signification transitoire de ce qu'il connaît, le contrat. Lorsqu'il est dit que la situation juridique contractuelle n'est pas atteinte par une loi qui entrerait en vigueur pendant sa durée d'exécution, il ne s'agit pas d'isoler avec patience les éléments de reconnaissance de la situation juridique. S'il est difficile d'isoler rapidement la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle », il est au contraire

¹²⁶⁰ Il faudrait aussi citer l'article L. 132-36 du CPI, qui dispose : « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel (...), qui contribue (...) à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur, emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées* ».

¹²⁶¹ CA Paris, 2 avr. 1971 : *PIBD* 1971, 60, III, 142 ; Cass. com. 19 févr. 1973 : *PIBD* 1973, 73, III, 281.

élémentaire de circonscrire la situation juridique contractuelle. Il suffit de retenir la date de conclusion du contrat. Finalement, le droit de la propriété intellectuelle ne montre aucun obstacle à la reconnaissance d'une survie de la loi ancienne pour les situations juridiques contractuelles. Toutefois, il convient de s'intéresser aux arguments en faveur d'une application immédiate de la loi nouvelle à un contrat « en cours ».

III / Les arguments favorables à une application de la loi nouvelle aux contrats « en cours »

350. La notion d'« effet légal du contrat » - Les juges considèrent parfois que l'application immédiate de la loi nouvelle à un contrat antérieur peut se justifier au regard de la notion d'« effet légal du contrat »¹²⁶². Cette qualification donnerait au juge le pouvoir de régir immédiatement un aspect essentiel de la convention¹²⁶³.

Un exemple récent peut être donné avec un arrêt de la Cour de cassation rendu sur le fondement de la loi dite MURCEF¹²⁶⁴. Il était soutenu que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle restaient régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils avaient été conclus. Il s'agissait donc de défendre l'application du principe de survie de la loi ancienne. Au contraire, la Cour de cassation retint en l'espèce que « les effets légaux » du contrat devaient être régis par la loi nouvelle. Monsieur ROUQUET¹²⁶⁵ explique : « *Cette solution procède de l'idée selon laquelle il y a lieu d'appliquer la loi nouvelle aux situations juridiques établies avant sa promulgation, dès lors, d'une part, que la disposition nouvelle trouve son fondement, non dans le contrat conclu entre les parties, mais dans la volonté du législateur et, d'autre part qu'elle ne concerne que les effets non encore réalisés des contrats en cours* ». La recherche du fondement de la règle nouvelle, selon qu'il s'agit de la volonté des parties ou de celle du législateur, semble assurément délicate. Il faut d'ailleurs se souvenir

¹²⁶² V. par exemple : Cass. com., 10 mai 2005 : *D.* 2005. 1412, obs. E. CHEVRIER. La loi n° 98-69 du 6 février 1998, dite loi « GAYSSOT », n'est pas reconnue applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur. Il est expliqué que le contrat de transport serait en effet dénué d'« effet légal ». La loi du 31 décembre 1975 avait pourtant été appliquée aux contrats en cours. La solution était ainsi justifiée : l'action directe du sous-traitant a son fondement « dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties » : Cass. ch. mixte., 13 mars 1981 : *D.* 1981, jur. p. 309 (1^{ère} esp), note A. BÉNABENT ; *JCP* 1981, II, 19568 (1^{ère} esp), concl. TOUBAS ; CA Dijon, 24 sept. 2002 : *JCP E* 2003, n° 10, p. 395 ; Cass. com., 18 mars 2003 : *RTD com.* 2003, p. 562, obs. B. BOULOC ; *JCP E* 2003, n° 23, p. 932.

¹²⁶³ Cass. 3^{ème} civ., 18 fév. 2009 : *D.* 2009, p. 1450, note G. LARDEUX.

¹²⁶⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : *JORF* n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703. V. Cass. ass. plén., 23 janv. 2004 : *D.* 2004, note P.-Y. GAUTIER ; *JCP* 2004, II, 10030, note M. M.BILLIAU ; *RTD civ.* 2004, p. 341, obs. P. THÉRY ; *ibid.* p. 371, obs. J. RAYNARD.

¹²⁶⁵ V. CA Versailles., 6 févr. 2003 : *D.* 2003, p. 832, obs. Y. ROUQUET.

que toute règle créée par un contrat peut être considérée comme un effet légal de celui-ci¹²⁶⁶. En somme, il faudrait rechercher si la règle retouchée par la loi nouvelle se rapporte plus au domaine contractuel ou au domaine légal.

351. Le statut de la « chose intellectuelle » - En droit de la propriété intellectuelle, le contrat à exécution successive « type » est le contrat de concession ou le contrat de licence. Il faut noter que le principe de survie de la loi ancienne entre facilement en concurrence avec cette idée selon laquelle le « statut légal » d'une chose intellectuelle, dont les utilités constituent l'objet du contrat, permettrait, à lui seul, de justifier l'application immédiate de la loi nouvelle à la convention « en cours ». Il faut alors se demander si certaines solutions propres au droit de la propriété intellectuelle ne peuvent pas être expliquées par un raisonnement de cette nature, axé sur l'existence de la chose.

Par exemple, en matière de logiciels, avant la loi du 3 juillet 1985, le salarié restait titulaire de ses droits sur l'œuvre, sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, à moins d'un accord contractuel respectant l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Il fut souhaité qu'à l'instar de ce qui existait en matière de brevets, un régime spécifique des logiciels d'employés fut créé. La loi du 3 juillet 1985 organisa une dévolution des droits au bénéfice de l'employeur. L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 45 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985¹²⁶⁷ établit de nouvelles règles de dévolution des droits d'auteur au profit de l'employeur : « *Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs* »¹²⁶⁸. La réforme n'a concerné que les logiciels créés après le 1^{er} janvier 1986¹²⁶⁹. La Cour de cassation a considéré que les salariés avaient pu compter jusqu'à cette date sur le principe posé à

¹²⁶⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2001 : n° 1, p. 3 : « *En fait, le contrat a pour effet commun à la loi d'être créateur de normes juridiques, ce qui n'interdit pas que les normes ainsi créées aient pour objet le plus fréquent d'accorder des droits subjectifs aux cocontractants. Ce qui est essentiel est de bien réaliser que le contrat n'est pas seulement créateur de droits, mais plus fondamentalement qu'il crée du Droit, c'est-à-dire des règles juridiques* ».

¹²⁶⁷ Alinéa 1^{er}.

¹²⁶⁸ Les travaux préparatoires de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 se contentaient de renvoyer à l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle. Cette disposition est relative à l'attribution du droit de brevet en présence d'une invention créée par un salarié.

¹²⁶⁹ En principe, les dates de réalisation des différentes versions d'un même logiciel doivent rester indifférentes. CA Versailles, 4 oct. 2001 : *JCP E* 2002, Chron. 1334, n° 38, p. 1473 ; *RJDA* 3/2002, n° 327, p. 276. La CA considère que le logiciel est « *un produit nécessairement évolutif, qui doit s'adapter aux changements rapides de la technologie (...), que les versions successives d'un tel produit, qui doivent être rendues compatibles avec les précédentes, ne constituent pas en tant que telles, et sauf preuve contraire, une œuvre originale nouvelle* ». La qualification d'œuvre dérivée n'est donc pas opportune dans ces circonstances. V. Cass. 1^{ère} civ. 16 déc. 1992 : *RIDA* avr. 1993, p. 193, note P. SIRINELLI ; *JCP* 1993, IV, n° 549 ; Expertises 1993, p. 118 ; CA Bordeaux 14 mai 1991 : *JCP E*, I, n° 41, p. 64, obs. A. LUCAS et M. VIVANT.

l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui leur garantissait la titularité des droits. L'employeur ne pouvait donc acquérir les droits d'auteurs sur les logiciels créés avant l'entrée en vigueur de la réforme, qu'en respectant le droit spécial des contrats d'auteurs¹²⁷⁰. La notion de « situation juridique contractuelle en cours d'effet » semble utile lorsque l'on sait que les fournisseurs de logiciels avaient coutume de garantir leurs clients contre les évictions de droit qu'ils auraient pu souffrir en provenance de leurs salariés. Quel fut le sort de ces clauses au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985 ?

Celles-ci gardèrent leur utilité, dès lors que la loi nouvelle n'avait pu provoquer la dévolution immédiate des droits d'auteurs à l'employeur. Certains auteurs ont pourtant soutenu que la loi nouvelle devait s'appliquer à tous les logiciels existants, peu importerait leur date de leur création¹²⁷¹. Le statut de la chose intellectuelle aurait automatiquement changé au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. D'ailleurs, à partir du moment où cette réforme était fortement souhaitée par les employeurs, ceux-ci auraient pu penser à une intervention seulement symbolique du législateur, à une sorte d'alignement formel de la loi sur la pratique. Dans cette hypothèse, l'employeur aurait été détenteur des droits sur le logiciel depuis sa création, sans qu'une cession conforme à l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle n'ait été conclue. Les clauses de garantie auraient alors perdu toute utilité dès le 1^{er} janvier 1986¹²⁷². Encore une fois, il faut constater que la vision adoptée du « droit antérieur » oriente bien souvent le raisonnement transitoire.

Choisissons un autre exemple. L'article L. 613-10 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 2 janvier 1968¹²⁷³, a été abrogé par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la

¹²⁷⁰ V. CA Douai 21 nov. 1990, *précité*. Un logiciel avait été mis au point pendant l'année 1984. L'exploitation et la commercialisation en était faite par l'entreprise. Le 2 novembre 1984, l'informaticien revendiquait la paternité du logiciel par une lettre adressée à son employeur. En juillet 1985, il assignait la société en contrefaçon. La Cour d'appel reconnaît alors l'originalité du logiciel en 1990, à une date à laquelle la loi de 1985 était entrée en vigueur. Elle reconnaît le droit d'auteur de l'informaticien et affirme que ce dernier avait « tacitement cédé ses droits d'auteur » jusqu'à cette date du 2 novembre 1984, à laquelle il se décida à manifester ses droits. La cession tacite aurait donc pu se déduire du comportement de l'auteur. La Cour de cassation, casse l'arrêt d'appel. Elle rappelle que l'article 45 de la loi de 1985 n'était pas applicable en la cause et que les parties n'avaient conclu aucune convention de cession comportant les stipulations imposées par la loi : « Attendu que l'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, dont la transmission est subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

¹²⁷¹ J. HUET, *Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur* : D. 1985, chron. p. 261

¹²⁷² J. HUET, *Commentaire sur la loi de 1957, article précité* : « Applicable à compter du 1^{er} janvier 1986, cette loi consolide d'ores et déjà l'état du droit antérieur (dans la perspective de conflits de lois dans le temps, on peut l'interpréter en ce sens et considérer qu'il y a continuité et non pas rupture, notamment en ce qui concerne les logiciels créés par des salariés dont on peut penser que la jurisprudence existante et la notion d'œuvre collective justifiaient l'attribution des droits d'auteur à l'entreprise), et il n'est pas interdit de s'y référer dès maintenant dans les contrats ».

¹²⁷³ V. l'article 31 bis de la loi.

confiance et la modernisation de l'économie¹²⁷⁴. La règle antérieure prévoyait que le breveté pouvait faire la demande d'une « *licence de droit* » au directeur de l'INPI. Le breveté bénéficiait dans ce cas d'une réduction des redevances annuelles¹²⁷⁵. Comme la licence en question devait faire l'objet d'une demande, l'application immédiate de la loi nouvelle consiste logiquement en une impossibilité de formuler une telle demande à l'avenir. Il reste un problème à résoudre néanmoins : l'abrogation de l'article L. 613-10 du Code de la propriété intellectuelle a-t-elle porté atteinte aux contrats antérieurs ?

Le législateur qui entend supprimer pour l'avenir une procédure d'offre publique d'exploitation des utilités d'une invention ne souhaite pas remettre en question les contrats de licence eux-mêmes. De sorte que les contrats déjà conclus devraient subsister jusqu'à leur terme. Force est de constater que le principe de survie de la loi ancienne permet que de consolider le raisonnement¹²⁷⁶.

352. L'absence de caractère imprévisible d'une réforme en droit de la propriété intellectuelle - Le législateur qui intervient à l'aide d'une disposition transitoire pour aménager les contrats « en cours » semble consacrer, en quelque sorte, la théorie de l'imprévision. En effet, il admet que l'équilibre des parties puisse se trouver affecté par la réforme¹²⁷⁷. Il pourrait alors être répondu que l'entrée en vigueur d'une réforme favorable aux intérêts de l'auteur n'est pas un événement imprévisible. D'une manière plus générale, ne constitue pas un événement imprévisible l'augmentation de la valeur de l'œuvre. Or, il a été constaté que celle-ci peut indirectement résulter d'une augmentation de la durée des droits. En conclusion, le refus de l'imprévision, en l'absence de toute disposition transitoire, n'est pas une position qui pourrait, à elle-seule, interdire l'application immédiate de la loi nouvelle à un contrat « en cours ».

¹²⁷⁴ V. l'article 22 de la loi. Cet article prévoit, parmi d'autres règles, que l'article L. 613-10 du Code de la propriété intellectuelle est abrogé.

¹²⁷⁵ V. alinéa 3 de l'ancien article L. 613-10 du Code de la propriété intellectuelle. Les dispositions réglementaires R. 613-1 à R. 613-3 ont été abrogées par le décret n° 2007-280 du 1^{er} mars 2007 (article 14).

¹²⁷⁶ La procédure conduisait à la formation d'un contrat de licence non exclusive, auquel il était permis au licencié de renoncer. L'inventeur pouvait de même renoncer à cette démarche d'offre publique d'exploitation. Dans ce cas, la décision était sans effet sur les licences déjà obtenues ou même seulement demandées. Par conséquent, le changement d'avis de l'inventeur ne devait pas affecter les contrats déjà conclus. Un raisonnement par analogie pourrait permettre de soutenir cette conservation des contrats antérieurs même sous l'empire de la loi nouvelle.

¹²⁷⁷ F. DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 32, p. 45 : « (...) *les controverses jurisprudentielles et doctrinales relatives à l'imprévision manifestent la vanité des prévisions à long terme des cocontractants : lorsque la modification des circonstances économiques rend le contrat par trop injuste, le législateur peut suppléer l'impossibilité de le modifier en cas d'imprévision. La loi, loin de détruire l'équilibre voulu par les parties, vient rééquilibrer une solution devenue injuste* ».

353. Conclusion de la Section III - L'application immédiate d'une loi nouvelle à un contrat « en cours » peut aisément être critiquée sur le fondement d'une atteinte au principe de non-rétroactivité. La solution semble logiquement s'imposer. D'ailleurs, le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle tend à justifier ce résultat. En droit de la propriété intellectuelle, de nombreuses applications de ce principe démontrent le défaut d'autonomie de la discipline sur ce point. Ici, comme ailleurs, le contrat reste assimilé à une situation juridique continue et invariablement régie par les mêmes dispositions légales. Néanmoins, il a été aperçu que l'attente de la mise en œuvre d'une réforme à la conclusion future de nouveaux contrats ne satisfait pas toujours à l'exigence de sécurité juridique. L'application immédiate de la loi nouvelle a pu être justifiée en droit civil par la notion d'« effet légal » du contrat. En droit de la propriété intellectuelle, il faudrait s'intéresser à celle de « statut légal ». Le domaine de la création salariée, que celle-ci s'opère d'ailleurs dans le domaine de la propriété industrielle ou dans celui de la propriété littéraire et artistique, montre souvent la nécessité de ne pas « figer » le contrat au jour de sa conclusion.

354. Conclusion du Chapitre II – La notion de « situation juridique » permet de schématiser les termes d'un problème transitoire. Il a été constaté qu'en droit de la propriété intellectuelle, le raisonnement de l'interprète ne peut faire totalement abstraction des particularités de la discipline. Le doyen ROUBIER nous apprend que la situation juridique « en cours de formation », ainsi que la situation juridique « en cours d'extinction » reçoit un régime transitoire identique à celui des « situations juridiques en cours d'effet ». Le droit de la propriété intellectuelle montre que la notion de « situation juridique en cours de formation » se rencontre uniquement en droit de la propriété industrielle, en raison de la procédure d'enregistrement qui conditionne la protection de la chose. En outre, la notion de « situation juridique en cours d'extinction » semble bien plus exprimer un point de vue critique sur la légitimité des monopoles, plutôt que de correspondre à une vision objective du problème transitoire. Il est alors risqué de construire un raisonnement à partir de cette notion. En effet, celle-ci serait en mesure de nourrir l'idée selon laquelle la finalité d'un droit de propriété intellectuelle est de s'éteindre et de laisser la chose intellectuelle antérieurement réservée « tomber » dans le domaine public.

S'agissant de la notion de « situation juridique légale en cours d'effet », elle postule une application immédiate de toute loi nouvelle, peu importe que son objet soit d'augmenter ou de réduire les prérogatives du titulaire du droit. En droit de la propriété intellectuelle, il a été

constaté que le législateur paralysait parfois la solution prônée par le doyen ROUBIER par l'insertion de dispositions transitoires. Ces dernières empêchent alors la mesure défavorable aux intérêts du titulaire du droit d'atteindre les monopoles en « cours de validité » le jour de l'entrée en vigueur. Enfin, en matière contractuelle, le principe de survie de la loi ancienne se vérifie très simplement en droit de la propriété intellectuelle. Il est très facile d'isoler la situation juridique concernée. Le droit de la propriété intellectuelle se démarque seulement par cette notion de « statut légal » de la chose intellectuelle, qui serait en mesure de justifier l'application immédiate de la loi nouvelle et de faire exception au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle.

355. Conclusion du Sous-titre I – L'application immédiate de la loi nouvelle peut être analysée au regard de la notion de « droit acquis » d'abord, de la notion de « situation juridique en cours » ensuite. En droit de la propriété intellectuelle, l'utilisation de la notion de « droit acquis » ne semble pas adaptée à la complexité de la discipline. Surtout, elle pourrait être utilisée afin de justifier *a posteriori* le choix de la loi applicable. En revanche, la notion de « situation juridique en cours », écrite de cette façon : « titularité d'un droit de propriété intellectuelle », permet de décomposer de nombreux problèmes transitoires. Il est alors plus facile de comprendre les interventions du législateur, suscitées par le désir d'éviter une trop grande « brutalité » dans la mise en œuvre d'une réforme. Les dispositions transitoires ont ainsi pour fonction de mettre de côté la construction du doyen ROUBIER, applicable par défaut, lorsque les intérêts des titulaires du droit sont trop fortement malmenés. Il a été constaté que le principe de survie de la loi ancienne recevait de nombreuses illustrations en droit de la propriété intellectuelle, consacrant ainsi l'universalité du principe. Seule la notion de « statut légal », appliquée à la chose intellectuelle, serait en mesure d'écarter cette solution. Il faut à présent s'intéresser à l'application immédiate des normes nouvelles quand elle est justifiée par une qualification spécifique de la loi.

Sous-titre II / L'APPLICATION IMMÉDIATE DES NORMES NOUVELLES JUSTIFIÉE PAR UNE QUALIFICATION SPÉCIFIQUE DE LA LOI

356. Le principe de l'application immédiate s'applique par défaut. Il s'agit d'une conséquence implicite de l'application du principe de non rétroactivité. Cependant, l'interprète peut savoir que la rétroactivité est interdite au juge et que le texte légal doit s'appliquer d'une manière seulement immédiate, toute difficulté n'est pas pour autant écartée. Il faut encore connaître les limites de cette application immédiate.

Dans cette optique, l'interprète s'efforce de qualifier les éléments essentiels du litige. Il entreprend d'isoler les « critères de rattachement » de la loi nouvelle. À cet effet, il se remémore les qualifications doctrinales et jurisprudentielles propres au droit transitoire. Certaines concernent la loi elle-même. C'est-à-dire qu'en plus de la notion de « droit acquis » et de « situation juridique », l'interprète sait qu'il peut se servir de qualifications spécifiques, attachées à certaines normes de la loi nouvelle. Quand il est question de défendre l'application immédiate de la loi nouvelle, il est traditionnel de penser aux « loi d'ordre public » ou aux « loi de procédure ». Ces qualifications ont une signification transitoire propre. L'application immédiate de la loi nouvelle est parfaitement justifiée d'une part, les limites de l'application de la réforme dans le temps devraient être aperçues beaucoup plus simplement, d'autre part.

En fin de compte, utiliser une qualification transitoire applicable aux normes issues de la loi nouvelle permet d'exclure en principe toute réflexion supplémentaire. Il devrait s'agir d'une démarche rassurante. C'est pour cette raison qu'il est apparu essentiel d'opérer une vérification en droit de la propriété intellectuelle quant à la légitimité de leur utilisation afin de résoudre un conflit de lois dans le temps. La qualification de « loi d'ordre public » sera abordée en premier lieu en raison de sa renommée (**Chapitre I**) La qualification de « loi de procédure », dont le maniement semble d'ailleurs plus complexe, sera étudiée en second (**Chapitre II**).

Chapitre 1 / LES LOIS D'ORDRE PUBLIC

357. De quelle façon la qualification de « loi d'ordre public » serait-elle utile à l'interprète dans le cadre de la résolution d'un problème transitoire ?

Par exemple, dans le domaine des inventions de salariés, qualifier l'obligation de rémunération supplémentaire de « disposition d'ordre public »¹²⁷⁸ aurait permis de déduire une application immédiate de la loi nouvelle à tous les contrats « en cours » au jour de l'entrée en vigueur. De même, la notion de « loi d'ordre public » si elle était utile, permettrait de comprendre aisément l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle, relative au sort du monopole lorsque la création s'est effectuée dans le cadre d'un contrat de mariage. En effet, cette qualification aurait permis de donner une explication logique au traitement différent qui s'infère de l'article entre le monopole d'une part, et les fruits du monopole d'autre part. Notamment, il s'agirait d'expliquer l'intérêt du législateur d'opter pour une solution contraire à la jurisprudence classique des régimes matrimoniaux adoptée à l'époque¹²⁷⁹.

D'un autre côté, la difficulté de mettre en exergue l'ordre public utile d'un point de vue transitoire semble déjà constituer un inconvénient majeur. Par exemple, ce n'est que dix années après l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1964¹²⁸⁰ que les juges se prononcèrent sur la validité d'une marque au regard de l'impératif lié au respect de l'ordre public¹²⁸¹. La rareté de la jurisprudence en la matière pourrait conduire à douter de l'opportunité d'une telle étude.

En outre, aujourd'hui, le juge doit connaître les subtilités d'un ordre public communautaire¹²⁸². Cette prise en compte est certainement en mesure de compliquer la tâche

¹²⁷⁸ Cass. com. 22 févr. 2005 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 35, p. 40. En l'espèce, le constat du caractère impératif de la rémunération supplémentaire avait pour conséquence de considérer comme nulle une clause d'une convention collective.

¹²⁷⁹ V. TGI Paris, 4 juin 1980 : *D.* 1982, p. 45, obs. C. COLOMBET ; *RIDA* 1980, n° 106, p. 144, obs. A. FRANÇON. Il s'agit du premier litige relatif à l'application de l'article 25 de la loi du 11 mars 1957, dans « l'affaire Léo Ferré ».

¹²⁸⁰ L'interdiction de déposer un signe contraire à l'ordre public est prévue à l'article 3, alinéa 1.

¹²⁸¹ V. CA Aix en Provence, 24 oct. 1974 : *JCP* 1977, II, 18699.

¹²⁸² Par exemple, les dommages-intérêts non compensatoires tels que les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires, sont contraires à l'ordre public communautaire : PE et Cons. UE, règl. n° 864/2007/CE, 11 juill. 2007, consid. n° 32, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) : *JOUE* n° L 199, 31 juill. 2007, p. 40.

de l'interprète. En conséquence, une vision unique et stable de la notion d'ordre public n'est peut-être qu'un leurre.

Cependant, il faut remarquer que le critère de l'ordre public a fait une apparition remarquée en droit d'auteur en 2001¹²⁸³. Les juges semblent avoir refusé que l'empire de la loi nouvelle du 11 mars 1957 ne s'étende trop généreusement aux contrats conclus avant son entrée en vigueur. Était-ce une façon de mettre un terme aux incertitudes liées à la définition des obligations naturelles du contrat d'édition, qui s'imposent aux parties sans qu'une clause spéciale ne soit nécessaire ? Faut-il au contraire y voir la preuve de l'existence d'une théorie fondée sur le rôle de l'ordre public en droit transitoire ?

Il convient de se demander si la solution stricte qui a été donnée en droit d'auteur n'est une simple confirmation de certaines positions jurisprudentielles propres au droit civil. Il avait par exemple été considéré que les lois sur l'usure ou les loyers ne témoignaient pas d'un intérêt général suffisant pour bouleverser l'économie du contrat¹²⁸⁴.

D'une manière générale, l'interprète entend se servir de la qualification de « loi d'ordre public » afin de justifier une « application généralisée » de la loi nouvelle. L'ordre public est invoqué pour repousser toute survie partielle de l'ordonnement juridique « ancien » (**Section I**). En toute objectivité, l'utilité de l'ordre public, dans le cadre d'un raisonnement transitoire en droit de la propriété intellectuelle, doit être patiemment recherchée (**Section II**). Comme il apparaît dans la doctrine transitoire classique que la notion de « statut légal » est en mesure de concentrer tous les aspects d'un ordre public pourvu d'une valeur transitoire, il conviendra de confronter cette qualification aux spécificités du droit de la propriété intellectuelle (**Section III**). Au terme de cette étude, les contours de l'ordre public, tel qu'il peut être utilisé par l'interprète afin de choisir la loi applicable, seront dessinés. Il s'agira enfin d'aborder les critiques éventuelles de l'attribution catégorique d'une valeur transitoire à la qualification de « loi d'ordre public » (**Section IV**).

¹²⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2001, *jurisprudence déjà citée* : *D.* 2002, AJ, p. 646.

¹²⁸⁴ V. sur les baux : Cass. ch. réunies., 13 janv. 1932 : *D.P.* 1932, I, p. 18 ; Cass. com., 28 déc. 1953 : *Gaz. Pal.* 1954, I, 141 ; sur l'usure ; Cass. civ., 9 déc. 1942 : *Gaz. Pal.* 1943, I, 43.

SECTION I / Une application généralisée de la loi d'ordre public : entre application rétroactive et application immédiate

358. Au sein de la doctrine classique¹²⁸⁵, la qualification de « loi d'ordre public » semble parfois postuler une application rétroactive de ses dispositions (I). Il faut comprendre que le régime de la loi nouvelle est supposé ne rencontrer aucune limite. En quelque sorte, le droit ancien est balayé d'un revers de main par le législateur. En revanche, quand l'ordre public est invoqué dans le domaine contractuel, il s'agit en réalité de justifier une application immédiate des dispositions de la loi nouvelle (II). En d'autres termes, le juge entend garder une scission entre une période antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme et une période qui lui succède. Il s'agit toujours de refuser l'empire de la loi ancienne, mais seulement pour l'avenir, d'une manière plus mesurée.

I / La rétroactivité de la loi d'ordre public

359. Le refus d'une rétroactivité implicite – Le doyen ROUBIER estime que penser la rétroactivité comme attachée à une catégorie de lois, sans « *clause particulière, à raison de leur caractère ou de leur objet* », n'est pas admissible. Le premier exemple utilisé par l'auteur, au sein de cette critique de toute « *rétroactivité innée* », concerne justement les lois d'ordre public¹²⁸⁶. La technique de résolution des conflits de lois dans le temps proposée par l'auteur consiste à se concentrer sur l'incidence des lois selon les différents moments d'une situation juridique. Par suite, la loi n'est pas étudiée pour elle-même.

LEVEL¹²⁸⁷ rejette également l'idée d'une rétroactivité tacite. Cette option serait révélatrice d'une incapacité à résoudre correctement les conflits de lois dans le temps : « *Admettre, [en effet], l'idée d'une rétroactivité innée est le plus souvent le résultat de l'ignorance ou de l'échec d'un critère de détermination de la loi applicable (...)* ».

¹²⁸⁵ V. B. STARCK et H. BOYER, *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} éd., 2000, n° 452 et s., p. 179 et s.

¹²⁸⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 61, p. 281 : « (...) dire que, suivant l'objet de la loi, suivant qu'il s'agit par exemple d'une loi d'ordre public, ou d'une loi relative à l'état des personnes, ou de telle ou telle autre catégorie de lois, l'application de la loi dans le temps devra être différente, c'est formuler une proposition insoutenable ».

¹²⁸⁷ P. LEVEL, *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*, *op. cit.*, n° 70, p. 125.

Reconnaître une rétroactivité innée à toute loi d'ordre public permettrait au juge de contourner facilement le principe de l'article 2 du Code civil. Par exemple, il lui suffirait d'annoncer que l'objet de la loi nouvelle sert l'intérêt général¹²⁸⁸. La proximité de l'intérêt général et de l'ordre public est à ce titre dangereuse, tant la notion d'intérêt général est susceptible de se retrouver dans toute production législative¹²⁸⁹. L'auteur VAREILLES-SOMMIÈRES estimait d'ailleurs que toutes les lois intéressaient l'ordre public et que l'article 6 du Code civil rappelait seulement une « vérité élémentaire »¹²⁹⁰. En droit de la propriété intellectuelle, l'interprétation des conventions d'une manière favorable aux intérêts de l'auteur satisfait indirectement l'intérêt général puisque, ce faisant, le juge privilégie une partie supposée en état de faiblesse. Dans ce cas, toute loi nouvelle rétablissant un équilibre contractuel plus conforme à l'équité devrait s'appliquer immédiatement. Le principe de survie de la loi ancienne serait alors réduit à un champ d'application particulièrement restreint.

360. Une rétroactivité justifiée par une absence de droit acquis - Les lois d'ordre public ont pu être considérées comme des lois rétroactives, dès lors qu'elles étaient en mesure de remettre en cause des droits acquis¹²⁹¹. Dans un domaine marqué par la présence de l'ordre public, aucun droit acquis ne serait réellement opposable¹²⁹². De même, l'importance des principes portés par le texte légal justifie l'application la plus générale possible de la réforme, nonobstant l'existence du principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle¹²⁹³. Il faut alors noter que si le législateur est maître d'imposer une vision nouvelle de l'ordre social, sans qu'aucun droit acquis ni aucune convention contraire ne puisse constituer un frein à la réalisation de la réforme, l'explication n'est pas de même nature. Dans le premier cas, la

¹²⁸⁸ V. F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique* : *RTD civ.* 2001, p. 487, spéc. p. 503 et 504.

¹²⁸⁹ V. G. VAREILLES DE SOMMIÈRES, *M. LAINÉ et les lois d'ordre public*, Paris, 1904, Extrait de la revue de Lille, Juin-Juillet 1903, n° 6, p. 2 ; A. SIMON *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941, p. 11 ; P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé*, tome 1^{er}, préf. P. ESMEIN, éditions MATOT-BRAINE, Reims, 1953, n° 44, p. 37 et s.

¹²⁹⁰ G. VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 10, p. 3.

¹²⁹¹ En somme, lorsque le sujet de droit déclare : « je n'ai pas à subir les conséquences de cette réforme parce que je dispose d'un droit acquis », le législateur répond : « vous ne pouvez en aucune façon détenir un droit acquis lorsque je légifère en cette matière, en raison de l'ordre public qui y règne ».

¹²⁹² P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 83, p. 415. L'article 2 du Code civil devrait être écarté pour cette raison : « *Seraient rétroactives les lois de police, de sûreté et les lois d'ordre public ; car, dit-on, on ne saurait avoir de droit acquis à l'encontre des bonnes mœurs, de l'ordre social et de la sécurité des citoyens* ». Par exemple, à propos d'un arrêt rendu par le Conseil d'État le 19 janvier 1877 (*Rec. sirey.* 1879. II. 63), le commissaire du gouvernement s'exprime ainsi : « *Toute la question est de savoir si [l'article 9 de la loi du 27 juillet 1872] a un effet rétroactif. On a soutenu que cette disposition pouvait être interprétée rétroactivement, soit parce qu'il s'agit d'une disposition de faveur, soit parce qu'elle touche à l'ordre public* ». C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publié par R. BEUDANT, Paris, 1896, n° 143, p. 150. Certaines lois d'ordre public auraient un effet rétroactif, « *parce qu'en général, il n'y a pas de droits acquis en ces matières* ». L'auteur donne l'exemple des lois de compétence. V. Cour royale de Toulouse, 13 févr. 1835 : *Rec. Sirey* 1835, II, 256.

¹²⁹³ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 83, p. 419.

rétroactivité de la loi nouvelle est en question, alors que dans le second, il ne s'agit que d'application immédiate¹²⁹⁴.

Dans l'histoire du droit d'auteur, l'inopposabilité des droits acquis a été précisément évoquée dans un domaine intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs¹²⁹⁵. Avec la loi du 9 septembre 1835, fut instauré un système d'autorisation préalable avant toute mise en vente ou exposition de dessins, gravures, lithographies, médailles, estampes et emblèmes¹²⁹⁶. La procédure visait à interdire la publication de certains objets contraires à la morale publique. La Cour de cassation précisa qu'à la réforme ne devait « résister » aucune « possession » ou « usage » antérieur qui lui serait contraire. La justification de la Cour était fort simple : « les lois de police et de sûreté obligent les citoyens du jour de leur publication ».

Avec la loi nouvelle, toute vente ou exposition portant sur des dessins ou gravures devait donner lieu à une autorisation préalable. Les juges affirmèrent que cette règle ne devait pas recevoir exception quand les œuvres en cause avaient déjà été publiées sous le droit permissif antérieur¹²⁹⁷. Pour autant, seuls les actes de publication postérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme devaient faire l'objet d'une nouvelle procédure de contrôle. Inquiéter l'auteur à raison de faits de publication effectués sous l'empire de la loi ancienne aurait conduit à appliquer de manière rétroactive la loi nouvelle.

DUPIN invite l'interprète à se concentrer sur le « fait d'exposition »¹²⁹⁸, fait « éminemment soumis à la puissance du législateur et à la loi de l'époque où il se passe, car il intéresse à un haut degré la police et l'ordre public ». Cet élément serait nécessairement soumis à la loi nouvelle, dès lors qu'il se réalise après son entrée en vigueur. La publication de l'œuvre est ainsi érigée en « critère de rattachement » de la loi nouvelle¹²⁹⁹ et chasse toute considération fondée sur l'inefficacité de « droits acquis » existants, voire sur l'absence de ceux-ci. Il

¹²⁹⁴ V. Ch. crim., 9 déc. 1836 : *Rec. Sirey* 1836, I, p. 905, note n° 1 : il ne ferait aucun doute que « les lois nouvelles, en matière de police, ne puissent sans effet rétroactif, modifier pour l'avenir les possessions et usages antérieurement établis ». Il est ajouté que « c'est ce qu'exige l'ordre, le bien public contre lesquels il ne peut jamais y avoir de droits acquis ».

¹²⁹⁵ Nier l'existence d'un « droit acquis » ou constater son caractère inopposable, revient dans les deux cas à s'affranchir des limites posées par l'article 2 du Code civil.

¹²⁹⁶ L'article 20 de la loi dispose : « Aucun dessin, aucunes gravures, lithographie, médailles et estampes, aucun emblème de quelque nature que ce soit, ne pourront être publiés, exposés ou mis en vente sans l'autorisation préalable du ministre de l'intérieur, à Paris, et des préfets dans les départements ».

¹²⁹⁷ Il ne fut pas permis d'invoquer un droit acquis à l'exercice d'une liberté antérieure, que le législateur souhaitait précisément restreindre.

¹²⁹⁸ V sous Ch. crim., 9 déc. 1836, précité.

¹²⁹⁹ La notion de « critère de rattachement » prend ici tout son sens : peu importe la date de création des dessins, gravures ou lithographie, dès lors que l'œuvre a été exposée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le syllogisme nouveau reçoit application.

convient à présent d'aborder l'application immédiate des lois d'ordre public aux contrats « en cours ».

II / Le principe de l'application immédiate de la loi d'ordre public aux contrats « en cours »

361. Dans un premier temps, il faut constater la prudence de la jurisprudence au regard du principe de l'application d'une loi d'ordre public à un contrat « en cours » (A). D'une manière paradoxale, l'image traditionnelle d'une convention bouleversée dans son équilibre par une loi d'ordre public n'est pas vérifiée en pratique. Pourtant, il est indéniable qu'une telle application de la loi nouvelle est en mesure de présenter beaucoup d'avantages (B).

A / Une application modérée du principe en jurisprudence

362. Le caractère « particulièrement impératif de la loi nouvelle », un moyen de restreindre la solution transitoire traditionnelle - La loi qualifiée d'ordre public peut-elle bouleverser la lettre voire à l'esprit d'un contrat en cours¹³⁰⁰?

Une loi rétroactive est souvent identifiée par l'atteinte qu'elle porte aux prévisions des sujets de droit¹³⁰¹. Une loi qui réécrit la loi des parties représente sur ce point un danger équivalent à celui qui est attaché à toute loi rétroactive. L'approche du problème par le législateur ne serait d'ailleurs pas différente dans les deux cas. L'objectif est d'obtenir une application étendue de la réforme. Le doyen ROUBIER considère qu'une loi d'ordre public n'est pas en mesure d'atteindre un contrat « en cours d'exécution »¹³⁰². Cette opinion s'inscrit dans un courant doctrinal qui postule que l'application de toute loi nouvelle aux conventions « en cours » est critiquable en elle-même, faisant de la qualification de la loi un débat presque secondaire¹³⁰³. La Cour de cassation refusa à plusieurs reprises de considérer que le seul caractère d'ordre

¹³⁰⁰ Il n'est pas toujours aisé de déterminer si le contrat est véritablement « en cours » à la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Par exemple, il faut parfois analyser une période post-contractuelle. V. A.-C. MONGE et F. NÉSI, *Chronique de la Cour de cassation, Troisième chambre civile* : D. 2009, chron. p. 2573, spéc. p. 2574 ; V. Cass. 3^{ème} civ. 24 juin 2009 : D. 2009, AJ, p. 1827, obs. D. FOREST.

¹³⁰¹ V. P. CASSIA, *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes* : D. 2006, chron. p. 1190

¹³⁰² P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 416 et s.

¹³⁰³ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 407, p. 367, les décisions faisant une application immédiate de la loi d'ordre public à un contrat « en cours » sont jugées « isolées » et « contestables ». V. aussi pour la critique de : Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 1970 : JCP 1970, II, 16537, note E. GUILLOT.

public de la loi puisse faire exception au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle¹³⁰⁴. En droit d'auteur, les juges ont montré leur attachement à la conservation de la loi des parties¹³⁰⁵. Le principe d'interprétation stricte de la cession des droits patrimoniaux de l'auteur n'a pas été appliqué en présence de contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957. Indirectement, l'ordre public attaché à la règle nouvelle n'était pas suffisant.

Il faut rappeler que l'ordre public en mesure de faire échec à la loi ancienne n'est pas identique à celui auquel sont subordonnées les conventions, sur le fondement de l'article 6 du Code civil. L'ordre public serait d'un degré supérieur, « *renforcé, particulièrement impérieux, la sécurité des contractants cédant devant des raisons sociales ou nationales très graves* »¹³⁰⁶. Cette exigence rappelle les différentes gradations dont peut être affublée la notion d'intérêt général¹³⁰⁷.

Pour le droit d'auteur, l'arrêt du 4 décembre 2001 est le fondement de cette exigence d'un ordre public particulièrement impératif, seul en mesure de justifier une mise à l'écart de la loi ancienne¹³⁰⁸. Il faut noter que la Cour de cassation impose indirectement une clause expresse

¹³⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ., 17 févr. 1993 : *Bull. civ.*, III, n° 19, p. 12 ; Cass. com., 26 févr. 1991 : *D.* 1991, IR, p. 90 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 avr. 1989 : *Bull. civ.* I, n° 160, p. 106 ; *JCP* 1990, II, 21523, note M. T ; Cass. com., 11 oct. 1988 : *Bull. civ.*, IV, n° 274, p. 187 ; *D.* 1988, IR, p. 247. Le rôle transitoire de l'ordre public a parfois été complètement ignoré, voire expressément nié : Cass. ch. réunies., 13 janv. 1932 : *DP* 1932, I, 18, rapport PILON ; Cass. com., 28 déc. 1953 : *Gaz. Pal.* 1954, I, 141 (déjà cités) ; Cass. civ., 7 juin 1901 : *DP* 1902, I, 105 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 avr. 1960 : *Gaz. Pal.* 1960, II, 82 ; Cass. com., 15 juin 1962 : *Gaz. Pal.* 1962, II, 200 ; Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 1968 : *JCP* 1969, II, 15771 ; Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1970 ; CA Aix en Provence, 11 oct. 1962 : *Gaz. Pal.* 1962, II, 262 ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juill. 1987 : *Bull. civ.*, III, n° 138, p. 81.

¹³⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ. 25 mai 2005 : *D.* 2005, AJ, 1699, note J. DALEAU ; *Comm. com. électr.* 2005, n° 109, note C. CARON ; *Prop. intell.* 2005, p. 345, note A. LUCAS ; *Légipresse* 2005, III, 223, note A. MAFFRE-BAUGÉ ; *D.* 2006, p. 661, note B. EDELMAN.

¹³⁰⁶ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN 3^{ème} éd. 1990, n° 407, p. 367.

¹³⁰⁷ G. CORNU, *op. cit.*, n° 339, p. 135 : « *Les lois d'ordre public sont d'intérêt général. Peut-être faudrait-il préciser qu'elles s'inspirent, dans cet ordre, d'un intérêt renforcé. Une loi est d'ordre public lorsqu'elle intéresse les principes fondamentaux de l'ordre social (public ou privé), lorsqu'elle répond à des besoins primordiaux du corps social. Cependant ce ne sont là que des standards, de larges formules destinées à guider le juge : des directives pour la détermination judiciaire de l'ordre public implicite* ». V. sur les différentes manières dont l'ordre public peut être conçu selon les sujets et « la force » qui lui est alors attribuée : F. BOQUILLON, *Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail* : *D.* 2005, chron. p. 803, spéc. p. 805 ; N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement, vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, 2008, p. 461. Sur la notion d'« ordre public économique » : Cass. civ., 9 déc. 1942 : *Gaz. Pal.* 1943, II, 93 ; *RTD civ.* 1943, p. 123, obs. J. CARBONNIER ; Cass. civ., 7 août 1944 : *RTD civ.* 1945, p. 40, obs. J. CARBONNIER ; Cass. com., 9 déc. 1948 : *RTD civ.* 1949, p. 270, obs. J. CARBONNIER et p. 360, obs. J. HÉMARDE ; M. S. KHALIL, *Le dirigisme économique des contrats*, France, Égypte, URSS, LGDJ, 1967, p. 338-339, n° 537 et s.

¹³⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2001 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. 19, obs. C. CARON ; *JCP* 2002, IV, 1104 ; *Légipresse* 2002, n° 189, I, p. 23 ; *Prop. intell.* 2002, n° 3, p. 61, obs. A. LUCAS ; *RIDA*, avr. 2002, p. 340, obs. A. KÉRÉVER. Il est dit : « *En l'absence de dispositions expresses de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats d'édition demeurent soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion* ». L'arrêt d'appel qui avait refusé d'appliquer les dispositions de la loi du 11 mars 1957, relatives aux obligations d'exploitation de l'œuvre et de reddition de compte, à un contrat conclu sous l'empire du droit antérieur, est confirmé. Les juges avaient décidé d'appliquer la loi en vigueur au jour de la conclusion de la convention. L'obligation de reddition de compte qui pèse sur

de la loi « *prévoyant son application impérative* ». Cette précision semble exclure le jeu d'un ordre public « virtuel ». C'est-à-dire que le juge devrait en tout premier lieu s'appuyer sur une référence explicite du législateur pour déclarer l'application de la loi nouvelle à un contrat conclu sous le droit antérieur¹³⁰⁹.

Dans tous les cas, cette jurisprudence pose un principe abstrait de résolution des conflits de lois dans le temps. La formulation de l'attendu témoigne d'une véritable prise de position¹³¹⁰. En effet, le juge avait déjà considéré, avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, qu'une obligation de reddition de compte pesait sur l'éditeur¹³¹¹. C'est-à-dire que le juge aurait pu s'inspirer de cette jurisprudence pour donner à la loi nouvelle un champ d'application très étendu. En d'autres termes, il aurait pu découvrir cette obligation par le jeu d'une interprétation de la convention conforme à la jurisprudence en vigueur. Le choix de la loi ancienne est d'autant plus symbolique.

D'un point de vue prospectif, si une loi nouvelle devait apporter une réglementation propre aux licences de logiciels par exemple, il faudrait toujours appliquer le principe de survie de la loi ancienne¹³¹². Il est en effet peu probable que ce régime soit qualifié par le législateur d'impératif dans toutes ses composantes. Sans un intérêt général sous-jacent évident, le juge ne serait que rarement conduit à retenir la présence d'un ordre public particulièrement impératif. Il convient toutefois de présenter les avantages d'une application immédiate de la loi nouvelle à un contrat « en cours ».

l'éditeur n'aurait pas cette force « particulièrement impérative », seule en mesure de soumettre le contrat à la loi nouvelle.

¹³⁰⁹ Le juge devrait-il vérifier qu'à la clause expresse du législateur sur la nature d'ordre public de la disposition corresponde bien des considérations impératives ? Cette précision dans l'attendu rend l'ensemble un peu confus puisqu'il est possible d'y déceler une référence à l'ordre public « implicite », qui est pourtant précisément écarté dans un premier temps.

¹³¹⁰ L'interprète doit diviser sa démarche en plusieurs étapes. Avant de rechercher si la loi nouvelle est ou non « *particulièrement impérative* », il faut d'abord vérifier si celle-ci a réellement innové. En brûlant les étapes, le risque est d'utiliser le critère de l'ordre public de manière arbitraire. Le législateur souhaite-t-il modifier la pratique contractuelle ou au contraire réaffirmer des obligations fréquemment insérées dans un type de contrat donné ? Dans cette dernière hypothèse, le juge pourrait être tenté de donner à la loi nouvelle une application temporelle très étendue. Il serait alors tenté de justifier d'une manière artificielle son choix, en retenant la qualification de « loi particulièrement impérative ». En réalité, la simple qualification de « loi de codification » serait suffisante.

¹³¹¹ Sur l'obligation de l'éditeur de rendre compte de sa gestion : Trib. com. de la Seine, 4 juin 1896 : *Ann. propr. ind.* 1897, p. 349. Sur l'obligation de rendre compte de la façon dont l'œuvre a été « répandue » dans le public : Trib. civ. Seine, 18 mai 1920 : *Gaz. Pal.* 1920, II, 63 ; Trib. com. Seine, 21 juin 1937 : *Gaz. Pal.* 1937, II, 533. Il s'agirait aussi de penser à la notion « d'obligation essentielle » du contrat d'édition.

¹³¹² Il serait possible d'imaginer un changement de la force obligatoire des mentions de l'article L. 132-13 du Code de la propriété intellectuelle.

B / Les avantages d'une application immédiate de la loi nouvelle à un contrat « en cours »

363. Assurer l'uniformité des règles applicables - En premier lieu, le choix de la loi nouvelle a pour effet d'empêcher la coexistence d'une dualité de régimes applicables en fonction de la date de conclusion de la convention. Ce faisant, est favorisée une certaine uniformité¹³¹³. Toutes les parties à un même type de contrat sont soumises à des règles identiques, conformément d'ailleurs au principe de non-discrimination¹³¹⁴.

364. Éviter des distorsions de concurrence - Également, forcer l'adaptation d'un contrat aux nouvelles normes en vigueur peut être un moyen d'éviter une distorsion de concurrence¹³¹⁵. En droit de la propriété intellectuelle, il serait conforme à une certaine équité du droit des affaires qu'un formalisme source de contraintes et de coûts pour les entreprises doive concerner tous les contrats « en cours » et pas seulement ceux qui seraient conclus à l'avenir¹³¹⁶. Le procédé de la disposition transitoire trouverait alors toute son utilité pour les contrats antérieurs¹³¹⁷.

Par exemple, il a été observé que les cessions d'œuvres ou de dessins ou modèles cédés dans le contexte d'une relation de travail, reçoivent un régime unique quand la chose est utilisée « à des fins internes à l'entreprise »¹³¹⁸. Imaginons que le législateur, conscient des différentes oppositions doctrinales, impose un formalisme spécifique, moins exigeant que celui énoncé à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. D'un côté, le régime de

¹³¹³ Cette uniformité peut d'ailleurs constituer l'objet même de la loi nouvelle. Par exemple, la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation (*JORF* du 5 janvier 1972, p. 145) a entraîné la création d'une discrimination successorale. Le législateur décida d'intervenir à nouveau. La loi du n° 76-1036 15 novembre 1976 rendit possible l'ouverture d'une action en recherche de paternité à d'autres enfants adultérins, ceux qui avaient été précisément exclus du bénéfice de la réforme en raison de leur date de naissance (loi complétant les dispositions transitoires de la loi n° 72-3 : *JORF* du 16 novembre 1976).

¹³¹⁴ F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation* : *D.* 2006 ; p. 17, spéc. p. 24, note n° 51 : « Remarquons qu'on justifie le retour à l'application immédiate, même dans les situations de nature contractuelle, par cet argument de l'impossibilité de traiter différemment des personnes placées dans des situations semblables. Les rapports entre le principe de non-discrimination et le droit transitoire mériteraient d'être mieux étudiés ».

¹³¹⁵ V. L.-M. AUGAGNEUR, *Application dans le temps et dans l'espace de la loi de modernisation de l'économie (LME) sur la réduction des délais de paiement impératifs* : *JCP E*, 2008, II, 2365. Une période d'adaptation fut prévue pour les entreprises. Une distorsion de concurrence était observable entre les opérateurs économiques déjà titulaires d'un contrat « en cours d'exécution » et les autres. La période d'adaptation pouvait avoir pour conséquence d'encourager la conclusion de contrats avant la date du 1^{er} janvier 2009, dans le seul but d'éviter l'application des nouvelles règles à venir.

¹³¹⁶ Ne serait-ce que pour éviter les fraudes consistant à prolonger artificiellement la durée d'un contrat pour ne pas avoir à en conclure un autre.

¹³¹⁷ C'est-à-dire que la solution n'appartient plus réellement à la théorie générale du droit transitoire. Une intervention du législateur est nécessaire et le seul travail d'interprétation du juge se révèle insuffisant.

¹³¹⁸ A. BERTRAND, *op. cit.*, n° 105. 30 et s.

protection de l'auteur serait assoupli. D'un autre côté, les règles en vigueur seraient durcies pour tous ceux qui défendent une protection restrictive du domaine de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, notamment une concentration du formalisme sur les contrats cités à l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle. L'application de la réforme aux seuls contrats conclus après son entrée en vigueur risquerait-elle de fausser la concurrence entre des entreprises ayant une activité identique ?

Il est déjà possible de dire que les contrats conclus avant la réforme correspondraient toujours à une incertitude insupportable, quand les contrats postérieurs seraient clairement encadrés. Dans le silence du législateur, la notion d'ordre public permettrait, en théorie, de justifier une application uniforme de la loi nouvelle. Cependant, l'interprétation des contrats d'exploitation en droit d'auteur ne semble pas correspondre à un domaine « particulièrement impératif » au regard de la jurisprudence rendue le lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957. Peut-être devrait-on considérer l'analyse civile des contrats à exécution successive pour tenter d'introduire les règles nouvelles dans la sphère contractuelle. En effet, il faut se souvenir que les hypothèses de renouvellement d'un contrat peuvent donner au juge la faculté d'appliquer la loi nouvelle¹³¹⁹. Évidemment, l'insertion d'une disposition transitoire garantirait seule une sécurité juridique acceptable.

365. Supprimer rapidement des abus - La suppression de certains abus est un objectif qui pourrait suffire à légitimer une atteinte immédiate à la loi des parties¹³²⁰. Madame DEKEUWER-DÉFOSSEZ fait état de ces lois qui ont pour objet la suppression de certains abus¹³²¹. Il faut remarquer qu'en droit de la propriété intellectuelle, le législateur n'envisage expressément que l'abus du droit moral. Néanmoins, il est possible de deviner la sanction indirecte d'un abus quand un équilibre de départ est rompu. Par exemple, les juges ont pu considérer que le créateur ayant manifesté « *clairement et en connaissance de cause sa volonté de mettre l'œuvre à la disposition de celui qui l'a commandée, ne peut plus la retenir*

¹³¹⁹ V. Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2003 : *Bull. civ.* n° 116 ; Cass., avis n° 09620007 du 4 oct. 1996: *Bull. civ.* Avis n° 7. En matière de crédit à la consommation, une obligation d'information inédite a été mise à la charge du prêteur dès lors que le renouvellement ou la reconduction d'un contrat « ancien » est intervenue sous l'empire de la loi nouvelle.

¹³²⁰ V. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. G. GOLDMAN, LGDJ, 1962, n° 596, p. 483 et s. Sont distingués l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Dans le premier cas, la loi nouvelle devrait recevoir une application généralisée dans le temps, au motif qu'aucun droit acquis ne saurait être invoqué. Dans le second cas de figure, l'application généralisée de la loi nouvelle serait justifiée par l'impossibilité de tolérer la continuation de certains abus.

¹³²¹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, n° 30, p. 44. L'idée est la suivante : les interventions législatives qui ont pour finalité de mettre un terme à des abus contractuels devraient recevoir une application immédiate.

et doit la remettre à celui qui la réclame »¹³²². En d'autres termes, l'auteur ne peut pas se prévaloir du caractère particulier de l'objet « œuvre », quand il s'agit en réalité de ne pas exécuter le contrat conclu en connaissance de cause. De même, lorsque l'objectif du déposant ne correspond pas à la finalité du droit des marques, il est parfois considéré que le dépôt d'un signe distinctif peut caractériser un abus de droit¹³²³. En effet, il est contraire à l'intérêt général que la protection par le livre VII puisse servir d'instrument à la réservation perpétuelle de la chose.

Imaginons une loi nouvelle ayant pour objet d'établir un équilibre contractuel « forcé » en droit d'auteur ou durcissant les critères de contrôle des demandes de protection dans le domaine de la propriété industrielle. La volonté du législateur de mettre fin à un abus pourrait constituer pour le juge un argument transitoire, justifiant l'application la plus généralisée des normes nouvelles. Dans ces hypothèses, il ne serait plus possible de se prévaloir du principe de survie de la loi ancienne, dans l'objectif d'échapper à la réforme. En quelque sorte, l'« exception de survie de la loi ancienne » ne pourrait plus être opposée par celui dont le comportement révèle une mauvaise foi contractuelle. Par exemple, en droit des brevets, les juges ont dû répondre à la question de savoir si l'interdiction d'exploiter, demandée par un breveté, pouvait s'analyser comme un acte de concurrence déloyale¹³²⁴. Il est facile de rattacher cette hypothèse à la théorie de l'abus de droit. Si le juge devait codifier ce cas de figure, dans une démarche de moralisation du droit des affaires, la survie de la loi ancienne serait certainement invoquée à mauvais escient. Pourtant, en considérant l'hypothèse de la lésion en droit d'auteur, la jurisprudence ne semble pas avoir suivi ce raisonnement. La lésion est une action qui s'analyse comme la sanction d'un abus, commis au moment de la formation du contrat, par le cocontractant de l'auteur. L'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle est issu de la loi du 11 mars 1957¹³²⁵. Pour les juges, l'action en révision ne pouvait pas concerner les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de cette loi¹³²⁶. Autrement dit, la volonté du législateur de mettre fin à certains abus n'était pas suffisante. Les contrats antérieurs devaient rester soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion¹³²⁷, ils n'avaient pu donner à l'auteur cette faculté d'agir. Il est possible aussi de penser aux règles

¹³²² Trib. civ. de la Seine, 28 juin 1924 : *Gaz. Pal.* 1924, II, 455.

¹³²³ J. AZÉMA J et J-C. GALLLOUX, *op. cit.*, n°1403, p. 773. Est donné l'exemple d'un signe constitué par une forme qui serait inséparable d'un résultat industriel. V. aussi : CA Paris, 12 nov. 1991 : *PIBD* 1992, III, 230, le dépôt d'un signe avait été effectué dans l'unique but d'ouvrir un nouveau « délai d'inexploitation » :

¹³²⁴ TGI Paris 11 févr. 1980 : *PIBD* 1980, 258, III, 107 (confirmé par CA Paris, 9 juill. 1980 : *PIBD* 1980, 270, III, 237 ; V. aussi : CA Paris, 9 juill. 1980 : *PIBD* 1980, 271, III, I.

¹³²⁵ V. l'article 37 de la loi.

¹³²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1967 : *D.* 1968. somm., p. 25.

¹³²⁷ En l'occurrence, les lois fondatrices du XVIII^{ème} siècle.

relatives à la rémunération de l'auteur. Le droit des biens n'aurait pu, à lui seul, imposer le principe de la proportionnalité pour la rémunération de l'auteur, et ce, même s'il faut y voir une manifestation évidente de l'équité¹³²⁸. Cette règle protectrice des intérêts de l'auteur est issue de la loi du 11 mars 1957 et s'applique à tous les contrats d'exploitation auxquels il est partie¹³²⁹. Par suite, la règle ne pourrait être écartée en fonction de l'objet de la convention ou même de son économie. La nature impérative de la règle a souvent été affirmée en jurisprudence¹³³⁰, même si une nullité seulement relative vient sanctionner son inobservation¹³³¹. Il convient alors de noter que l'abus sous-jacent qui fut ainsi réprimé n'a pas, pour autant, conduit les juges à appliquer la règle posée à l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle aux contrats conclus avant le 11 mars 1958¹³³². La loi ancienne a été préférée. Il convient de rappeler qu'à une loi nouvelle annonciatrice d'un ordre public protecteur, peut difficilement être opposé l'argument qui tient au respect de la volonté des parties. En effet, le juge, en défendant l'application de la loi ancienne, consacrerait certainement un déséquilibre antérieur. Serait assuré le maintien sur le long terme d'une convention contraire à une vision nouvelle du contrat, supposée plus conforme à l'équité. En somme, l'assainissement des contrats d'exploitation est reporté à la conclusion prochaine de nouveaux contrats¹³³³. Il faut certainement y déceler une consécration du principe de la liberté contractuelle. Ce principe semble à lui-seul permettre au juge de faire abstraction de toutes ces considérations.

366. Lutter contre la fraude - Il peut être rappelé ici que certains sujets de droit pensent parfois mettre à profit la période de temps précédant l'entrée en vigueur de la

¹³²⁸ Il pourrait s'agir de raisonner en termes de prix de l'usage de la chose. V. CA Paris, 13 janv. 1993 : *D.* 1993 IR p. 90. Les juges estiment que le système prévu aux articles 565 et 566 du Code civil ne peut pas s'appliquer « lorsque deux droits de propriété incorporelle tels que des droits d'auteur sont en cause ». « Il ne saurait donc être soutenu que les règles de l'accession mobilière doivent régir les rapports des auteurs d'une œuvre préexistante avec les auteurs d'une œuvre composite qui l'a intégrée pour fixer sur la base de l'article 565 du Code civ. la redevance servie aux auteurs de l'œuvre préexistante ». Si au contraire ces règles devaient théoriquement s'appliquer, il s'agirait bien de vérifier la force impérative du principe de la rémunération proportionnelle afin d'écartier ce régime de droit commun, censé s'appliquer toujours pas défaut.

¹³²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1998 : *D.* 1999, jurispr. p. 306, note E. DREYER ; *RTD com.* 1999, p. 394, obs. A. FRANÇON.

¹³³⁰ CA Paris, 7 juill. 1992 : *Jurisdata* n° 1992-022456 ; CA Paris, 13 oct. 1995 : *RIDA* 1996, n° 168, p. 325, obs. A. KEREVER ; CA Paris, 9 oct. 1995 : *RIDA* avr. 1996, p. 311 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1997 : *D.* 1998, somm. p. 195, obs. C. COLOMBET ; *RIDA* 1997, n° 173, p. 279, obs. A. KEREVER. L'indice donné par le législateur est l'emploi du verbe « devoir ». La cession par l'auteur de ses droits « doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation ».

¹³³¹ L'ouverture de l'action est réservée à l'auteur et la nullité peut être couverte par une ratification. V. en ce sens : CA Paris, 4 mai 1983 : *Ann. propr. ind.* 1983, p. 222.

¹³³² CA Paris, 21 mars 1965 : *RTD com.* 1966, p. 342, obs. H. DESBOIS ; Cass. 1^{ère} civ. 30 oct. 1967 : *JCP G* 1968, II, 15530 ; *D.* 1968, somm. p. 25 ; *RIDA*, avr. 1968, p. 109 ; *Gaz. Pal.* 1968, I, 23.

¹³³³ Quant on sait que les contrats d'exploitation sont bien souvent conclus pour la durée des droits, l'argument prend toute sa valeur.

réforme, afin de contrevenir aux normes futures¹³³⁴. Pourquoi ne pas autoriser le juge à paralyser les conséquences de cette fraude par une application généralisée de la loi nouvelle ? L'ordre public serait dans ce cas un critère suffisant pour écarter le principe de survie de la loi ancienne. En ce sens, il ne serait pas nécessaire d'attendre l'insertion d'une disposition transitoire. Par exemple, en droit des marques, la loi du 4 janvier 1991 donne l'exemple d'une fraude qui est anticipée par le législateur. En matière de déchéance pour défaut d'exploitation de la marque, la reprise de cette exploitation ne fait pas obstacle à la déchéance si elle a été reprise dans les trois mois après que le titulaire a eu connaissance de la demande de sanction¹³³⁵. La loi nouvelle a pu susciter d'innombrables questions au regard de l'application dans le temps des règles relatives à la déchéance du droit, mais cette idée d'un ordre public sous-jacent n'a jamais été évoquée pour justifier une solution transitoire. Serait ainsi souhaitée une application plus rapide de la réforme. Il convient toutefois de constater que le problème de la computation des délais n'aurait pu être résolu à l'aide de cette seule réflexion sur la nature impérative de la règle.

367. Régir immédiatement des « contrats institution » - Il faut aussi savoir que le principe de survie de la loi ancienne recule traditionnellement devant la nature de certaines conventions. L'idée est la suivante : le principe de survie de la loi ancienne, quand il est justifié par le respect de la volonté des parties, ne présente plus d'utilité lorsque le consensualisme ne se vérifie plus dans toutes ses composantes. Ce point est intéressant quand on sait que le droit de la propriété intellectuelle montre quelques figures de « contrat forcé »¹³³⁶. Madame DEKEUWER-DEFFOSSEZ évoque des contrats qui donnent naissance à des « institutions d'origine contractuelle » et dont la nature devrait toujours postuler l'application immédiate de la loi nouvelle¹³³⁷. Selon cette hypothèse, le contrat est à l'origine d'un « organisme » ou d'un « statut » dont les règles de fonctionnement ne sont plus de nature contractuelle. Ces « institutions » entretiennent un lien évident avec l'ordre public. Par exemple, si le règlement de copropriété a bien une nature contractuelle, toute loi nouvelle devrait régir immédiatement certains aspects du régime de la copropriété en raison de sa nature « institutionnelle ».

¹³³⁴ Le sujet de droit a conscience que la passation d'un certain type d'acte sera prohibée l'année prochaine, il décide donc de conclure un contrat de cette nature avant la survenance de la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

¹³³⁵ V. l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³³⁶ S. JACQUIER, *Le contrat forcé en droit d'auteur : Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 26, p. 13.

¹³³⁷ F. DEKEUWER-DEFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 34, p. 49.

Quand il est question d'institutions contractuelles, il est aussi possible de penser aux indivisions¹³³⁸. Au sein d'une loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976, le législateur affirmait que son texte était applicable aux indivisions existantes au jour de son entrée en vigueur, mais que les conventions d'indivision restaient régies par le droit ancien¹³³⁹. À ce titre, Madame DEKEUWER-DÉFFOSSEZ proposait d'appliquer la loi nouvelle dans la mesure où elle n'était pas contraire à la convention¹³⁴⁰. En somme, la copropriété devait recevoir en partie un régime transitoire particulier, en considération de la « nature institutionnelle » du contrat d'indivision. Par exemple, en considérant que l'application du régime de l'indivision aux hypothèses de co-titularité des logiciels n'est pas satisfaisante, il conviendrait de se pencher sur l'instauration d'un régime supplétif, à l'instar de celui qui existe aujourd'hui en droit des brevets. La notion de « contrat institution » permettrait de résoudre les difficultés liées à la contrariété des conventions « en cours » aux dispositions nouvelles.

En droit d'auteur, il est possible de penser à l'hypothèse de la collaboration qui est évoquée à l'article L. 113-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Il est dit : « *L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs* »¹³⁴¹. En ce domaine, la loi du 11 mars 1957 a seulement opéré une codification de la jurisprudence¹³⁴², elle n'a pas réellement créé de toutes pièces ce type d'œuvre plurale. Il est difficile de reconnaître une application transitoire particulière de ces règles dans la mesure où le régime de l'indivision est ici d'une nature entièrement jurisprudentielle. Par exemple, une forme d'indivision est reconnaissable lorsqu'il est imposé par les juges que les coauteurs autorisent la mise en ligne d'une œuvre audiovisuelle d'un commun accord¹³⁴³. Cependant, il n'est pas nécessaire d'emprunter une solution transitoire spécifique au droit de l'indivision, parce qu'une loi nouvelle qui viendrait régir ce domaine ne ferait probablement qu'entériner ou infirmer une jurisprudence

¹³³⁸ Les fondements sont les suivants : les articles 815 à 815-18 du Code civil sur le régime primaire de l'indivision et les articles 1873-1 à 1873-18 du Code civil sur les conventions d'indivision.

¹³³⁹ V. l'article 19 de la loi.

¹³⁴⁰ Madame DEKEUWER-DÉFFOSSEZ s'interroge sur le fait que le caractère impératif du régime légal pourrait même justifier son application en présence d'une clause contraire. L'auteur conclut : « *Malgré les termes de la loi, les coindivisaires seront donc régis au moins partiellement par le droit nouveau, bien qu'ils continuent d'être soumis aux stipulations de leur convention. La survie de la loi ancienne, bien que prévue par le législateur, présente des difficultés, faute de texte ancien à faire survivre* ». L'exemple est pris d'un gérant nommé dont les pouvoirs non spécifiés seraient ceux octroyés par la loi par défaut. Dans le cas étudié, une disposition transitoire fut prévue par le législateur. Ce n'est qu'en cas de clause contraire à la loi existant au sein de la convention que cette règle devrait être conservée conformément à l'article 19 de la loi. La question est donc la suivante : en serait-il de même en l'absence de disposition transitoire consacrant la survie de la loi ancienne sur ce point ? V. F. DEKEUWER-DEFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 41, p. 56

¹³⁴¹ V. l'article 10 de la loi du 11 mars 1957.

¹³⁴² Une obligation est prévue par le législateur à l'alinéa 2 de l'article L. 113-3 : « *Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord* ». L'alinéa 3 précisant seulement la fonction traditionnelle du juge en la matière : « *En cas de désaccord, il appartient à la juridiction civile de statuer* ».

¹³⁴³ V. par exemple : TGI Strasbourg, 16 nov. 2001 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 2, p. 22, note C. CARON.

antérieure. Par suite, elle pourrait recevoir une application généralisée dans le temps, justifiée par la qualification de « loi de codification »¹³⁴⁴.

En l'absence de dispositions spécifiques régissant la copropriété d'un dessin ou modèle, le droit commun exprimé à l'article 815-2 du Code civil semble constituer un fondement utile¹³⁴⁵. Certains juges ont appliqué cet article « *qui tel qu'en vigueur au moment de l'introduction de la demande* », « *permettait* » à chaque indivisaire d'agir seul afin de soustraire un bien à un péril imminent. En l'occurrence, il était question de l'usage non autorisé d'un dessin protégé¹³⁴⁶. D'un point de vue transitoire, le droit ancien est constitué par le droit commun des biens s'appliquant par défaut, quand le droit nouveau est constitué par le droit d'auteur dans sa première interprétation, exigeant un recours exercé collectivement¹³⁴⁷. La date d'introduction de l'instance a été choisie par les juges afin de scinder le « droit ancien » du « droit nouveau ». La référence à un « contrat-institution », axée sur une application rapide et générale de la réforme, aurait sûrement permis de retenir l'application du droit d'auteur, de même que la qualification de « loi de procédure », classiquement applicable aux instances en cours.

En droit des marques, le législateur prévoit expressément que celle-ci « *peut être acquise en copropriété* ». Cette liberté est fondée sur l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle¹³⁴⁸, issu de la loi du 4 janvier 1991. La loi du 31 décembre 1964, qui prévoyait aussi une acquisition du droit de marque par la formalité d'un enregistrement était pourtant silencieuse sur ce point¹³⁴⁹. Il n'est pas opportun d'opposer un droit ancien qui n'autorisait aucunement la pluralité de droits de même nature sur un même signe distinctif, à un droit nouveau qui en permettrait seul la constitution. Faut-il alors considérer que la loi de 1991 a permis la mise à l'écart du droit commun des biens s'appliquant par défaut ?

Une réponse négative doit être apportée puisque le législateur n'attache pas un régime spécifique à cette copropriété dont il rappelle seulement la transposition pour un bien intellectuel. Il est même possible de s'interroger sur l'apport normatif de la loi du 4 janvier 1991 sur ce point. En conclusion, le législateur ne fait que rappeler l'application du droit des

¹³⁴⁴ Il faudrait aussi envisager une autre possibilité. Le juge pourrait décider que le moment de l'introduction de la demande pourrait être en mesure de fixer le droit applicable.

¹³⁴⁵ Pour les dessins et modèles et les produits semi-conducteurs, il n'existe aucune disposition relative à une appropriation dans le même temps par plusieurs personnes de la chose intellectuelle.

¹³⁴⁶ TGI Paris, 14 nov. 2007 : *PIBD* 2008, 867, III, 96.

¹³⁴⁷ Aujourd'hui, la jurisprudence admet qu'un coauteur, seul, puisse saisir le juge en cas d'atteinte à ses droits. Il faudra toutefois qu'il appelle en la cause les autres coauteurs quand sont concernés ses droits patrimoniaux, Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2000 : *Bull. civ.* I, n°6.

¹³⁴⁸ V. l'article 5 de la loi du 4 janvier 1991.

¹³⁴⁹ V. l'article 4 de la loi.

biens sur cette question. La spécificité du bien intellectuel pourra par la suite s'illustrer au regard de l'atteinte aux droits de l'indivision¹³⁵⁰.

En recherchant des « contrats institution » en droit de la propriété intellectuelle, il est possible de penser au contrat de mariage¹³⁵¹. La résolution des problèmes transitoires dans le contexte des régimes matrimoniaux conduit à imaginer la situation juridique supposée durable d'une personne mariée¹³⁵². Le doyen ROUBIER semble surpris que la jurisprudence retienne la solution selon laquelle les lois nouvelles relatives au régime matrimonial ne produisent pas leurs effets sur les régimes matrimoniaux « en cours »¹³⁵³. Il est dit : « *Cela est d'autant plus remarquable qu'il s'agit d'un contrat de très longue durée et que les parties n'ont pas prévu en général toutes les contingences auxquelles pourront donner lieu leurs rapports d'intérêts* »¹³⁵⁴. La notion de « contrat institution » se verrait ainsi consolidée par un aspect temporel évident et par le fait que le champ contractuel ne pourrait pas être parfaitement appréhendé par les parties au jour de la conclusion de la convention. Il faudrait en déduire un terrain propice à l'application immédiate de la loi nouvelle. Cependant, ROUBIER évoque aussi l'existence d'un principe selon lequel « *la matière du régime matrimonial est considérée comme faisait partie du domaine contractuel* »¹³⁵⁵ et admet la complexité d'une application

¹³⁵⁰ CA Paris, 28 nov. 2008 : PIBD 2009, III, p. 887 : « *La personne physique qui a déposé en copropriété des marques constituées pour partie de son nom, pour partie d'un dessin sur lequel elle est titulaire de droits d'auteur, a renoncé à utiliser elle-même ces éléments ou à autoriser les tiers à en faire usage dans des applications susceptibles de porter atteinte aux droits de l'indivision, notamment pour déposer une marque désignant des produits identiques ou similaires* ».

¹³⁵¹ Madame DEKEUWER-DÉFFOSSEZ analyse ce contrat qui est à l'origine d'un régime matrimonial. En tant qu'il détermine les différentes masses et leur composition au moment du mariage, ce contrat est instantané (la loi nouvelle est rétroactive si elle revient sur ces éléments à compter de la date du mariage, mais à compter de son entrée en vigueur cela aurait été impossible pour des raisons comptables, c'est une disposition transitoire de la loi de 1965 qui a donc maintenu le régime ancien). La répartition des pouvoirs entre les époux et l'affectation des biens acquis pendant le mariage le transforment en un contrat successif (les dispositions transitoires de la loi de 1965 ont justement prévu que pour les pouvoirs de gestion des biens propres et des acquêts de communauté la loi s'appliquait immédiatement). La détermination des règles de dissolution l'apparente aux contrats à terme (la loi de 1965 a adopté des dispositions nuancées pour les présomptions de propriété ou les modes de preuve au moment de la dissolution, survie de la loi ancienne mais nuancée par des cas d'application immédiate : articles applicables aux dissolutions prononcées après l'entrée en vigueur).

¹³⁵² Dans le cas où toutes les hypothèses de départ, tous les premiers éléments du syllogisme seraient instantanés, la formulation de la règle de droit pourrait être conservée, sans rien y ajouter. En revanche, il semble obligatoire de raisonner en termes de « situation juridique » dès lors que les présupposés des règles juridiques ne peuvent, tous, s'analyser comme des faits ou des actes qui se réalisent en un trait de temps. La principale utilité de la notion de situation juridique se situe précisément dans cet aspect temporel. Par exemple, la situation juridique de vendeur ne semble pas servir à grand-chose. La situation juridique d'exploitant d'une marque dans le cadre d'un contrat de franchise signifie beaucoup plus.

¹³⁵³ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 79, p. 393.

¹³⁵⁴ La jurisprudence ne distingue pas selon que les parties procèdent par voie de stipulations expresses ou simplement par renvoi aux règles d'un régime matrimonial prévu par la loi. Il est précisé que dans le cas où les parties n'auraient pas fait de conventions matrimoniales, le régime légal devait aussi être considéré comme immuable. Il devait donc encore s'appliquer à tous les mariages conclus sous son empire. ROUBIER, *op. cit.*, n° 79, p. 394. L'auteur explique : « *On peut, en effet, considérer que les parties ont pu ne pas passer de contrat particulier parce qu'elles étaient satisfaites du régime légal, et on ne peut cependant les obliger à reprendre dans un contrat, toutes les dispositions de la loi en vigueur* ».

¹³⁵⁵ La cause en serait la très grande liberté des particuliers dans la rédaction des clauses du contrat. Est aussi présentée l'idée suivante : il y aurait des effets du mariage en tant qu'il est envisagé comme l'union des

immédiate de toute loi nouvelle à un régime matrimonial « en cours »¹³⁵⁶. D'ailleurs, le caractère impératif de la loi nouvelle ne produirait à ce titre aucune conséquence¹³⁵⁷. En droit d'auteur, le législateur s'est expressément prononcé sur la question des régimes matrimoniaux à l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle¹³⁵⁸. Pour les auteurs Messieurs MALAURIE et AYNÈS, les difficultés en droit d'auteur présentent plusieurs raisons : « *le particularisme de la question, la multiplicité des prérogatives en cause et le caractère successif des droits* »¹³⁵⁹. Il faut d'abord comprendre que ce n'est pas le droit d'auteur qui a un caractère successif. Un droit d'auteur, dans toutes ses composantes, n'est toujours relatif qu'à une œuvre en particulier. À la rigueur, il pourrait être imaginé qu'un monopole global montre un caractère successif, en tant qu'il s'agirait d'une sorte d'universalité au sein de laquelle viendrait s'introduire l'une après l'autre les œuvres d'une vie. Certaines décisions judiciaires semblent en ce sens. Sur le caractère successif des droits il est dit : « *le sort, dans la communauté légale, de ses différents attributs dépend souvent du moment auquel ils apparaissent : ou avant le commencement du régime, ou pendant sa durée, ou après sa dissolution* »¹³⁶⁰. Intuitivement, la date de naissance des droits de l'auteur devrait être placée sur une frise chronologique et les problèmes transitoires seraient résolus par la confrontation de cette date à celles de la conclusion du contrat de mariage et de sa dissolution. Cependant, l'interprète est quelque peu décontenancé lorsqu'il apprend que la date de création des œuvres ne devrait pas être utilisée. En effet, avec la loi du 11 mars 1957, le monopole de l'auteur est un « bien propre » quand le droit antérieur postulait à l'inverse la présence d'un bien commun

personnes, il faudrait évoquer un « statut personnel ». L'exemple serait l'incapacité de la femme mariée. Il y aurait un régime matrimonial qui est un régime de droit des biens, il faudrait parler de « statut réel ». L'exemple est alors celui de l'inaliénabilité dotale, c'est l'idée de la conservation d'un patrimoine. ROUBIER, *op. cit.*, n° 79, p. 396. Il est fait état de plusieurs jurisprudences qui montrent une conservation de la loi ancienne, par exemple, les lois relatives à l'inaliénabilité dotale étaient considérées comme dépourvues d'effets sur les contrats en cours. Cette affirmation est confirmée par : MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les régimes matrimoniaux*, Defrénos-Lextenso, 3^{ème} éd., 2010, n° 1965, p. 115. Le bénéfice de la loi nouvelle reporté aux mariages conclus après l'entrée en vigueur .

¹³⁵⁶ « *Il convient d'ailleurs de reconnaître que l'extrême complexité des régimes matrimoniaux rend très difficile l'introduction de règles nouvelles dans un bloc de clauses souvent indivisibles* ».

¹³⁵⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 79, p. 396 : « *On remarquera que cette survie de la loi ancienne, particulièrement en matière d'inaliénabilité dotale, est tout à fait indépendante du caractère impératif des lois nouvelles, qui ne joue aucun rôle en la matière* »

¹³⁵⁸ L'article dispose en son alinéa 1^{er} : « *Sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toutes clauses contraires portées au contrat de mariage, le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions d'exploitation et d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux auteur ou à l'époux à qui de tels droits ont été transmis. Ce droit ne peut être apporté en dot, ni acquis par la communauté ou par une société d'acquêts* ». L'alinéa 2 doit aussi être cité : « *Les produits pécuniaires provenant de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ou de la cession totale ou partielle du droit d'exploitation sont soumis au droit commun des régimes matrimoniaux, uniquement lorsqu'ils ont été acquis pendant le mariage ; il en est de même des économies réalisées de ce chef* ». L'alinéa 3 est clairement une disposition transitoire : « *Les dispositions prévues à l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le mariage a été célébré antérieurement au 12 mars 1958* ». Enfin, l'alinéa 4 précise : « *Les dispositions législatives relatives à la contribution des époux aux charges du ménage sont applicables aux produits pécuniaires visés au deuxième alinéa du présent article* ».

¹³⁵⁹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 370, p. 164.

¹³⁶⁰ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 370, p. 165.

à cet endroit. Dans l'affaire « Fernand Léger », résolue en 2002, la Cour de cassation affirma¹³⁶¹ : « *Le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité, reste propre à l'époux auteur et ces dispositions sont immédiatement applicables aux œuvres littéraires et artistiques divulguées après le 11 mars 1958, date d'entrée en vigueur de la loi* ». En somme, c'est la date de divulgation de l'œuvre qui sert de critère de rattachement de la loi nouvelle et non la date de sa création. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris¹³⁶² avait décidé que le monopole d'exploitation du peintre était devenu un « bien propre » dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En ce sens, il était rappelé que le législateur n'avait pas créé de distinction selon la date de création des œuvres. Il faudrait alors penser que les juges firent immédiatement application de la loi nouvelle à la situation juridique « titularité d'un droit d'auteur » qui était alors en « cours d'effet ». Il serait également possible de faire appel à la notion de « statut légal » parce que celle-ci serait en mesure d'expliquer le changement immédiat subi par la chose dès la date de l'entrée en vigueur de la réforme. Quoiqu'il en soit, pour la Cour de cassation, cette interprétation du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle est erronée¹³⁶³. La Cour d'appel n'aurait pas correctement distingué ce qui devait encore être soumis au « droit ancien » de ce qui devait déjà être soumis au « droit nouveau ».

Il faut noter que le reproche qui est adressé aux juges d'appel ne trouve pas son explication au regard de la date de conclusion du contrat de mariage. Le raisonnement est entièrement axé sur la recherche du « critère de rattachement » de la loi nouvelle. Quand la Cour d'appel considérait que ce critère pouvait être l'existence même de l'œuvre au jour de l'entrée en vigueur, la Cour de cassation imposa le critère de la divulgation de l'œuvre. Assurément, il s'agit d'une discussion sur les « bornes » de l'application immédiate de la loi nouvelle. On retrouve cette idée selon laquelle le principe de l'application immédiate de la loi n'est pas en lui-même suffisant pour déterminer précisément ses limites.

¹³⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2002 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 67, note C. CARON. Nadia, la veuve de Fernand Léger, épousait en 3^{ème} nocces, après le décès de l'artiste, Monsieur B. Après la mort de Nadia, Monsieur B contractait un nouveau mariage. Un conflit oppose la veuve de Monsieur B à la succession de Wanda (fille de Nadia et issue d'un mariage antérieur) au sujet de la dévolution du droit moral et du monopole d'exploitation de Léger. Sur les droits patrimoniaux, la demande de la veuve de Monsieur B est rejetée, la Cour d'appel relève que le monopole de l'auteur a été dévolu à sa veuve Nadia et a reçu la qualification de bien propre à compter du 12 mars 1958. La veuve de Monsieur B est considérée comme n'étant titulaire ni du droit moral, ni du droit d'exploitation, les héritiers de Wanda, fille de Nadia, ont seuls vocation à exploiter l'œuvre, les produits pécuniaires continuent d'être partagés par moitié entre la veuve de B et les héritiers de Wanda. C'est alors que l'interprétation de la loi de 1957 est censurée par la Cour de cassation, comme comportant un effet rétroactif illégal. L'arrêt est censuré uniquement en ce qu'il dit que la veuve de Monsieur B n'est pas titulaire du monopole d'exploitation, le litige ainsi limité est tranché par la Cour d'appel de renvoi : CA Paris, 9 févr. 2005 : *Dr. famille* 2005, comm. n° 273, obs. C. ALLEAUMÉ.

¹³⁶² CA Paris, 11 déc. 2000 : *JCP G* 2002, II, 10119, note F. SAUVAGE.

¹³⁶³ Le raisonnement est le suivant : l'œuvre de l'artiste a été entièrement créée en 1955, année de son décès. Les œuvres créées avant 1955 ont été certainement divulguées avant le 12 mars 1958.

Il est possible de remarquer que lorsque le droit moral de l'auteur revient sur le devant de la scène, il faut immédiatement constater un recul de l'« analyse réelle », uniquement centrée sur le sort de la chose réservée. À l'origine, une thèse unitaire fut défendue, le droit devait tomber dans la communauté, à l'instar d'un droit de propriété pur et simple¹³⁶⁴. La solution fut relativisée avec l'affaire « Lecocq »¹³⁶⁵. Le monopole d'exploitation devait bien tomber dans la masse partageable, mais cette mise en commun ne devait pas faire obstacle à ce que l'auteur modifie ou supprime sa création. Ces « actes de propriétaire » devaient être réalisés sans que le conjoint ou ses héritiers ne subisse aucun préjudice¹³⁶⁶. Cette solution fut confirmée avec « l'affaire Canal »¹³⁶⁷. À partir de l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, l'attention se concentra naturellement sur l'alinéa 3 de l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle. Il est indiqué que les dispositions de l'alinéa 2 ne seront pas appliquées à un mariage célébré avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹³⁶⁸. L'interprète en déduit que le législateur fait application du principe de survie de la loi ancienne. De plus, il en est rapidement conclu que l'alinéa 1^{er}, en l'absence de toute précision sur son application dans le temps, doit *a contrario* s'appliquer à des mariages déjà célébrés au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹³⁶⁹. À la lecture de la disposition transitoire, il est possible de dire : s'agissant du monopole, le principe est celui de l'application immédiate de la réforme ; s'agissant des produits d'exploitation, le principe est en revanche celui de la survie de la loi ancienne. La date de la divulgation de l'œuvre apparaît alors comme un élément de solution pragmatique.

Enfin, il faut retenir que l'œuvre divulguée pendant le contrat de mariage et avant l'entrée en vigueur conduit à l'application de la loi ancienne. Dans ce cas, le monopole est tombé dans la communauté¹³⁷⁰. En revanche, dès que l'œuvre est divulguée après l'entrée en vigueur, le régime de la loi nouvelle est applicable. Il faut alors considérer que le monopole

¹³⁶⁴ Cass. req. 16 août 1880, « Masson » : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 25, note G. LYON-CAEN.

¹³⁶⁵ CA Paris, 1^{er} févr. 1900, « Lecocq » : *Rec. Sirey* 1900, II, p. 121, note R. SALEILLE ; Cass. civ. 25 juin 1902 « Lecocq » : *D.P.* 1903, I, p. 5, note A. COLIN et G. LYON-CAEN.

¹³⁶⁶ Le droit moral est alors restreint dans son exercice, l'auteur ne doit pas agir « dans un but de vexation ». Moins de constituer une solution de conciliation entre le droit extrapatrimonial de l'auteur et le droit des régimes matrimoniaux, il s'agit certainement d'une limite fondée sur l'abus de droit.

¹³⁶⁷ Cass. civ. 14 mai 1945 : *D.* 1945, jurispr. p. 285, note H. DESBOIS.

¹³⁶⁸ L'alinéa 3 de l'article L. 121-9 dispose : « *Les dispositions prévues à l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le mariage a été célébré antérieurement au 12 mars 1958* ».

¹³⁶⁹ Le droit d'auteur reçoit alors immédiatement une qualification spécifique aux régimes matrimoniaux, celle de « bien propre ». Considéré en lui-même, cet alinéa semble porteur d'une affirmation intemporelle. En l'absence de toute indication transitoire, il s'agirait de savoir si une telle déclaration sur la nature du droit d'auteur est la codification d'une évidence jurisprudentielle ou bien le vecteur d'une véritable réforme.

¹³⁷⁰ Le monopole d'exploitation tombe dans la communauté comme un bien meuble sous le régime de la communauté de meubles et d'acquêts. Les revenus doivent alors être partagés pendant le mariage et après la dissolution à titre de revenus d'un bien issu de l'indivision post-communautaire.

est un « bien propre » depuis la date de création de l'œuvre. La difficulté se retrouve ici : si la date de divulgation de l'œuvre sert de critère de rattachement à l'empire de la loi nouvelle, l'application de la règle nouvelle conduit à donner un effet juridique particulier à l'évènement « création de l'œuvre ». En effet, c'est toujours l'acte de création qui donne naissance au monopole qualifié de propre¹³⁷¹. Cette solution si étrange peut-elle être justifiée au regard d'une analyse structurale, solution de dernier recours ?

Quand le législateur prévoit que les époux s'obligent à une communauté de vie, l'obligation semble appartenir à l'effet juridique de la règle. Il faudrait écrire : *si* une personne conclut un contrat de mariage (A) *alors* (i) elle s'oblige à une communauté de vie avec son cocontractant (B). L'échange des volontés est d'une réalisation instantanée et fait partie du présumé de la règle (A). Si le législateur venait à modifier l'effet juridique de la règle, (B) serait remplacé par (C), avec (C) qui représenterait, par exemple, une obligation de cohabiter un minimum de quelques mois par année. L'interprète devrait simplement se demander si la date de conclusion du contrat est antérieure ou postérieure à celle de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En fonction de la date de la signature de la convention, l'effet juridique de la règle serait (B) ou (C)¹³⁷². Cependant, pour le doyen HÉRON, le mariage est l'illustration d'un présumé à réalisation continue. L'obligation de cohabiter ne serait pas déductible du seul échange des consentements, mais du fait que les personnes sont *actuellement* mariées. L'obligation naitrait bien au jour du contrat de mariage mais il serait plus important de retenir qu'elle s'inscrit dans le temps. Il faudrait retenir que cette obligation grève le patrimoine des contractants *tant qu'ils sont mariés*. Il faudrait alors écrire : *si* deux personnes contractent mariage (A) et *si* ce mariage n'est pas encore dissous (A'), *alors* ces deux personnes s'obligent à une communauté de vie (B). Entre les deux dates qui correspondent à la conclusion du contrat, d'une part, et à la dissolution du mariage d'autre part, le présumé est toujours validé et l'obligation doit à ce titre être exécutée. Par suite, si le législateur venait à modifier la teneur des obligations des époux, la loi nouvelle s'appliquerait immédiatement à tous les contrats de mariage « en cours ».

Il est essentiel de percevoir la différence entre les deux écritures proposées. Selon la première, une application de la loi nouvelle à un contrat de mariage « en cours » contrevient au principe

¹³⁷¹ Le monopole est donc un propre et les revenus ne tombent dans la communauté que pendant le mariage. Après la dissolution du mariage, les revenus sont perçus par l'auteur seul.

¹³⁷² Pour interpréter le changement subi au sein de l'ordonnancement juridique au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, il faudrait admettre qu'en l'absence de dispositions transitoires sur ce point, la date de conclusion du contrat de mariage devrait constituer le seul élément à considérer. En somme, que ce soit au sujet de la nature du monopole ou des produits de son exploitation, seuls les contrats de mariage conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seraient concernés.

de non rétroactivité. Selon la seconde écriture, il ne s'agirait que d'une application immédiate entièrement conforme à l'article 2 du Code civil. Force est de constater que le problème réside bien plus dans l'identification des sources des obligations attachées au contrat de mariage, que dans la valeur impérative plus ou moins accentuée des normes nouvelles¹³⁷³.

Prenons un exemple tiré du droit des brevets. Les articles L. 613-29 et suivants du Code de la propriété intellectuelle fixent aujourd'hui un régime pour la copropriété des inventions¹³⁷⁴. Le droit commun de l'indivision a été expressément exclu du droit spécial des brevets avec la loi du 13 juillet 1978¹³⁷⁵. L'article L. 613-30 du Code de la propriété intellectuelle écarte le droit commun en ces termes : « *Les articles 815 et suivants, les articles 1873-1 et suivants, ainsi que les articles 883 et suivants du Code civil, ne sont pas applicables à la copropriété d'une demande de brevet ou d'un brevet* ». Madame ROBIN nous éclaire sur les motifs du législateur¹³⁷⁶ : la licitation sous le droit antérieur était un obstacle à une exploitation équitable du brevet. Le copropriétaire, qui était bailleur de fonds, pouvait de cette façon « déposséder » l'inventeur qui était son associé pour la prise du brevet ainsi que pour son exploitation. Il lui suffisait d'invoquer le principe selon lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision. La loi du 13 juillet 1978 a écarté l'éventualité d'une licitation défavorable aux intérêts du créateur¹³⁷⁷. Il s'agissait d'éviter que le déséquilibre économique de départ ne s'illustrât par la suite en une incapacité du créateur d'acquérir le brevet¹³⁷⁸. À travers le rejet de l'application des règles du droit commun de l'indivision, le législateur condamnait l'effet déclaratif du partage. Cette précision est tout à fait intéressante d'un point de vue transitoire. Elle démontre que la distinction de ROUBIER entre les lois ayant pour objet de modifier pour l'avenir les effets d'une situation juridique « en cours » et les lois ayant pour objet de

¹³⁷³ V. TGI Paris, 4 juin 1980 : *RTD com.* 1981, p. 80, obs. A. FRANÇON ; CA Paris, 9 fév. 2005 : *Dr. famille* 2005, comm. n° 273, obs. C. ALLEAUME. L'idée a été évoquée d'utiliser le caractère impératif de la qualification de bien propre pour justifier une application immédiate de la réforme sur ce point : TGI Bobigny, 9 déc. 1986 : *RIDA*, juill. 1987, p. 199 : il s'agissait d'apprécier la licéité d'une clause contenue dans l'état liquidatif du mariage de Nicolas PEYRAC. Le notaire aurait méconnu le texte d'ordre public de la loi du 11 mars 1957, en incluant à tort dans l'actif de la communauté les droits acquis par l'auteur auprès de la SACEM pour des œuvres déposées depuis le 30 janvier 1976 jusqu'au 27 décembre 1979. Conformément à la conception classique de l'ordre public, la nullité de la clause est prononcée.

¹³⁷⁴ Ce régime s'applique aussi aux COV selon l'article L. 623-24 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁷⁵ V. l'article 42 de la loi du 2 janvier 1968 remaniée.

¹³⁷⁶ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, préf. de M. VIVANT, coll. de l'institut de Droit des affaires, 2007, p. 169.

¹³⁷⁷ C'est l'article 42 de la loi du 13 juillet 1978 qui apporté cette précision selon laquelle l'article 883 du Code civil devait être écarté. Le principe de l'effet déclaratif du partage se trouvait donc évincé.

¹³⁷⁸ Ayant au moins potentiellement pour résultat de mettre à néant les actes passés sur le brevet pendant la période d'indivision, la licitation du brevet, qui emporte également effet déclaratif du partage, n'avait pas seulement pour effet de porter atteinte aux intérêts des créanciers. Elle faisait aussi obstacle à l'exploitation du brevet. L'application de 883 du Code civil permettait ainsi à certains copropriétaires d'invoquer à l'égard du copartageant attributaire du brevet l'inopposabilité des licences consenties par d'autres au cours de l'indivision.

modifier les conditions de constitution d'une situation juridique, est parfois difficile à appliquer en pratique. En effet, l'article L. 613-30 du Code de la propriété intellectuelle peut s'analyser comme une norme ayant pour objet la constitution de la situation juridique « titularité d'un droit de brevet », quand il est notoire que cette titularité est partagée avec d'autres personnes. Alors que le droit antérieur aurait permis la constitution de cette situation juridique selon les critères du droit civil, le droit nouveau empêcherait que la situation juridique envisagée ne se forme de cette manière. En revanche, en considérant cette fois que la norme nouvelle est relative à l'effet déclaratif du partage, il serait possible de penser que le droit nouveau se caractérise par un changement apporté aux effets produits par la situation juridique. En réalité, le raisonnement transitoire commande de porter attention à ce constat : si le partage est écarté comme moyen de mettre fin à l'indivision, il reste aux indivisaires la possibilité de céder ou d'abandonner leur part de copropriété¹³⁷⁹. Le doyen ROUBIER consacre certains développements aux lois qui suppriment des situations juridiques¹³⁸⁰. Pour l'auteur, une loi de « dynamique juridique » supprime plus précisément le *moyen* de donner naissance à une certaine situation plutôt que la situation elle-même. Cette hypothèse semble se retrouver dans l'exemple étudié. Le législateur ne souhaite pas supprimer la possibilité de « sortir » d'une indivision. Il souhaite seulement éviter que la sortie d'une indivision ne se traduise par un partage à effet rétroactif. Par conséquent, il reste toujours possible de mettre fin à l'indivision par l'abandon d'une part de copropriété. Pour ROUBIER, ce type de loi n'est pas relatif aux effets d'une situation juridique mais à sa constitution. Il faudrait alors en déduire que la loi nouvelle respecte les situations déjà établies¹³⁸¹. C'est-à-dire que les partages déjà demandés sous le « droit ancien » devraient encore recevoir application et produire leurs effets classiques.

368. Conclusion de la Section I – Quand il est question des « lois d'ordre public », il s'agit souvent de rappeler la supériorité « morale » de la loi nouvelle sur l'ancienne. Par suite, l'application de ses dispositions est souhaitée la plus étendue possible. C'est pour cette raison que l'application immédiate et l'application rétroactive sont toutes deux mêlées. L'absence de droits acquis constitue la justification classique de la rétroactivité en ce domaine. Quant à l'application immédiate, elle se comprend surtout au regard de l'existence d'un contrat « en cours » au jour de l'entrée en vigueur. Il a été constaté qu'en droit de la propriété

¹³⁷⁹ V. les articles L. 613-29 e) et L. 613-31 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁸⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 212.

¹³⁸¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 47, p. 213.

intellectuelle, les juges adoptent une approche très stricte de la qualification de « loi impérative ». La catégorie semble alors perdre sa signification première. En effet, l'interprète ne dispose d'aucun critère précis pour reconnaître une loi « particulièrement impérative ». Incontestablement, l'exigence de sécurité juridique n'est pas satisfaite. Il a été démontré qu'il existe de nombreux avantages à la soumission des contrats « en cours » au droit nouveau. Il faut se rappeler que le droit de la propriété intellectuelle n'échappe pas aux comportements frauduleux ni aux attitudes anticoncurrentielles. Par conséquent, le législateur pourrait souhaiter atteindre toutes les conventions en vigueur au moment de la réforme. Il a également été aperçu que la figure du « contrat institution » trouve de nombreuses illustrations en droit de la propriété intellectuelle, ce qui pourrait encourager le juge à justifier plus clairement certaines solutions favorables à l'application généralisée de la loi nouvelle. Il convient à présent de rechercher, au-delà de cette première vision traditionnelle du champ d'application temporel des lois impératives, l'utilité transitoire de la notion d' « ordre public » en droit de la propriété intellectuelle.

SECTION II / À la recherche d'un ordre public utile au raisonnement transitoire en droit de la propriété intellectuelle

369. L'ordre public peut d'abord se découvrir là où la norme satisfait l'intérêt général **(A)**. Le droit de la propriété intellectuelle, discipline construite sur de nombreux compromis, montre à plusieurs endroits la volonté de sauvegarder l'intérêt général. Les exemples sont donc faciles à trouver. L'ordre public peut aussi se reconnaître lorsqu'une norme a pour objet de limiter l'exercice d'une liberté existante **(B)**.

En droit de la propriété intellectuelle, il peut également suffire de s'intéresser aux indications laissées par le législateur sur le caractère impératif de la règle **(C)**. Dans ce cas, l'interprète découvre intuitivement l'ordre public derrière la rédaction de la norme. En dernier lieu, le cas spécifique du droit des marques doit être souligné **(D)**. Cette branche du droit de la propriété industrielle est en mesure de souligner l'existence d'un ordre public « à plusieurs niveaux ».

A / La traduction transitoire de l'intérêt général satisfait par la règle nouvelle

370. Présentation - En l'absence de toute précision du législateur, la nature impérative de la loi¹³⁸² devrait être découverte par le juge¹³⁸³. L'ordre public ainsi découvert est dit implicite ou « virtuel »¹³⁸⁴. Même si la règle doit classiquement se révéler nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française¹³⁸⁵, le juge semble disposer d'une liberté relativement importante¹³⁸⁶. La doctrine a logiquement tenté d'élaborer une liste de ces lois impératives reconnaissables par le juge en droit civil. À ce titre, le choix de l'énumération est souvent la preuve d'un essai manqué de rationalisation¹³⁸⁷. Traditionnellement, il est possible de tenter de découvrir l'ordre public là où l'intérêt général justifie l'existence de la règle.

371. L'organisation facilitée de manifestations culturelles - L'alinéa 2 de l'article L. 132-21 du Code de la propriété intellectuelle¹³⁸⁸ prévoit que les communes doivent bénéficier d'une réduction des redevances dont l'auteur est créancier « *pour l'organisation de leurs fêtes locales et publiques* »¹³⁸⁹. Cette disposition est assurément dictée par un impératif d'intérêt général, l'accès à la culture¹³⁹⁰. D'un point de vue transitoire, la norme légale concerne logiquement les spectacles organisés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

¹³⁸² Par le terme de loi, il convient aussi d'entendre les textes réglementaires. V. Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998 : *JCP* 1998, II, 10143, note B. FAGES ; *D.* 2002, 442, note L. GANNAGE ; *RTD civ.* 1998, p. 669, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{ère} civ. 7 déc. 2004 : *RTD civ.* 2005, p. 389, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cependant, il est exclu que les textes qui émanent d'autorités administratives indépendantes puissent définir l'ordre public : Cass. com., 10 déc. 2003 : *D.* 2004, p. 210, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2004, p. 285, obs. J. MESTRE et B. FAGES (règlement du Comité de la réglementation bancaire).

¹³⁸³ Pour la doctrine du XIX^{ème} siècle, les dispositions de l'article 6 du Code civil signifiaient que la liberté contractuelle ne pouvait être limitée que par le législateur. V. sur ce point : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10^{ème} éd., 2009, n° 375, p. 381. Aujourd'hui, il est certain que le juge joue un rôle essentiel dans la limitation de cette liberté constitutionnelle.

¹³⁸⁴ G. CORNU, *op. cit.*, n° 338, p. 135.

¹³⁸⁵ De manière classique, le juge peut estimer qu'une convention est contraire à l'ordre public en observant son objet. Il s'agira souvent de définir en amont quel principe fondamental a été violé. V. par exemple : Cass. civ. 4 déc. 1929 : *S.* 1931. 1. 49, note P. ESMEIN ; VIVANT M, sous la dir. de, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Équipe de recherche créations immatérielles et droit (ERCIM), Université Montpellier I, Dalloz, 2003, n°8.

¹³⁸⁶ V. J. MARMION, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris, 1924, Introduction, p. 9.

¹³⁸⁷ V. A. SIMON, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941 : p. 71. Au XIX^{ème} siècle, la majorité des auteurs se contente d'énumérer les différents types de lois d'ordre public, le résultat consistant en un catalogue difficile à exploiter.

¹³⁸⁸ V. l'article 46 de la loi du 11 mars 1957.

¹³⁸⁹ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-21 dispose : « *L'entrepreneur de spectacles est tenu de déclarer à l'auteur ou à ses représentants le programme exact des représentations ou exécutions publiques et de leur fournir un état justifié de ses recettes. Il doit acquitter aux échéances prévues, entre les mains de l'auteur ou de ses représentants, le montant des redevances stipulées* ».

¹³⁹⁰ La SACEM prend ensuite le relai puisque des protocoles d'accord avec des syndicats ou fédérations font bénéficier leur adhérents de réduction sur les droits d'auteur.

Selon l'analyse structurale de la règle, il faut écrire : *si* une manifestation musicale est organisée par une commune, dans le cadre d'une fête locale ou nationale (A) et qu'elle donne lieu à la diffusion d'œuvres protégées (A'), *alors* une réduction des redevances dues aux auteurs pourra être octroyée par la SACEM (B). Si le législateur voulait supprimer cet avantage, la loi nouvelle ne pourrait concerner que les manifestations culturelles organisées après l'entrée en vigueur. En effet, dès lors que le présupposé de la règle s'est réalisé avant la réforme, l'effet juridique produit doit être sauvegardé. La loi nouvelle, qui priverait fictivement une commune d'un avantage pourtant acquis sous le droit antérieur, serait assurément rétroactive. Force est de constater que l'ordre public, déductible du rapport évident qu'entretient la règle avec l'intérêt général, ne permettrait pas nécessairement de justifier une application étendue de la règle nouvelle. Cependant, elle ne serait pas d'un grand secours pour déterminer ses limites.

372. Une atteinte à l'intégrité de l'œuvre pour des raisons de santé publique -
Avec la loi Évin tendant à lutter contre le tabagisme¹³⁹¹, l'auteur peut subir une limitation de son droit moral, justifiée par des considérations de sauvegarde de l'ordre public. La loi nouvelle permet de légitimer à l'avenir une certaine mutilation de l'œuvre¹³⁹². D'un point de vue transitoire, les œuvres déjà existantes sont concernées par la loi nouvelle¹³⁹³ puisque le droit moral n'est affecté que dans son exercice. En considérant que la loi nouvelle est relative aux effets de la situation juridique¹³⁹⁴, les prérogatives morales de l'auteur ne sont limitées que pour l'avenir¹³⁹⁵. Il ne pourra pas être argué de la date de création de l'œuvre pour dénoncer quelque effet rétroactif du texte de loi. L'ordre public déduit de l'impératif d'intérêt

¹³⁹¹ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (*JORF* du 12 janvier 1991).

¹³⁹² La liberté d'expression est limitée sur le fondement de l'intérêt général. Cette loi avait d'ailleurs fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel au regard de l'exercice du droit de marque (Cons. const., déc. n° 90-283, DC du 8 janv. 1991 : *Rec.* p. 11). Le principe constitutionnel de protection de la santé justifiait l'atteinte portée en l'espèce au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre des fabricants de tabac et producteurs de vin. Lien avec les articles 8, 9, 10 et 11 de la CEDH. Sur l'article 3 de la loi relatif à l'interdiction de la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac, selon la saisine, porte atteinte au droit de propriété dans la mesure où elle ne permet plus d'exploiter normalement une marque, élément du droit de propriété et support d'un produit licite et librement accessible au consommateur. Il est répondu que le droit de propriété n'est pas affecté dans son existence, admet que le droit de propriété peut être affecté dans son exercice, une diminution qui est justifiée par le principe constitutionnel de la protection de la santé publique. V. l'article 3511-3 du Code de la santé publique, récemment modifié par la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010 (*JORF* n° 0302 du 30 déc. 2010, p. 23127).

¹³⁹³ La loi n'a pas vocation à ne s'appliquer qu'aux œuvres qui vont être créées à l'avenir, sous son empire. Il s'ensuivrait une réduction importante de l'utilité de la réforme.

¹³⁹⁴ Le droit extrapatrimonial participe de l'opposabilité aux tiers du lien particulier qui unit l'auteur et son œuvre et cette opposabilité constitue l'effet juridique principal de la situation juridique « titularité du droit d'auteur ».

¹³⁹⁵ D'un point de vue procédural, il serait possible de constater la limitation du droit de faire valoir en justice une réparation réelle de l'atteinte commise au droit moral.

général ne permet pas, en tant que tel, de résoudre le problème posé. Il suffit de distinguer l'évènement « naissance du droit » et la période qui correspond à l'exercice du droit. Il convient à présent de développer cette idée selon laquelle une loi d'ordre public est reconnaissable dès lors que ses dispositions limitent l'exercice d'une liberté existante.

B / La traduction transitoire de la limitation d'une liberté opérée par la loi nouvelle

373. Présentation - L'ordre public est visible dans un cadre classique, celui des limites posées à l'exercice d'une liberté. À l'article 6 du Code civil, il est question d'une limite à la liberté contractuelle. En droit de la propriété intellectuelle, il est naturel de penser qu'il se présentera comme une limite à l'appropriation des choses, à la naissance de biens intellectuels. Également, il est possible de penser à la liberté d'expression.

374. En droit d'auteur - L'ordre public constituait à une époque le moyen de sanctionner les créateurs d'œuvres attentatoires à certaines valeurs sociales. La protection de l'œuvre était refusée, sa diffusion limitée, voire son support détruit¹³⁹⁶. À ce titre, le pouvoir royal utilisa un temps le système des privilèges pour assurer un contrôle de la Librairie¹³⁹⁷. L'ordre public était donc employé comme un critère de discrimination entre les œuvres candidates à la protection légale¹³⁹⁸. L'ordre public existant au jour de l'octroi du privilège était pris en considération pour déterminer si l'œuvre pouvait recevoir une protection de l'État. De même, le caractère temporaire des privilèges accordés permettait d'actualiser la défense des intérêts publics¹³⁹⁹. En somme, le respect de l'ordre public était totalement intégré

¹³⁹⁶ V. un point de vue sur les arts jugés peu conforme aux exigences de l'ordre public : *De l'ordre public*, Paris, C. DOUNIOL, 1873, p. 291 : « Il est certain que l'immoralité, la conspiration, l'esprit de rébellion, l'impiété sont en fait, encouragés et excités par les représentations théâtrales : l'ordre public en souffre gravement », p. 302 : « Il faut briser les statues infâmes, détruire les peintures sensuelles et déchirer les dessins et photographies obscènes. Ils faut poursuivre ceux qui en exposent et ceux qui en vendent ».

¹³⁹⁷ V. M.-C DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, Bibliothèque d'histoire du droit et du droit romain, LGDJ, 1963, p. 69 et s.; F. POLLAUD-DULIAN, *op.cit.*, n°9, p. 8.

¹³⁹⁸ V. sur le sujet : A. TRICOIRE, *L'art, la censure et les droits de l'homme* : *Légipresse* nov. 2002, n° 196, II, p. 148.

¹³⁹⁹ V. M.-C DOCK, *op. cit.*, p. 70. La notion d'ordre public étant « mouvante », « le pouvoir Royal ne tenait pas à ce que des particuliers soient nantis de titres contre lui le jour où une édition privilégiée pouvait se révéler dangereuse ». En somme, le renouvellement de la procédure permettait de tenir compte de l'évolution perpétuelle du contenu de l'ordre public. Il convient de noter qu'aujourd'hui, le système de prorogation connu en droit des marques ne permet pas de contrôler de manière équivalente la compatibilité du signe réservé avec l'ordre public. Les conditions de fond ne sont de toute façon pas vérifiées au moment de l'enregistrement. Cependant, le juge pourrait prononcer ultérieurement l'annulation de la marque si la contrariété à l'ordre public du signe était soulevée dans le cadre d'un litige. Il faudrait alors considérer par hypothèse que la teneur de cet ordre public ait changé entre la date de l'enregistrement et la date de l'annulation prononcée par le juge.

au système de protection et d'exploitation des ouvrages. Le droit d'auteur postérieur à la révolution française ne devait pas reprendre ce schéma. En effet, le législateur n'a jamais précisé les conséquences éventuelles que le juge pouvait attacher au contenu d'une œuvre contraire à l'ordre public. Certes, la jurisprudence a précisé que le contenu immoral de l'œuvre ne pouvait pas justifier un comportement attentatoire à la dignité de l'auteur¹⁴⁰⁰ ou l'inexécution d'un contrat d'édition¹⁴⁰¹. D'une manière générale, il faut retenir que le juge n'est pas autorisé à refuser la protection par le livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle sur cette seule considération¹⁴⁰². Le juge peut en revanche utiliser la notion d'ordre public afin de limiter l'exercice du droit d'auteur¹⁴⁰³. La nuance est subtile et le juge peut être naturellement tenté de nier l'existence d'une forme originale¹⁴⁰⁴. Il convient de rappeler que si le législateur demandait au juge de vérifier la moralité de l'œuvre, il s'ensuivrait la création d'une condition supplémentaire posée à la protection. Il faudrait donc raisonner en termes de conditions inédites posées à la constitution de la situation juridique « titularité du droit d'auteur ». Selon le principe proposé par ROUBIER, le défendeur à l'action en contrefaçon ne serait pas autorisé à faire état du contenu immoral d'une œuvre créée sous l'empire d'une loi antérieure, quand cette dernière était précisément indifférente à cette circonstance¹⁴⁰⁵. Force est de constater que cette scission nette entre un droit antérieur

¹⁴⁰⁰ CA Paris, 7 juin 1982 : *D.* 1983, p. 97 ; *RIDA* 1982, n° 114, p. 177. En l'espèce, un éditeur avait accepté de publier une œuvre de GRODDECK. Il avait adjoint une préface mettant en relief des passages de l'ouvrage, eux-mêmes rejetés en fin de volume, extraits qui devaient mettre en lumière le racisme de son auteur. Sa défense était notamment fondée sur le respect de l'ordre public, la validité du contrat passé avec l'auteur n'étant pas contestée.

¹⁴⁰¹ Il s'agira alors pour l'éditeur d'invoquer le risque de voir engager sa responsabilité civile, voire pénale.

¹⁴⁰² Un livre ou un film « interdit » est néanmoins protégé par le droit d'auteur. La précision est importante, la « censure » portant atteinte au droit de publication de l'œuvre, elle ne constitue pas une hypothèse de négation de la protection. C'est aussi la liberté de la presse qui est atteinte.

¹⁴⁰³ Cass. req., 25 oct. 1909 : *DP.* 1911, I, 423. Un éditeur se voit interdire la publication de certaines photos susceptibles de choquer l'opinion publique. Aujourd'hui la diffusion d'une œuvre ne devra pas porter atteinte, par exemple, à des objectifs de santé publique. L'atteinte à l'intégrité de l'œuvre peut dès lors se trouver justifiée au nom de cet impératif d'intérêt général. V. pour une présentation de la discussion sur la loi Évin : C. CARON, *Dieu n'est plus un fumeur de havanes : Comm. com. élect.* 2010, repère, p. 1.

¹⁴⁰⁴ CA Paris, 5 déc. 2007 : *D.* 2008, p. 461, note J.-M. BRUGUIÈRE. Les juges refusent à des paparazzis la protection de leurs photographies. Le défaut d'originalité était facilement envisageable, néanmoins la justification des juges laisse deviner une vision négative de la profession de l'auteur. Monsieur BRUGUIÈRE nous éclaire : « Notre juge ne pouvant tout de même pas refuser la protection de son travail sous prétexte que celui-ci est contraire à l'ordre public (la plupart des photographies ainsi réalisées portant atteinte au droit à l'image ou au droit au respect de la vie privée), du moins moralement répréhensible, il se contente alors de relever l'absence de forme originale ».

¹⁴⁰⁵ En revanche, dès lors que cette condition supplémentaire serait ajoutée au Code de la propriété intellectuelle, le juge serait autorisé à retenir une conception de l'ordre public contemporaine de sa décision. Toutefois, un attendu de la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu laisser entendre qu'une appréciation du « caractère illicite de l'œuvre » serait possible et ce, au regard des notions d'ordre public ou de bonnes mœurs. Cependant, il s'agissait surtout d'admettre une immixtion de certaines règles de droit pénal en mesure de restreindre la liberté de création : Cass. crim., 28 sept. 1999 : *Bull. Crim.* 1999, n° 199, p. 630 ; *D.* 2000, p. 60 ; *Comm. com. élect.* 2000, comm. n° 4, obs. C. CARON ; J.-M. BRUGUIÈRE, *Propriété intellectuelle et Ordre public, Les grands arrêts de la Propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 88. La Cour de cassation va rappeler les termes de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle et affirmer « qu'en l'absence de preuve de son caractère illicite, une œuvre pornographique bénéficie de la protection accordée par la loi sur la propriété littéraire et artistique ».

permissif et un droit nouveau moraliste resterait bien théorique. En effet, la sécurité juridique assurée par un raisonnement transitoire axé sur la date de création de l'œuvre passerait certainement au second plan.

375. En droit des brevets – En droit des brevets, le législateur a pu montrer son intérêt pour la question. La conformité de l'invention à l'ordre public et aux bonnes mœurs était seulement approchée de manière indirecte dans le décret des 14 et 25 mai 1791 « *portant règlement sur la propriété des auteurs d'invention et découvertes industrielles* »¹⁴⁰⁶. Le juge était autorisé *a posteriori* à considérer comme dépourvu d'objet la cession d'une invention contraire « *à la sûreté publique ou aux règlements de police* ». Le législateur, en 1844, prévoyait l'impossibilité de breveter certaines choses¹⁴⁰⁷. Par un amendement, il avait été proposé d'ajouter à ces exclusions : les « *inventions contraires aux lois, aux bonnes mœurs ou à la sûreté publique* »¹⁴⁰⁸. L'amendement ne fut pas retenu, ses détracteurs arguant d'une incompatibilité entre cette règle et le principe de l'absence de tout examen préalable¹⁴⁰⁹. Ce principe était expressément indiqué au sein de la loi du 5 juillet 1844¹⁴¹⁰ et conduisait notamment à exclure tout contrôle du mérite d'une invention¹⁴¹¹. L'auteur NOUGUIER explique que l'Administration devait procéder automatiquement à la délivrance du titre, dès lors que la demande avait été régulièrement formée, et ce, quand bien même l'invention aurait porté atteinte à « *l'ordre public, à la morale et aux lois* »¹⁴¹². La destination de l'invention pouvait donc avoir un caractère immoral¹⁴¹³, seul le juge avait *a posteriori* le pouvoir de donner quelque conséquence à ce constat. Par exemple, il pouvait prononcer la nullité du

¹⁴⁰⁶ « *Tout cessionnaire de brevet obtenu pour un objet que les tribunaux auront jugé contraire aux lois du royaume, à la sûreté publique ou aux règlements de police, sera déchu de son droit sans prétendre d'indemnité, sauf au ministre public à prendre, suivant l'importance du cas, telles conclusions qu'il appartiendra* ».

¹⁴⁰⁷ V. l'article 3. Il s'agit de ce qui était appelé « *remèdes* » ainsi que les « *plans et combinaisons de crédit et de finance* ».

¹⁴⁰⁸ L'amendement fut proposé par la commission de la chambre des pairs.

¹⁴⁰⁹ V. *Moniteur* des 25 et 26 mars 1843, p. 543 à 562.

¹⁴¹⁰ Article 11, alinéa 1^{er} : « *Les brevets dont la demande a été régulièrement formée seront délivrés sans examen préalable, aux risques et périls des demandeurs, et sans garantie, soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description* ».

¹⁴¹¹ A.-C. RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844, n° 145, p. 383. Le risque serait le suivant : il s'agirait certes de porter un jugement sur l'invention, mais surtout « *d'exclure une matière de brevets, brevetable par nature, mais susceptible de dangers, de contraventions, de délit* ». Attribuer ce jugement à l'Administration serait « *introduire explicitement l'examen préalable de la qualité et de la valeur, du mérite ou du démérite de l'invention* ».

¹⁴¹² L. NOUGUIER, *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Paris, 1856, n° 156, p. 61. L'auteur donnait à ce principe une interprétation extensive.

¹⁴¹³ V. A. CASALONGA, *Traité technique et pratique de brevet d'invention*, LGDJ, 1949, vol. 2, n° 216, p. 1919.

titre¹⁴¹⁴. Avec la loi du 2 janvier 1968, la méconnaissance de l'ordre public devint expressément une cause de refus de délivrance du titre : « *Ne sont pas susceptibles d'être brevetées les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, (...)* »¹⁴¹⁵. Il faut remarquer que la publication ou la mise en œuvre de l'invention sont les seuls événements à considérer. Aujourd'hui, selon l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle, ne peuvent être brevetées : « *les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (...)* »¹⁴¹⁶. Il est déjà possible de constater que la contrariété d'une invention à l'ordre public n'aura jamais été appréciée au regard de ses caractéristiques intrinsèques¹⁴¹⁷. D'autre part, la loi permet à l'INPI de rejeter la demande « *manifestement non brevetable* »¹⁴¹⁸ ou de procéder d'office à la suppression des parties jugées contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹⁴¹⁹. D'un point de vue transitoire, avec la loi du 2 janvier 1968, doit être observé un déplacement du contrôle de la conformité de l'invention à l'ordre public. Alors que seule une analyse *a posteriori* de la validité du titre de brevet était possible sous le droit antérieur, avec la loi nouvelle, un contrôle *a priori* est réalisé, c'est-à-dire dès l'époque de l'enregistrement. Comme la loi nouvelle du 2 janvier 1968 était relative aux conditions de constitution de la situation juridique, elle n'aurait pas dû atteindre les droits de brevet antérieurement constitués¹⁴²⁰. Les dépôts antérieurs n'auraient pas pu être invalidés sous le prétexte de l'ajout d'une nouvelle condition de validité¹⁴²¹.

¹⁴¹⁴ Il convient en effet de rappeler qu'il était toujours possible de faire annuler un brevet portant sur « *une découverte, invention ou application* », reconnue contraire à « *l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs ou aux lois du royaume* » : V. article 30, 4° de la loi du 5 juillet 1844. En admettant l'image d'un contrat intervenu entre la société et l'inventeur, ce dernier montrait alors une cause illicite. La loi de 1844 autorisait le ministère public à agir directement pour faire prononcer la nullité du brevet à l'instar de n'importe quel intéressé (article 37 alinéa 2). V. T. civ. de la Seine, 29 nov. 1913 : *Ann. propr. ind.* 1915-1919, II, p. 16 ; CA Paris, 18 juin 1914 : *Rec. Sirey* 1914, II, p. 255.

¹⁴¹⁵ V. l'article 11 de la loi du 2 janvier 1968.

¹⁴¹⁶ L'article 53 (a) de la CBE fait aujourd'hui référence à « *l'exploitation commerciale de l'invention* », éventuellement contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'article ainsi modifié est en accord avec les dispositions de l'article 27 (2) de l'accord ADPIC et avec celles de l'article 6 (1) de la directive n° 98/44 CE relative à la protection des inventions biotechnologiques.

¹⁴¹⁷ En somme, les seuls critères intrinsèques de la chose n'auront jamais constitué un obstacle au dépôt.

¹⁴¹⁸ Le fondement est constitué par l'article L. 612-12 4° du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴¹⁹ Le fondement est constitué par l'article L. 612-12 9°, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Si les motifs de rejet n'affectent la demande de brevet qu'en partie, seules les revendications correspondantes sont rejetées* ». La sanction de la nullité est conservée. L'article L. 613-25, a) du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Le brevet est déclaré nul par décision de justice : a) si son objet n'est pas brevetable aux termes des articles L. 611-10, L. 611-11 et L. 611-13 à L. 611-19* ».

¹⁴²⁰ Concrètement, les brevets délivrés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 1968 ne devraient subir aucun examen nouveau au titre de la conformité de l'exploitation de l'invention à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. C'est-à-dire qu'il ne semble pas conforme au principe de sécurité juridique que le titre délivré à une époque, dusse être contrôlé de la même façon, une seconde fois, en raison de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

¹⁴²¹ Cependant, il est possible d'imaginer une action en nullité ultérieure. L'intérêt général sous-jacent autorise sûrement le législateur à retenir une vision actualisée de l'ordre public. Lorsqu'il décide d'annuler un brevet pour

Il convient aussi de constater que la référence à « *l'exploitation commerciale* » de l'invention se substitue à celle de sa « *publication* » ou de sa « *mise en œuvre* ». À partir de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le contenu de la publication ne devait plus constituer un motif de rejet de la demande de brevet sur le fondement de l'ordre public. En quelque sorte, un commandement était directement adressé à l'office d'enregistrement. Il ne s'agit plus de considérer l'évènement « *publication contraire à l'ordre public* », mais de se placer plus avant dans le temps pour imaginer la contrariété éventuelle à l'ordre public d'une exploitation effective de l'invention. De plus, seule l'exploitation « *commerciale* » de l'invention doit être considérée aujourd'hui. L'examen relatif à la « *publication ou mise en œuvre* » d'une invention devient relatif à l'« *exploitation commerciale* » de celle-ci. Par suite, pour le juge, les possibilités de prononcer la nullité potentielle du titre sont restreintes. La marge de manœuvre de l'office d'enregistrement est ainsi réduite. En somme, l'ordonnancement juridique serait modifié : une simple publication ou une mise en œuvre même non commerciale de l'invention aurait pu, sous la loi ancienne, conduire au rejet d'une demande de brevet, alors que cette justification serait totalement inopérante sous l'empire du droit nouveau¹⁴²². Très simplement, le procédé qui consiste pour le législateur à donner des nouvelles consignes à l'office d'enregistrement semble en lui-même postuler une application temporelle immédiate de la loi. D'ailleurs, dire que seuls les dépôts effectués après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle donneront lieu à ce nouveau type d'analyse se comprend facilement au regard du caractère acquisitif de la procédure. Cependant, il convient de noter que le critère de « *l'exploitation commerciale* », dicté par les accords ADPIC¹⁴²³ et semblant obéir à un plus grand pragmatisme¹⁴²⁴, n'en conserve pas moins une relative abstraction. Certes, il ne s'agit plus de considérer l'invention au stade abstrait de la recherche, mais il convient maintenant de se représenter les conséquences d'une exploitation commerciale de l'invention¹⁴²⁵, ce qui n'est pas forcément plus facile¹⁴²⁶. Ce constat a une incidence d'un point de vue transitoire.

défaut de brevetabilité de l'invention, il ne va certainement pas isoler les composantes de l'ordre public seulement identifiables à l'époque du dépôt. C'est alors une sorte de caducité qui est implicitement reprochée au titre. La durée d'un brevet est toutefois relativement réduite pour apprécier un changement véritable de la moralité d'une société. En d'autres termes le danger d'une rétroactivité implicite est moindre.

¹⁴²² C'est le principe développé par certains auteurs, suivant lequel la règle ancienne a été remplacée par un rapport de non-imputation.

¹⁴²³ V. l'article 27 des accords ADPIC et l'article 6.1 de la directive du 6 juillet 1998.

¹⁴²⁴ L'exploitation commerciale de l'invention semble correspondre à l'objectif poursuivi par l'inventeur. C'est également cette exploitation qui semble le plus à même d'entrer en conflits avec les intérêts supérieurs d'une société (politiques, sociaux ou économiques).

¹⁴²⁵ En toute rigueur, le juge devrait considérer tous les domaines d'exploitation que l'invention est susceptible de concerner avant de se prononcer.

¹⁴²⁶ Il faut savoir que les instances de l'Office Européen des Brevets n'auraient pas usé de cette faculté de refuser la délivrance d'un brevet sur le fondement du contenu de la demande. Les dispositions de la CBE leur imposaient pourtant un contrôle systématique du contenu des demandes avant leur publication. Finalement,

En effet, le droit ancien et le droit moderne se rejoignent au regard des interrogations que peuvent susciter l'application des critères légaux¹⁴²⁷. Tout raisonnement sur des conflits de lois dans le temps perd un peu de sa légitimité, dès lors que certaines dispositions antérieures ne recevaient pas d'application effective ou que la substitution d'un critère légal à un autre ne semble laisser aucune trace jurisprudentielle¹⁴²⁸.

376. En droit des marques - En considérant à présent le droit des marques, la loi du 23 juin 1857, première loi de la discipline, est silencieuse sur ce point. Elle offre d'ailleurs un contraste intéressant avec la loi contemporaine de 1844 élaborée en droit des brevets¹⁴²⁹. Néanmoins, POUILLET approuvait déjà au début du XIX^{ème} siècle le principe d'une prohibition quant au dépôt des « *images ou mots contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* »¹⁴³⁰. Plus tard, la loi du 31 décembre 1964 apporta une précision essentielle : « *Ne peuvent être considérées comme une marque ni en faire partie les signes dont l'utilisation serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (...)* »¹⁴³¹. Ce n'est pas la chose en tant que telle qui est confrontée à l'ordre public et aux bonnes mœurs, mais son « *utilisation* ». Avec la loi du 4 janvier 1991, sont spécialement prohibés les signes « *contraire[s] à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou dont l'utilisation est légalement interdite* »¹⁴³². Sous le droit nouveau, l'autorité chargée de l'enregistrement¹⁴³³ est sommé de porter également son regard

l'adoption de la forme rédactionnelle prévue à l'accord ADPIC et de la directive n° 98/44 aurait simplifier la tâche de l'OEB.

¹⁴²⁷ Les juges ayant pu considérer qu'une seule « application » de l'invention contraire à l'ordre public pouvait conduire à l'annulation du titre de brevet, il s'agirait de savoir si une exploitation potentiellement attentatoire aux intérêts de la société serait suffisante pour anéantir le brevet dans l'intégralité de ses applications. V. CA Paris, 18 juin 1914, *arrêt précité*.

¹⁴²⁸ La notion a toutefois trouvé néanmoins un certain renouvellement avec la réception juridique des biotechnologies : V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J-L. PIERRE, *op. cit.*, n° 64, p. 33.

¹⁴²⁹ V. le 4^o de l'article 30 de la loi du 5 juillet 1844. Encourrait la nullité le brevet délivré pour une « découverte, invention ou application » qui se révélait « contraire à l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs ou aux lois du royaume ».

¹⁴³⁰ E. POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 6^{ème} éd. refondue par A. TAILLEFER et C. CLARO, Marchal et Godde, 1912, n° 60, p. 57. L'éminent auteur signalait néanmoins que l'application de la règle rencontrerait sans doute quelques difficultés, le « *domaine de la morale et des convenances* » étant sujet à variations suivant les époques.

¹⁴³¹ V. l'article 3 de la loi du 31 décembre 1964.

¹⁴³² . 711-3 b) du Code de la propriété intellectuelle. Les signes évoqués à l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle sont refusés à l'enregistrement ou s'ils sont enregistrés comme marques, ils peuvent justifier une annulation de celui-ci.

¹⁴³³ Ou le juge dans le cadre d'un litige ultérieur.

sur la chose elle-même¹⁴³⁴. L'analyse transitoire est délicate parce qu'il est toujours possible de douter des conséquences réelles du changement rédactionnel observé¹⁴³⁵.

377. En droit des dessins et modèles - L'hypothèse d'un dessin ou modèle contraire à l'ordre public n'a pas donné lieu à une jurisprudence fournie¹⁴³⁶. Avant la réforme apportée par l'ordonnance du 25 juillet 2001, l'article L. 512-2, 2) énonçait¹⁴³⁷ : « *La demande est rejetée s'il apparaît à l'examen : (...) b) que sa publication est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* »¹⁴³⁸. C'est la publication portant sur le dessin ou modèle qui était en mesure de constituer une atteinte aux valeurs de la société et l'INPI se réservait la possibilité de rejeter la demande de réservation de la chose¹⁴³⁹. Aujourd'hui, l'article L. 511-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'apparence qui se révélerait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne peut obtenir une protection¹⁴⁴⁰. C'est la chose, objet du droit, qui est alors contraire, en elle-même, à l'ordre public¹⁴⁴¹. L'office d'enregistrement n'est plus encouragé à raisonner en termes de « *publication* »¹⁴⁴². Il semblerait néanmoins que l'ordonnancement juridique n'ait pas été modifié parce que le critère de « *la publication de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* » n'était pas appliqué sous la loi ancienne. En effet, une règle qui n'est pas appliquée semble difficilement susceptible d'être à l'origine d'un conflit de lois dans le temps¹⁴⁴³. D'autre part,

¹⁴³⁴ C'est le signe qu'il convient d'examiner aux fins d'apprécier la conformité de la marque à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Alors que l'utilisation du signe doit être étudiée au titre d'une conformité très générale à la norme légale, l'analyse au titre de l'ordre public a pour objet les qualités intrinsèques de la marque.

¹⁴³⁵ Quand le juge semble ainsi recevoir de nouvelles directives d'appréciation, il est souvent délicat de se figurer concrètement la teneur du changement annoncé. L'ordonnancement juridique est-il réellement changé quand le législateur demande au juge d'ajouter au contrôle de l'utilisation du signe, celui des qualités du signe ? Le contrôle étendu à la légalité de l'utilisation du signe semble quand même inclure une vérification de la conformité du signe à l'ordre public.

¹⁴³⁶ Ce sont des modèles de billets de banque qui ont été considérés comme contraires à l'ordre public. CA Paris, 3 avril 1998 : *PIBD* 1998, III, 389.

¹⁴³⁷ V. l'alinéa 3.

¹⁴³⁸ L'alinéa 4 de ce même article précisait néanmoins : « *Le rejet ne peut être prononcé sans que le déposant ait été préalablement invité, selon le cas, soit à régulariser la demande, soit à présenter ses observations* ».

¹⁴³⁹ Le raisonnement semblait postuler la sanction d'une méconnaissance d'une formalité inhérente au dépôt.

¹⁴⁴⁰ Cet article dispose : « *Les dessins ou modèles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne sont pas protégés* ».

¹⁴⁴¹ La directive n° 98/71 CEE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles (*JOCE*, L. 289, 28 oct. 1998) propose également de considérer le caractère contraire à l'ordre public ou à la moralité publique du dessin ou modèle, mais le raisonnement est porté sur l'enregistrement : dans ce cas, il ne confèrera aucun droit. V. article 8.

¹⁴⁴² Le droit des dessins et modèles se trouve ainsi aligné sur les autres droits de propriété industrielle : V. les articles L. 611-17 et L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁴³ En effet, est absente la condition suivante : deux lois successives sont susceptibles de donner deux régimes différents à un fait unique. C'est-à-dire que ne se retrouverait pas l'hypothèse suivante : un dessin ou modèle (créé sous le droit antérieur) est rejeté à l'examen en raison d'une publication jugée susceptible de porter atteinte à l'ordre public. Le dessin ou modèle n'étant pas, en lui-même, contraire à l'ordre public, son créateur demanderait une nouvelle fois protection, cette fois sous l'empire de la loi nouvelle. Comme aucun rejet de ce type n'aurait été prononcé sous l'empire de la loi ancienne, l'hypothèse ne se serait jamais rencontrée.

le changement d'examen qui est demandé à l'autorité d'enregistrement semble quelque peu artificiel¹⁴⁴⁴. Le juge se sentirait certainement autorisé à appliquer la nouvelle rédaction offerte par l'ordonnance de 2001 dans tous les litiges résolus après la réforme. La règle pourrait s'analyser comme la reformulation d'une directive adressée à l'office d'enregistrement¹⁴⁴⁵. Il convient à présent de s'intéresser aux indices que le législateur a pu laisser en droit de la propriété intellectuelle et qui peuvent conduire l'interprète à retenir la qualification de « loi impérative ».

C / La traduction transitoire de certains indices laissés par le législateur

378. Des domaines de prédilection - Il est possible de tenter d'isoler certains domaines impératifs au sein de la propriété intellectuelle, à l'instar de l'état des personnes, de l'organisation de la famille ou de la définition des prérogatives exercées par un propriétaire¹⁴⁴⁶. En ces matières, il ne serait pas concevable que le législateur diffère l'application véritable de sa réforme à la naissance de nouveaux sujets de droit, à la création d'un schéma familial précis ou à la conception d'un bien entièrement nouveau. Autrement dit, il faudrait savoir si la résolution des conflits de lois dans le temps se trouverait facilitée par le

¹⁴⁴⁴ L'hypothèse d'un dessin ou modèle qui ne serait pas en lui-même contraire à l'ordre public, mais dont la publication violerait les intérêts essentiels de la société est très floue. De plus, la nouveauté du dessin ou modèle pourrait être facilement contestée lors de la seconde demande de protection effectuée sous la loi nouvelle.

¹⁴⁴⁵ Il n'y aura aucun report de l'application de la réforme aux dessins et modèles créés après son entrée en vigueur. Par suite, si la nouveauté du dessin ou modèle a été conservée, la loi nouvelle, ayant pour objet l'ordre public, son caractère impératif n'est pas en discussion. Pourtant, il ne semble pas intuitif de soutenir qu'en raison de cette seule qualité, elle reçoit nécessairement une application immédiate. D'ailleurs, cette unique information ne serait pas suffisante puisqu'il s'agirait toujours de savoir si le dessin ou modèle préexistant à la réforme serait concerné par le régime nouveau dès lors que son examen se situe après la date d'entrée en vigueur. L'affirmation d'une application immédiate n'aurait alors pour seule utilité que d'exclure l'application rétroactive de la loi nouvelle. Celle-ci postulerait une remise en cause éventuelle des rejets antérieurs, sous prétexte que les critères d'examen relatifs à l'ordre public auraient été modifiés.

¹⁴⁴⁶ V. par exemple : J. MARMION, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris, 1924, p. 77 : « L'ordre public est donc multiple, insaisissable, en quelque sorte protéiforme dans ses manifestations et les lois impératives qui en expriment les différentes exigences sont soumises, de façon absolue, aux besoins, aux nécessités du milieu qu'elles régissent ». Cass. req., 7 mars 1881: *Rec. Sirey* 1881, I, p. 197. Sous réserve des actes « définitivement réalisés sous l'empire de la loi ancienne », sont cités comme des hypothèses appelant immédiatement l'application de la loi nouvelle : « la minorité, la majorité, la puissance paternelle, la tutelle, l'interdiction » qui déterminent « l'état des personnes, la capacité ou l'incapacité qui en résultent ». Ce sont les démarches plutôt analytiques de la catégorie des lois d'ordre public qui ont permis de mettre en exergue ces domaines juridiques V. A. SIMON, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941, p. 75 : DEMANTE retiendrait dans la liste des lois d'ordre public : les « lois politiques », les « lois criminelles », les lois qui régissent l'état des personnes et l'organisation de la famille, ainsi que les lois qui régissent les biens. DEMOLOMBE cite également les lois relatives à l'état et la capacité des personnes, les lois sur la prescription et la protection des tiers. Pour un exemple récent, V. M. LAMARCHE, *Les lois passent...l'autorité de la chose jugée trépasserait ? (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005)* : D. 2006, p. 207, spéc. p. 209 : « Application immédiate et rétroactivité sont [toutefois] d'une distinction peu aisée lorsque la loi en cause est relative à la filiation. La notion de filiation renvoie en effet à des situations juridiques s'inscrivant dans le temps dès lors qu'elles concernent l'état des personnes. Il sera de ce fait facile de déceler de la rétroactivité là où, pourtant, il ne s'agit que d'application immédiate ».

rattachement de la loi nouvelle à un domaine particulier. Par exemple, le régime matrimonial du titulaire du droit, le statut du créateur ou de l'inventeur salarié ou encore la dévolution successorale des monopoles, pourraient constituer des domaines de prédilection de l'ordre public¹⁴⁴⁷. De même, le juge pourrait être tenté de donner une application transitoire particulière à toutes les règles intéressant de près ou de loin le droit moral de l'auteur¹⁴⁴⁸. Cependant, il convient de garder à l'esprit que la prévisibilité du droit participe de l'exigence de sécurité juridique. En ce sens, il faudrait que la jurisprudence montre au préalable un certain consensus relativement à l'identification de ces domaines.

379. L'exemple du droit d'auteur - En s'inspirant du droit civil, la place de l'ordre public peut être découverte par une simple lecture des dispositions légales. Par exemple, l'article L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle énonce les obligations contractuelles qui pèsent sur l'éditeur. Selon l'alinéa 1^{er}, l'éditeur est « tenu » « *d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication selon les conditions, dans la forme et suivant les formes d'expression prévus au contrat* »¹⁴⁴⁹. De même, figure à l'article L. 132-13 du Code de la propriété intellectuelle, alinéa 1^{er}, une obligation impérative de même nature qui pèse sur l'éditeur, il est « tenu » de rendre des comptes. L'article L. 121-4¹⁴⁵⁰ du Code de la propriété intellectuelle encadre l'exercice du droit de retrait de l'auteur. Le cocontractant de celui-ci doit au préalable être indemnisé du préjudice que l'exercice de ce droit peut lui causer. La référence au système

¹⁴⁴⁷ Cette solution serait inspirée des aspects rigides des régimes matrimoniaux, du droit du travail ou du droit des successions. ROUBIER considère cependant qu'isoler ainsi des domaines juridiques particuliers pour deviner l'application dans le temps de la loi nouvelle est une démarche inutile. La catégorie des droits réels ne saurait, par exemple, postuler en elle-même une application dans le temps donnée de toute loi nouvelle.

¹⁴⁴⁸ La Cour de cassation dans l'« affaire HUSTON » énonce que l'attribution de la qualité d'auteur à un créateur personne physique est une loi d'application impérative, la loi du pays d'origine n'ayant pas d'incidence sur la disponibilité en France d'une action en violation du droit moral. Deux arrêts sont à considérer : Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991 : *Bull. civ. I*, n° 172 ; CA Versailles, 19 déc. 1954 : *RIDA*, avr. 1995, p. 389. Dans le premier arrêt, est clairement soulignée la nature impérative des articles L. 111-4 et L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Il résulte de l'article L. 111-4, al. 2, qu'aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire et artistique, quel que soit l'État sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois, et il résulte de l'article L. 121-1 que la personne qui en est l'auteur du seul fait de la création est investie du droit moral institué à son bénéfice. Ces règles sont des lois d'application impérative ». La cour d'appel de renvoi précise que l'absence de protection de l'œuvre étrangère, en raison du défaut de réciprocité énoncé à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-4, ne se rapporte qu'à une « dimension économique ». Le défaut de protection « trouve sa limite dans la règle générale impérative du respect du droit moral de l'auteur telle que proclamée sans réserve à l'alinéa 2 ». En somme, c'est en droit international privé que fut affirmée avec le plus de netteté cette nature impérative du droit moral. C'est un droit subjectif dont la protection est particulièrement renforcée. Par exemple, le rappel effectué à l'article L. 132-22 du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel l'entrepreneur de spectacles doit, lui aussi, respecter le droit moral de l'auteur est juridiquement superfétatoire. L'alinéa 2 de l'article L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle rappelle que l'éditeur doit respecter le droit moral de l'auteur. Il dispose : « [L'éditeur] ne peut, sans autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'œuvre aucune modification ».

¹⁴⁴⁹ Si l'éditeur est « tenu » d'exécuter ces obligations, c'est en raison du fait qu'il a consenti à la conclusion de ce contrat spécial. Il pourrait donc s'agir d'un simple rappel du principe posé à l'article 1134 du Code civil et non d'une information sur la valeur impérative de l'obligation. Il est difficile de déduire une application transitoire précise de cette rédaction.

¹⁴⁵⁰ V. l'article 32 de la loi du 11 mars 1957.

d'ordre public de la responsabilité civile ne devrait pas permettre à l'auteur d'échapper à cette obligation¹⁴⁵¹. À l'article L. 132-27¹⁴⁵² du Code de la propriété intellectuelle, le législateur utilise aussi l'expression « *est tenu* » : le producteur est débiteur d'une obligation d'exploiter l'œuvre d'une manière conforme aux usages de la profession, obligation qui ne semble pas pouvoir souffrir la preuve contraire¹⁴⁵³. L'ordre public qui peut ainsi être déduit des termes choisis par le législateur semble toutefois peu utile parce que la loi en vigueur au moment de la conclusion de la convention reste prépondérante. Il est évident que si une loi nouvelle devait modifier la définition d'un contrat ou ses obligations essentielles, le juge ne pourrait arguer de la loi nouvelle pour « disqualifier » des conventions antérieures ou prononcer quelque caducité. D'une manière générale, la notion d'obligation essentielle fait appel au domaine de l'impératif¹⁴⁵⁴, mais le domaine contractuel conduit au contraire à n'utiliser que le principe de survie de la loi ancienne. Par exemple, l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle donne la définition des obligations des parties au contrat d'édition¹⁴⁵⁵. Si les conditions indiquées ne sont pas réunies, le contrat ne peut pas être qualifié de contrat d'édition¹⁴⁵⁶. L'article L. 132-2 du Code de la propriété intellectuelle donne la définition du contrat à compte d'auteur¹⁴⁵⁷ et l'article L. 132-3¹⁴⁵⁸ du Code de la propriété intellectuelle

¹⁴⁵¹ Il est également précisé qu'une fois ce droit de retrait exercé, si l'auteur souhaite à nouveau publier l'œuvre, « *il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées* ». La disposition semble bien impérative au regard des termes choisis par le législateur. C'est la loi de 1957 qui a reconnu ce droit de retrait, qui ne figurait pas dans la loi de 1791. Accorder un droit et les garanties pour la personne qui peut subir les conséquences de son exercice ne semble pas l'objet d'une réflexion transitoire intéressante puisque les deux aspects sont reconnus en même temps. Si le droit de retrait avait été consacré par le droit ancien et que la loi nouvelle vienne donner des garanties : dans ce cas, il aurait été possible de dire qu'on n'aurait pas pu demander le paiement d'une indemnité à l'auteur pour l'exercice d'un droit qui s'est effectué sous la loi ancienne. De même pour la dernière partie de la règle, il aurait fallu s'attacher au moment auquel le droit fut exercé. Un droit exercé avant la réforme n'aurait pas pu faire naître l'obligation de revenir vers le précédent cocontractant. Il est possible de penser à un droit de préférence accessoire au bien cédé au départ. Cependant, comme le législateur offre ainsi des garanties au cocontractant de l'auteur, en cas de réforme sur ce point, le cocontractant invoquerait certainement le principe de survie de la loi ancienne, voire le respect des droits acquis antérieurement afin d'éviter la perte de ce droit de préférence légal.

¹⁴⁵² L'alinéa 1^{er} est issu de l'article 63-5 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁴⁵³ Il convient de noter que le juge pourrait également penser l'application immédiate de la loi nouvelle comme la solution la plus opportune, en considérant que la loi du 11 mars 1957 a principalement fait ici œuvre de codification.

¹⁴⁵⁴ Sur les obligations essentielles : V. C. LARROUMET, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité* : D. 1997, chron. p. 145. La sanction est l'annulation de la clause. Il faut utiliser les notions de principe de cohérence contractuelle, d'économie générale du contrat et du caractère sérieux de la contre-prestation.

¹⁴⁵⁵ V. l'article 48 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁴⁵⁶ V. l'article 57 de la loi du 11 mars 1957. L'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle donne l'obligation essentielle pesant sur l'éditeur. L'article L. 132-9 (article 55 de la loi du 11 mars 1957) du Code de la propriété intellectuelle donne des précisions sur les obligations qui sont à la charge de l'auteur. Le dernier alinéa donne l'exemple d'une disposition supplétive, qui permet de deviner *a contrario* la valeur impérative de la première partie de la disposition. L'objet de l'édition reste la propriété de l'auteur, en principe, « *sauf convention contraire ou impossibilité d'ordre technique* ».

¹⁴⁵⁷ V. l'article 49 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁴⁵⁸ V. l'article 50 de la loi du 11 mars 1957.

celle du contrat de compte à demi. L'article L. 132-18¹⁴⁵⁹ du Code de la propriété intellectuelle énonce les obligations essentielles contenues dans le contrat de représentation et dans le contrat général de représentation. Un ordre public contractuel classique se retrouve également quand des garanties d'éviction sont imposées par la loi nouvelle. Par exemple, l'article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle fait état de la garantie de l'auteur de son fait personnel et des troubles de droit causé par des tiers¹⁴⁶⁰. De même, l'article L. 132-26 du Code de la propriété intellectuelle est une illustration de la garantie de jouissance paisible de la chose dont l'auteur doit garantir au producteur de l'œuvre audiovisuelle¹⁴⁶¹. En somme, dans chaque cas de figure, l'ordre public identifié ne montre pas une nature réellement spécifique à la propriété intellectuelle. Le raisonnement transitoire sera traditionnellement porté sur la date de conclusion du contrat.

380. Le critère de la sanction - Monsieur MALAURIE recense dans son ouvrage les définitions de l'ordre public proposées par la doctrine contemporaine¹⁴⁶². Certains auteurs pensent que la nature de la sanction applicable en cas de violation d'une règle de droit constitue un indice de sa force obligatoire¹⁴⁶³. En droit de la propriété intellectuelle, la

¹⁴⁵⁹ V. l'article 43 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁴⁶⁰ V. l'article 54 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁴⁶¹ V. l'article 63-4 de la loi du 11 mars 1957. Les deux dispositions sont issues de la loi du 11 mars 1957. L'article L. 132-8 est issu de l'article 54 de la loi du 11 mars 1957 et L. 132-26 est issu de l'article 63-4 de cette même loi.

¹⁴⁶² P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé*, tome 1^{er}, préf. P. ESMEIN, éd. Matot-Braine, Reims, 1953.

¹⁴⁶³ Si l'ordre public « classique » ou l'ordre public « de direction » appelle une nullité absolue alors que l'ordre public « de protection » est sanctionné par une nullité relative, la sanction de la nullité serait dans tous les cas un indice de la valeur supérieure de la règle. La sauvegarde de l'intérêt général ne devrait pas nécessairement être distinguée de la protection d'intérêts seulement « privés ». J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, vol. 1, Armand-Colin, 7^{ème} éd. 1996, n° 336, n° 342 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, 1996, PUF, coll. Thémis, 15^{ème} éd., n° 105 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey 1965, p. 166 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, LGDJ, 2^{ème} éd. par P. ESMEIN, n° 288 ; A. SIMON, *op. cit.*, n° 20, p. 15 : « ce qui caractérise la sanction de l'ordre public, c'est sa souplesse, sa faculté d'adaptation au but poursuivi par la loi ». La nullité relative se reconnaît d'ailleurs par cette règle favorable à l'équité : la sanction ne peut pas profiter à celui contre qui elle est dirigée. L'ouverture restreinte de l'action pourrait alors justifier la licéité du procédé de la renonciation. En effet, celle-ci ne se conçoit guère dans l'hypothèse d'une nullité absolue parce que son ouverture profite aussi aux tiers. V. pour des exemples de jurisprudence faisant application des conséquences de la nullité relative en matière de renonciation à un droit acquis issu d'une règle d'ordre public : Civ. sect. soc., 27 mai 1949 : *JCP* 1949, II, 5144 note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; Civ. sect. soc., 7 nov. 1947 : *Rec. Sirey* 1948, I, p.164 ; Cass. civ., 16 mai 1952 : *D.* 1952, p. 726, note R. SAVATIER. En effet, un « intérêt privé » peut recevoir la protection de l'ordre public. G. CORNU, *Droit civil, Introduction*, Domat-Montchrestien, 9^{ème} éd., 1999, n° 334, p. 134. Une « interdiction d'ordre public » peut protéger « un droit individuel et patrimonial ». V. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil*, t. IV, § 523 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^{ème} éd., 1912, p. 37 et s. ; L'intérêt préservé devra alors montrer une valeur particulière pour la société. G. CORNU, *op. cit.*, n° 341, p. 135 et 136 : « Il existe un ordre public de protection individuelle. Un intérêt privé est d'ordre public lorsqu'il procède d'une valeur à laquelle la société accorde une importance fondamentale ». Cette valeur doit être trouvée, étant entendu que la jouissance effective de n'importe quel droit subjectif est déjà garantie par l'État : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, les personnes, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, 2004, vol. 1., n° 161, p. 311 : « Le droit subjectif reconnaît aux individus des prérogatives, des sphères d'activité, dont ils vont jouir sous la protection de l'État :

sanction de la nullité est parfois indiquée par le législateur. Il convient alors de se demander si l'interprète pourrait en déduire une solution transitoire. Par exemple, en 1844, le législateur affirmait : « *La cession totale ou partielle d'un brevet, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ne pourra être faite que par acte notarié (...)* »¹⁴⁶⁴. L'article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle, qui est issu de la loi du 2 janvier 1968, énonce aujourd'hui dans un alinéa 5 : « *Les actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers alinéas sont constatés par écrit, à peine de nullité* »¹⁴⁶⁵. Intuitivement, il ne s'agirait pas de retenir une date différente de celle de la conclusion de la convention pour déterminer le champ d'application temporel de la loi nouvelle¹⁴⁶⁶. De même, le contrat de nantissement de logiciel doit être passé par écrit sous peine de nullité¹⁴⁶⁷. Le réflexe est toujours de se placer au jour de l'échange des consentements. Peut spécialement être cité l'article 121-9 du Code de la propriété intellectuelle. Son premier alinéa dispose : « *Sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toutes clauses contraires portées au contrat de mariage, le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité reste propre à l'époux auteur ou à celui des époux à qui de tels droits ont été transmis (...)* ». La valeur impérative de la loi semble clairement résulter de l'impossibilité de prévoir une clause dérogatoire au principe énoncé. C'est d'ailleurs une illustration parfaite de l'ordre public dit « fonctionnel », qui se définit essentiellement comme une limite apportée à la liberté contractuelle. Pourtant, il est notoire que le problème transitoire global posé par l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle n'a pu être entièrement résolu au regard de sa valeur impérative.

Finalement, se concentrer sur la sanction édictée en cas de violation de l'obligation créée est assurément un moyen de découvrir l'ordre public. Seulement, il ne faudrait pas devoir répondre à une question transitoire complexe. De plus, la référence traditionnelle à la loi en vigueur au jour de la conclusion de la convention devrait toujours éclipser l'utilisation spécifique de l'ordre public découvert¹⁴⁶⁸. D'ailleurs, il est évident que certaines dispositions

ce sont les droits individuels, les droits subjectifs » ; V. aussi J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 163, p. 316 : « *Le droit subjectif est un pouvoir, mais un pouvoir garanti par l'État, parce qu'il est conforme au droit objectif* ».

¹⁴⁶⁴ V. l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, alinéa 2.

¹⁴⁶⁵ Les deux alinéas en question énoncent d'une part une liberté de transmission des droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet, d'autre part la faculté pour le titulaire du droit de faire de celui-ci l'objet d'un contrat de concession. de l'article 43.

¹⁴⁶⁶ Le dernier alinéa de l'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle est le siège d'un formalisme impératif sanctionné de la même façon : « *Le transfert de propriété ou la mise en gage est constaté par écrit à peine de nullité* » (article 23 de la loi du 4 janvier 1991).

¹⁴⁶⁷ L'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle est issu de l'article 7 de la loi du 10 mai 1994, il est relatif au nantissement du droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel.

¹⁴⁶⁸ Pour ROUBIER, « *lorsqu'un acte juridique est nul d'après la loi du jour où il a été passé, la nullité demeure dans ses différentes modalités, ce qu'elle était d'après cette loi. Il importe peu qu'il s'agisse de nullité absolue*

sont impératives alors qu'il n'est absolument rien précisé sur l'existence d'une sanction applicable en cas d'inexécution. Ce constat constitue assurément un facteur potentiel d'insécurité juridique. Par exemple, si la sanction de l'inobservation de l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle est pour la jurisprudence une nullité relative, cette sanction n'est pas indiquée par le législateur et n'a pas toujours fait l'objet d'un consensus¹⁴⁶⁹. De même, il est affirmé à l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle que le contrat de production audiovisuelle « prévoit » des éléments qui vont faire l'objet d'une conservation¹⁴⁷⁰. Le choix rédactionnel du temps présent et l'absence de précision sur une éventuelle clause contraire semblent démontrer la nature impérative de l'obligation. Cependant, aucune sanction n'est prévue par le législateur en cas de défaut d'indication de ces éléments au contrat¹⁴⁷¹. En conclusion, le raisonnement qui serait fondé sur le critère de la sanction ne semble pas suffire. Il faudrait lui ajouter d'autres critères pour donner une assise réelle à un raisonnement transitoire. Il convient à présent d'aborder le cas spécifique du droit des marques, l'ordre public y trouve des illustrations à plusieurs niveaux.

D / Le cas spécifique du droit des marques

381. Présentation - L'ordre public peut se rencontrer au regard de l'existence même d'un droit de propriété intellectuelle. S'agit-il d'une information transitoire utile ? Est-ce que l'interprète de la loi nouvelle doit rechercher l'ordre public à un stade supérieur à celui proposé par l'article 6 du Code civil ? L'exemple du droit des marques permet d'illustrer ces interrogations.

ou relative ; une loi nouvelle ne pourrait changer le caractère de la nullité, ni modifier la liste des personnes qui auraient le droit de demander la nullité » : P. ROUBIER, op. cit., n° 44, p. 201.

¹⁴⁶⁹ Seul l'auteur est en mesure de s'en prévaloir. La nullité peut être ratifiée par l'auteur, il peut donc renoncer à agir *a posteriori*. V. Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2001 : *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 60, obs. A. LUCAS. Cette sanction a été critiquée en doctrine. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation en droit d'auteur, étude sur la loi du 11 mars 1957*, Paris, LGDJ, 1962, n° 191, p. 138. L'auteur défend une annulation partielle de l'accord : « ce n'est pas parce que l'auteur a cédé plus qu'il ne pouvait, qu'il faut réduire à néant tout son engagement, d'autant qu'à chaque œuvre cédée correspond une rémunération appropriée, le surplus est facilement détachable ».

¹⁴⁷⁰ V. l'alinéa 3.

¹⁴⁷¹ De même, l'article L. 132-28 du Code de la propriété intellectuelle impose au producteur de fournir à l'auteur et aux coauteurs un état des recettes qui proviennent de l'exploitation. Certaines informations pourront être obtenues par l'auteur ou les coauteurs simplement en en faisant la demande. Et « notamment la copie des contrats par lesquels il cède à des tiers tout ou partie des droits dont il dispose ». Au regard de la méthode rédactionnelle d'ensemble qui a été adoptée en 1957, le producteur apparaît contraint de fournir aux auteurs ces informations. Si la clause contraire semble illicite, la sanction de la nullité n'est pas expressément envisagée.

382. Le choix du signe réservé par un droit de marque - L'ordre public est présent quand il est affirmé que les conditions d'obtention d'un droit de marque ne peuvent être déterminées que par le législateur. N'importe quel signe ne peut pas être approprié. Ses qualités doivent correspondre aux exigences légales. En effet, le domaine public ne peut être injustement limité, et ce, en conformité avec l'intérêt général¹⁴⁷². Cet ordre public a-t-il de réelles incidences en droit transitoire ?

Il est permis d'en douter. Par exemple, la loi du 31 décembre 1964 ne prévoyait pas qu'une dégénérescence de la marque puisse être sanctionnée¹⁴⁷³. Néanmoins, certaines entreprises s'élevaient déjà, à cette époque, contre les utilisations du signe en mesure d'engendrer une vulgarisation de celui-ci¹⁴⁷⁴. Autrement dit, le caractère distinctif du signe a toujours constitué une condition logique de réservation de ses utilités. Par suite, le juge n'était pas encouragé, après la réforme du 4 janvier 1991, à opérer une séparation nette entre l'ordonnement juridique précédent l'entrée en vigueur de la loi et l'ordonnement juridique lui succédant. Dans ce cas, la notion d'ordre public ne présente aucune utilité. En effet, soit le juge garde à l'esprit la construction du doyen ROUBIER et retient la date de formation de la situation juridique pour apprécier ses conditions de validité ; soit il estime que la loi nouvelle ne fait que rappeler un principe existant et il se sent autorisé à donner une application générale à ses dispositions¹⁴⁷⁵.

De même, l'usage des marques déceptives fut réprimé dès l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1857¹⁴⁷⁶. L'interdiction fut reprise au sein de la loi du 31 décembre 1964¹⁴⁷⁷. Elle figure aujourd'hui au Code de la propriété intellectuelle, dans les termes de la loi du 4 janvier 1991¹⁴⁷⁸. La prohibition des marques trompeuses révèle un ordre public justifié par la protection du destinataire du signe¹⁴⁷⁹. Par exemple, le titulaire de la marque ne peut faire

¹⁴⁷² Il ne faut pas oublier que le signe peut être réservé pour une durée très importante. Par ailleurs, le consommateur reçoit une information par la présence du signe distinctif sur les produits qu'il acquiert, ce qui révèle un ordre public classiquement justifié par l'anéantissement d'une fraude.

¹⁴⁷³ Le signe distinctif au moment du dépôt pouvait très bien rester approprié quand bien même il serait devenu le symbole d'un produit pour le consommateur.

¹⁴⁷⁴ TGI Paris, 17 sept. 1980 « Bic » : *Gaz. Pal.* 1981, I, p. 133, note P. LE TOURNEAU.

¹⁴⁷⁵ La date du dépôt ne sera plus un « critère de rattachement » de la loi ancienne.

¹⁴⁷⁶ L'article 8, alinéa 2 de la loi du 23 juin 1857 dispose : « *Sont punis d'une amende de 50 francs à 2000 francs et d'un emprisonnement d'un mois à un an ou de l'une de ces deux peines seulement...ceux qui ont fait usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit* ».

¹⁴⁷⁷ L'article 3 de la loi dispose : « *Ne peuvent, en outre, être considérées comme marques : celles (...) qui comportent des indications propres à tromper le public* ».

¹⁴⁷⁸ V. l'article 3 de la loi, codifié à l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁷⁹ Sur le fondement de l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle, ont pu être considérés comme trompeurs les signes suivants : « *Servis frais* » pour des produits surgelés : CA Paris, 12 févr. 1981 : *PIBD* 1981, III, 76 ; « *Comme à la maison* » pour des confitures industrielles : CA Paris 11 oct. 1990 : *PIBD* 1991, III, 200 ; « *École de conduite française* » pour un service d'apprentissage à la conduite sans lien avec un organisme officiel : Cass. com. 28 juin 1976 : *JCP* 1977, II, 18700, note J. BURST.

croire à ce dernier que le produit a des vertus thérapeutiques ou qu'une eau montre la qualité d'une eau minérale, quand ces informations ne sont pas vérifiées¹⁴⁸⁰. Certes, l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle prohibe les marques trompeuses et les marques contraires à l'ordre public par des alinéas différents¹⁴⁸¹, semblant ainsi présenter deux conditions « négatives » et autonomes de validité¹⁴⁸². Seulement, en considérant que la notion de fraude et celle d'ordre public sont parfaitement antithétiques, la sanction de toute tromperie est évidemment fondée sur l'ordre public¹⁴⁸³. Par ailleurs, quand le législateur exclut certains signes de la procédure d'enregistrement, au moyen des textes de références de l'article 6 ter de la Convention de Paris¹⁴⁸⁴ et de l'article 23 §2 des accords ADPIC, il souhaite éviter que le public puisse être amené à croire en l'existence d'un lien véritable entre l'État et le signe choisi par l'industriel¹⁴⁸⁵. La notion de tromperie n'est donc pas très éloignée là non plus¹⁴⁸⁶. En somme, la sanction d'un « signe trompeur » pourrait se concevoir derrière chaque alinéa de la disposition française. L'intérêt général et l'ordre public semblent partout présents, conformément au rôle quelque peu moralisateur que le droit des marques joue au sein des pratiques commerciales. Comme les moyens employés par le commerçant pour capter une clientèle doivent être loyaux, le droit des marques ne doit pas servir à communiquer une

¹⁴⁸⁰ CA Paris, 26 oct. 1988 : *RDPI* 1989, n° 21, p. 114 ; CA Paris, 24 mai 1982 : *Ann. propr. ind.* 1982, p. 111. L'article 7 de la CUP dispose : « La nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut, en aucun cas, faire obstacle à l'enregistrement de la marque ».

¹⁴⁸¹ (b et c). L'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas construit comme l'article 6 quinquies B 3) de la Convention de Paris. Il est prévu dans ce dernier texte que les marques pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées : « Lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public, et notamment de nature à tromper le public (...) ». La marque qui trompe le public est ici expressément incluse au sein de la catégorie des marques qui sont contraires à la morale ou à l'ordre public.

¹⁴⁸² I. MARTEAU-ROUJOU DE BOUBÉE, *Les marques déceptives, Droit français, Droit communautaire, Droit comparé*, préf. de A. FRANÇON, Litec, 1992, n° 16, p. 19.

¹⁴⁸³ Si les marques trompeuses peuvent, selon la Convention de Paris, se concevoir comme incluses dans la catégorie des marques contraires à l'ordre public, elles pourraient aussi être rapprochées de la catégorie des signes dont l'utilisation est interdite (2^{ème} apport de l'alinéa b)), la jurisprudence qui se partage entre ces deux alinéas montrant de grandes similitudes. La marque « École de conduite française », accompagnée d'un ruban tricolore, était à l'origine d'une confusion avec un service officiel et par suite considérée comme portant atteinte à l'ordre public (L. 711-3 b)). V. CA Paris, 22 avril 1986 : *Ann. propr. ind.* 1987, p. 31. Sur le fondement cette fois d'un signe trompeur (L. 711-3 c)), la Cour de cassation rappelle que les magistrats sont tenus de relever les circonstances particulières qui peuvent conduire le public à faire croire à une caution de l'autorité publique lorsque le mot « France » est utilisé. V. Cass., com., 16 juin 1980 : *Bull. civ.* IV, n° 255 ; *RTD com.* 1980, p. 335, obs. A. CHAVANNE et J. AZÉMA ; *JCP E* 1980, I, 9087. Et sur renvoi : CA Paris, 22 avr. 1981 : *Ann. Propr. ind.* 1981, p. 10.

¹⁴⁸⁴ Signes officiels comme les drapeaux, emblèmes ou signes de garantie d'États parties à la Convention de Paris ; la règle vaut aussi pour les dénominations et autres sigles d'organisations internationales auxquelles appartiennent ces États, comme l'emblème du Conseil de l'Europe ou de la Communauté européenne ou le terme Interpol.

¹⁴⁸⁵ CA Paris, 28 sept. 1979 : *Ann. propr. ind.* 1980, p. 362 ; CA Paris, 26 nov. 1979 : *Ann. propr. ind.* 1980, 364.

¹⁴⁸⁶ C'est alors aux alinéas a) et c) de l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle de se rejoindre. V. CA Paris, 25 avr. 2007 : *D.* 2007, pan. p. 2836, obs. S. DURRANDE ; *PIBD* 2007, 855, III, 440 ; C. LE GOFFIC, *Retour sur le cas du « Champagne soviétique »* : *Propr. ind.* 2008, étude 18.

information qui induit le consommateur en erreur¹⁴⁸⁷. En conclusion, l'ordre public qui se devine ici ne peut servir en droit transitoire parce qu'il innerve le droit des marques en tant que tel. Dans cette discipline, il faudrait alors considérer que chaque loi nouvelle a un caractère impératif¹⁴⁸⁸.

Il faut noter en dernier lieu que la manière dont le droit des marques est perçu, selon que l'on accorde plus d'importance au signe lui-même, d'une part, ou au lien existant entre le signe et le service ou le produit désigné, d'autre part, a des conséquences transitoires. Cette constatation se vérifie lorsque les manifestations de l'ordre public sont recherchées. Le juge dut par exemple se prononcer sur des marques dont le signe évoquait immédiatement quelque substance illicite : « Cannabia », « Chanvrette », « Opium ». Ce type de signe peut être porteur d'une incitation à la consommation de drogues, du moins à la banalisation d'un comportement prohibé. Le signe « Opium » fut admis à la protection au motif que le produit désigné, qui était un parfum, n'entretenait aucun rapport avec les stupéfiants¹⁴⁸⁹. En revanche, la marque « Cannabia » fut refusée pour des produits alimentaires dont on pouvait penser qu'ils contenaient du cannabis¹⁴⁹⁰. L'information délivrée au consommateur est ici contraire à une réglementation en vigueur, en ce qu'elle suppose « *levé l'interdit qui s'attache à la substance légalement qualifiée de stupéfiant* ».

En s'attachant aux caractéristiques du signe seul, il peut sembler logique que le juge contrôle sa conformité à l'ordre public au jour du jugement¹⁴⁹¹. En effet, il garderait à l'esprit l'objectif de protection des intérêts du consommateur et le rôle de l'ordre public dans le cadre de la réalisation de cette finalité¹⁴⁹². Le juge serait conduit à se référer à la vision *actuelle* que le

¹⁴⁸⁷ Certes, ce n'est pas la fonction directe de la marque d'indiquer la qualité du produit désigné mais la réservation d'un signe qui donne l'image d'une fausse qualité est prohibée. V. par exemple : Cass. com., 11 mars 2003 : *JCP E* 2003, p. 950, note G. ESCUDIER ; *ibid.* 1434, n° 3, obs. N. BOESPFLUG, P. GREFFE et D. BARTHÉLEMY ; (Cassation de CA Bordeaux, 18 oct. 1999 : *D.* 1999, AJ, p. 92 : « *Aucun texte légal ou réglementaire, national ou communautaire, n'impose de spécifier dans la marque l'origine du vin* »). V. aussi : Cass. com., 30 mai 2007 : *D.* 2007, AJ. 1736, obs. F. DALEAU ; *Comm. com. élect.* 2008, comm. n° 4, note C. CARON ; *Propr. ind.* 2007, comm. n° 63, note P. TRÉFIGNY ; *Propr. intell.* 2008, n° 26, p. 147, obs. X. BUFFET DELMAS : « *Un signe désignant un vin sous le nom d'une exploitation ne peut être déposé sans tromperie en tant que marque que par une personne garantissant la récolte et la vinification en ce lieu* ».

¹⁴⁸⁸ Il faut donc préférer l'utilisation de la notion de situation juridique issue de la doctrine de ROUBIER. La loi nouvelle relative aux qualités du signe choisi a pour objet les conditions de formation de la situation juridique. La loi nouvelle relative aux causes de déchéance du droit, a pour objet les conditions d'extinction de la situation juridique.

¹⁴⁸⁹ CA Paris, 7 mai 1979 : *PIBD* 1980, 256, III, 87 ; *Ann. propr. ind.* 1979, 306, note A. CHAVANNE.

¹⁴⁹⁰ CA Paris, 18 oct. 2000 : *D.* 2002, somm. p. 1131, obs. S. DURRANDE.

¹⁴⁹¹ Si la violation du monopole était invoquée, le juge serait autorisé à se placer au jour de la commission de l'acte de contrefaçon allégué. Dans l'hypothèse d'une action en nullité de la marque, le juge pourrait considérer l'ordre public existant au jour de sa décision.

¹⁴⁹² CA Paris, 15 févr. 1990 : *PIBD* 1990, 483, III, 489 : « *L'ordre public doit s'entendre notamment des prescriptions impératives de la législation économique et en particulier de celles destinées à protéger le consommateur* ».

consommateur a du signe¹⁴⁹³. Par suite, en imaginant que l'image ainsi perçue vienne à changer entre sa conceptualisation et le jour du jugement, seule l'impression présente au jour de la résolution du litige serait alors retenue¹⁴⁹⁴.

En revanche, si le signe est étudié au regard de sa fonction d'identification des produits et services mentionnés au dépôt, il semble que le juge est naturellement conduit à se reporter à la date d'accomplissement de cette formalité. La contrariété du signe à l'ordre public serait alors moins probable¹⁴⁹⁵ et cette vérification serait plus adaptée à la fonction particulière de la marque. De plus, c'est bien au moment de l'enregistrement que le lien entre le signe distinctif et les produits ou services auxquels il est rattaché est créé et officialisé. En adoptant cette dernière vision des choses, serait comprise la validité de la marque « Opium » pour un parfum et la nullité de la marque « Cannabis » pour des bières. Dans ces hypothèses, c'est le lien entre le produit désigné et le signe qui a été confronté à l'ordre public. L'interprète est alors parfaitement autorisé à faire application du principe proposé par ROUBIER. En conclusion, le droit transitoire est fortement dépendant de la conception adoptée du droit des marques, selon que l'attention se concentre sur le signe lui-même ou sur le lien qu'il entretient avec les produits ou services désignés.

Il faut noter qu'en droit des marques, l'interprète est toujours influencé par certaines hypothèses qui autorisent spécialement le juge à se placer à un moment autre que celui de la demande de protection. Selon l'article 6 *quiquies* de la CUP et l'article L. 711-2 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, l'usage constant et étendu d'un signe enregistré comme marque, alors qu'il était peu ou pas distinctif au départ, peut lui donner un surcroît de distinctivité. Inversement, l'appréciation de l'usage du signe peut conduire le juge à prononcer une déchéance, précisément en raison d'une perte de son caractère distinctif¹⁴⁹⁶. Rappelons que le titulaire d'une marque peut également être déchu de son droit en raison de ce que la marque serait devenue trompeuse avec le temps¹⁴⁹⁷. Même si la date du jugement n'est pas toujours la référence à retenir (la date de l'acte contrefaçon allégué peut être déterminante), ces solutions instaurent un réflexe qui consiste à ne pas systématiquement

¹⁴⁹³ En d'autres termes, il peut se référer à une vision différente de celle qui pouvait exister au jour de l'enregistrement.

¹⁴⁹⁴ En revanche, si le juge devait déduire du comportement déloyal du titulaire de la marque un préjudice immédiat subi par le consommateur, le raisonnement devrait peut-être se fonder sur une date antérieure au jugement. Cette date correspondrait alors à la conception d'une image faussée dans l'esprit du consommateur.

¹⁴⁹⁵ Cette solution permettrait d'assurer une plus grande sécurité juridique au déposant.

¹⁴⁹⁶ V. l'article L. 714-6 a) du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁹⁷ V. l'article L. 714-6 b) du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'usage du signe ne pourra pas faire disparaître le vice de déceptivité qui atteint la marque : Cass. com. 8 déc. 1981 : *Bull. civ.* IV, n° 429 ; *Ann. propr. ind.* 1982. 106 ; Cass. com. 4 oct. 1983 : *Bull. civ.* IV, n° 246 ; CA Paris, 21 juin 1978 : *Ann. Propr. ind.* 1979, p. 211 ; CA Paris 17 sept. 1999 : *PIBD* 2000, III, p. 17 « Caviar Petrossian ».

retenir la date de naissance du droit pour apprécier sa validité. Le juge peut alors être tenté d'écarter la construction du doyen ROUBIER et d'affirmer la spécificité du droit transitoire appliqué au droit des marques¹⁴⁹⁸. Il faut remarquer d'ailleurs que le caractère variable de l'ordre public, ainsi que la durée potentiellement longue du droit de marque, constituent autant d'éléments qui n'encouragent pas l'interprète à apprécier la validité du droit au jour du dépôt. Le cas s'est d'ailleurs rencontré en jurisprudence d'un signe devenu, par l'écoulement du temps, le véhicule d'une image raciste. Il s'agissait en l'espèce de la marque « Banania y'a bon »¹⁴⁹⁹ associée à une image d'un tirailleur sénégalais. Le tribunal, pour apprécier la conformité de la marque au regard de l'ordre public, s'est placé au jour de sa saisine¹⁵⁰⁰. Fut ainsi donné gain de cause au demandeur à l'action, qui ne souhaitait pas que cette appréciation fut reportée au jour du dépôt¹⁵⁰¹. C'était l'évolution de la société en l'espace d'un siècle qui rendait à ses yeux le signe contraire à l'ordre public¹⁵⁰². Si la solution apportée par les juges ne constitue pas une réponse nette au problème envisagé¹⁵⁰³, une évolution de l'ordre public est bien constatée entre la date du dépôt du signe et celle de la saisine du juge¹⁵⁰⁴. Il est possible de voir ici l'exemple d'une appréciation des composantes de l'ordre public, contemporaine de la résolution du litige. Comme le juge ne se reporte pas au jour de la réservation du signe, il est possible d'affirmer que le principe de ROUBIER est mis de côté¹⁵⁰⁵. L'insécurité juridique n'est pas tant révélée par cette exception au principe que par l'interrogation suivante : quelle date faut-il alors retenir?

Il a été remarqué en doctrine que le signe ne devrait jamais perdre sa compatibilité avec l'ordre public, parce qu'avec le temps, il perd progressivement de son sens. Ce constat

¹⁴⁹⁸ Ce faisant, le juge pourrait s'abstraire de toute réflexion sur la nature acquisitive de la formalité de dépôt et abandonner la présentation de ROUBIER destinée à reconnaître la rétroactivité. Comme certains critères de validité de la marque aussi importants que le caractère distinctif et loyal du signe peuvent être appréciés à une date différente de celle de la formation de la situation juridique, le juge peut être tenté de se placer au jour du jugement pour se prononcer sur la validité de la marque.

¹⁴⁹⁹ TGI Nanterre, 22 janv. 2009 : *Propriété intellectuelle*, 2009, n° 31, p. 190.

¹⁵⁰⁰ Cette date n'est pas celle du jugement.

¹⁵⁰¹ Cette information sur le contenu de la demande en justice semble inutile. Il n'appartient pas aux parties de fixer le moment auquel le juge doit se référer pour constater ou non la présence des conditions de protection.

¹⁵⁰² Il est vrai que la conformité du signe aux composantes actuelles de l'ordre public pouvait se révéler douteuse.

¹⁵⁰³ Les juges se concentrèrent sur la licéité de la commercialisation par le distributeur des produits portant la marque litigieuse, en l'absence de déclaration antérieure d'une contrariété de la marque à l'ordre public existant. « *S'il apparaît que l'évolution de la société, la prise de conscience de la survivance de manifestations discriminatoires, notamment de caractère raciste, ont conduit le législateur, dans la période récente, à renforcer l'arsenal répressif visant ces manifestations, il n'en demeure pas moins que la commercialisation par la Vaissellerie, en qualité de distributeur, d'articles fabriqués sous licence, ne peut être déclarée fautive, alors même que cette marque n'avait pas été déclarée contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et légalement interdite* ».

¹⁵⁰⁴ À moins que ce ne soit celle du jugement lui-même qu'il faille considérer.

¹⁵⁰⁵ Certes, l'ordre public n'a pas en l'espèce changé de teneur entre le moment de la saisine du juge et celle de sa décision, cependant, le choix de la date n'est pas clairement justifié.

irréfutable suppose d'adopter l'image d'un consommateur unique. Il connaîtrait la marque depuis l'époque du dépôt et ne rechercherait plus la signification du signe aujourd'hui. Cependant, le consommateur récent du produit pourrait percevoir différemment le signe en question. Comme une seule signification trompeuse du signe peut conduire le juge à sanctionner le titulaire de la marque, l'existence de ce consommateur récent rend discutable cet argument.

383. Conclusion de la Section II – En droit de la propriété intellectuelle, la qualification de « loi impérative » n'a pas automatiquement une signification transitoire lorsqu'il est question d'un ordre public compris comme une manifestation de l'intérêt général, comme une limitation des libertés existantes ou comme une transposition d'un ordre public contractuel classique. Ce constat est peut-être bienvenu. Le cas échéant, il faudrait aussi isoler les domaines du supplétif en droit de la propriété intellectuelle¹⁵⁰⁶. Or, il est délicat de construire un raisonnement transitoire fondé sur l'ordre public, tant l'appréciation de ce critère peut se révéler complexe. Le droit des marques constitue un formidable argument en ce sens. En conclusion, la tâche de l'interprète, qui consiste à isoler l'ordre public qui a une valeur transitoire certaine, se révèle fastidieuse et surtout source d'erreurs potentielles. Il s'agit à présent de s'intéresser à la notion de « statut légal », intimement liée à la qualification de « loi d'ordre public ». Peut-être que cette notion pourrait permettre de donner indirectement un rôle transitoire à des impératifs d'ordre public en droit de la propriété intellectuelle.

SECTION III / La notion de statut légal

384. Présentation - Pour le doyen ROUBIER¹⁵⁰⁷, c'est une erreur de vouloir distinguer entre les lois impératives, prohibitives ou d'ordre public d'une part et les lois

¹⁵⁰⁶ Il faudrait par exemple se souvenir que l'employeur a la possibilité d'exercer les droits patrimoniaux de l'auteur d'un logiciel « *sauf dispositions contractuelles contraires* ». V. l'article 2 de la directive du 14 mai 1991, 3° : « *Lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf dispositions contractuelles contraires* ».

¹⁵⁰⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 75, p. 363.

interprétatives ou supplétives de la volonté des parties d'autre part¹⁵⁰⁸. Pour le doyen, la distinction entre les lois d'ordre public et les lois simplement supplétives de volonté devrait être remplacée par une séparation entre les lois qui sont relatives au régime des contrats et les lois qui sont relatives à un « statut légal »¹⁵⁰⁹. Pour le doyen ROUBIER¹⁵¹⁰, une loi qui établit ou qui modifie un statut légal peut s'appliquer à un contrat « en cours », au contraire de la loi qui est relative aux conditions de validité d'un contrat¹⁵¹¹. Selon l'auteur GABBA¹⁵¹², « *la condition juridique des personnes et des choses précède toute notion de droits acquis* ». Il y aurait « *des éléments généraux du corps social sur lesquels l'action d'une loi nouvelle est immédiate, sans qu'on puisse dire pour autant que cette loi est rétroactive* ». En somme, la notion de statut légal, applicable tant aux personnes qu'aux choses, peut justifier une application rapide des éléments d'une réforme, sans qu'il soit porté atteinte à l'article 2 du Code civil. Aucun droit acquis ne pourrait être opposé dans ces conditions. GABBA donne l'exemple d'un texte « *qui défendrait le louage de service à vie* » : il « *s'appliquerait nécessairement aux contrats antérieurs, parce que ce texte a en réalité pour but de consacrer la liberté des personnes, plutôt que de régler un contrat* »¹⁵¹³. Le législateur qui souhaite empêcher tout louage de service perpétuel serait préoccupé par le statut de la personne, qu'il ne souhaiterait plus disponible. En considérant cet objectif, le bénéfice de la réforme ne devrait pas être réservé aux seules personnes ayant contracté après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En transposant par exemple ces idées au droit d'auteur, il serait possible d'arguer du fait que l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle a pour objet de garantir l'exercice effectif de la liberté de création de l'auteur. Le principe de survie

¹⁵⁰⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 83, p. 418. Le doyen consacre des développements spécifiques aux lois d'ordre public dans son ouvrage, afin de répondre point par point aux idées doctrinales contemporaines, P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 83, p. 415.

¹⁵⁰⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 423. La loi relative à une institution juridique vise des situations juridiques « *ayant une base en quelque sorte matérielle et concrète dans les personnes ou dans les choses qui nous entourent* ». Cette loi « *crée directement sur cette base un réseau de pouvoirs et de devoirs* ». Ensuite, le mariage, l'adoption et la propriété sont présentés comme des exemples d'institutions juridiques, ou de statuts légaux. Les deux expressions étant présentées comme équivalentes. Les devoirs et les pouvoirs dont il fut question plus haut sont caractérisés comme étant susceptibles « *d'intéresser tout le monde* ». Le régime de la propriété est un statut légal, là où la vente ne crée des obligations qu'entre les parties. Le régime des brevets d'invention et des marques de fabrique est aussi un statut légal et sur cette base les particuliers peuvent créer des « *situations juridiques contractuelles* », comme les cessions ou licences.

¹⁵¹⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 423.

¹⁵¹¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 423: « *Pour qu'une loi nouvelle puisse s'appliquer à un contrat en cours, il faut qu'elle établisse ou modifie un statut légal, et qu'elle ne soit pas simplement une loi relative aux conditions de validité du contrat* ».

¹⁵¹² L'opinion de cet auteur est présentée par ROUBIER. Quand ROUBIER présente la distinction entre les lois qui sont relatives aux contrats et celles relatives aux statuts légaux, il affirme que cette théorie n'est pas nouvelle et que d'autres auteurs ont pu indirectement la consacrer : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 430.

¹⁵¹³ De prime abord, le juge semble autorisé à moduler l'application de la loi nouvelle dans le temps en fonction de l'objectif deviné du législateur. Cette technique n'est pas conforme à l'exigence de sécurité juridique. En réalité, GABBA évoque la liberté des personnes comme une illustration du statut légal applicable à la personne.

de la loi ancienne en matière contractuelle pourrait ainsi être écarté. Aussi le juge aurait-il pu appliquer la loi du 11 mars 1957 aux conventions « en cours » sur le fondement du statut de l'auteur. Afin de vérifier l'opportunité du raisonnement fondé sur la notion de « statut légal », il faut distinguer selon qu'elle s'attache à la personne (I), à la propriété (II) et à la chose elle-même (III).

I / La notion de statut légal appliquée à la personne

385. Depuis toujours, l'inventeur qui agit pour le compte et avec le concours de l'Administration a entendu contester le fait que sa qualité d'agent administratif puisse justifier une privation de son droit, ayant pour objet les produits de son activité et de son intelligence¹⁵¹⁴. En somme, le juge dut toujours se demander si la qualité de créateur devait ou non l'emporter sur le statut de subordonné. La notion de « statut légal » appliquée à la personne pourrait peut-être permettre de poser simplement les termes d'un problème transitoire.

D'une manière générale, quand la notion de statut légal est appliquée au sujet de droit par l'interprète de la loi, il est pressenti que le législateur considère essentiellement la personne. Elle apparaît en tant qu'héritier, salarié, parent, époux ou propriétaire¹⁵¹⁵. En adoptant cette approche, il devient difficile d'imaginer la manière dont une loi nouvelle, au jour de son entrée en vigueur, affecte la composition d'un patrimoine¹⁵¹⁶. En effet, la notion de « statut légal » ou de « statut impératif » place le titulaire de cette universalité dans une situation perpétuellement modifiable par le législateur.

L'idée d'un statut impératif permet aussi d'expliquer la difficulté à imaginer une maîtrise du sujet de droit sur les bénéfices qu'il retire d'une loi impérative. Le doyen CARBONNIER estime d'ailleurs que l'hésitation entre « *droit d'ordre public* » et « *loi d'ordre public* » est légitime¹⁵¹⁷. En ce sens, concevoir des droits subjectifs d'ordre public ne relèverait pas de

¹⁵¹⁴ Cour royale de Paris, 11 août 1841 : *Rec. Sirey* 1841, II, p. 583.

¹⁵¹⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 1995, 4^{ème} éd., n° 406, p. 366 et s. : « *On s'est efforcé de dégager un critère permettant d'expliquer cette application de la loi nouvelle aux effets futurs des situations contractuelles. On a fait état de la notion d'ordre public ou de celle de statut légal.* »

¹⁵¹⁶ V. J. MARMION, *op. cit.*, p. 56. L'individu obtient de l'État certains services, profite de devoirs sociaux créés pour son assistance et se retrouve puni s'il commet un délit pénal. Pour l'auteur, les rapports entretenus entre l'État et le particulier seraient emprunts d'ordre public. Ici, le sujet de droit semble bénéficier bien plus d'un « statut impératif » plutôt que d'un droit subjectif opposable à l'Administration.

¹⁵¹⁷ J. CARBONNIER, *Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé*, in Travaux de l'association Henri Capitant (1959-1963), Paris, Dalloz, 1963, p. 283 et s.

l'évidence : « *À dire vrai, la notion de droit subjectif d'ordre public est mal venue : ce sont les lois qui sont d'ordre public* »¹⁵¹⁸. D'ailleurs, la faculté de renoncer aux règles nouvelles semble limitée¹⁵¹⁹. L'hypothèse d'une renonciation serait inconcevable à défaut d'objet sur lequel s'exercer, sauf à considérer que le sujet de droit puisse renoncer à la loi elle-même¹⁵²⁰.

En droit d'auteur, dans le domaine des régimes matrimoniaux, comme au sein du débat sur les prorogations de guerre¹⁵²¹, est retrouvée cette idée d'un monopole unique et global. Il s'agirait d'évoquer l'ensemble des œuvres créées par une personne au cours de sa vie. Ce serait en quelque sorte un « monopole » global, attaché à la personne. À ce titre, l'idée d'un statut légal de l'auteur pourrait être défendue au regard de son caractère indisponible¹⁵²² ainsi qu'au regard de la protection qui s'y attache¹⁵²³. Il est évident que la qualité de « partie faible » au contrat pourrait aisément être « accrochée » à cette notion de statut légal. Il est notable qu'avec la percée des droits voisins, c'est un statut protecteur qui fut souhaité en premier lieu¹⁵²⁴. Concrètement, en droit d'auteur, des règles inédites d'interprétation des conventions

¹⁵¹⁸ Il est expliqué qu'il est difficile de se figurer un droit subjectif fondé sur une loi qui intéresse l'ordre public.

¹⁵¹⁹ quant à lui facilement identifiable au sein de son patrimoine. Il ne reste que la possibilité de changer de statut.

¹⁵²⁰ Autrement dit, il ne s'agirait plus d'analyser la composition du patrimoine d'un sujet de droit et les modifications apportées par l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Il faudrait évoquer l'existence d'un statut inédit au profit d'une catégorie précise de personnes. Cette renonciation portant sur la loi elle-même n'est pas à exclure selon le doyen. J. CARBONNIER, *article précité*, p. 287 et s. Est développée l'idée selon laquelle une renonciation peut avoir pour objet un « *bénéfice légal* ». Ce dernier ne s'identifie ni à un droit subjectif, ni à une action en justice. Le raisonnement est le suivant : dès lors qu'aucun droit subjectif n'est reconnaissable, la renonciation à une prérogative individuelle pourrait parfois s'analyser en une renonciation à une règle de droit objectif.

¹⁵²¹ Avec le mécanisme des prorogations de guerre, une certaine confusion pourrait se déduire du fait qu'à l'égard des œuvres d'un même auteur, les délais de protection peuvent varier.

¹⁵²² La qualité d'auteur ne peut être cédée par contrat, que l'auteur le veuille ou non : V. X. LINANT-DE BELLEFONDS, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2004, n° 328, p. 112. La qualité de créateur ne peut pas être niée par l'auteur lui-même. Il faut alors constater que la composition du patrimoine du créateur n'apparaît pas au sein du raisonnement. Il n'est pas question des contrats qu'il peut ou non conclure selon la disponibilité des droits qui y sont « rangés ». Il ne s'agit pas plus de savoir dans quelle mesure certaines prérogatives de son droit moral peuvent ou non « sortir » de son patrimoine. Le statut de la personne de l'auteur expliquerait à lui-seul l'application d'un ensemble de règles protectrices.

¹⁵²³ Quand la loi du 11 mars 1957 est entrée en vigueur, il a été estimé en doctrine qu'en comparaison des contrats d'édition et de représentation, les autres contrats auxquels l'auteur pourraient souscrire souffriraient d'une absence de réglementation. A. HUGUET A., *L'ordre public et les contrats d'exploitation en droit d'auteur, étude sur la loi du 11 mars 1957*, Paris, LGDJ, 1962, n° 278, p. 199 : « *Sans doute, l'introduction de règles d'ordre public ; pour limiter les aliénations du droit d'auteur étaient en soi un bon remède ; mais faute d'expérience, cette réglementation très détaillée de deux contrats spéciaux, les contrats d'édition et de représentation, pourrait être un échec, parce qu'à côté de ces contrats, il en existe d'autres, presque semblables, lesquels sont insuffisamment réglementés* ». Cet argument n'a pas vraiment prospéré par la suite. Aucune lacune n'a paru suffisante pour que le législateur ne décide de réglementer un autre contrat dans le livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Il serait possible de penser que le « statut de l'auteur » était suffisant.

¹⁵²⁴ V. H. DESBOIS, *Les droits des acteurs et des artistes sur leur interprétation : D.* 1964, chron. p. 247 : « *il est souhaitable que les artistes-interprètes, tout en n'étant pas traités comme les auteurs, se voient reconnaître, dans le secteur des droits voisins, un statut, qui exprime les particularités d'un concours qu'ils prêtent à l'essor des œuvres dramatiques ou musicales (...)* », p. 248. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985, l'artiste-interprète souhaitait l'application à son égard d'un « statut » aussi protecteur que celui qui était accordé à l'auteur. L'article 9 de la Convention de Rome dispose : « *Tout État contractant peut, par sa législation nationale, étendre la protection prévue par la présente Convention à des artistes qui n'exécutent pas des œuvres littéraires ou artistiques* ». La personne de l'artiste semble considérée de prime abord. Il serait alors possible de justifier l'idée d'un « statut personnel ». La qualité de « partie faible » permettrait aussi selon Madame

de cession ont été posées par la loi du 11 mars 1957. La loi nouvelle aurait pu recevoir une application généralisée selon un raisonnement fondé sur le statut légal de l'auteur. D'ailleurs, pour Monsieur GAUTIER¹⁵²⁵, la loi aurait dû concerner les contrats antérieurs. Le souci de respecter l'accord des parties n'était pas réellement en cause parce que les auteurs n'auraient pu raisonnablement souhaiter une cession automatique de leurs droits en tant qu'accessoires du support de l'œuvre¹⁵²⁶. D'une manière générale, lorsque les règles nouvelles sont plus protectrices des intérêts de l'une des parties, le principe de survie de la loi ancienne, justifié par le respect absolu de leur volonté, n'a plus de raison d'être¹⁵²⁷.

DEKEWER-DÉFOSSEZ de justifier l'application de la loi nouvelle à un contrat en cours V. F. DEKEWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, n° 33, p. 45 : « *Le principe de survie de la loi ancienne est fondé sur une analyse de la psychologie des cocontractants qui doit être revue à la lumière de l'économie et de la législation modernes. Le respect des « prévisions communes des parties » n'a plus de raison d'être lorsque le contrat, au lieu d'être librement conclu, par deux volontés égales, a été imposé par l'une d'entre elles* ». Sont cités les contrats d'adhésion, les contrats forcés et les contrats types. L'intention du législateur de rééquilibrer les rapports contractuels est bien présente. L'intervention du législateur est alors « *conforme aux vœux de la partie la plus faible en faveur de qui il intervient* ». L'expression de « contrat forcé » a même été utilisée. Il est parfois possible de retrouver cette image d'un consentement présumé en droit de la propriété intellectuelle. Le droit européen, plutôt laxiste sur l'existence d'un consentement, ex. du considérant n° 26 de la directive n° 93/83 du 27 septembre 1993 qui permet aux Etats membres de prévoir une « présomption simple d'autorisation d'exploitation » de la part des titulaires de droits voisins. D'autres articles de la directive peuvent être aussi considérés comme une négation de l'exigence d'un consentement. Articles 3.2 et 9.2, le premier affirme qu'un Etat membre peut prévoir qu'un contrat collectif conclu entre une société de gestion collective et un organisme de radiodiffusion pour une catégorie d'œuvres puisse être étendu à des titulaires de droit de la même catégorie, qui ne sont pas représentés par la société de gestion collective, selon certaines conditions. Le second organise un système selon lequel une société de gestion collective est présumée gérer les droits d'un titulaire de droits voisins qui n'aurait pas confié ses droits à une société de ce type. Il faudrait penser par exemple à la loi du 3 janvier 1995 sur la reprographie : C. CARON, *Le droit contractuel dans la directive du 27 septembre 1993 relative à la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble ou le contrat malmené : Petites Affiches* du 14 déc. 1999, n° 248.

¹⁵²⁵ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7^{ème} éd., 2010, n° 266, p. 294. V. aussi : P.-Y. GAUTIER, *Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques* : D. 1990, chron. n° 130.

¹⁵²⁶ Les règles nouvelles ne furent cependant pas appliquées aux contrats « en cours ». C'est le principe de la survie de la loi ancienne qui a servi de justification aux juges, qui refusèrent d'appliquer aux cessions antérieures le principe de séparation de la cession des œuvres et des droits dont elles sont l'objet.

¹⁵²⁷ ROUBIER donne un exemple de « statut légal » tiré du droit du travail. « *La plupart des lois ouvrières qui réglementent la durée et les conditions de travail à l'usine doivent être considérées comme relatives à un statut légal, le statut de la profession* ». C'est la situation du salarié qu'il faudrait considérer comme directement visée par la loi nouvelle qui entend régir le droit du travail, « *ces lois atteignent les ouvriers en tant qu'ouvriers et non en tant que cocontractants* ». ROUBIER cite alors les lois relatives au repos hebdomadaires qui se sont appliquées aux contrats en cours, il les qualifie de « lois de statut légal ». Il s'agit alors pour l'interprète de distinguer les lois relatives au « statut du salarié », des lois relatives au contrat de travail lui-même. Cette distinction risque de s'avérer complexe à établir. Il a été dit que « *c'est la relation de travail aussi bien que le contrat de travail qui suscite au profit du travailleur le bénéfice de la législation sociale* ». L. LUCAS, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in Mélanges R. SAVATIER, p. 583 et s. Autrement dit, l'interprète serait parfois bien embêté pour affirmer si la loi nouvelle a pour objet le contenu du contrat de travail ou le « statut de salarié ». Le problème devrait assurément être simplifié pour avoir une vision claire du schéma proposé par exemple en droit des brevets. En effet il faudrait déjà distinguer selon que la loi nouvelle est relative au statut de l'inventeur ou à celui du salarié. Deux statuts légaux devraient être identifiés pour l'application des lois relatives au régime du livre VI d'une part et des lois relatives au contrat de travail d'autre part. La démarche semble bien complexe. Les inconvénients devraient certainement l'emporter sur les avantages. Les points positifs sont les suivants : le « statut de salarié » permet une vision objective de sa situation. Ce statut pourrait justifier l'application automatique de la loi nouvelle sans que l'interprète doive considérer d'autres éléments pour construire son raisonnement transitoire. V. Cass. com. 21 mai 2008 : D. 2008. AJ, p. 1629. L'image du statut de salarié disparaît si la relation de travail est mise en valeur, quand le lien de subordination est étudié en tant que tel. Lorsque l'attention se concentre sur le contenu du contrat, la notion de statut s'efface également.

Il a pu être fait état d'un « *statut protecteur des intérêts de l'auteur* »¹⁵²⁸. Ce statut s'appuie sur une pluralité de règles. Par exemple, la qualité d'auteur ne peut être attribuée à aucune autre personnalité juridique que le créateur de l'œuvre¹⁵²⁹, personne ne peut réfuter le lien qui unit l'auteur au produit de son fait créatif¹⁵³⁰. Dans l'éventualité où la qualité d'auteur serait niée au sein d'une convention, cette qualité pourrait de toute façon être indéfiniment revendiquée¹⁵³¹. De même, l'auteur doit toujours être libre de faire constater en justice le lien de filiation qui existe avec son œuvre¹⁵³². Si une présomption prétorienne de titularité des droits d'auteurs s'applique à la personne morale qui effectue des actes d'exploitation sur une œuvre, les personnes physiques créatrices ne sont pas présumées avoir renoncé à leur qualité d'auteur¹⁵³³. Quant à la possibilité de reconnaître des aménagements licites au droit de paternité de l'auteur, la doctrine et la jurisprudence conditionnent la validité de toute sorte de concession au caractère révocable de l'abandon de l'auteur à son droit au nom¹⁵³⁴. La loi du 11 mars 1957 a créé ce statut impératif. La réforme devait notamment permettre de repousser toutes les thèses donnant à la divulgation de l'œuvre l'effet d'une renonciation abdicative au droit de paternité, faisant de l'œuvre « la chose du public »¹⁵³⁵. Il est vrai que le droit antérieur

¹⁵²⁸ La prohibition d'une cession globale des œuvres participe indirectement d'une sauvegarde de sa personnalité TGI Paris, 5 juin 1991 : *RIDA* janv. 1992, p. 330 ; CA Paris, 1^{er} mars 1996 : *RIDA* oct. 1996, p. 261, note P.-Y. GAUTIER.

¹⁵²⁹ V. C. CARON, *op. cit.*, n° 195, p. 146.

¹⁵³⁰ Les parties à un contrat sont dans l'incapacité d'attribuer la qualité d'auteur à leur convenance : CA Bourges, 1^{er} juin 1965 : *D.* 1966, jurisp. p. 44, note E. DELPECH ; Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 1989 : *RIDA* juill. 1989, p. 262 : « *La détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi et non des règles posées par les sociétés d'auteur en vue de la fixation du montant des redevances* ».

¹⁵³¹ Cass. 1^{ère} civ. 6 mai 2003 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 56, note C. CARON : il était avancé que des contrats de commande de traduction pouvait prédéterminer l'apport créatif original de deux futurs auteurs, au nom du principe de la liberté contractuelle ; V. aussi CA Nîmes, 21 mai 2002 : *RIDA* 2003, n° 195, p. 358. L'interdiction s'applique aussi aux sociétés de gestion collective : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : *RIDA* 1997, n° 174, p. 231, obs. A. KÉREVER ; CA Paris, 11 janv. 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 432. Très souvent, c'est l'instrument contractuel qui va permettre de définir les modalités de ce « retour » de l'auteur.

¹⁵³² Une comparaison peut être effectuée avec la liberté d'établir le lien de filiation des enfants. Par exemple, il est contraire à l'ordre public de prévoir l'irrévocabilité de la reconnaissance d'un enfant naturel. L'interdiction s'applique au législateur dans l'ordre public international. Références.

¹⁵³³ Sur ce point, V. Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1999 : *Comm. com. électr.* 1999, p. 13, note C. CARON. Une revendication tardive de la qualité d'auteur devrait toujours pouvoir être envisagée et ce, quand bien même l'inaction des auteurs véritables serait une condition posée à la mise en œuvre de la présomption.

¹⁵³⁴ V. TGI Paris 3 juillet 1969 : *JCP* 1970, II, 16415, note R. PLAISANT. Le principe selon lequel le droit de paternité ne peut faire l'objet d'aucune convention devrait alors connaître cette nuance : le contrat de vente serait-il conclu, l'auteur peut toujours exercer un droit de révocation. V. aussi H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, n° 438 et 439. Il semble que la validité de la convention suppose cette faculté de révocation : « *l'objet lui-même de la convention se heurte à de puissantes objections ; car, comme tel, le droit à la paternité ne peut faire, à la charge de l'auteur, l'objet d'une obligation : la renonciation ou la cession a, pour lui, un caractère essentiellement révocable* ».

¹⁵³⁵ V. par exemple : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dalloz, 1959, 2^{ème} série, n° 299, p. 296. La technique du contrat suffirait à rendre l'œuvre autonome au regard de la personne de l'auteur. Le droit moral serait par conséquent « *progressivement emporté par le don qu'il [l'auteur] fait de l'œuvre* » au public. Par l'effet d'une renonciation abdicative, l'auteur abandonnerait volontairement son droit, lequel, faute de titulaire, s'en trouverait automatiquement éteint. Par suite, l'auteur s'interdirait d'agir en justice ou de faire valoir un moyen de défense sur le fondement du livre I du Code de la propriété intellectuelle.

donnait parfois l'impression qu'une renonciation implicite de l'auteur à ses prérogatives était envisageable¹⁵³⁶. Considérons par exemple une loi nouvelle qui viendrait donner une définition légale de l'auteur, tel qu'il est cité dans le cadre du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Imaginons que la définition qui serait donnée de ce personnage devrait permettre d'opérer un recadrage du droit d'auteur. Il s'agirait d'écarter certaines créations trop proches des dessins et modèles industriels et autres inventions techniques, de se concentrer sur le critère de l'originalité. L'art contemporain devrait être pris en considération également. Il en résulterait nécessairement une approche plus restrictive. En pratique, une œuvre serait créée sous le « droit ancien » et le litige devrait être résolu sous le « droit nouveau ». Selon la doctrine de ROUBIER, cette qualité d'auteur devrait répondre aux exigences posées par la loi en vigueur au jour de la création de l'œuvre¹⁵³⁷. En revanche, l'application à la lettre de la jurisprudence du 18 juillet 2000 donnerait un champ d'application plus grand à la réforme. Il ne s'agirait que de revenir à la date de « mise en œuvre de la protection ». Que cette date corresponde à la date de commission du fait de contrefaçon allégué ou à la date de saisine du juge, la qualité d'auteur serait appréciée à une date postérieure à celle de la naissance du monopole¹⁵³⁸. En raisonnant cette fois sur le statut impératif de l'auteur, il faudrait admettre que toutes les personnes répondant aux critères de la définition au jour de l'entrée en vigueur obtiendraient automatiquement la qualité d'auteur. Inversement, à cette date, certains créateurs pourraient immédiatement perdre cette qualité. La loi nouvelle obtiendrait, de la sorte, un champ d'application très étendu. Cependant, l'exigence de sécurité juridique ne serait plus garantie. Il convient à présent d'étudier la notion de statut légal quand elle est

¹⁵³⁶ La loi du 11 mars 1957 semble alors « porter » un ordre public « révolutionnaire ». Le législateur serait venu abolir une jurisprudence donnant un effet juridique inapproprié au fait ou acte de divulgation. Il pourrait aussi s'agir d'un ordre public proche du « droit naturel », venu réaffirmer ce lien indiscutable existant entre l'auteur et son œuvre. Plus certainement, le juge se contentera de déclarer la qualité d'auteur au bénéfice du créateur véritable et procédera à l'analyse du consentement donné par ce dernier. Il ne va pas considérer que la loi nouvelle est venue imposer un principe nouveau, simplement le texte sera apprécié pour la clarification apportée. Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1991: *RIDA* oct. 1991, p. 125. Les clauses d'un contrat qui désignent le titulaire du droit moral sont considérées comme nulles. L'ordre public est ainsi présent au sein d'une condition évidente de protection par le droit d'auteur, mais la notion ne semble pas aider l'interprète confronté à un problème de droit transitoire. Les juges s'étaient déjà forgés sous l'empire des « lois anciennes » une opinion sur l'attribution de cette qualité et il est difficile d'opposer plusieurs ordonnancements juridiques différents dans un domaine qui relève souvent de l'intuition. En d'autres termes, le droit nouveau se caractérise par une reformulation précise d'une vision personnaliste du droit d'auteur déjà existante.

¹⁵³⁷ Il n'y aurait pas ici une application immédiate de la loi nouvelle, mais au contraire une application rétroactive. En effet, il s'agirait de priver la personne d'un droit d'auteur pourtant valablement constitué sous l'empire du droit antérieur.

¹⁵³⁸ En imaginant une controverse antérieure à laquelle la loi nouvelle aurait mis un terme, il serait naturel de penser que le législateur est venu affirmer que la notion d'auteur aurait toujours dû recevoir cette interprétation. Il s'agirait quand même de remarquer que le texte légal obscur que la loi nouvelle serait censée avoir interprété ferait défaut. En effet, le silence du législateur n'est pas automatiquement assimilable à un travail de rédaction défectueux. La discussion pourrait certainement porter sur la véracité et l'opportunité de la qualification de « loi interprétative ».

appliquée à la propriété elle-même. Peut-être que cette vision des choses permettrait de satisfaire à l'exigence de sécurité juridique en droit de la propriété intellectuelle.

II / La notion de statut légal appliquée à la propriété

386. La qualification de « statut légal », appliquée à la propriété, serait proche de la notion d'« institution ». Se dessinerait alors un contraste avec les actes juridiques simples¹⁵³⁹. Il faudrait ici évoquer le mariage ou l'adoption¹⁵⁴⁰. Précisément, le régime de la propriété serait un statut légal en lui-même, là où le contrat de vente ne ferait « que » créer des obligations entre les parties. En considérant la parenté évidente des droits de propriété intellectuelle avec le droit de propriété, il serait possible d'affirmer que le régime des brevets d'invention et des marques de fabrique sont aussi des statuts légaux. Sur cette base, les particuliers pourraient créer des situations juridiques contractuelles, comme des contrats de cession ou de licence. Pour le doyen ROUBIER, l'établissement d'un nouveau statut légal est en mesure d'affecter les contrats « en cours » parce que ce statut constitue une « situation juridique primaire » quand le contrat se présente comme une « situation juridique secondaire ». Comme les modifications subies par la première situation juridique retentissent nécessairement sur la seconde¹⁵⁴¹, des contrats « en cours » pourraient être concernés par la loi nouvelle. En pratique, cette construction pourrait justifier l'application rapide de certaines réformes en droit de la propriété intellectuelle. En effet, non seulement les régimes des droits de propriété intellectuelle existant au jour de l'entrée en vigueur pourraient être immédiatement modifiés par la loi nouvelle, mais le juge serait aussi autorisé à modifier la loi des parties.

Il faut toutefois noter que Madame DEKEUWER-DEFFOSSEZ parvient à démontrer que tout raisonnement fondé sur la notion de « statut légal » est souvent imprécis et utilisé *a posteriori*¹⁵⁴². Finalement, il faudra toujours effectuer un arbitrage entre l'efficacité d'une

¹⁵³⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 423 : « Cette distinction du contrat et du statut légal correspond à celle des actes et des institutions (...) ».

¹⁵⁴⁰ La loi relative à une institution vise des situations juridiques « ayant une base en quelque sorte matérielle et concrète dans les personnes ou dans les choses qui nous entourent » ; la loi « crée directement sur cette base un réseau de pouvoirs et de devoirs susceptibles d'intéresser tout le monde » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 423.

¹⁵⁴¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 424 : « En d'autres termes, ce qui importe pour savoir si une loi nouvelle aura effet sur un contrat en cours, c'est non pas de rechercher si la loi limite plus ou moins la liberté contractuelle, mais si la loi est constructive d'un nouveau statut et contient le règlement organique d'une institution ».

¹⁵⁴² P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 24, p. 36 : « Certes, quand la loi nouvelle s'est appliquée immédiatement à des contrats en cours d'exécution, on peut souvent les considérer comme soumis à un « statut légal ». Ainsi, les lois relatives à la copropriété des immeubles bâtis, aux sociétés civiles ou commerciales, aux régimes matrimoniaux

réforme et l'exigence de sécurité juridique. Par exemple, imaginons un ensemble de règles organisant une cession de plein droit du droit d'auteur pour toute sa durée. Cette cession serait automatiquement déduite de la conclusion d'un contrat de travail. La réforme serait *a priori* défavorable aux intérêts de l'auteur¹⁵⁴³. La notion de « statut légal » serait alors un facteur d'efficacité puisqu'il ne faudrait attacher aucune importance aux « critères de rattachement » potentiels de la loi ancienne, comme la date de conclusion du contrat de travail ou celle de la création de l'œuvre par exemple. Cependant, la notion de statut légal devrait être conciliée avec le droit moral qui emporte en principe l'impossibilité pour l'auteur d'aliéner complètement son œuvre¹⁵⁴⁴. Pour cette raison, le législateur devrait prévoir des dispositions transitoires précises¹⁵⁴⁵. En d'autres termes, le législateur serait certainement contraint d'indiquer ses attentes au regard de l'inversion des principes imposée par cette réforme. La permanence du droit moral, ou plus précisément du droit de paternité, semble toujours constituer un rempart à l'organisation d'une dépossession automatique des prérogatives de l'auteur. Par suite, la notion de statut légal ne permettrait pas, à elle seule, de permettre une justification sécurisante de l'application étendue de la loi nouvelle.

D'autre part, même en présence d'une loi ayant pour objet de retoucher un statut légal, il faudrait quand même vérifier, dans un second temps, que l'application du texte à un contrat « en cours » est bien conforme à une interprétation globale de la loi nouvelle¹⁵⁴⁶. Le doyen

qui réglementent des contrats soumis à des « statuts légaux », se sont appliquées immédiatement (au moins en partie) aux contrats antérieurement conclus ». V. P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 84, p. 425. ROUBIER donne l'exemple du contrat d'assurance. Il constituerait un simple « régime contractuel » : « si le législateur contemporain, tenant compte de l'inégalité des parties, a pris des dispositions protectrices de l'assuré, il n'en reste pas moins vrai que la situation juridique qui résulte de ce contrat constitue une combinaison où l'initiative, le choix et les prévisions des parties jouent le rôle fondamental, combinaison (...) ne pouvant intéresser, en dehors des parties elles-mêmes qu'un très faible nombre de personnes ». La situation juridique contractuelle montre que les parties jouissent d'une certaine liberté et il faudrait voir dans ce constat l'exclusion de la qualification d'« institution ». Même si la démarche de ROUBIER est comprise, elle semble quand même bien difficile à mettre en œuvre. ROUBIER donne un exemple de loi qui établit un « régime contractuel » : la loi qui établit le taux maximum de l'intérêt conventionnel. Cette loi se contenterait de définir une « combinaison contractuelle ». Au contraire une loi qui fixe le régime de la monnaie dans un État ou une loi venue établir un nouvel impôt apporterait la « réglementation d'un statut légal ». Pour appliquer cette distinction en droit de la propriété intellectuelle, il faudrait alors isoler certaines hypothèses dans lesquelles la notion d'impôt est en question. Il est possible de penser à la copie privée. La taxe sur les supports qui a constitué un équivalent à la réparation du préjudice souffert par les ayants-droits serait modifiée par une loi relative à un statut légal. L'interprète est-il plus avancé ? Cette position doctrinale est d'ailleurs critiquée par Madame DEKEUWER-DÉFFOSSEZ : F. DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*, n° 24, p. 36.

¹⁵⁴³ La question qu'il resterait à résoudre serait celle de savoir si cette cession concerne toutes les utilisations possibles de l'œuvre ou seulement celles rentrant dans le domaine normal de l'activité de l'entrepreneur.

¹⁵⁴⁴ En réalité, l'auteur peut seulement concéder à autrui certaines autorisations limitées et précaires. Toute aliénation définitive de la chose est en principe empêchée puisque l'expression de sa personnalité est inscrite au sein de l'œuvre.

¹⁵⁴⁵ La pluralité d'évènements à considérer (la création de l'œuvre, la publication de l'œuvre, la conclusion du contrat de travail, la part qu'occupe l'investissement global de l'employeur dans la valeur de la chose créée) serait assurément un facteur de complexité pour l'interprète.

¹⁵⁴⁶ ROUBIER rappelle la place du principe et de l'exception en la matière : « L'atteinte aux contrats en cours constitue toujours une exception au principe ; elle doit être aussi minime que possible, et elle doit être écartée

ROUBIER impose en effet cette ultime vérification à l'utilisation de la notion de statut légal. À ce titre, le doyen cite le droit d'auteur comme exemple afin de démontrer que la notion de statut légal doit parfois être écartée, tout simplement parce que l'application de la loi nouvelle à une convention « en cours » n'est pas opportune¹⁵⁴⁷. Il présente une hypothèse historique bien connue : « Une loi nouvelle vient régler le statut légal de la propriété littéraire et artistique, en modifiant notamment la durée du droit d'auteur au profit des héritiers de l'auteur ou de son conjoint survivant »¹⁵⁴⁸. Est alors posée par le doyen la question classique en la matière : dans quelle mesure la loi nouvelle peut-elle atteindre les contrats de cession antérieurs ?

Pour LYON-CAEN, c'est la personne du cessionnaire qui devait profiter de l'allongement de la durée du droit. ROUBIER répond que cette nouvelle durée n'avait pas pu entrer dans les précisions des parties, mais surtout que ce sont les héritiers que le législateur souhaita avantager¹⁵⁴⁹. Force est de constater que le raisonnement ne semble plus se fonder sur une approche méthodique des conflits de lois dans le temps, puisque la solution se déduit directement de l'interprétation de la volonté du législateur. Alors que l'utilisation de la notion de « statut légal » aurait conduit à reconnaître au cessionnaire la possibilité d'invoquer la nouvelle durée des droits d'auteurs, l'interprétation globale du texte devait au contraire dicter au juge l'abandon de cette solution. Or, la construction d'un droit transitoire rationnel devrait

toutes les fois que l'interprétation saine de la loi nouvelle doit en éloigner » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 85, p. 431.

¹⁵⁴⁷ Il convient de revenir sur le principal avantage de l'utilisation de la notion de « statut légal ». Dans le cadre d'une réforme favorable aux intérêts du titulaire des droits, le cessionnaire invoquerait ce statut pour en bénéficier, peu importerait la date de conclusion de la convention en cause. Par exemple, il souhaiterait profiter de l'augmentation de la durée des droits. Cependant, en réalité, il ne s'agit pas réellement de considérer un « contrat en cours » parce que le contrat de cession est un contrat de nature instantanée. Autrement dit, le contrat n'est pas en « cours d'exécution » au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. D'autre part, une application immédiate de la loi nouvelle se comprendrait bien plus en considérant que la notion de « statut légal » s'applique en réalité à l'œuvre elle-même, qui est en possession du cessionnaire. Pour ce qui est du « statut légal » appliqué à la personne, il n'est pas évident que le statut d'auteur puisse s'appliquer à un titulaire du droit puisqu'il n'est pas le créateur lui-même. Il ne faudrait pas considérer le statut légal d'auteur ou de créateur, mais celui du titulaire d'un droit patrimonial cessible. Cette vision des choses ne semble pas correspondre à l'idée d'un statut rigide, calqué d'une part, sur l'acte de création et porteur, d'autre part, d'une logique protectrice fondée sur la présence du droit moral. En conclusion, la notion de statut légal ne devrait pas permettre au cessionnaire de profiter d'un allongement de la durée des droits. La veuve et les héritiers, quant à eux, ne détiennent de toute façon aucun droit au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, dès lors qu'un contrat de cession n'a pas été consenti sous la loi ancienne. Le statut légal ne devrait donc pas être utile dans ce cadre, sauf à considérer que l'héritier souhaite se prévaloir du statut de l'auteur. Cette hypothèse devrait être rejetée, la cause de la protection ne se retrouvant plus.

¹⁵⁴⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 85, p. 431.

¹⁵⁴⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 85, p. 431 : « *l'opinion générale s'est fixée en sens contraire, puisque l'interprétation la plus naturelle de la loi n'exige nullement (...) qu'elle ait action sur le contrat, car le contrat ne doit porter que sur les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter (article 1163 du Code civil) ; et à cet égard il ne pouvait entrer dans les vues du cédant et du cessionnaire de stipuler sur une autre chose que sur la durée du droit, telle qu'elle était fixée par la loi en vigueur au jour de la convention* ». Il conclut : « *Si le droit d'auteur est prolongé par la loi dans sa durée au bénéfice des héritiers, personne ne met en doute que ce sont bien eux que le législateur désire avantager, et il n'y a pas de raison d'en faire profiter le cessionnaire antérieur* ».

dans l'absolu empêcher ce type de raisonnement, tant l'interprétation de la volonté du législateur est un exercice délicat. En conclusion, il n'est pas nécessaire d'utiliser une qualification transitoire spécifique lorsque sa mise à l'écart peut se concevoir si simplement. L'objectif de prévisibilité du droit ne serait pas assurée si le juge devait utiliser cette expression pour fonder le choix de la loi applicable. Il convient en dernier lieu de s'intéresser à la notion de « statut légal » quand elle s'applique à la chose. Peut-être que l'ordre public pourrait trouver, par l'intermédiaire de cette notion, un rôle transitoire en droit de la propriété intellectuelle.

III / La notion de statut légal appliquée à la chose

387. L'idée d'appliquer la notion de statut légal¹⁵⁵⁰ à la « chose intellectuelle » conduit toujours à donner un champ d'application très étendu à la loi nouvelle. Toute diminution ou augmentation des prérogatives du titulaire des droits devrait immédiatement concerner l'ensemble des monopoles « en cours de validité ». Par exemple, en imaginant une loi qui réduirait la possibilité de réserver certaines utilités d'une chose intellectuelle, la loi serait considérée comme mettant un terme à un effet juridique durable. Il faudrait dire : « *maintenant c'est fini* » et la notion de « rétroactivité » pourrait s'insérer dans les débats. Cette approche n'a pourtant jamais été acceptée d'une manière absolue en droit de la propriété intellectuelle parce que le législateur préfère toujours recourir à la technique des dispositions transitoires. Il est évident que le raisonnement sur le seul statut de la chose peut parfois se montrer peu compatible avec l'exigence de sécurité juridique. Par exemple, la chose réservée par un droit de propriété intellectuelle pourrait être regardée comme une chose commune dès le jour de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. En effet, une réforme qui imposerait une réduction de moitié de la durée d'un droit de propriété intellectuelle devrait s'appliquer à tous les droits en vigueur. Les titulaires de droit qui auraient déjà profité de cette durée seraient en quelque sorte immédiatement expropriés.

Prenons des exemples et tentons d'isoler la solution commandée par l'utilisation de la notion de statut légal quand elle est appliquée à la chose. Imaginons en premier lieu une loi nouvelle

¹⁵⁵⁰ La notion de statut de la chose semble a priori dépendre de la volonté discrétionnaire du législateur. Pourtant, il ne faut pas oublier que le droit de la propriété intellectuelle offre plusieurs hypothèses dans lesquelles la seule volonté du titulaire du droit est en mesure de modifier le statut de la chose. La remise en circulation de marchandises confisquées dans le cadre d'une action en contrefaçon est l'exemple type du passage d'une chose dite « contrefaisante » à une chose « dans le commerce ». V. C. LE-STANC, *Le droit et les idées reçues : à propos des « marchandises de contrefaçon » qui seraient « hors du commerce »* : *Propri. ind.* 2008, repère n° 1.

qui aurait pour objet la représentation graphique d'un signe protégeable. Cette loi aurait un réel impact sur la catégorie des signes protégeables par le droit des marques puisqu'il s'agit d'une qualité que le signe doit présenter selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle. Il est possible de considérer en premier lieu qu'en l'absence de toute précision légale, le principe est celui de la liberté d'enregistrer tout type de signe. Par suite, lorsque le législateur interviendrait pour affirmer que les goûts ne peuvent faire l'objet d'aucune représentation graphique conforme au principe de sécurité juridique, il en résulterait une limitation de cette liberté initiale et théorique de déposer tout type de signes¹⁵⁵¹. Il faudrait dire : « Dorénavant, ce type de signe ne pourra plus faire l'objet d'une demande de réservation par un droit de marque ». Intuitivement, la loi nouvelle recevrait une application immédiate, en ce sens que toutes les demandes faites à l'avenir devraient se conformer à la directive du législateur. S'agissant des dépôts réalisés sous le droit antérieur pour des goûts, le principe de ROUBIER postulerait leur validité. Il faudrait toutefois se demander si le défendeur à l'action en contrefaçon pourrait faire état de la loi nouvelle, dans le cadre d'une défense organisée postérieurement à l'entrée en vigueur. En d'autres termes, lui serait-il possible d'obtenir l'annulation du droit valablement acquis sous le droit antérieur ?

Il pourrait s'agir d'une nullité fondée sur l'article L. 714-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui porte en son alinéa 1^{er} : « *est déclaré nul l'enregistrement d'une marque qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 711-1* ». C'est-à-dire que le signe ne serait pas « *de nature à identifier un produit ou un service* ». Si cette nullité est rarement prononcée en pratique¹⁵⁵², le droit transitoire donnerait une nouvelle fonction au contrôle effectué *a posteriori* par les tribunaux. Indirectement, les juges offriraient la garantie d'une application homogène de la réforme¹⁵⁵³.

En adoptant cette fois un raisonnement fondé sur la notion de « statut de la chose », il faudrait interpréter ainsi la précision du législateur : les goûts sont des choses qui appartiennent au

¹⁵⁵¹ Il convient de préciser que cette image d'une liberté absolue précéderait l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourrait toujours être relativisée. En effet, en pratique, une demande formulée sous le droit antérieur qui ne serait pas conforme à l'exigence de sécurité juridique, pour un manque de précision évident par exemple, n'aurait pas dû donner lieu à un enregistrement. Si le système de dépôt n'est pas adapté à la nature de certaines choses, il faut en déduire que se dresse ici un obstacle majeur à leur réservation. En d'autres termes, l'insécurité juridique qui caractérisait le droit antérieur est en mesure, à elle-seule, de démontrer le caractère éminemment théorique de cette liberté de départ. Il faut noter que le système actuel se montre aujourd'hui insuffisant pour assurer la sécurité juridique des tiers quand les signes en cause sont des sons ou des goûts.

¹⁵⁵² A. BERTRAND, *op. cit.*, § 9.31 p. 216.

¹⁵⁵³ Il semble qu'un compromis devrait être trouvé. L'existence du droit de propriété intellectuelle ne serait pas remise en question, ce serait appliquer rétroactivement la loi nouvelle. Cependant, le défendeur à l'action pourrait paralyser l'opposabilité du droit à son égard.

domaine public du droit des marques¹⁵⁵⁴. Tous les goûts qui auraient été déposés à titre de marque se verraient immédiatement dépourvus de valeur au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il ne faudrait pas voir ici l'illustration d'une application rétroactive du texte de loi, mais simplement une application immédiate. Le principe de ROUBIER selon lequel la situation juridique valablement formée ne peut être remise en question *a posteriori* serait clairement mis de côté. Force est de constater que cette solution permettrait une application la plus générale possible de la réforme, mais qu'elle ne serait pas entièrement satisfaisante au regard de l'exigence de sécurité juridique.

Considérons à présent que le législateur affirme dans l'avenir que la technique est au point pour que le dépôt de ce type de signe soit possible. Le système d'enregistrement serait adapté à la nature particulière des goûts. Il en résulterait une augmentation du nombre potentiel de signes appropriables par la constitution d'un droit de marque. Les signes qui ne pouvaient accéder hier à la protection en raison d'une représentation graphique rendue impossible par leur nature, accèderaient immédiatement au statut de « chose appropriable par un droit de marque ». Dans l'absolu, les signes ayant fait l'objet d'un enregistrement, mais dont la représentation pouvait s'avérer d'une efficacité douteuse avec le temps, se verraient consolidés dans leur statut. Par conséquent, la seule utilité de considérer le changement automatique du statut de « chose commune » à celui de « chose appropriable » serait de valider des dépôts dont la demande avait été acceptée, sans que leur force obligatoire fut certaine. Cependant, en pratique, l'industriel qui avait déjà effectué son dépôt sous le « droit ancien » se verrait certainement invité par le législateur à modifier son « titre » pour se conformer aux détails de la nouvelle technique¹⁵⁵⁵.

En faveur de l'utilisation de cette qualification de « statut de la chose », il faudrait noter qu'en droit d'auteur, elle semble parfaitement convenir pour illustrer la période qui suit le décès de l'auteur. En considérant que le lien entre la chose et son créateur est rompu, il semble opportun de ne se concentrer que sur la chose elle-même. D'ailleurs, selon l'article L. 123-4 du Code de la propriété intellectuelle, le décès de l'auteur, même intervenu après le terme du

¹⁵⁵⁴ La prohibition d'une appropriation privative n'est pas évidente à concevoir, notamment parce qu'elle relative à ce droit de propriété intellectuelle. En effet, la chose qui est en réalité dans le domaine public consiste dans un lien qui unit un produit ou service industriel à un signe précis.

¹⁵⁵⁵ Aucun texte législatif ne prévoit l'enregistrement d'une marque olfactive et le traité sur le droit des marques de l'OMPI du 27 octobre 1994 exclut les marques sonores. La CJUE n'exclut pas la protection des marques olfactives en tant que telles. Cependant, le rappel des caractères que doit présenter la représentation graphique exclut indirectement ce type de signe de la protection par le droit des marques. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991, la France accepte les marques sonores. L'œuvre devenue chose commune changerait immédiatement de statut, sur le fondement de la nature impérative de la loi nouvelle. Ce changement immédiat, justifié par la satisfaction de l'intérêt général, devrait alors être distingué d'un « changement rétroactif », suivant lequel l'œuvre serait supposée n'avoir jamais reçu d'autre statut légal que celui de « chose commune ».

délai de protection, n'a pas pour conséquence d'ôter tout intérêt à la chose « œuvre »¹⁵⁵⁶. La publication de l'œuvre est toujours digne d'intérêt pour le public. Peu importe l'attribution des droits pécuniaires que son exploitation est en mesure d'engendrer par la suite.

De même quand Monsieur GREFFE¹⁵⁵⁷ explique que l'une des premières innovations de la loi du 11 mars 1957 a été de donner un fondement légal à la protection du droit moral¹⁵⁵⁸, la notion de « statut légal » pourrait peut-être se révéler utile. Il est expliqué : « *Précédemment, un auteur pouvait autoriser valablement un cessionnaire à modifier son œuvre. Avec la loi de 1957, une telle convention serait radicalement nulle. Le droit moral devient « hors commerce ».* Tout se passe comme si une chose en mesure de constituer l'objet de conventions marchandes devait être qualifiée de « chose hors du commerce » dès le jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il pourrait être considéré que la chose change de statut immédiatement par la seule volonté du législateur. Le contrat n'aurait plus un objet licite, il tomberait immédiatement pour cause de caducité¹⁵⁵⁹. À l'inverse, si les contrats « en cours » devaient être sauvegardés, seules les conventions conclues après l'entrée en vigueur pourraient être annulées par le juge, en raison du caractère illicite de la chose. Finalement, l'« analyse réelle », qui pourrait ici prévaloir au regard de l'ordre public qu'elle entend satisfaire rapidement, s'opposerait frontalement au principe de survie de la loi ancienne. La conclusion est invariable : une certaine égalité devant la loi serait assurée, mais l'exigence de sécurité juridique ne serait aucunement garantie.

En droit des brevets, une réflexion sur le statut de la chose conduirait à qualifier de « choses communes » les choses qui ne peuvent pas être réservées par ce titre. La justification de cette exception au principe de libre disponibilité des biens serait la réalisation de l'intérêt général. L'exclusion des découvertes du domaine brevetable se comprendrait ainsi très facilement¹⁵⁶⁰, de même que l'interdiction de breveter les races animales¹⁵⁶¹. Peuvent également participer d'un ensemble de ressources indisponibles les procédés essentiellement biologiques

¹⁵⁵⁶ Cette disposition est issue de l'article 23 de la loi du 11 mars 1957 et a été modifiée par l'article 8 de la loi du 27 mars 1997.

¹⁵⁵⁷ P. et F. GREFFE, *op. cit.*, n° 981, p. 362.

¹⁵⁵⁸ C'est l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle qui pose le principe du caractère inaliénable du droit moral.

¹⁵⁵⁹ Par suite, il serait naturel de penser que l'on se trouve en présence d'une illustration du principe de l'application immédiate d'une loi impérative à un contrat « en cours ». Pourtant, il n'est pas nécessaire de faire appel à la notion de « loi impérative ».

¹⁵⁶⁰ L'article L. 611-10 2° du Code de la propriété intellectuelle donne une liste indicative de choses intellectuelles insusceptibles de constituer des inventions. La première indication a pour objet « *les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques* ».

¹⁵⁶¹ L'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle donne une liste de choses intellectuelles qui ne peuvent être protégées par un titre de brevet. Les races animales constituent la première catégorie de choses exclues de la brevetabilité.

d'obtention des végétaux et des animaux¹⁵⁶². De même, les ressources génétiques devraient répondre à une exigence d'affectation universelle¹⁵⁶³ et les méthodes de traitement relèveraient d'un savoir-faire dont l'accès resterait accessible dans l'intérêt de tous¹⁵⁶⁴. En somme, l'utilisation de la qualification de « chose commune » en droit des brevets conduirait à se figurer le domaine public positivement et soulignerait l'affectation à l'usage du plus grand nombre de ses éléments, satisfaisant ainsi l'intérêt général¹⁵⁶⁵.

D'un point de vue transitoire, il semble intéressant de garantir une application rapide à toute loi ayant pour objet de donner ou de retirer la qualification de « chose commune » à une chose existante. En effet, il est possible de penser que lors de son intervention, le législateur n'a pas en vue les seules choses qui seront créées après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. D'ailleurs, la qualification de « chose commune » est incontestablement d'ordre public et une telle scission entre un groupe de choses créées avant l'entrée en vigueur d'une réforme, d'une part, et un groupe de choses créées postérieurement à cette date, d'autre part, pourrait ne pas être opportune. En somme, le législateur pourrait souhaiter que le domaine brevetable soit perçu par le juge de la même manière que lui, et ce, immédiatement. Il faudrait alors se souvenir que cette qualification n'est pas toujours expliquée par la nature véritable de la chose, mais résulte bien souvent de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du législateur. Par suite, la qualification de « chose commune » permettrait la réalisation de cet objectif, incontestablement d'intérêt général. Dans ce cas de figure, le juge semble contraint de se placer au jour du jugement pour apprécier si l'invention appartient ou non au domaine brevetable. Il ne s'agirait plus de se demander si au jour du dépôt de la demande, l'invention était bien protégeable. Ainsi, serait évitée la création de plusieurs visions du domaine

¹⁵⁶² V. L. 611-19, 3° du Code de la propriété intellectuelle. Le législateur précise que ces procédés font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection.

¹⁵⁶³ L'utilisation biomédicale de ces ressources satisfait évidemment l'objectif de santé publique, composante de l'intérêt général.

¹⁵⁶⁴ Il s'agit de rendre possible le libre exercice de la médecine. La qualification de « chose commune » permettrait d'expliquer l'utilisation libre de choses intellectuelles pour la recherche future. Cette finalité serait d'ailleurs une manière d'envisager la proximité de certaines ressources biologiques, qui se différencient pourtant fortement au regard de leur condition d'« accès ». Par exemple, concernant les éléments biologiques issus du corps humain et les embryons humains, pourrait-être envisagé un régime commun, se justifiant justement par cette approche téléologique. V. D. THOUVENIN, *La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine* : D. 2005, chron. p. 172, spéc. p. 177.

¹⁵⁶⁵ À l'instar de la notion de patrimoine commun, la qualification de « chose commune » participe certainement d'une prise de conscience quant à la nécessité de conserver l'utilisation collective de certaines choses, dont la valeur ne doit pas être sous-estimée. V. sur la notion de patrimoine commun : M-J. DEL-REY, *La notion controversée de patrimoine commun* : D. 2006, p. 388.

brevetable en fonction de la date de dépôt de la demande¹⁵⁶⁶. Le droit des brevets en serait certainement simplifié.

De plus, il s'agirait de permettre une application de la loi nouvelle la plus rapide possible. Il convient de rappeler qu'en ce domaine, le législateur essaie souvent de rattraper, par le moyen d'une réforme, le retard pris par l'ordonnancement juridique sur la réalité factuelle, le plus souvent scientifique¹⁵⁶⁷. En effet, quand des exclusions à la brevetabilité apparaissent¹⁵⁶⁸, s'évanouissent¹⁵⁶⁹ ou changent de fondement¹⁵⁷⁰, il devient très difficile d'analyser la manière dont les droits subjectifs, nés dans le patrimoine de l'inventeur et sous l'empire de la loi ancienne, se trouvent affectés par la loi nouvelle. La fragilité des prérogatives n'est pas évidente à apprécier pour les tiers. La notion de « statut légal », couplée à celle de « chose commune », permettrait de se figurer simplement une masse de choses, constamment sujette à modifications en fonction de l'apparition de lois successives.

Il existe néanmoins un inconvénient à l'utilisation de cette qualification de « statut légal » et de son corolaire, celle de « chose commune » : l'adoption d'une vision simpliste du droit des brevets. Si effectivement le breveté est la seule personne qui puisse exploiter l'invention¹⁵⁷¹,

¹⁵⁶⁶ Il ne serait pas opportun, en raison du système formaliste du livre VI du Code de la propriété intellectuelle, de raisonner en fonction de la date de naissance des inventions. La variabilité du contenu de l'ordre public ne serait plus source de disparités à ce niveau.

¹⁵⁶⁷ V. H. GAUMONT-PRAT, *La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches* : D. 2005, chron. p. 3087 : « La question de la brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines au regard de la directive (CE) 98/44 est actuellement débattue en Europe alors que des brevets ont déjà été délivrés aux États-Unis pour ce type de cellules ». S'agissant par exemple des procédés de clonage, il est notable que les textes internationaux suivent de près les essais de clonage effectué sur des embryons humains. L'adoption de la qualification de « chose commune » permettrait de suivre d'une manière simplifiée l'évolution du domaine brevetable. Il serait intéressant de se demander si la qualification de chose commune permettrait de comprendre certaines solutions appartenant à l'histoire du brevet. Par exemple, cette qualification ne semble pas attribuable à une chose dont une seule application aurait pu se révéler contraire aux valeurs essentielles de la société. À l'époque où les médicaments ne pouvaient pas être brevetés, les juges considéraient qu'une substance qui pouvait éventuellement être administrée en tant que médicament ne devait pas recevoir, pour autant, la qualification de « préparation pharmaceutique » exclusive de toute protection. V. Cass. crim., 8 mai 1868 : *Rec. Sirey* 1869, I, p. 187 ; V. aussi : CA Lyon, 28 juin 1870 : *Rec. Sirey* 1871, II, p. 176. L'interdiction de protéger par le brevet les compositions pharmaceutiques fut étendue aux substances administrées aux animaux, raisonnement par analogie fondé sur la finalité du texte de loi, mais qui semble en contradiction avec la compétence exclusive du législateur quant à la détermination des choses communes : CA Poitiers, 28 déc. 1882 : *Rec. Sirey* 1883, II, p. 94.

¹⁵⁶⁸ C'est la loi du 13 juillet 1973 qui a érigé les races animales en exception « per se » à la brevetabilité. Sous la loi du 4 janvier 1968, des brevets avaient été délivrés pour ce type d'inventions, « prouvant qu'à priori les bonnes mœurs ne s'en trouvaient pas contrariées » : J.-C. GALLOUX, « Fabrique-moi un mouton... », *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français, article précité*. J. DIVOY-GARDINIER, *Le rejet des demandes de brevets sous l'empire de la loi de 1968 et de la loi de 1968 modifiée* : *Dossiers Brevets* 1982, p. 27.

¹⁵⁶⁹ La possibilité de breveter les médicaments est apparue avec l'ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959 (V. aussi le décret n° 60-507 du 30 mai 1960). En utilisant la notion de chose commune, il serait possible de dire que la vision du médicament en tant que ressource indisponible ne s'imposait plus avec évidence. Un impératif d'encouragement à la recherche avait fait son apparition et la prohibition antérieure se révélait inadaptée au développement industriel des productions pharmaceutiques.

¹⁵⁷⁰ Au sein de la Convention sur le Brevet Européen (CBE), les méthodes de traitement font l'objet d'une exclusion « per se ». Antérieurement, elles étaient considérées comme dépourvues d'application industrielle (V. l'article 6. 4 de la loi du 4 janvier 1968). Si la solution est la même, l'ordonnancement juridique nouveau se caractérise par une réécriture de la loi, certainement par souci de transparence juridique.

¹⁵⁷¹ Sous réserve d'une autorisation personnellement délivrée à un tiers.

les formalités de publication permettent de renseigner le public sur la composition d'un « patrimoine technique » perpétuellement actualisé. Il ne faut pas oublier que la société retire un avantage majeur du dévoilement de l'invention. En somme, l'opposition entre des ressources utiles dont l'utilisation est garantie par le jeu d'exceptions à la brevetabilité, d'une part, et des inventions appropriées totalement inaccessibles au public, d'autre part, se montre-t-elle réductrice. La fonction documentaire du brevet empêche cette vision manichéenne que la qualification de « chose commune » est pourtant en mesure de susciter¹⁵⁷². Il faut aussi noter que certaines exclusions de brevetabilité, qui conduisent par exemple à l'impossibilité de protéger des procédés de clonage¹⁵⁷³ ou des procédés susceptibles de causer des souffrances à l'animal¹⁵⁷⁴, correspondent à des pratiques interdites en tant que telles. La notion de « chose commune » n'apporte alors aucune explication.

Imaginons une invention protégeable sous le droit ancien, dans le silence du législateur. À la date du jugement, la loi en vigueur énonce au contraire que l'appropriation d'une telle chose par un titre de brevet est contraire à l'ordre public. Le choix du législateur de faire de ce type d'invention une chose commune doit-il être immédiatement pris en compte par le juge ?

Le juge peut d'abord estimer que le titre est valable, parce qu'une condition de validité d'un titre ne doit pas s'apprécier à une date différente de celle à laquelle le brevet a été demandé ou enregistré. En s'inspirant de la doctrine de ROUBIER sur les conditions de constitution d'une situation juridique¹⁵⁷⁵, il ne s'agirait que de se conformer au principe de non-rétroactivité. Au contraire, le juge peut estimer que le titre de brevet est nul depuis l'origine. Les juges d'appel ou la Cour de cassation réfuteraient probablement cette vision des choses sur le fondement de l'article 2 du Code civil. Enfin, entre ces deux solutions, se trouve celle justifiée par la notion

¹⁵⁷² Le raisonnement fondé sur la notion de « chose commune » en se concentrant sur le défaut d'appropriation possible de la chose, semble autoriser l'expression de certaines craintes irrationnelles telles que « la brevetabilité du vivant » ou « l'appropriation du corps humain ». Cependant, l'aptitude d'une chose à faire l'objet d'échanges commerciaux doit être déterminée d'une manière autonome. Ce n'est pas le droit des brevets qui peut apporter ici une réponse. Le régime de la chose sera parfois élaboré à partir de considérations scientifiques bien diverses. V. par exemple, pour un aperçu de la réglementation d'éléments et produits du corps humain en fonction de leur origine, leur destination ou certaines qualités scientifiques : V. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels, panorama janv. 2007-févr. 2008* : D. 2008, p. 1435, spéc. p. 1446. Les inquiétudes exprimées se concentrent généralement sur un type particulier d'inventions comme les inventions de produits. Les procédés d'obtention du produit, comme leur utilisation, étant envisagés de manière plus sereine, sans que cette distinction ne se justifie rationnellement. Par exemple, la crainte d'une patrimonialisation de « matériaux humains » est entièrement expliquée par une vision simpliste du système des brevets. L'erreur réside bien souvent dans le fait de concevoir le brevet comme le moyen de donner à une chose la qualité de « chose dans le commerce ».

¹⁵⁷³ V. article L. 611-18, a) du Code de la propriété intellectuelle, règle reprise de l'article 6. 2. a) de la directive.

¹⁵⁷⁴ L'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en son 4° que ne sont pas brevetables : « Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que des animaux issus de tels procédés ». Il s'agit d'un rappel de la règle présente à l'article 6 de la directive d).

¹⁵⁷⁵ Sachant que le raisonnement proposé par le doyen ROUBIER postule également de qualifier la loi nouvelle de « loi relative aux conditions de constitution d'une situation juridique ».

de « statut légal » appliqué à la chose réservée. Depuis la date de dépôt et jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le titre de brevet serait considéré comme valable. À partir de l'entrée en vigueur de la réforme, le titre aurait été frappé de caducité et le statut de chose commune applicable à l'invention rendrait sans effet la réservation initiale¹⁵⁷⁶.

En considérant l'importance de l'intérêt général pour certaines questions spécifiques au droit des brevets, il est peut-être plus tentant qu'ailleurs de donner une valeur transitoire à la notion de statut légal appliquée à la chose¹⁵⁷⁷. Il convient cependant de noter qu'une loi nouvelle pourrait être interprétée comme ayant pour objet de faire entrer ou sortir des choses intellectuelles de la catégorie des choses communes¹⁵⁷⁸, sans que cette prise de position ne puisse d'ailleurs être tout à fait anticipée par le sujet de droit. Par exemple, une loi qui aurait pour objet de raccourcir la durée de protection d'un droit de propriété intellectuelle s'appliquerait de manière généralisée, sur le fondement d'une extension automatique de la catégorie des choses communes¹⁵⁷⁹. Il faut aussi remarquer que la scission entre le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle trouverait un sens nouveau. En effet, l'absence de formalité administrative conditionnant l'obtention du droit donnerait à la réforme une plus grande rapidité d'application. Les changements de statut de la chose sont évidemment plus simples à concevoir quand le droit n'est pas représenté par un titre¹⁵⁸⁰. En d'autres termes, l'adoption du critère du statut légal aurait cet inconvénient de ne pas donner à la propriété intellectuelle une analyse transitoire unique.

¹⁵⁷⁶ À l'inverse, si une « chose commune » selon la loi ancienne, devenait appropriable par le droit des brevets, l'idée d'une caducité automatique, fondée sur une observation unique de la chose elle-même, est alors le siège d'une rétroactivité certaine selon les principes de ROUBIER. D'ailleurs, le changement de statut de la chose serait-il réellement nécessaire ? Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, des titres de brevet pourraient être délivrés pour la protection de cette chose. De même, en cas d'enregistrement antérieur d'une demande de protection pour cette chose, la présomption de validité du titre jouerait toujours un rôle indirect. Avec la loi nouvelle, devrait s'ensuivre une sorte de « validation » du titre.

¹⁵⁷⁷ L'intérêt général qui postule un partage des utilités de certaines inventions est très présent. C'est une vision du domaine public particulière qui s'impose dans le domaine des biotechnologies par exemple. Il faudrait considérer cette hypothèse : une décision passée en force de chose jugée a annulé le titre sous l'empire de la loi antérieure. Le juge considéra que l'invention ne pouvait être appropriée parce qu'elle était contraire à l'ordre public. La loi nouvelle revient sur cette interdiction et fait entrer la chose dans le domaine du brevetable. La qualification de « chose commune supposerait la chose immédiatement « saisie » par la loi nouvelle et viendrait consacrer la validité de son appropriation. Seulement, en pratique, cette conception montre des défauts, puisque la condition de nouveauté ne sera jamais plus vérifiable. L'inventeur ne pourrait donc plus, même sous la loi nouvelle, obtenir une protection par le droit des brevets.

¹⁵⁷⁸ L'entrée de la chose au sein de cette catégorie garantit au plus grand nombre son usage et a bien souvent pour but d'assurer la défense de certaines valeurs. Par exemple, en matière de protection de l'environnement, la notion de « chose commune » impose l'idée de sauvegarder un usage collectif des utilités de certains biens. V. N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement, vers un ordre public écologique ?*, *op.cit.*, p. 331, 333 et 362.

¹⁵⁷⁹ Une difficulté résiderait certainement dans la distinction délicate entre un fond commun composé de choses qui n'ont jamais été appropriées et le domaine public.

¹⁵⁸⁰ Seul le droit des brevets présente un titre de protection véritable. Cependant, d'une manière générale, dès lors qu'une procédure est imposée afin de se réserver les utilités d'une chose, il semble que l'agrément à l'enregistrement d'une demande est en lui-même doté d'une valeur symbolique pour l'industriel.

En comparant les solutions obtenues par l'utilisation de la notion de statut légal appliquée à la chose et la notion de situation juridique, le critère de différenciation est clairement la rétroactivité. La notion de statut légal postule une application immédiate de la loi à toutes les choses qui présentent certaines caractéristiques au jour de son entrée en vigueur, quand la notion de situation juridique permet de déceler dans cette hypothèse une rétroactivité certaine. En effet, d'autres conséquences que celles produites par la loi en vigueur au jour du dépôt seraient attachées *a posteriori* à l'enregistrement du signe. Le caractère automatique du changement de statut de la chose pourrait être imposé à tout titulaire d'un droit et justifier ainsi la perte immédiate de toutes ses prérogatives. Indéniablement, en l'absence de dispositions transitoires, l'exigence de sécurité juridique ne serait pas garantie. L'adoption de ce raisonnement pour aussi avoir des conséquences indirectes. Mettre en exergue l'ordre public et l'intérêt général peut conduire à réduire tout droit de propriété intellectuelle au niveau d'une exception à l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁵⁸¹. En effet, ce raisonnement conduit à oublier la force du droit de propriété en général et le caractère constitutif de la procédure d'enregistrement en particulier¹⁵⁸². Il convient à présent d'envisager toutes les critiques qu'une utilisation de la qualification de « loi d'ordre public » est en mesure de susciter.

SECTION IV / La critique d'une valeur transitoire attribuée à la qualification de « loi d'ordre public »

388. La qualification de « loi de codification » en mesure de détrôner celle de « loi impérative » - La loi du 11 mars 1902 fut à l'origine de questions transitoires complexes. Ce texte intéresse indirectement l'ordre public. En effet, l'article L. 112-1 du Code de la propriété

¹⁵⁸¹ Par exemple, l'intérêt général peut être évoqué pour tenter de passer outre le refus de créateurs initiaux opposés à la création d'œuvres dérivées. Selon cette vision des choses, les auteurs qui auraient déjà retiré un « rendement suffisant » de leur production, pourraient être contraint de laisser des tiers jouir de leur création, avant même qu'elle ne fut tombée dans le domaine public. D'une manière générale, il est toujours souhaité de voir s'agrandir « un matériel commun » dans lequel chacun serait autorisé à se servir et qui permettrait d'exercer pleinement une liberté de création. Cette position est évidemment injustifiable dans l'état actuel du droit positif. Cependant, en imaginant une loi nouvelle qui viendrait faciliter ce type de requête par un tiers, la notion de « statut de la chose » montrerait toute sa dangerosité. Elle pourrait à elle-seule justifier une expropriation de l'auteur.

¹⁵⁸² Ce serait oublier également le droit moral de l'auteur, prérogative qui ne peut jamais se réduire à un droit réel ayant l'œuvre pour objet.

intellectuelle¹⁵⁸³, en posant le principe de l'indifférence du mérite, exclut la vérification d'une conformité du contenu de l'œuvre aux concepts d'ordre public et de bonnes mœurs¹⁵⁸⁴. Autrement dit, la neutralité du critère de la forme originale empêche toute sélection par le juge des œuvres protégeables sur le seul fondement de l'ordre public. Le juge ne peut refuser la qualification d'œuvre originale à la « production » d'un auteur sous prétexte qu'elle heurte certaines valeurs de la société¹⁵⁸⁵. Ce dernier doit garder une vision compréhensive de la notion d'œuvre, vision supposée conforme à l'esprit de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. La simplicité de cette solution est indéniable. Il s'agirait, le cas contraire, d'élire les valeurs sociales que le droit d'auteur ne saurait heurter. De plus, en se concentrant sur la forme, est évité une réservation des idées. Pour les plaideurs, la crainte d'une décision arbitraire du juge est donc écartée¹⁵⁸⁶. Si le contenu d'une œuvre ne peut, sur le fondement de l'ordre public, justifier un refus de protection par le juge, un contrefacteur n'est pas logiquement autorisé à utiliser cet argument au cours d'un litige¹⁵⁸⁷.

Cependant, si la loi du 11 mars 1902 intéresse indirectement l'ordre public, ce constat n'a pas été utilisé en droit transitoire. Selon l'auteur RENOUARD, le principe de l'indifférence du mérite était déjà dans « l'air du temps » au jour de la rédaction de la loi du 11 mars 1902¹⁵⁸⁸. Par suite, cette loi n'aurait pas réellement modifié l'ordonnement juridique existant. L'œuvre de codification du législateur permet donc au juge de ne pas avoir à délimiter un droit d'auteur antérieur à la réforme pour le faire échapper à l'application de la règle nouvelle. Il n'est alors nul besoin de se servir du critère de l'ordre public pour offrir à la loi une application généralisée dans le temps.

389. L'omniprésence du droit moral en droit d'auteur, élément en mesure d'ôter toute utilité à la qualification de « loi impérative » - Les notions d'auteur, d'œuvre

¹⁵⁸³ Cet article est issu de l'article 2 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁵⁸⁴ V. A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 71, p. 68 ; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 158, p. 119.

¹⁵⁸⁵ M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in *Mélanges Jean FOYER*, PUF, 1997, p. 307 et s. : si l'ordre public est une notion « à contenu indéterminé », son « contenu virtuel » aurait besoin d'être précisé. Il ne pourrait l'être « qu'à travers le choix, l'élection de certaines valeurs qu'une société entend mettre en avant ».

¹⁵⁸⁶ Cass. crim., 6 mai 1986 : *Bull. Crim.* 1986, n° 152, p. 395. En l'espèce, le pourvoi considérait qu'un film pornographique ne « méritait pas » la protection offerte par le droit d'auteur. La Cour de cassation estime au contraire qu'il n'est pas permis au juge de subordonner la protection du droit d'auteur à des considérations morales « essentiellement variables selon les lieux et les époques ».

¹⁵⁸⁷ Le principe est aujourd'hui formellement énoncé à l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 11 mars 1957 (article 2). De quel ordre public parle-t-on ? Il peut s'agir de celui existant au jour de la création de l'œuvre, comme de celui existant au jour du jugement. Retenir la date de création de l'œuvre serait bien sûr une démarche conforme au principe de ROUBIER, selon lequel que les conditions de protection de l'œuvre doivent être appréciées à l'époque de la naissance du droit.

¹⁵⁸⁸ A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Paris, Renouard éd., 1838, vol. 2, p. 195 et s ; CA Paris, 3 déc. 1867 : *Ann. propr. ind.* 1868, p. 404.

originale et de création participent d'un équilibre¹⁵⁸⁹ dont la sauvegarde est assurée par le juge. Rien n'est dit dans la loi sur la valeur impérative de ces notions¹⁵⁹⁰. Toujours est-il que, par principe, la liberté contractuelle ne peut les atteindre. Autrement dit, la logique interne de la protection par le droit d'auteur échappe à la volonté privée : il n'appartient qu'au juge de définir le champ d'application du livre I du Code de la propriété intellectuelle¹⁵⁹¹. Il semble que le droit moral peut, à lui seul, expliquer le lien logique existant entre l'auteur, le « travail » de création exigé, et la « production » qui est alors engendrée. Ce droit pourrait donc concrétiser à lui seul l'ordre public présent au stade du champ d'application du droit d'auteur.

D'un point de vue transitoire, la difficulté réside en ce que le droit moral peut être appréhendé comme contemporain de la naissance du droit d'auteur lui-même, en tant qu'il concrétise un lien particulier entre l'auteur et sa création. Il semble alors entretenir une proximité avec le droit dit naturel¹⁵⁹². Dans tous les cas, en considérant que le droit moral a une genèse jurisprudentielle¹⁵⁹³, l'analyse transitoire est paralysée¹⁵⁹⁴. Par suite, il n'est pas envisageable d'opposer un « droit ancien » présentant un droit moral totalement inconnu, à un « droit nouveau » reconnaissant cette prérogative d'une manière entièrement inédite. Il est d'ailleurs entendu que le droit transitoire montre ses limites en présence d'un droit de la personnalité. Création du juge, ce droit ne fait traditionnellement l'objet que d'une reconnaissance par le législateur. Le procédé de codification est alors réfractaire aux analyses transitoires parce qu'il empêche une datation exacte de l'entrée de la norme au sein de l'ordonnement juridique.

¹⁵⁸⁹ CA Paris, 20 janv. 1971 : *RTD com.* 1971, p. 1028, obs. H. DESBOIS ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2003 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. n° 56, note C. CARON ; *RIDA* 2003, n° 3, p. 293, *Légipresse* 2003, n° 203, III, p. 120 ; P. SIRINELLI : *Propr. intell.* 2003, n° 8, p. 298 : « (...) la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L. 111-1, L. 113-2 et L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle ».

¹⁵⁹⁰ À l'instar du droit de propriété de droit commun, le droit d'auteur ne serait pas définissable de manière précise, autrement que par la description des prérogatives qu'il suppose.

¹⁵⁹¹ V. C. CARON, *op. cit.*, n° 96, p. 77 : « L'originalité, qui est la clef pour accéder au monopole du droit d'auteur, est un concept d'ordre public qui échappe à la volonté individuelle des parties » ; n° 55, p. 52 : « La notion d'œuvre est d'ordre public ».

¹⁵⁹² Est retrouvée le caractère intemporel du droit naturel. V. C. CARON, *op. cit.*, n° 267, p. 216 : « L'auteur peut exercer activement son droit à la paternité. Il revendique alors que son nom soit associé à l'œuvre. Et la jurisprudence a généralement tendance à sanctionner celui qui viole cette obligation de droit naturel, tant il est logique que le créateur puisse récolter les fruits de sa création en y étant associé » ; R. PLAISANT, *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur*, in *Mélanges Henri DESBOIS*, Dalloz, 1974, p. 63 et s., spéc. p. 66. L'affirmation selon laquelle toute renonciation ou cession concernant le droit de paternité a un caractère révocable serait issue d'une « loi naturelle ». Refuser la précarité de cette renonciation reviendrait à supprimer ou altérer cette loi naturelle.

¹⁵⁹³ En considérant que le droit moral a une « origine légale », il faudrait retenir la date d'entrée en vigueur des décrets fondateurs du XVIII^{ème} siècle.

¹⁵⁹⁴ Le droit moral a été créé de manière progressive, « tout au long du XIX^{ème} siècle » : C. CARON, *op. cit.*, n° 245, p. 200.

390. La difficulté de déterminer la valeur impérative des dispositions légales en droit de la propriété intellectuelle - L'article 36 de la loi du 11 mars 1957 donne à l'auteur un droit « *de réunir ses articles et ses discours en recueil et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme* ». La loi est silencieuse sur la possibilité offerte à l'auteur de renoncer à ce droit. Il faut alors remarquer que la prérogative décrite semble bien proche du droit de divulgation et semble donc d'ordre public. Les juges n'ont pourtant pas hésité à affirmer : « *Si l'article 36 de la loi de 1957 n'a pas prévu la possibilité pour l'auteur de renoncer à son droit de réunir en recueils ses œuvres publiées dans les journaux, il n'est pas interdit à l'auteur de céder ce droit* »¹⁵⁹⁵. La valeur impérative de la disposition est dès lors difficile à déterminer. L'analyse transitoire de cet ordre public serait encore floutée par le rôle de codification des lois nouvelles. Il revient à la doctrine de déterminer si le législateur s'est contenté de reprendre et de rationaliser les avancées jurisprudentielles ou si un caractère impératif a par ailleurs été conféré aux nouvelles normes légales¹⁵⁹⁶.

Autre exemple, la rédaction de l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle semble *a priori* commander la nature impérative de la disposition. Pourtant, les juges ont pu considérer, au regard d'une œuvre de commande destinée à être utilisée comme un signe distinctif, que le droit de reproduction de l'œuvre était compris dans le contrat de cession¹⁵⁹⁷. Il revient ensuite à la doctrine de rappeler que cette solution ne représente pas le droit objectif¹⁵⁹⁸. Néanmoins, l'interprète n'est pas encouragé à affirmer en tant que postulat de départ que cette disposition a une nature impérative dans l'optique de construire un raisonnement transitoire.

Il est aussi possible de penser aux exceptions présentes en droit de la propriété littéraire et artistique, dont la nature impérative est difficile à déterminer¹⁵⁹⁹. De prime abord, la perte de liberté de l'auteur semble automatiquement déduite de la présence d'une exception dans la loi nouvelle. Par exemple, l'auteur ne peut pas choisir les éléments qui vont faire l'objet d'une

¹⁵⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, p. 207.

¹⁵⁹⁶ V. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation en droit d'auteur, étude sur la loi du 11 mars 1957, op. cit.*, n° 7, p. 5. Pour l'auteur, la loi du 11 mars 1957 n'a pas seulement joué un rôle de codification de la jurisprudence antérieure. Cette loi aurait bien plus érigé en règles d'ordre public les obligations des exploitants du droit d'auteur, auparavant seulement déterminées par la loi des parties.

¹⁵⁹⁷ Trib. com. de la Seine, 21 févr. 1967 : *Ann. propr. ind.* 1967, p. 298 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1986 : *Bull. civ.* 1986, I, n° 143 ; *D.* 1987, somm. p. 155, note C. COLOMBET. V. les critiques de cette jurisprudence : B. EDELMAN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. et 7 avril. 1987 : *D.* 1988, jurispr. p. 97. V. aussi : A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz action, 2011, 2012, n° 105.48, p. 201.

¹⁵⁹⁸ CA Limoges, 3 janv. 1966 : *Ann. propr. ind.* 1966, p. 292 ; TGI Paris, 4 juill. 1983 : *JCP E* 1985, I, 14156 ; CA Bordeaux, 7 nov. 1983 : *D.* 1987, somm. p. 40.

¹⁵⁹⁹ Les exceptions au droit des dessins et modèles figurent à l'article L. 513-6 du Code de la propriété intellectuelle. Est clairement affirmée la paralysie des droits conférés par l'enregistrement. Le législateur dit : « *Les droits conférés par l'enregistrement d'un dessin ou modèle ne s'exercent pas à l'égard (...)* » et une liste d'actes est donnée. L'approche semble donc plus simple qu'en droit d'auteur.

citation. Il ne choisit ni le moment, ni la personne, ni l'objet de la citation, ni même son contexte. Lorsqu'une loi nouvelle vient créer une exception de cette nature, le premier réflexe du titulaire du droit va consister à défendre un droit acquis dès lors que la date de création ou la date de publication de l'œuvre sera située sous l'empire de la loi ancienne. Celui qui bénéficie de l'exception, en revanche, va fonder son argumentation sur l'application immédiate de la loi nouvelle. La qualification de « loi d'ordre public » permet-elle de faire avancer l'interprète ?

D'une manière générale, l'ordre public reste difficilement identifiable quand il est question d'exceptions au monopole. Les discussions doctrinales sur ce sujet n'encouragent pas le juriste à donner à l'ordre public un rôle déterminant, tant l'examen préalable de chaque exception pourrait se révéler complexe. Par exemple, lorsque la loi dispose : « *l'auteur ne peut interdire* » à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, les prérogatives de l'auteur semblent fortement limitées¹⁶⁰⁰. Les parties ne semblent pas autorisées à nier l'existence de ces exceptions. Un ordre public classique, celui qui n'autorise pas la clause contraire est observable. L'article L. 133-1 du Code de la propriété intellectuelle sur le prêt en bibliothèque reprend aussi la formule « *l'auteur ne peut interdire* ». De même, l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle, dans le domaine des droits voisins, énonce que l'artiste-interprète et le producteur « *ne peuvent s'opposer* » à certaines utilisations d'un phonogramme du commerce. S'agissant des exceptions applicables en matière de logiciels, le législateur est même plus explicite, puisqu'il est précisé que la convention contraire encourt la sanction de la nullité¹⁶⁰¹. De même, l'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui présente les exceptions au droit du producteur de la base de données dans un 1°, prévoit au sein d'un alinéa 3 que : « *Toute clause contraire au 1° ci-dessus est nulle* ». D'une manière générale, quand une « limite interne » est codifiée par le législateur, son origine est aussi ancienne que le droit lui-même. Le caractère impératif de cette disposition peut être facilement expliqué par la nature indisponible des limites du monopole. Cependant, considérer que l'exception existe depuis la première loi sur le droit d'auteur, voire même depuis le premier privilège octroyé à un écrivain, ne fait guère avancer l'interprète. Finalement, le juge se sentirait dans tous les cas autorisé à donner à la loi nouvelle une

¹⁶⁰⁰ L'article L. 211-3 assortit les droits voisins d'exceptions identiques.

¹⁶⁰¹ V. le dernier alinéa de l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Toute stipulation contraire aux dispositions prévues au II, III et IV du présent article est nulle et non avenue* ». Le législateur précise donc qu'un ensemble d'exceptions est d'ordre public et que seule l'exception qui est mentionnée au I peut être écartée par le contrat. L'exception en question permet à l'utilisateur légitime de « corriger » le logiciel.

application temporelle étendue sur le fondement d'une découverte d'un principe préexistant et connu de tous.

De plus, quand une « limite externe » est découverte par le juge en droit d'auteur, le principe fondateur de l'exception est souvent intemporel. La liberté d'expression, l'exigence d'un débat démocratique ou le droit de la concurrence préexistent toujours à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Il faut noter également que la concrétisation de nombreuses exceptions est le fruit d'un compromis réfléchi entre une liberté intemporelle et la teneur du monopole. La formulation de ce compromis sera elle-même antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle puisqu'elle sera nécessairement d'une nature jurisprudentielle.

D'une manière générale, le caractère impératif des exceptions au droit d'auteur est toujours discutable selon la vision adoptée du droit d'auteur. Les intérêts de « l'utilisateur de l'œuvre » entrent assurément en concurrence avec ceux du titulaire du droit¹⁶⁰². L'édification d'un ordre public protecteur pourrait même être souhaitée aujourd'hui au seul bénéfice de ce nouveau personnage¹⁶⁰³. Il faut aussi remarquer que la valeur impérative des exceptions semble menacée par l'apposition de mesures de protection sur le support de l'œuvre. L'équilibre de départ s'en trouve tout à fait bouleversé¹⁶⁰⁴. En somme, le critère de l'ordre public apparaît en lui-même un facteur de complexité. Il est également difficile de cerner précisément le degré d'impérativité dont certaines règles contractuelles se recommandent. Certaines conventions portant sur une chose future sont expressément prévues par le législateur¹⁶⁰⁵. Ainsi, une société d'auteurs a la faculté d'autoriser un entrepreneur de spectacles à puiser dans les œuvres futures de son répertoire¹⁶⁰⁶. Également, la cession ou la « délégation » de recettes sur les films non encore tournés est licite¹⁶⁰⁷. Une lecture stricte de l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle postulerait qu'une cession portant sur quelques œuvres futures ne

¹⁶⁰² Une vision consumériste du droit d'auteur semble adoptée. Le droit des bases de données présente un mélange d'exceptions impératives et supplétives qui ne doit pas être transposé au droit d'auteur. L'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire : 1° L'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a librement accès* ».

¹⁶⁰³ Cette position serait assurément nuisible aux équilibres fragiles et multiples du droit d'auteur. Au moins cet ordre public défavorable au titulaire du droit devrait-il rester subordonné à la légitimité de l'acte de jouissance de l'œuvre. En ce sens que les extractions licites profitent à « l'utilisateur » légitime : V. CA Versailles, 11 avr. 2002 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 121, note C. CARON ; CA Paris, 25 mai 2001 : *Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 80, note C. LE STANC.

¹⁶⁰⁴ L'auteur est protégé par le caractère limitatif des exceptions. L'utilisateur est protégé parce que ces exceptions ne peuvent être niées par l'auteur.

¹⁶⁰⁵ Par exemple, l'article 43 (dernier alinéa) de la loi du 11 mars 1957. Il octroie aux sociétés de perception et de répartition des droits la faculté dérogatoire d'acquérir des œuvres futures pour la constitution de leur répertoire.

¹⁶⁰⁶ V. l'article 43 al. 2 de la loi.

¹⁶⁰⁷ V. l'article 33 du Code de l'industrie du cinéma, V. J. MESTRE, *Le gage des choses futures* : D. 1982, chron. p. 141.

devrait pas être prohibée. En réalité, il s'agit d'interpréter cet article en ce qu'un auteur serait autorisé, seulement dans certaines hypothèses, à céder ses droits d'exploitation. Cette disposition n'est-elle qu'une transposition en droit d'auteur de l'exigence traditionnelle d'un objet contractuel déterminé¹⁶⁰⁸ ?

La portée de la prohibition dépend évidemment du sens donné aux termes de « cession globale ». Il faudrait aussi s'interroger sur le sens de l'expression « œuvre suffisamment déterminée »¹⁶⁰⁹. Il est même possible de penser que cet article a pour objectif d'empêcher un auteur d'être lié à un exploitant pour un temps indéterminé et à des conditions intangibles. Il s'agirait alors de transposer un autre principe, celui de l'article 1780 du Code civil, selon lequel on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée¹⁶¹⁰.

391. Conclusion du Chapitre I – Le droit transitoire classique suppose de donner à la loi d'ordre public une supériorité sur la loi seulement supplétive. En droit de la propriété intellectuelle, les juges semblent plutôt réticents à adopter sans réserve le jeu de cette

¹⁶⁰⁸ Dans ce cas il s'agirait d'interpréter la norme comme simplement interprétative de la règle préexistante de droit commun.

¹⁶⁰⁹ Il semblerait qu'une « œuvre déterminée » corresponde à une exigence portant sur le contenu de l'œuvre. Son titre a bien une fonction distinctive, mais il se conçoit tout de même comme un élément autonome au regard de l'œuvre proprement dite. Peut-être faudrait-il s'aider de la notion de « réalisation de la conception de l'auteur ». V. Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, p. 207. Les juges évoquent une « individualisation » des œuvres. Un même personnage évoluait dans différentes histoires.

¹⁶¹⁰ L'ordonnancement juridique a-t-il réellement subi une modification en 1958, alors que les contrats ayant pour objet des œuvres encore non écrites avaient pu être annulés pour défaut d'objet ? V. CA Paris 31 janv. 1854 : *Rec. Sirey* 1854, II, p. 734 ; *DP* 55. II. 179. Pour un contrat portant sur des droits d'auteur relativement à des œuvres d'Alexandre DUMAS. Le contrat fut annulé pour défaut d'objet. Également, il serait envisageable de soutenir que la règle ainsi formulée par le législateur tend à sanctionner de manière automatique un abus caractérisé de l'exploitant. Certains juges semblent prendre le parti de cette interprétation. V. TGI Paris, 6 déc. 2002 : *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 88, note C. ALLEAUME : « *La cession de plus de deux œuvres futures est licite lorsque l'auteur n'a cédé à l'éditeur que le droit de publier « des » œuvres et non pas « les » œuvres dont il serait l'auteur* ». Il s'agit assurément d'une interprétation restrictive de la prohibition qui ne conduira qu'à la sanction d'hypothèses montrant un éditeur profitant de sa position dans le contrat. L'appréciation restrictive du préjudice subi par l'auteur serait justifiée par la présence d'une clause contractuelle, par laquelle l'éditeur se serait réservé l'ensemble de sa « production culturelle ». L'abus d'un droit subjectif étant sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, il s'agit d'isoler toutes les conditions posées à la reconnaissance de la responsabilité civile. Dès lors que l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle empêche la rédaction d'une clause portant sur toute la production littéraire d'un auteur, la démonstration par ce dernier d'un préjudice n'est pas exigée. Si le caractère certain pouvait être validé, qu'en serait-il du caractère actuel du préjudice ? La loi nouvelle ne viendrait que codifier une hypothèse concrète de l'abus et le juge ne se sentirait pas obligé de délimiter dans le temps l'application de la norme nouvelle. L'adaptation, à une branche particulière du droit, d'un principe préexistant de responsabilité civile, ne se prête pas à des scissions temporelles selon la date d'entrée en vigueur de la loi et les « caractéristiques factuelles » du litige en cause. Considérons l'exclusion de l'exception de copie privée en droit des bases de données. Il semble que la loi du 1^{er} juillet 1998 ait prévu que l'exception de copie privée ne jouait pas pour les bases électroniques et n'était que supplétive pour les bases « papiers ». L'exception de copie privée serait incompatible avec la nature même des bases de données. Cependant, le législateur aurait entendu de toute façon sauvegarder la possibilité pour l'utilisateur de la base d'extraire ou de réutiliser une partie non substantielle. Il serait de la nature du monopole octroyé de présenter cette limite. La structure de l'article n'a pas été retouchée par la loi du 1^{er} août 2006, alors que les exceptions ajoutées ne peuvent en réalité souffrir la preuve contraire. Par suite, l'interprète n'est pas encouragé à construire un raisonnement transitoire qui serait fondé sur une recherche préalable de la valeur impérative de chaque alinéa de la disposition. Là encore, la solution transitoire choisie pourrait être remise en cause en raison d'un examen préalable de la structure de l'article, qui ne serait pas conforme à une jurisprudence ou une opinion doctrinale donnée.

qualification dans le domaine contractuel. En outre, son utilisation généralisée semble critiquable dès lors que l'ordre public occupe une place essentielle dans la construction de cette discipline. Par suite, l'interprète semble contraint de faire un tri entre un ordre public doté d'une signification transitoire et un ordre public caractérisé au contraire par une certaine neutralité à ce stade. Incontestablement, il s'agit d'une difficulté majeure, source d'insécurité juridique.

En droit de la propriété industrielle, la notion de « statut légal », quand celui-ci est appliqué à la chose, prend un sens particulier. La tentation de trouver ici un outil transitoire adapté aux subtilités de la matière a été aperçue. Par exemple, la période de temps qui précède la constitution du droit pourrait être concrétisée. Considérons que le dépôt d'un brevet est totalement indépendant de la volonté du salarié. Un droit « à la rémunération supplémentaire » lui a été accordé, dès lors que la création est une invention « seulement » brevetable¹⁶¹¹. Le droit des brevets s'applique alors sur la seule considération de l'existence d'une invention, chose qui constitue l'objet du droit. Cette décomposition pourrait donc être utile dans le cadre d'une évolution du régime des inventions de salariés. De même, le statut européen de la chose intellectuelle pourrait évoqué au regard du principe de la libre circulation des marchandises. Ce principe postule une protection harmonisée des choses sur le territoire de l'Union européenne. L'interprète pourrait tenter de résoudre certains problèmes transitoires en raisonnant à partir du statut de la chose. Par exemple, lorsque la durée d'un dessin ou modèle est expirée, le droit d'auteur peut servir de protection par défaut. Par suite, la libre concurrence ne concerne pas, de manière parfaite, toutes les choses présentant une nature semblable. La loi nouvelle qui viendrait remédier à ce problème pourrait recevoir une application immédiate et permettre l'uniformisation du statut de toutes les choses présentant une nature identique.

Seulement, il a été constaté que le statut de la chose comme objet de droit pouvait fréquemment être invoqué d'une manière contraire aux intérêts de l'auteur. En effet, cette qualification pourrait servir à son adversaire, par exemple pour défendre l'idée que la volonté présumée de l'auteur a pu ôter à la chose sa qualité d'objet de droit¹⁶¹². De même, il a été constaté qu'au sein de la disposition transitoire de l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle, l'application de la loi nouvelle n'est pas totalement généralisée. Le monopole reste en partie régi par la loi ancienne, même s'il était conforme à la nature personnaliste du

¹⁶¹¹ V. J.-P. MARTIN et M. ABELLO, *La rémunération supplémentaire d'invention de salarié selon la loi du 26 novembre 1990 non obligatoire ?* : *Propr. ind.* 2009, étude n° 2.

¹⁶¹² V. par exemple : CA Paris, 9 déc. 1992 : *RIDA* 1994, n° 160, p. 228.

droit d'auteur de le considérer, pour le futur, comme un bien propre. Cette application mesurée de la loi nouvelle pouvait être critiquée par la complexité de la solution proposée par la disposition légale. Pourtant, aurait-il été raisonnable d'organiser un changement immédiat du statut de la chose ?

Le cas échéant, le monopole aurait dû changer de statut automatiquement au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁶¹³. Incontestablement, cette solution n'aurait pas été facile à appliquer en pratique. D'autre part, le principe de sécurité juridique n'aurait pas été respecté. En conclusion, même en considérant son aspect le intéressant, le statut légal de la chose, la qualification de « loi d'ordre public » ne semble pas convenir à une approche des problèmes transitoires adaptée à l'exigence de sécurité juridique. La seconde qualification qui s'applique aux normes de la loi nouvelle et qui a pour finalité de justifier l'application immédiate de celles-ci est celle de « loi de procédure ».

¹⁶¹³ V. sur cette discussion la note de J. GHESTIN, sous CA Paris, 22 avr. 1982 : *D.* 1982, jurisp. p. 397.

Chapitre II / LES LOIS DE PROCÉDURE

392. Quand on sait que la « mise en œuvre » des droits devrait, pour la Cour de cassation, constituer l'évènement qui permet de déterminer la loi applicable en droit d'auteur, n'est-on pas encouragé à donner plus d'importance aux actes de procédure¹⁶¹⁴ ?

L'utilisation efficace de la qualification de « loi de procédure » par l'interprète revient à admettre qu'aucune autre qualification propre au droit transitoire ne permet de résoudre le conflit de lois dans le temps observé¹⁶¹⁵. Traditionnellement, c'est la solution de l'application immédiate de la loi nouvelle qui se rattache à cette qualification. Le raisonnement a pour particularité de se concentrer sur la notion d' « instance »¹⁶¹⁶. Pour le doyen ROUBIER, il faudrait même considérer que le procès constitue en tant que tel une « situation juridique en cours »¹⁶¹⁷. Dans ce cadre, l'existence d'un droit acquis ne serait pas en mesure d'empêcher l'application de la loi nouvelle¹⁶¹⁸. C'est-à-dire qu'il ne devrait pas être possible de défendre l'empire de la loi ancienne au regard des prévisions antérieures des parties au procès¹⁶¹⁹. La doctrine classique réserve du moins le sort des preuves préconstituées et des présomptions légales, qui ne peuvent être remises en question par une réforme ultérieure de la preuve¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁴ V. la note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : *RTD com.* 2001, p. 439, obs. A. FRANÇON.

¹⁶¹⁵ Il a été souligné en doctrine que la loi de procédure entretient des rapports étroits avec les lois d'ordre public : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La loi nouvelle et le litige* : *RTD civ.* 1968, p. 479 et s, spéc. n° 16, p. 488 ; P. ROUBIER, *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, in *Mélanges Jacques MAURY*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 513.

¹⁶¹⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 101, p. 544 : « *L'objet de la loi envisagée, quand il s'agit d'une loi de procédure, c'est la manière de conduire et de régler les litiges ; il est donc évident que l'action de la loi nouvelle sur les litiges en cours apparaîtra comme une chose normale, du moment qu'on ne cherchera pas à étendre l'empire de cette loi sur des faits déjà accomplis, parce qu'alors il y aurait rétroactivité de la loi. Mais on n'applique pas la loi au passé lorsqu'on envisage le litige en cours dans la partie qui est encore à venir ; car, cela, c'est simplement l'effet immédiat de la loi, qui conduit à appliquer celle-ci dès le moment présent* ».

¹⁶¹⁷ Le législateur peut alors modifier la procédure de l'expertise ou adjoindre des expertises supplémentaires parce que le législateur atteint seulement des situations « en cours » : « *Si les lois relatives à la preuve ont, en général, effet dans tous les litiges nouveaux, c'est alors qu'il s'agit de la preuve à faire en justice, donc d'une preuve à établir au moment même du procès* » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 53, p. 234.

¹⁶¹⁸ Cass. crim., 12 septembre 1856 : *Rec. Sirey* 1857, I, p. 76 : « *Attendu que l'article 2 du Code Napoléon (...) n'est applicable qu'aux lois qui ont créé au profit des citoyens des droits personnels et aux faits punissables, conformément à l'article 4 du Code pénal. Qu'on ne peut l'étendre aux formes de procéder devant les tribunaux et aux règles relatives à la compétence de ces tribunaux, qu'autant qu'il est intervenu jugement définitif sur le fait poursuivi* ».

¹⁶¹⁹ E. ABITBOL, *Procédure civile (capacité 2^{ème} année)*, *Les cours de droit*, 1868-1869, Paris, introduction, p. 9. Si la loi nouvelle change les modes de preuve (en exigeant par exemple de nouvelles conditions de régularité de l'écrit), il y a survie de la loi ancienne.

¹⁶²⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 52, p. 230 et s. L'auteur donne l'exemple de contrats civils soumis au régime de la liberté de la preuve, qui seraient concernés par une loi nouvelle, venue les assujettir à un régime de preuve préconstituée : « *en imposant ce nouveau régime aux contrats antérieurs, il tombe sous le sens qu'on se rendrait coupable d'une rétroactivité flagrante, car les règles de preuve de cette sorte sont un guide pour les parties, et,*

L'utilisation de la qualification de « loi de procédure » a pour finalité de simplifier le raisonnement transitoire. Il s'agit d'utiliser le principe de l'application immédiate sans effectuer aucune recherche spécifique sur la nature des différents éléments de l'espèce¹⁶²¹.

Le droit de la propriété intellectuelle offre *a priori* un cadre d'étude plutôt adapté aux questions de procédure. Par exemple, les critères d'admissibilité des mesures provisoires ont souvent changé¹⁶²² et l'interprète doit comprendre le passage d'une condition relative à l'« action au fond » à une condition supposant « une atteinte vraisemblable au droit ». De même, l'interprète doit prendre conscience d'un changement dans l'ordonnement juridique dès lors qu'un « bref délai » pour intenter l'action au fond est remplacé par un « délai fixé par la voie règlementaire »¹⁶²³. On retrouve toujours cette idée que les différents régimes des droits de propriété intellectuelle pourraient montrer quelque porosité. Par exemple, quand le droit des brevets donne des solutions qui touchent à la procédure, l'interprète peut être tenté de les transposer en droit des dessins et modèles, sans attendre que le législateur se prononce sur ce point précis.¹⁶²⁴

Il faut toutefois signaler que l'utilisation de la qualification de « loi de procédure » n'est pas toujours facile. Son maniement suppose de prendre parti sur certains questions théoriques qui se présentent comme autant de points d'intersection entre le droit civil et la procédure civile. Il s'agit d'accepter que plusieurs visions du droit procédural coexistent, donnant à cette discipline une plus ou moins grande autonomie (**Section I**). Une fois ces difficultés mises en exergue, il faudra confronter la qualification de « loi de procédure » au droit de la propriété intellectuelle (**Section II**). Cet essai sera suivi d'une réunion de tous les aspects critiquables de l'utilisation de cette qualification, dans l'objectif précis de résoudre un conflit de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle (**Section III**). En dernier lieu, il s'agira de se demander si les solutions transitoires traditionnellement attachées au domaine de la procédure sont transposables aux conflits de lois ayant pour objet la procédure d'enregistrement

dans la constitution d'une situation juridique, il est clair qu'elles tiennent compte des exigences de preuve formulées par la loi, tout autant que des exigences légales relatives aux conditions de validité ».

¹⁶²¹ V. par exemple : Cour royale de Pau, 28 janv. 1842 ; Cour royale de Bordeaux, 25 juin 1841 ; Cour royale de Bordeaux, 10 mars 1842 : *Rec. Sirey* 1842, II, p. 225. À propos de l'interdiction de stipuler pour l'avenir une clause de voie parée. Les juges rappellent qu'il ne s'agit pas seulement d'une « question de procédure », qu'il ne s'agit pas de se prononcer sur un simple « mode d'exécution », susceptible de rendre possible l'application de la loi nouvelle.

¹⁶²² V. J. SCHMIDT – SZALEWSKI, *La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon : article précité*.

¹⁶²³ V. l'article 9, 1, a) de la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004.

¹⁶²⁴ La question s'était posée de savoir si la mauvaise foi du tiers pouvait être soulignée, lorsque celui-ci se prévalait de l'absence de publicité du dépôt, alors qu'il en connaissait l'existence. Le registre national des dessins et modèles a été créé par l'article 8 de la loi du 26 novembre 1990, instaurant un système de publicité inédit. Le législateur ne reprenait pas la précision sur la mauvaise foi éventuelle du tiers, qui avait pourtant été ajoutée à l'article 46 modifié de la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets.

caractéristique du droit de la propriété industrielle (**Section IV**). Il s'agira alors de se poser la question suivante : une uniformisation des solutions transitoires est-elle possible en droit de la propriété industrielle, dès lors que l'on s'attache aux aspects procéduraux des monopoles concernés ?

SECTION I / Les difficultés liées à l'utilisation de la qualification de « loi de procédure »

393. L'utilisation de la qualification de « loi de procédure » présente des difficultés qui seront toutes appréhendées depuis le promontoire de la propriété intellectuelle. En premier lieu, certains rapports entretenus entre la propriété intellectuelle et le droit civil doivent être compris. Dans quelle mesure le droit commun de la procédure s'applique-t-il par défaut ? De quelle manière ce constat peut-il être influent en droit transitoire ? (**I**).

Il faut noter que l'interprète peut être réticent à utiliser la qualification de « loi de procédure », dès lors que les rapports existants entre un droit subjectif et une action en justice sont souvent entourés d'un épais brouillard (**II**). De plus, il est fréquent qu'une distinction s'invite dans les débats transitoires, sans avoir fait l'objet d'aucune consécration légale. La séparation des lois « de fond » et des lois « de forme » est intimement liée aux questions qui mêlent procédure et conflits de lois dans le temps. La présence de ces qualifications additionnelles ne facilite pas toujours la tâche de l'interprète. C'est pour cette raison qu'il convient de s'attarder sur leur utilisation en droit de la propriété intellectuelle (**III**). En dernier lieu, il est apparu essentiel de tenter de traduire selon une approche de droit transitoire, l'apparition, en droit de la propriété intellectuelle, d'une nouvelle défense (**IV**).

I / Un droit commun de la procédure applicable par défaut

394. Le droit commun de la procédure s'applique naturellement¹⁶²⁵ au droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, le législateur va être tenté de préciser certains points

¹⁶²⁵ V. par exemple, pour une application de l'article 126 du CPC au droit d'auteur : CA Paris, 27 févr. 1990 : *D.* 1991, p. 300, note I. WEKSTEIN : « la qualité à agir d'une société de perception et de répartition des droits doit être appréciée en considérations de ses statuts actuels et non de ceux qui existaient au jour de l'introduction de la demande ».

procéduraux spécifiques¹⁶²⁶. Par exemple, la loi du 11 mars 1957 donna aux procès-verbaux de constat des agents des sociétés de perception et de répartition des droits une force probante¹⁶²⁷. Dire que la loi nouvelle s'applique immédiatement, c'est admettre que tous les procès-verbaux qui seraient dressés après l'entrée en vigueur, doivent recevoir une valeur probante, peu importerait la datation des autres éléments de l'espèce. De même, en droit des marques, les règles relatives à la preuve de l'exploitation du signe ont changé dans le domaine des familles de marques¹⁶²⁸. Le juge dut immédiatement en rendre compte dans le cadre de procès en cours, sans considérer autrement les dates respectives des autres éléments essentiels à la résolution du litige.

Seulement, il s'agit de ne pas confondre le conflit temporel de deux règles intéressant la procédure d'une part, avec le problème posé par la superposition d'une règle spéciale propre au droit de la propriété intellectuelle à une règle générale issue du droit commun, d'autre part¹⁶²⁹. Par exemple, dans le silence de la loi précédente du 14 juillet 1909, certains juges avaient considéré qu'une action exercée à titre principal pouvait être accueillie, parce que l'application du droit commun de la procédure aurait dû permettre de reconnaître l'intérêt à agir du demandeur¹⁶³⁰. Il était alors admis que le droit commun de la procédure s'appliquait par défaut pour reconnaître un intérêt à agir au demandeur. En droit d'auteur, il est possible de penser à l'interprétation difficile de l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle. L'œuvre de collaboration, comme le droit commun de l'indivision préexistait à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957¹⁶³¹. Il convient alors de se demander si le législateur de

¹⁶²⁶ Par exemple, la question sur l'arbitrabilité des litiges en matière de brevets a été close de façon positive par la loi du 2 janvier 1968 (article 68 § 1 alinéa 3). V. CA Paris, 15 juin 1981 : *PIBD* 1982, 294, III, 15. (inf. TGI Paris, 27 juin 1979) ; TGI Paris, 17 mars 1981 : *PIBD* 1981, 284, III, 166, conf. par CA Paris, 19 oct. 1981 : *PIBD* 1982, 295, III, 25.

¹⁶²⁷ A. TOURNIER, *Le bilan de la loi : RIDA* avril 1958, XIX, numéro spécial, p. 73 et s., spéc. p. 93.

¹⁶²⁸ V. P. TREFIGNY-GOY, *Gare aux familles de marques ... Cela se confirme : Propr. ind.* 2010, comm. n° 41.

¹⁶²⁹ Par exemple, l'histoire du droit des marques montre que les juges devaient nettement distinguer l'usurpation du nom d'un fabricant, délit prévu par la loi du 28 juillet 1824, de la contrefaçon ou l'usage frauduleux d'une marque de fabrique, délit prévu par la loi du 25 juin 1857. Seule cette dernière loi peut être rattachée strictement au domaine spécial de la propriété intellectuelle. Une différence dans les conditions posées à l'exercice de l'action était notable : la loi du 28 juillet 1824 n'imposait aucune condition pour la poursuite en usurpation de nom. La loi du 25 juin 1857 obligeait au contraire le dépôt de la marque de fabrique pour que le commerçant puisse « en revendiquer la propriété exclusive ». V. par exemple : Cour impériale de Besançon, 30 novembre 1861 : *Rec. Sirey* 1862, I, 342.

¹⁶³⁰ V. CA Paris, 2 juill. 1999 : *PIBD* 1999, III, 550 ; CA Versailles, 25 janv. 2001 : *PIBD* 2001, III, 609 ; J. PASSA, *op. cit.*, n° 730, p. 971 : le demandeur aurait nécessairement un intérêt à agir sur le fondement de l'article 31 du CPC « lorsque sa demande tend à faire disparaître un monopole d'exploitation et lui permettre d'exploiter sur le marché français une création identique ou similaire à celle que le monopole avait pour objet ». Cependant, d'autres juges, au contraire, estimaient qu'une demande en nullité n'était recevable qu'à titre reconventionnel, en réponse à une action en contrefaçon de dessin ou modèle : TGI Paris, 15 mai 1998 : *PIBD* 1998, III, 498.

¹⁶³¹ V. par ex : CA Paris, 27 févr. 1918 : *Gaz. Pal.* 1918, 1, 125. L'idée de « propriété commune » renvoie elle-même à une hypothèse déjà régie par le droit civil des biens. V. l'alinéa 2 de l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle : « en cas de désaccord, il appartiendra à la juridiction civile de statuer ».

1957 n'a fait que traduire la règle de l'unanimité ou si le droit d'auteur montre en ce domaine une réelle spécificité en termes de recevabilité d'une défense de l'indivision¹⁶³². Il faut alors noter que le droit transitoire n'est pas réellement concerné par ce problème. De même, il est possible de se rappeler qu'une jurisprudence ancienne a pu faire croire en l'existence d'un droit de la procédure commun à toute la propriété industrielle¹⁶³³. Dans cette optique, le législateur régissant un droit de propriété industrielle en particulier viendrait créer une norme spéciale. De la même manière, le droit transitoire ne devrait pas être sollicité.

Il ne faut pas non plus oublier que le droit commun de la procédure permet d'interpréter la loi nouvelle en ce qu'elle apporte réellement des éléments nouveaux. Par exemple, la question s'est posée de savoir quel était le juge compétent pour permettre l'exercice du droit à l'information créé par la loi du 29 octobre 2007. Implicitement, la compétence du juge en état devait être écartée au regard de la finalité de la mesure : faire cesser la contrefaçon pour l'avenir et déterminer le quantum du préjudice. Seulement, en considérant que le droit commun de la procédure permettait déjà au juge d'obtenir des informations du défendeur en cours d'instance, l'objectif du législateur pouvait être cerné plus facilement¹⁶³⁴.

D'une manière générale, il convient d'isoler chaque nouveauté introduite par une loi nouvelle au sein du régime d'un droit de propriété intellectuelle, non seulement au regard du droit commun de la procédure, mais aussi au regard de ce que le droit antérieur permettait déjà au juge de connaître. Par exemple, l'article L. 716-7-1 du Code de la propriété intellectuelle confère au titulaire du droit, dans le cadre d'une instance civile en contrefaçon, un droit d'information qui ne se confond pas avec les pouvoirs attribués au juge des référés ou des requêtes dans le cadre de l'article L. 726-6 du même Code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007¹⁶³⁵. En somme, l'interprète devra, plus qu'avec aucune autre qualification propre au droit transitoire, faire preuve de vigilance. Apprécier le changement produit au sein de l'ordonnement juridique au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle suppose de connaître parfaitement la teneur du droit précédant la réforme. Finalement, il s'agira de mesurer l'indépendance des solutions procédurales rencontrées en droit de la

¹⁶³² V. sur ce point : A. ROBIN, *L'action en justice des coauteurs d'une œuvre de collaboration* : *Propr. int.* 2005, n° 16, p. 323.

¹⁶³³ La saisie des objets contrefaisants a été acceptée en l'absence de toute précision du législateur en droit des dessins et modèles. La loi du 18 mars 1806 sur les conseils de prud'hommes n'indiquait pas le magistrat compétent pour autoriser la saisie. Les juges ont retenu la compétence du président du tribunal civil par référence générale à la « *propriété industrielle* » : Cour d'appel de Douai, 2 février 1885 : *Rec. Sirey* 1885, II, 57. Il fallut attendre l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1909 pour accorder au plaideur la possibilité d'effectuer une saisie (V. l'article 12 de la loi).

¹⁶³⁴ V. J.- P. GASNIER, *Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon* : *Propr. ind.* 2007, étude n° 25, spéc. p. 13.

¹⁶³⁵ V. par exemple : TGI Paris, ord. du juge de la mise en état, 18 avr. 2008 : *PIBD* 2008, III, 448.

propriété intellectuelle. Il convient à présent d'aborder les rapports entre le droit subjectif et l'action en justice qui lui y est attachée.

II / La traduction transitoire des rapports entre un droit subjectif et l'action en justice

395. De quelle façon la naissance d'un droit subjectif peut-elle garantir une défense judiciaire efficace de celui-ci jusqu'à son extinction ? Dans quelle mesure le droit d'agir en justice peut-il être conservé malgré les réformes éventuelles ?

En imaginant une loi nouvelle qui viendrait supprimer l'action attachée à un droit subjectif, la conservation de la loi ancienne pourrait être défendue sur le fondement d'une complémentarité naturelle du droit et de l'action¹⁶³⁶. Tous les droits nés sous l'empire du droit « ancien » conserveraient leur action en justice parce qu'il s'agirait d'un « tout » indissociable *a posteriori*. En réponse, l'application de la loi nouvelle pourrait être justifiée par l'impossibilité de voir dans le droit d'agir un « droit acquis » opposable. D'ailleurs, l'ordre public inhérent à la matière procédurale pourrait servir d'argument à ce titre.

Le doyen ROUBIER donne l'exemple des « actions de jactance »¹⁶³⁷. Un problème transitoire fut posé dès lors que le juge se prononçait après l'entrée en vigueur d'une loi ayant supprimé cette action. Afin de défendre la « survie » de cette action, les juges affirmèrent qu'elle reposait sur un droit. Ce droit devait être qualifié de « droit acquis », dès lors qu'il avait déjà été exercé avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁶³⁸. En somme, pour considérer que l'action en justice est conservée après l'entrée en vigueur de la réforme, il est nécessaire de mettre en exergue l'existence d'un droit subjectif qui lui « sert », même d'une manière artificielle, de fondement juridique.

En imaginant cette fois une loi nouvelle qui viendrait doter un droit existant d'une action en justice inédite, la conservation de la loi ancienne pourrait être fondée sur la source contractuelle du droit. La conclusion de la convention cristalliserait un droit subjectif dépourvu de toute action. Il faudrait attendre la création future de ce droit sous l'empire de la

¹⁶³⁶ Sur l'identification classique entre le droit et l'action : V. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Coll. Précis Dalloz, 30^{ème} éd., 2010, n° 82 et s., p. 117 et s.

¹⁶³⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 102, p. 550.

¹⁶³⁸ Le doyen ROUBIER en conclut : « il a été jugé avec raison que l'action ne constituait pas seulement une forme de procédure, mais correspondait à un droit né antérieurement, du fait des prétentions de l'adversaire ; on n'a donc pas respecté seulement « l'action intentée », mais le droit auquel elle correspondait ». Il semble que l'auteur reconnaît ainsi que l'action n'existe pas « seule » et qu'elle se fonde en réalité sur un droit subjectif.

loi nouvelle pour admettre qu'une action y est effectivement attachée. À l'inverse, la dotation immédiate d'une action en justice pourrait être fondée sur la nature procédurale de l'intervention du législateur. Il s'agirait de rappeler cette idée selon laquelle l'action en justice doit toujours être régie par la loi en vigueur au jour où elle est intentée¹⁶³⁹.

En droit des brevets, il a été admis que le droit d'action reconnu au licencié exclusif par la loi nouvelle du 2 janvier 1968¹⁶⁴⁰ ne naissait pas des concessions conclues avant le 1^{er} janvier 1969¹⁶⁴¹. En somme, le contrat avait figé un « état du droit » qui ne reconnaissait aucune action au licencié. Il s'agit à présent de s'intéresser au constat suivant : quant il est question de « lois de procédure » dans le cadre de la résolution d'un conflit de lois dans le temps, la distinction des « lois de fond » et des « lois de forme » s'intercale bien souvent au sein des arguments mis en exergue.

III / La distinction des « lois de fond » et des « lois de forme »

396. La doctrine a parfois recours à la distinction des « lois de fond » et des « lois de forme » afin de comprendre le choix de la loi applicable au litige qui est présenté par le juge au sein de sa décision¹⁶⁴². La loi « de forme » appellerait une application immédiate adaptée au domaine procédural¹⁶⁴³. En pratique, il s'agirait de ne pas attendre la création dans l'avenir d'un nouveau lien d'instance pour faire jouer la réforme. Le juge serait autorisé à retenir la loi en vigueur au jour de l'introduction de la demande en justice¹⁶⁴⁴. Au contraire, les lois « de

¹⁶³⁹ ROUBIER donne l'exemple d'une loi nouvelle venue admettre la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle quand le droit « ancien » ne connaissait que la reconnaissance volontaire de cette paternité. Le doyen défend l'application immédiate de la loi. En d'autres termes, si l'enfant est né sous l'empire de la loi antérieure, l'action peut tout de même être intentée par lui. L'effet rétroactif pressenti est causé par la situation juridique elle-même. En clair, que la reconnaissance de paternité soit volontaire ou judiciaire, il existe une certaine rétroactivité à considérer que le lien de filiation a toujours existé. Cette rétroactivité est inhérente à la paternité elle-même. P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 46, p. 207.

¹⁶⁴⁰ V. l'article 53 de la loi.

¹⁶⁴¹ CA Paris, 23 mars 1973 : *PIBD* 1973, 110, III, 261 ; TGI Paris, 19 juin 1974 : *PIBD* 1975, 139, III, 9 ; conf. par CA Paris, 15 avr. 1976 : *PIBD* 1976, 179, III, 414.

¹⁶⁴² V. TGI Paris, ord. réf., 22 janv. 2008 : *Propr. ind.* 2008, comm. n° 19, obs. J. RAYNARD. Le juge considère que le nouveau régime de l'action en interdiction provisoire est d'application immédiate, tout en précisant qu'il ne doit pas concerner les litiges en cours, « *c'est-à-dire ceux qui étaient déjà noués entre les parties au jour de la promulgation de la loi* ».

¹⁶⁴³ E. ABITBOL, *Procédure civile, op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁴⁴ Au XIX^{ème} siècle, il était question de savoir si le droit d'exercer l'action en contrefaçon était conservé par la mise dans le commerce du dessin « industriel ». La Cour de cassation affirma en 1828 qu'il suffisait d'effectuer le dépôt du dessin ou modèle avant d'introduire sa demande en justice. La date d'introduction de la demande en justice est donc seule à considérer au regard des changements ultérieurs apportés au régime du droit: Cass. civ., 14 janv. 1828 : *Rec. Sirey* 1828, I, 102 ; *D.* 1828, I, p. 87 : « *Bien qu'un nouveau dessin pour la fabrication des étoffes de soie ait été déjà pratiqué dans le commerce, l'inventeur du dessin n'en conserve pas moins le droit de*

fond » n'auraient aucun effet sur le procès en cours¹⁶⁴⁵. Par exemple, la loi nouvelle qui accorde un bénéfice de discussion au débiteur intéresserait le fond du droit et ne pourrait pas être invoquée dans le cadre d'une procédure commencée avant son entrée en vigueur¹⁶⁴⁶. De même, pour le doyen ROUBIER, l'interprète devrait distinguer la loi « de fond » applicable au contrat de mariage, de la loi « de forme » qui donne ses pouvoirs au ministère public¹⁶⁴⁷. Le doyen cite en ce sens une jurisprudence issue du droit des brevets et s'en sert d'illustration au principe de l'application immédiate des lois de procédure¹⁶⁴⁸. Selon la loi du 5 juillet 1844¹⁶⁴⁹, toute instance en déchéance de brevet devait être communiquée au ministère public, peu importerait que l'instance fut engagée sous l'empire du droit antérieur, silencieux sur ce point¹⁶⁵⁰.

Il semble que le juge ait repris cette *summa divisio* entre les lois « de forme » et « de fond » quand il fallut délimiter le champ d'application temporel de la loi du 13 juillet 1978¹⁶⁵¹. Le « fond du droit » se caractérisait alors par l'appréciation de la validité du titre de brevet et devait ainsi rester de la compétence de la loi ancienne. Pour le juge, les causes de rejet de la demande de réservation de l'invention ne pouvaient pas s'apprécier au regard de la loi nouvelle parce qu'il ne s'agissait pas d'une question de procédure.

La distinction entre les « lois de forme » et les « lois de fond » aurait pu être utilisée en droit des dessins et modèles. Il aurait fallu souligner que les innovations apportées par l'ordonnance du 25 juillet 2001 intéressaient le « fond du droit ». S'agissant des conditions d'acquisition du droit par exemple, l'exercice d'une action en justice sur le fondement du

s'en assurer la jouissance privative et d'exercer l'action en contrefaçon ; il lui suffit pour cela de déposer le dessin au secrétariat du Conseil des prud'hommes, conformément à l'article 15 de la loi du 18 mars 1806 ».

¹⁶⁴⁵ Pour ROUBIER, le juge ne constitue pas un intermédiaire nécessaire lorsqu'il est question d'une « loi de fond ».

¹⁶⁴⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 102, p. 550.

¹⁶⁴⁷ La loi en vigueur au jour où la nullité d'un mariage est demandée doit être choisie pour apprécier les pouvoirs du ministère public. Il est expliqué : « (...) c'est que la loi nouvelle était relative à la compétence des fonctionnaires du ministère public, et elle devait donc s'appliquer au procès, alors même que la loi compétente sur le fond était la loi du jour du mariage ».

¹⁶⁴⁸ CA Paris, 21 juill. 1845 : D. 1846, IV, p. 367.

¹⁶⁴⁹ L'article 36 de la loi du 5 juillet 1844 dispose : « L'affaire sera instruite et jugée dans la forme prescrite pour les affaires sommaires par les articles 405 et suivants du Code de procédure civile. Elle sera communiquée au procureur du roi ».

¹⁶⁵⁰ Il est alors possible de rappeler que la loi du 5 juillet 1844 donnait aussi au ministère public la faculté de demander que la nullité soit prononcée *erga omnes*, en se rendant au préalable partie intervenante. D'un point de vue transitoire, le ministère public aurait dû être doté immédiatement de cette faculté (V. l'article 37 de la loi du 5 juillet 1844).

¹⁶⁵¹ L'article 45 alinéa 2 de la loi article permet de justifier les raisonnements suivants : CA Paris, 2 avril 1981 : PIBD 1981, 280, III, 116 : « Le texte ne fait que reprendre le principe général de droit commun suivant lequel les lois d'organisation judiciaire et de compétence sont immédiatement applicables aux procès nés ou à naître sur des droits anciens ; l'expression « poursuite de l'instruction » ne vise que les règles de forme » ; CA Paris, 15 juin 1981 : PIBD 1981, 280, III, 116 : « (...) ces revendications doivent être examinées en fonction de la loi du 2 janvier 1968 avant les modifications de la loi de 1978 en application de l'article 45 de ladite loi, s'agissant à l'évidence de questions de fond ».

livre V du Code de la propriété intellectuelle n'aurait dû avoir aucune incidence transitoire. Quelle que fut la date de l'introduction de l'instance, la loi du 14 juillet 1909 aurait toujours dû régir les créations enregistrées avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2001¹⁶⁵². La distinction théorique des « lois de forme » et des « lois de fond » aurait donc permis de souligner que la réforme ne pouvait produire aucune conséquence au regard des instances « en cours ».

Cependant, la distinction des « lois de forme » et des « lois de fond » ne semble pas toujours adaptée. Par exemple, le mécanisme de l'interdiction provisoire en droit des marques¹⁶⁵³ est apparu avec la loi du 4 janvier 1991¹⁶⁵⁴. Il pouvait sembler d'une nature essentiellement procédurale en ce qu'il permit d'écarter le droit commun des référés prévu aux articles 809 et 873 du CPC¹⁶⁵⁵. D'un autre côté, ses conditions de mise en œuvre impliquèrent un débat au fond, notamment au regard de la validité du droit et de la réalité des atteintes éventuellement causées par des tiers. Il fut difficile de ne voir ici qu'une règle procédurale comme celle, par exemple, qui impose en droit des brevets un délai pour produire un avis de nouveauté.

De même, à l'issue de la réforme du 4 janvier 1991, la date de demande en déchéance d'une marque a concentré toutes les attentions¹⁶⁵⁶. L'introduction de la demande en justice sembla constituer un critère de détermination de la loi applicable, à l'instar d'un élément déterminant dans l'application transitoire d'une « loi de forme ». En réalité, le juge devait tout de même « jongler » avec un autre critère essentiel : l'écoulement du délai de non exploitation du signe au regard de la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991¹⁶⁵⁷.

Force est de constater qu'il n'est pas évident de distinguer ce qui intéresse le « fond du droit », des questions relatives à la forme¹⁶⁵⁸ parce qu'il est difficile d'isoler un problème purement procédural. Il est alors possible de penser à la distinction des lois « relatives à l'activité du juge » et des lois « relatives à l'activité des parties ». Cette distinction relève de

¹⁶⁵² V. CA Douai, 31 janv. 2006 : *PIBD* 2006, 826, III, 231.

¹⁶⁵³ Ce mécanisme fut abrogé par la loi n° 2007-544 du 29 octobre 2007 (article 24). V. pour les critiques du mécanisme antérieur : C. CARON, *Commentaire de la loi du 29 oct. 2007* : *JCP E* 2007, p. 2419.

¹⁶⁵⁴ V. l'article 20 de la loi.

¹⁶⁵⁵ Le raisonnement transitoire ne doit pas être sollicité, il s'agit de rappeler la prédominance de la loi spéciale sur la loi antérieure générale. V. CA Rouen, 5 nov. 1992 : *PIBD* 1993, III, 135, cité par A.-R. BERTRAND, *op. cit.*, n° 11. 224.

¹⁶⁵⁶ V. par exemple : CA Paris, 14 avr. 1995 : *PIBD* 1995, III, 354. L'une des parties au litige se prévaut de l'avis rendu par la Cour de cassation et affirme qu'aucune demande en déchéance ne devrait être introduite avant le 28 décembre 1996 (Avis n° 0940007 P du 2 mai 1994).

¹⁶⁵⁷ CA Paris, 16 févr. 1995 : *PIBD* 1995, III, 248. La loi nouvelle ne peut être choisie, dès lors que le délai de non exploitation s'est écoulé avant son entrée en vigueur, quand bien même la demande en déchéance a été faite après cette date.

¹⁶⁵⁸ V. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 11, p. 11.

l'intuition. Les lois relatives à l'activité du juge « *saisissent l'activité du juge à tout moment du procès* »¹⁶⁵⁹. La loi qu'il faudra appliquer sera alors celle en vigueur au jour du jugement. Les lois relatives à l'activité des parties ressemblent aux lois rencontrées en droit privé : « *elles font naître au profit des parties des droits et des obligations par leur seule vertu, et le rôle du juge ne sera jamais qu'un rôle déclaratif* »¹⁶⁶⁰. Il est possible de penser que cette distinction pourrait remplacer celle des « lois de forme » et des « lois de fond ». Elle serait néanmoins plus précise parce qu'elle donne un rôle au destinataire de la règle nouvelle.

Par exemple, il est possible de penser que la loi du 29 octobre 2007 a permis l'introduction au sein du Code de la propriété intellectuelle d'une alternative qui est en elle-même impérative. Le juge ne pourrait avoir recours qu'à une évaluation circonstanciée du préjudice subi par le titulaire du droit ou bien procéder à une évaluation forfaitaire de celui-ci¹⁶⁶¹. Autrement dit, il serait possible de voir dans la loi de transposition de la directive du 29 avril 2004, une loi « relative à l'activité du juge ». Par suite, ses nouvelles dispositions pourraient être appliquées à tout litige postérieur à son entrée en vigueur, sur cette seule considération.

Ce type de règle, qui s'adresse directement au juge et non aux parties, et qui, pour cette raison, recevrait une application temporelle des plus rapides, peut se retrouver avec les directives adressées à l'OHMI. En ce sens, il est possible de penser au Règlement n° 422/2004 du 19 février 2004¹⁶⁶².

Il faut toutefois noter que l'utilisation de cette qualification de « loi relative à l'activité du juge » présente un défaut majeur. Indirectement, le système de résolution des conflits de lois dans le temps, fondé sur la notion de « situation juridique », pourrait être remis en cause. C'est-à-dire que l'interprète pourrait faussement croire à une application seulement immédiate de la loi, quand il s'agirait, selon le système de ROUBIER, d'une application rétroactive. Le juge pourrait penser qu'une règle nouvelle a été édictée à son attention, alors que celle-ci concernerait dans le même temps une condition de validité du droit. Par exemple, en droit des dessins et modèles, il a été noté que la référence à l'impression visuelle d'ensemble ressentie

¹⁶⁵⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 101, p. 546.

¹⁶⁶⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 101, p. 546. Ces lois auraient sur les situations juridiques procédurales exactement la même portée d'application que les lois de droit privé sur les situations juridiques de droit privé.

¹⁶⁶¹ M. COUSTÉ et F. GUILBOT, *Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France : du jardin à la française à l'Eldorado américain ?* : *Propr. ind.* 2007, étude n° 26.

¹⁶⁶² Les articles 108 et 109 du RMC ont été modifiés par l'article 109 (3) RMC du Règlement n° 422/2004 du 19 février 2004. L'OHMI doit vérifier que la demande de transformation en demande nationale ne concerne pas un territoire pour lequel il existe un motif de refus absolu ou relatif. En cas d'opposition, l'OHMI ne peut plus se contenter de rejeter la demande communautaire, sans préciser dans sa décision le territoire sur lequel un conflit de droit est constaté. Sur la pratique qui consiste à rejeter en totalité la demande communautaire, sur la base d'une partie seulement des droits antérieurs : TPICE, 16 sept. 2004 : *Propr. ind.* 2004, comm. n° 89, obs. A. FOLLIARD-MONGUIRAL.

par l'observateur averti pouvait inciter le juge à utiliser le critère du risque de confusion pour reconnaître une contrefaçon¹⁶⁶³. Pour le doyen ROUBIER, vérifier la validité d'une situation juridique au regard d'une loi différente de celle qui était en vigueur au jour de sa formation, revient à faire une application rétroactive de ses dispositions. En conclusion, cette distinction intuitive des lois intéressant l'activité du juge, d'une part, et l'activité des parties au litige, d'autre part, peut être utilisée dans le cadre d'un raisonnement transitoire, sans toutefois conduire à l'exclusion arbitraire de la doctrine de ROUBIER, seule garantie d'un parfait respect du principe de non rétroactivité. Devant cet arbitrage complexe, il est sûrement préférable de ne pas utiliser ce système seul, c'est-à-dire sans le combiner avec d'autres systèmes de résolution. Il faut à présent s'intéresser à une question difficile en droit transitoire, l'apparition d'une nouvelle défense.

IV / L'apparition d'une nouvelle défense

397. La qualification de « loi de procédure » permet-elle de comprendre l'application dans le temps d'une norme qui a pour objet d'introduire, en faveur du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, une nouvelle défense ?

En droit des marques, en considérant la question de l'opposabilité par le prétendu contrefacteur des antériorités qui appartiennent à des tiers¹⁶⁶⁴, la solution a toujours été la même, celle de l'inopposabilité. Sous l'empire de la loi du 23 juin 1857, celui qui était poursuivi en contrefaçon ne pouvait pas opposer l'existence d'une marque plus ancienne appartenant à un tiers, dans la mesure où il ne justifiait d'aucun droit sur le signe¹⁶⁶⁵. À l'encontre de cette tendance, un arrêt invoqua les principes généraux du droit de propriété¹⁶⁶⁶. L'arrêt d'appel fut cassé et le principe de l'inopposabilité réaffirmé¹⁶⁶⁷. La solution pouvait à l'époque être justifiée par le fait que la priorité de l'usage réglait l'attribution du droit privatif. Il aurait été extrêmement facile pour le présumé contrefacteur d'invoquer cet usage antérieur afin d'échapper à toute sanction. Seulement, même après l'entrée en vigueur de la loi du 31

¹⁶⁶³ V. note sous CA Paris, 11 févr. 2004 et CA Paris, 28 avr. 2004 : *Propriété intell.* 2004, n° 15, p. 940, obs. P. DE CANDÉ.

¹⁶⁶⁴ M. A. PÉROT-MOREL, *L'opposabilité des antériorités en matière de marques* : *RTD com.* 1971, p. 247.

¹⁶⁶⁵ V. CA Paris, 26 oct. 1959 : *RTD com.* 1960, p. 343, obs. P. ROUBIER ET A. CHAVANNE ; *JCP* 1960, II, 11504, note J. VOULET ; CA Paris, 12 nov. 1965 : *JCP* 1967, II, 14919, note J.-M. MOUSSERON.

¹⁶⁶⁶ CA Paris, 11 févr. 1964 : *RIPIA*, 1964, p. 167, note M. PLAISANT ; *D.* 1964, p. 767, A. CHAVANNE.

¹⁶⁶⁷ Cass. civ., 4 juill. 1966 : *D.* 1966, p. 703 ; *RIPIA* 1967, p. 3.

décembre 1964, la Cour de cassation rappela que seul le titulaire d'un droit privatif antérieur pouvait invoquer ce type d'exception¹⁶⁶⁸.

Il convient d'imaginer une loi nouvelle qui reviendrait sur cette solution. Admettre qu'un dépôt antérieur à celui dont se prévaut le demandeur en contrefaçon puisse constituer un obstacle dirimant, s'analyserait certainement comme un changement des conditions d'acquisition du droit de marque. En effet, si le défendeur pouvait invoquer l'existence d'un dépôt antérieur à celui qui lui est opposé, cela imposerait au déposant de vérifier la nouveauté du signe. Or, suivant l'approche de ROUBIER, une situation juridique valablement constituée ne peut être remise en cause sous prétexte qu'une loi nouvelle aurait précisément pour objet la modification de ses conditions de formation¹⁶⁶⁹. Par suite, il est peu probable que dans le cadre d'une procédure « en cours », le défendeur puisse opposer une telle exception. Le juge ferait une application rétroactive de la loi nouvelle¹⁶⁷⁰.

En droit des dessins et modèles, l'article 512-4 alinéa 1^{er} d) et e) du Code de la propriété intellectuelle est issu de l'ordonnance du 25 juillet 2001. Il est prévu qu'un droit d'auteur et un droit de marque peuvent constituer des droits antérieurs. La loi du 14 juillet 1909 ne prévoyait aucune disposition relative à la nullité de l'enregistrement. Peut-on considérer que l'ordonnance de 2001 apporte de nouvelles causes de nullité du droit ?

En réalité, le caractère inédit de la règle apportée par la réforme peut être mis en doute dès lors que les juges s'étaient déjà prononcés sur ce sujet sous l'empire de la loi ancienne¹⁶⁷¹. Monsieur PASSA souligne d'ailleurs l'aspect formel de l'examen qui est préalable aujourd'hui à l'enregistrement de la demande de protection¹⁶⁷². Il faut se rendre à l'évidence, dès lors qu'une nouvelle défense sera expliquée par une modification des conditions de formation du droit, la qualification de « loi de procédure » n'est pas adaptée pour résoudre un

¹⁶⁶⁸ Cass. crim., 13 févr. 1969 : D. 1970, p. 213, rapport de M. le Conseiller J. L. COSTA.

¹⁶⁶⁹ Seules les situations juridiques futures devraient répondre à cette nouvelle condition de nouveauté du signe.

¹⁶⁷⁰ Il est possible de penser que cette rétroactivité ne serait reconnaissable qu'en cas d'annulation du brevet, prononcée dans le cadre du litige. Toutefois, s'il s'agit uniquement de faire jouer l'exception au bénéfice du défendeur, le juge ne devrait-il pas être autorisé à faire application de la loi nouvelle ? Autrement dit, il ne serait pas autorisé à prononcer l'annulation du brevet valablement constitué parce que cela reviendrait à revenir sur la validité de la situation juridique. Cependant, la loi nouvelle pourrait être utilisée en ce qu'elle permettrait au défendeur de paralyser la prétention du demandeur en contrefaçon. La solution serait alors différente en cas de demande reconventionnelle en nullité du titre. En réalité, l'exigence de sécurité juridique devrait conduire à retenir strictement l'analyse du doyen ROUBIER.

¹⁶⁷¹ TGI Paris, 15 mai 1998 : PIBD 1998, n° 662, III, 498 ; TGI Nanterre, 7 oct. 1997 : RIPIA 1998, p. 170.

¹⁶⁷² J. PASSA, *op. cit.*, n° 728, p. 969 : « *Le choix opéré par le législateur français de ne pas instaurer d'examen au fond paraît tout à fait justifié, car les recherches d'antériorités pour apprécier la nouveauté ou le caractère propre seraient extrêmement délicates, voire illusoire (...)* ». *Si la loi du 14 juillet 1909 n'imposait aucun examen particulier pour accorder l'enregistrement, le droit nouveau ne présente de même qu'un examen formel opéré par cette autorité La réponse au changement apporté par la réforme ne se situe donc pas dans la nature de cette procédure d'enregistrement* ».

problème transitoire. La manifestation procédurale d'une modification d'une règle « de fond » est donc susceptible d'induire en erreur l'interprète.

398. Conclusion de la Section I – Dès qu'il est envisagé de se servir de la notion de « loi de procédure », il faut bien distinguer un conflit de lois dans le temps potentiel de la simple superposition d'une loi spéciale à un « droit général » préexistant. Il s'agit d'une source d'erreurs. De plus, toute discussion sur l'attribution ou la suppression d'un droit d'agir donne lieu à un arbitrage délicat entre la supériorité de l'ordre public sur les intérêts particuliers, d'une part, et la valeur de droits acquis opposés à la réforme, d'autre part. Il ne semble pas opportun de raisonner en termes de « lois de procédure » tant les éléments à considérer sont nombreux. Si le droit de la propriété intellectuelle ne permet pas toujours de distinguer facilement les lois « de forme » et « de fond », elle a pu servir au juge pour isoler ce qui devait rester sous l'empire de la loi ancienne, de ce qui devait être régi par la loi nouvelle. Enfin, l'apparition d'une nouvelle défense en droit de la propriété industrielle semble difficilement détachable d'une réflexion sur les conditions d'obtention et de conservation d'un monopole. Qualifier ce problème de « procédural » peut assurément être embarrassant pour l'interprète, tant le « fond » du droit est rapidement concerné. Il convient maintenant de rechercher l'utilité globale de la notion de « loi de procédure », une fois ces difficultés présentées.

SECTION II / La recherche de l'utilité de la qualification de « loi de procédure » en droit de la propriété intellectuelle

399. Utiliser la qualification de « loi de procédure » suppose de connaître le champ d'application temporel qui lui est traditionnellement attaché **(I)**. Il faut vérifier si cette qualification est utile lorsque la réforme change le fondement d'une action en justice **(II)** ou lorsque l'intérêt et la qualité pour agir se trouvent bouleversés **(III)**. Il s'agit également de savoir si la qualification de « loi de procédure » peut expliquer l'application immédiate du mécanisme de la revendication en droit de la propriété intellectuelle **(IV)**.

I / Le champ d'application temporel de la loi de procédure en question

400. L'application immédiate des lois de procédure est comprise comme une application de ses dispositions à une instance « en cours ». La solution contraire devrait donc se déduire d'une disposition transitoire¹⁶⁷³. Le principe de non-rétroactivité fonde la sauvegarde des actes de procédure accomplis par les parties sous l'empire du droit antérieur. En droit des brevets, il a souvent été affirmé que les actes de procédure valablement réalisés sous le régime ancien demeuraient valables¹⁶⁷⁴. De même, la loi nouvelle ne doit pas être appliquée de telle façon qu'elle ferait « revivre » un délai pour agir déjà arrivé à échéance. La prescription comme la forclusion obéissent à ce titre à un régime identique. Également, les mesures d'exécution ou conservatoires déjà « engagées »¹⁶⁷⁵ au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle devraient se continuer selon le régime « ancien ».

Dans le domaine de la preuve, le doyen ROUBIER propose une solution générale : « *c'est la loi du jour où la preuve est débattue en justice qui fixera la recevabilité et la force probante des modes de preuve* »¹⁶⁷⁶. Le doyen estime qu'il ne faut pas distinguer selon que la loi nouvelle supprime ou ajoute des modes de preuve¹⁶⁷⁷. Par exemple, en droit civil, quand la loi nouvelle permet l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit sur support papier, les parties au litige devaient pouvoir faire état de cette équivalence dès son entrée en vigueur¹⁶⁷⁸. Toutefois,

¹⁶⁷³ V. par exemple, le décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958 relatif à certaines modifications en matière de procédure civile (*JORF* du 23 décembre 1958, p. 11608). L'article 16 est dérogoratoire au principe de l'effet immédiat des lois de procédure, parce qu'il soustrait les instances en cours aux règles nouvelles. V. aussi l'article 26 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (*JORF* n° 141 du 18 juin 2008, p. 9856) : « *lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne* ». En somme, la nouvelle prescription quinquennale n'est susceptible d'être invoquée qu'à l'égard de demandes introduites après le 19 juin 2003.

¹⁶⁷⁴ TGI Paris, 20 avr. 1972 : *PIBD* 1972, 90, III, 271 conf. par CA Paris, 7 mai 1975 : *PIBD* 1976, 163, III, p 47 ; Cass. com., 29 mars 1977 : *PIBD* 1977, 200, III, 355 ; TGI Paris, 27 févr. 1974 : *PIBD* 1974, 131, III, 274.

¹⁶⁷⁵ L'expression « engagement de la procédure » a donné lieu à de nombreuses analyses à l'issue de l'entrée en vigueur de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. L'article 97 de la loi du 9 juillet 1991 disposait : « *[La loi] ne sera pas applicable aux mesures d'exécution forcée et aux mesures conservatoires engagées avant son entrée en vigueur* ». C'est la nature du commandement de payer qui retint l'attention de la jurisprudence et de la doctrine, il s'agissait de savoir si cet acte avait été en mesure « d'engager » la procédure. Ce problème s'était d'ailleurs déjà posé avec un décret-loi de 1938 modifiant la saisie-immobilière : V. D. 1993, somm. p. 283, obs. J. JULIEN ; *ibid.* chron. p. 213, P. THÉRY ; *Les Pettes Affiches* du 6 janv. 1993, p. 40, note P. LE CANNU. De même, au sein l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (*JORF* n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159), le texte ne fut pas applicable aux « instances engagées avant le 1^{er} juillet 2006 ». Cette expression d' « engagement de la procédure » se retrouve en droit des brevets à l'article L. 615-18, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁷⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 104, p. 561.

¹⁶⁷⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 52, p. 231.

¹⁶⁷⁸ Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 qui porte « *adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique* », l'écrit sur support papier n'avait pas d'équivalent pour prouver les actes juridiques. La preuve à l'aide des nouvelles technologies a fait ses premiers pas dans les domaines où la preuve était libre. L'évolution fut progressive, l'écrit électronique fut d'abord utilisé

il faudrait distinguer les lois relatives à l'administration de la preuve, « *absolument étrangères au droit civil* »¹⁶⁷⁹, des lois « sur la preuve », qui entretiennent certains liens avec le « fond du droit »¹⁶⁸⁰. En droit de la propriété intellectuelle, l'application immédiate de la loi de procédure s'entend simplement comme une « déconnexion » du régime applicable au jour de l'acquisition des droits. Par exemple, une question préjudicielle posée à la CJUE est recevable, quand bien même le titre de brevet aurait été accordé avant l'entrée en vigueur de la directive dont l'interprétation est demandée¹⁶⁸¹.

Il est classique de réserver un sort particulier aux preuves préconstituées et aux présomptions légales. Elles répondent à la loi en vigueur au jour de leur constitution¹⁶⁸². En droit des brevets, il s'agira par exemple de se poser la question suivante : l'issue de l'action déclaratoire de l'article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle ne revient-elle pas à se préconstituer une preuve du caractère licite de l'exploitation ?

Dans l'hypothèse où une loi nouvelle supprimerait cette faculté pour l'avenir, l'analogie avec la preuve préconstituée devrait conduire le juge à conserver la loi en vigueur au jour de la demande du tiers qui exploite l'invention protégée. Dès lors que cet acte aurait été effectué sous l'empire de la loi du 2 janvier 1968, le régime de l'article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle devrait s'appliquer.

En matière de prescription, tant que le délai n'est pas écoulé, le droit d'agir est en cours d'extinction. C'est seulement au jour de l'échéance du terme qu'il faudra constater l'extinction de la situation juridique. L'analyse structurale de la règle permet d'ailleurs de distinguer simplement les mécanismes de forclusion et de prescription¹⁶⁸³.

comme commencement de preuve par écrit. V. : Cass. com., 2 déc. 1997 : *D.* 1998, jurispr. p. 192, note D.-R. MARTIN ; P. CATALA, *L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libéralisation de la preuve contractuelle* : *JCP G* 1998, I, 905.

¹⁶⁷⁹ Il s'agirait de « *pures lois de procédure* » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 52, p. 230 et s. Il est possible de penser que l'ajout d'un mode de preuve au profit d'un défendeur pourrait toujours être analysé comme la perte d'une chance de voir son adversaire capituler. Cette perte de chance n'étant pas en mesure de constituer un « droit acquis ».

¹⁶⁸⁰ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 52, p. 233.

¹⁶⁸¹ V. CJUE, 6 juill. 2010, aff. C. 428/08 « *Monsato technologies LLC c. Cafetra BV et autres* » : L. MARINO, *Le brevet selon Monsato* : *JCP* 2010, n° 12, p. 603 ; *Prop. ind.* juin 2010, alerte n° 72, à propos d'un brevet relatif à une information génétique. Une demande de décision préjudicielle avait été formée par les Pays Bas. Il est affirmé par la CJUE que le fait qu'un brevet ait été accordé avant l'entrée en vigueur de la directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques n'a aucune incidence sur la réponse à donner à la question préjudicielle. La directive est entrée en vigueur le 30 juillet 1998 (*JOCE* L 213 du 30 juillet 1998). V. les conclusions de l'avocat général M. P. MENGOSZI du 9 mars 2010.

¹⁶⁸² P. LEVEL, *op. cit.*, n° 33, p. 55 et s., et la note n° 118, p. 57. L'avant projet du titre préliminaire adopté par la commission de réforme du Code civil français prévoyait (article 26) : « *La preuve en justice est soumise à la loi en vigueur au jour où la décision définitive est rendue. Toutefois, les preuves préconstituées et les présomptions légales sont régies par la loi qui gouverne les faits ou les actes à prouver. La procédure d'administration de la preuve est régie par la loi en vigueur au jour où cette preuve est rapportée* ».

¹⁶⁸³ Contrairement à la prescription de droit commun, pour laquelle l'écoulement du temps suffit à rendre l'action irrecevable, la forclusion par tolérance suppose une inaction en connaissance de cause. Cet élément

La solution classique a été clairement énoncée dans un projet de réforme dont ROUBIER¹⁶⁸⁴ fut l'inspirateur : « *Les lois qui allongent les délais s'appliquent immédiatement aux délais en cours. Il en est de même de celles qui les abrègent, sous réserve que les délais nouveaux ne courent qu'à partir de la loi nouvelle ; toutefois, les délais prévus par les lois antérieures sont maintenus s'ils doivent prendre fin avant les délais nouveaux* ». La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile n'adopte pas une solution différente¹⁶⁸⁵. Le régime transitoire spécial qui s'applique aux prescriptions a pour finalité d'empêcher de qualifier de loi rétroactive, toute loi nouvelle qui aurait pour objet de modifier la durée prévue sous le droit antérieur. En effet, il faut considérer une inaction du titulaire du droit (A) pendant un certain délai (D), pour constater l'effet juridique (B) qui consiste en une extinction du droit d'agir (AD i B). Le délai est placé au sein du présupposé de la règle parce qu'il est toujours hypothétique que la négligence du titulaire du droit se poursuive pendant toute cette durée. Par conséquent, le juge ferait une application rétroactive de la loi nouvelle s'il entendait se fonder sur ses dispositions pour modifier le cours de prescriptions déjà commencées. Il ne s'agit que d'appliquer la doctrine du doyen HÉRON, selon laquelle les éléments du présupposé d'une règle ne peuvent pas être retouchés par une loi s'appliquant seulement de manière immédiate. Les règles applicables en matière de prescription trouvent leur utilité dans le compromis général qu'elles mettent en place. Le doyen HÉRON parle à ce titre de « norme transitoire substantielle »¹⁶⁸⁶. Il convient d'ailleurs de noter qu'en droit de la propriété intellectuelle, le droit d'agir peut parfois ne jamais s'éteindre¹⁶⁸⁷. L'ajout d'une prescription nouvelle devra alors s'analyser comme une réduction de délai. Il faudra donc le faire débiter au jour de l'entrée en vigueur du texte. Il s'agit à présent d'observer, d'un point de vue transitoire, la façon dont une loi nouvelle peut changer le fondement d'une action en justice.

devra donc être ajouté au présupposé. Il faut alors écrire : *si* une personne est titulaire d'un droit d'agir (A) et qu'il s'est rendu coupable d'une négligence pendant cinq années (A'), *alors* (i) le droit d'agir s'éteint à l'issue de cette période (B). Le délai de cinq années se situe au sein du présupposé de la règle parce qu'il n'est pas certain que le titulaire du droit reste négligent pendant toute cet intervalle. L'écoulement du délai conserve jusqu'au terme un caractère hypothétique.

¹⁶⁸⁴ V. l'article 28 du projet, P. LEVEL, *op. cit.*, n° 34, p. 57, note 118.

¹⁶⁸⁵ L'article 26 de la loi dispose : « *I. Les dispositions de la présente loi qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque le délai de prescription n'est pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé. II. Les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure (...)* ».

¹⁶⁸⁶ J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, article précité*, n° 81, p. 327. Est évoquée une situation qui est « *rebelle au conflit de lois* ».

¹⁶⁸⁷ Selon l'article L. 714-4 du Code de la propriété intellectuelle, l'action en nullité qui est offerte au propriétaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la CUP est encadrée par un délai de cinq années, à compter de la date d'enregistrement du signe effectué par un tiers. Il est toutefois précisé : « *à moins que [l'enregistrement] n'ait été demandé de mauvaise foi* ». Dans ce cas, l'absence de délai est équivalente à un délai d'une durée infinie.

II / Le changement de fondement de l'action en justice

401. Dans le cadre d'une action en nullité de brevet, le demandeur a pour ambition de « faire tomber » le titre en raison de l'absence d'une condition posée par le législateur à sa validité. Il est possible de citer la loi LME adoptée le 4 août 2008¹⁶⁸⁸, qui modifie l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle¹⁶⁸⁹. Les méthodes de traitement chirurgical et thérapeutique, ainsi que les méthodes de diagnostic, ne sont plus exclues de la brevetabilité en raison d'un défaut d'application industrielle. Elles sont directement déclarées « non brevetables ». Doit-on évoquer à ce titre le changement de fondement de l'action en nullité d'un brevet ?

Dans le cadre d'une approche transitoire, il faut bien plus se concentrer sur le changement opéré dans les conditions d'acquisition du droit. De même, les présentations d'informations étaient exclues de la protection pour défaut de caractère industriel sous l'empire de la loi du 2 janvier 1968. Avec la loi du 13 juillet 1978, elles sont exclues en elles-mêmes du domaine de la brevetabilité¹⁶⁹⁰. La doctrine n'en a pas déduit de changement au sein de l'ordonnement juridique.

Il est possible d'envisager l'exemple des droits des artistes-interprètes. Avant l'entrée en vigueur de la réforme du 3 juillet 1985, l'organisme de radiodiffusion qui dépassait le cadre de l'utilisation consentie au contrat commettait une faute. C'est à l'occasion de la célèbre affaire « Furtwangler »¹⁶⁹¹ qu'il fut déclaré que l'artiste-interprète était fondé à interdire toute utilisation de son exécution qui n'aurait pas été expressément autorisée. La protection codifiée des intérêts de l'auteur constitua une source d'inspiration¹⁶⁹². Cependant, l'affaire « SPEDIDAM »¹⁶⁹³ permet de rappeler qu'il ne s'agissait pas d'étendre le domaine du droit d'auteur¹⁶⁹⁴. Le droit commun de la responsabilité civile devait à ce titre être suffisant. Il faut d'ailleurs remarquer que si la liste des œuvres donnée par la loi du 11 mars 1957 est ouverte, pour autant, les juges n'auraient pas été tentés d'y trouver une place pour les interprétations.

¹⁶⁸⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 : *JO* du 5 août 2008, p. 12471.

¹⁶⁸⁹ V. l'article 132 de la loi.

¹⁶⁹⁰ V. CA Paris, 7 juin 1982 : *RTD com.* 1982, p. 417 et s., obs. A. CHAVANNE et J. AZÉMA.

¹⁶⁹¹ Cass. com., 4 janv. 1964 : *RIDA* janv. 1965, p. 194 ; *RTD com.* 1964, p. 290 et s.

¹⁶⁹² Au regard de l'émergence d'un besoin accru de protection, il est intuitif de faire appel à un droit subjectif connu comme le droit d'auteur.

¹⁶⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1977 : *RIDA* juill. 1977, p. 141.

¹⁶⁹⁴ V. Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1974 : *JCP* 1974, IV, 92 (confirmant CA Paris, 17 nov. 1971 : *RTD com.* 1972, p. 633, note H. DESBOIS).

Lors des travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957, le départ entre les objets du droit d'auteur et les objets d'autres droits voisins était déjà admis¹⁶⁹⁵. Une convention qui les concernait spécialement était d'ailleurs en préparation, la Convention de Rome. Cette connaissance du « droit futur » devait conduire les juges à penser que la solution ne résidait certainement pas en une extension du domaine de protection déjà offert par le droit d'auteur. Par suite, la loi du 3 juillet 1985 ne pouvait pas être présentée comme une loi interprétative du droit antérieur, en ce qu'elle aurait permis une séparation nette entre le droit d'auteur et les droits voisins. Certes, elle mit fin indirectement à l'existence d'une controverse. Cependant, il ne peut être soutenu que la loi aurait rétroactivement concerné toutes les interprétations réalisées avant l'entrée en vigueur de la réforme pour cette seule raison. Serait-il alors possible d'analyser la loi du 3 juillet 1985 comme une « loi de codification », en tant qu'elle aurait simplement confirmé une solution jurisprudentielle antérieure ?

Une réponse négative doit être apportée. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985, la défense des intérêts des artistes-interprètes pouvait se fonder sur un droit de personnalité¹⁶⁹⁶. Le plus souvent, ce n'était pas une atteinte à son interprétation qui était invoquée, mais plutôt à sa personne¹⁶⁹⁷. L'activité créatrice de l'artiste-interprète a donné lieu à de nombreuses controverses¹⁶⁹⁸. Si la jurisprudence avait fini par affirmer, au bénéfice des artistes-interprètes, un droit de s'opposer à un usage non autorisé de leur prestation, ce fut au prix d'une certaine adaptation des conditions classiques de la responsabilité civile¹⁶⁹⁹. Par conséquent, la loi qui permit la création d'un « droit d'interdire » au profit de l'artiste-interprète ne pouvait pas être analysée en une « loi de codification » sans adopter une vision simpliste du droit antérieur.

Avant la réforme, la Cour de cassation a pu prononcer l'annulation d'une clause réservant au producteur le droit de faire prévaloir ses vues lors de l'établissement de la première copie standard¹⁷⁰⁰. Elle a aussi rappelé que les artistes exécutants étaient déjà fondés à exiger que

¹⁶⁹⁵ H. DESBOIS, *Les droits des acteurs et des artistes sur leur interprétation* : D. 1964, chron. p. 247.

¹⁶⁹⁶ CA d'Amiens, 13 déc. 1971 : *Gaz. Pal.* 1972, I, 460. Dans le même sens : Trib. correct. de la Seine, 10 mai 1967 : *Gaz. Pal.* 1967, I, 348 ; *JCP* 1968, II, 15 325. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985, « la défense de la qualité des prestations des artistes-interprètes se faisait par référence à la théorie des droits de la personnalité » : TGI Paris, 19 mai 1982 : *RIDA* oct. 1982, p. 198 ; TGI Paris, 27 sept. 1976 : *RIDA* avr. 1977, p. 156 ; TGI Seine 6 mars 1903 : *Gaz. Pal.* 1903, I, 468 : « la reproduction sonore n'appartient qu'à l'artiste exécutant auquel elle emprunte sa voix qui lui est propre, son accent et pour ainsi dire sa personnalité ».

¹⁶⁹⁷ CA Paris, 21 sept. 1999 : *JCP E* 2000, II, 10357, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁶⁹⁸ V. CA Paris, 24 déc. 1940 : *JCP* 1941, II, 1649, obs. H. DESBOIS ; TGI Seine, 23 avril 1937 : *Rec. Sirey* 1938, II, 57, note A. TOULEMON ; *JCP* 1937, II, 247, concl. RAIMBAULT.

¹⁶⁹⁹ T. AZZI, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs* : *RTD civ.* 2007, n° 9, p. 432.

¹⁷⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 févr. 1973 : *D.* 1973, p. 363, note B. EDELMAN ; *Gaz. Pal.* 1973, I, 404, note R. SARRAUTE.

leur prestation soit cantonnée à l'utilisation prévue¹⁷⁰¹. Les juges étaient donc encouragés à rechercher si une autorisation spécifique pour une nouvelle utilisation de la chose avait pu être donnée¹⁷⁰². Il serait alors possible de penser que la loi nouvelle pouvait être appliquée d'une manière généralisée parce que l'exercice d'un pouvoir exclusif sur l'interprétation était déjà, au jour de l'entrée en vigueur « dans l'air du temps ». Force est de constater que la responsabilité civile a temporairement joué un rôle de « *facteur d'évolution du droit* ». C'est-à-dire que le juge utilisait le mécanisme de l'article 1382 du Code civil afin de « *réagir rapidement aux besoins nouveaux de la société, dans l'attente d'une éventuelle intervention du législateur* »¹⁷⁰³. En principe, la loi applicable est celle en vigueur au jour de la commission du fait dommageable¹⁷⁰⁴. La solution est applicable non seulement quand les conditions de la responsabilité civile évoluent avec la loi nouvelle, mais aussi quand les caractères de la faute sont modifiés. Par conséquent, en imaginant un dommage subi par un artiste-interprète avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985 et un juge statuant après l'entrée en vigueur de la réforme, le litige devrait être résolu dans les termes de l'article 1382 du Code civil¹⁷⁰⁵. Toutes les diffusions non autorisées réalisées sous la loi ancienne seraient concernées par cette mise en évidence de deux ordonnancements juridiques distincts. Cependant, ce raisonnement est-il bien réaliste ?

Comme tout procès appelle à effectuer des opérations de qualification, il serait difficile pour le juge de ne pas reconnaître la nouvelle qualité du demandeur, celle de « titulaire d'un droit voisin ». En ce sens, la mise en pratique d'une scission totale entre le domaine du droit antérieur et celui du « droit nouveau » semble largement théorique. Le juge pourrait-il mettre totalement de côté la sollicitude du législateur à l'égard de cette catégorie d'intervenants dans le monde de la propriété littéraire et artistique ?

¹⁷⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 1990 : *D.* 1990, IR, p. 102.

¹⁷⁰² Une idée avait pu être émise avant la réforme, selon laquelle les droits voisins ne seraient pas identiques aux droits des auteurs, en ce sens qu'ils ne seraient ni individuels, ni personnels, mais relèveraient seulement du droit du travail. Il s'agissait d'en déduire que l'autorisation écrite à donner pour la fixation, la reproduction et la communication au public de leur prestation aurait pu être négociée collectivement par les syndicats. V. TGI Paris, 4 oct. 1988 : *D.* 1990, p. 54, note B. EDELMAN. Si cette idée avait été consacrée en jurisprudence, il aurait fallu observer avec la réforme une sorte de réappropriation personnelle du pouvoir d'interdire. Le refus d'une application automatique de la loi nouvelle aurait conduit à la création d'un domaine des droits voisins « à deux vitesses ». En d'autres termes, suivant la date de naissance du droit, deux régimes différents auraient dû s'appliquer. De plus, en admettant que le droit d'autoriser n'était par conséquent ni individuel ni personnel, le droit moral n'aurait pas pu être reconnu à tous les artistes ayant créé sous le droit ancien.

¹⁷⁰³ T. AZZI, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, article précité*, n°2, p. 227-251, spéc. n° 5, p. 231.

¹⁷⁰⁴ P. LEVEL, *op. cit.*, n° 113, p. 196. Appliquer la loi nouvelle « à la demande en réparation » conduirait « à modifier les effets juridiques attachés à un comportement que la loi en vigueur, au moment où il se déroule, qualifie ou ne qualifie pas d'illicite ».

¹⁷⁰⁵ V. Cass. ch. réunies, 5 mai 1958 : *JCP* 1958, 10671, cité par P. LEVEL, *op. cit.*, note 7, p. 247.

Si le doyen ROUBIER affirma souvent que le domaine du droit civil ne devait pas connaître la qualification de « loi plus favorable » parce qu'il n'y aurait pas, en cette matière, de « victime » à favoriser, force est de constater que la séparation nette de deux ordonnancements juridiques, selon la date d'entrée en vigueur de la réforme, apparaît bien difficile à mettre en œuvre. Il est certain qu'à l'issue de la réforme, l'artiste-interprète n'était plus contraint de prouver un préjudice. Il pouvait se contenter de prouver qu'un tiers non autorisé s'était permis de jouir des utilités de sa chose. D'un point de vue procédural, il est certain que l'entrée en vigueur de la loi nouvelle eut pour conséquence pratique d'unifier toutes les demandes des artistes-interprètes au regard du fondement choisi. En conclusion, même en soulignant le fait qu'une réforme a pour objet de modifier le fondement juridique d'une action en justice, la qualification de « loi de procédure » ne semble pas faciliter le travail de l'interprète. Il faut à présent vérifier l'utilité de la qualification de « loi de procédure » lorsque la loi nouvelle modifie l'intérêt ou la qualité pour agir.

III / L'analyse transitoire de la qualité et de l'intérêt pour agir

402. Le doyen ROUBIER affirme que les conditions requises pour agir en justice doivent être appréciées d'après la loi en vigueur au jour où l'action est intentée¹⁷⁰⁶. Il faudrait donc en déduire que c'est au jour de l'introduction de la demande que doivent être vérifiées les conditions liées à la qualité et à l'intérêt à agir du demandeur¹⁷⁰⁷. ROUBIER donne l'exemple d'une formalité préalable qui consiste dans le dépôt d'un mémoire, formalité exigée pour introduire valablement une instance¹⁷⁰⁸. En droit de la propriété intellectuelle, à certains endroits, le législateur détermine expressément la qualité à agir¹⁷⁰⁹. Il est possible de dire que la loi nouvelle impose un tri là où le droit ancien était silencieux. D'un point de vue transitoire, il faudrait opposer un droit antérieur où la faculté d'agir en justice est offerte à toute personne qui présente un intérêt direct et personnel, à un droit nouveau plus exigeant. Le

¹⁷⁰⁶ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 102, p. 549.

¹⁷⁰⁷ HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, par T. LE BARS, n° 46, p. 50 et s. L'intérêt et la qualité pour agir n'entraînent aucun effet juridique. La recevabilité de la demande n'est pas un « effet juridique » produit par la réunion de ces conditions, mais constitue seulement « un équivalent » de celles-ci.

¹⁷⁰⁸ P. ROUBIER, *op.cit.*, n° 102, p. 549.

¹⁷⁰⁹ Il est possible de citer l'article L. 722-2 du Code de la propriété intellectuelle en matière d'indications géographiques ; l'article L. 512-4 du Code de la propriété intellectuelle en droit des dessins et modèles ; l'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle en droit d'auteur ; l'article L. 211-2 du Code de la propriété intellectuelle dans le domaine des droits voisins.

critère de rattachement de la loi applicable serait le jour de l'exercice du recours en justice. Le raisonnement semble donc des plus simples. Par exemple, les mesures provisoires pouvaient être obtenues avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007 « en la forme des référés ». Après cette date, elles s'obtiennent « par voie de référé ». Comme les conséquences du changement se ressentent au regard des délais et des formes du recours, il suffirait de s'intéresser au droit en vigueur au jour de l'introduction de ce recours.

Pourtant, le problème transitoire ne se présente pas toujours si simplement. Par exemple, l'article L. 211-2 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷¹⁰ dispose : « *Outre toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, le ministre chargé de la culture peut saisir l'autorité judiciaire, notamment s'il n'y a pas d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou de déshérence* ». Cet article reconnaît une qualité pour agir à un représentant de l'État. Dès lors que la loi nouvelle entre en vigueur, cette règle donne au ministre de la culture la faculté d'agir. Devrait-on reconnaître cette qualité pour agir au ministre, seulement à raisons de faits réalisés après l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985 ?

L'intérêt général qui gravite autour du droit moral devrait postuler une réponse négative. De plus, il faudrait certainement considérer que l'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 11 mars 1957, jouait le rôle d'un précédent. En somme, la règle ne devait pas s'imposer au juge comme une véritable nouveauté. Or, l'absence de changement pressenti de l'ordonnancement juridique est classiquement un prétexte pour appliquer de la manière la plus étendue une réforme. En d'autres termes, tout concorde pour conduire l'interprète à ne pas faire état de la date des faits allégués.

L'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 29 octobre 2007, offrit un droit d'agir en contrefaçon au titulaire d'un droit exclusif consenti par un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes¹⁷¹¹. De la même manière, le licencié exclusif d'un droit de dessin ou modèle a obtenu avec la loi du 29 octobre 2007 le droit d'agir en contrefaçon en cas de carence du titulaire des droits¹⁷¹². Cette possibilité avait été clairement refusée par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁷¹³.

¹⁷¹⁰ Il s'agit de l'article 15, alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1985.

¹⁷¹¹ L'article dispose en son alinéa 3 : « *Le bénéficiaire valablement investi à titre exclusif, conformément aux dispositions du livre II, d'un droit exclusif d'exploitation appartenant à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en justice au titre de ce droit. L'exercice de l'action est notifié au producteur* ».

¹⁷¹² V. L'article L. 521-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁷¹³ V. Cass. com., 12 juill. 1993 : *D.* 1994, somm. p. 78, obs. M.-L. MATHIEU-IZORCHE ; *PIBD* 1993, III, p. 686 ; Cass. com., 24 mars 1992 : *PIBD* 1992 ; III, p. 379.

Selon une analyse structurale de la règle, il s'agit en premier lieu de constater l'atteinte à un droit de dessin ou modèle (A). Il faut aussi un élément négatif lié au comportement du titulaire du droit de dessin ou modèle : l'absence d'engagement antérieur de toute action en contrefaçon (A'). Dès lors que ces deux éléments, appartenant au présumé de la règle, s'accomplissent après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, l'effet juridique peut s'accomplir (B) : le licencié peut agir en contrefaçon. Selon cette écriture de la règle, la date d'acquisition de la qualité d'exploitant importe peu. Le juge serait néanmoins tenu de ne retenir que les faits de contrefaçon réalisés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

En s'intéressant à la notion de préjudice, il serait possible de dire que le droit antérieur ne considérerait pas comme réparable le préjudice souffert par un licencié exclusif du fait d'un acte de contrefaçon. En d'autres termes, le fait de contrefaçon, réalisé sous le droit ancien, n'aurait pas eu, relativement au licencié, cet effet de déclencher le mécanisme de la responsabilité civile. Par suite, conférer *a posteriori* cet effet au comportement répréhensible du contrefacteur correspondrait à une application rétroactive de la loi nouvelle.

Cependant, en adoptant un point de vue objectif, en prônant une analyse « réelle » du monopole, il faudrait considérer que ce dernier a bien été atteint par l'acte de contrefaçon réalisé sous la loi ancienne. L'analyse objective du monopole pourrait conduire à admettre que le licencié fasse valoir après l'entrée en vigueur de la réforme, l'existence d'une atteinte, même portée antérieurement. À ce stade, le raisonnement peut être valable pour l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle parce qu'il n'est pas exigé d'éléments supplémentaires. Pour l'article L. 521-2 du Code de la propriété intellectuelle, en revanche, une négligence devra être caractérisée et ce comportement n'aura un effet juridique qu'une fois réalisé postérieurement à l'entrée en vigueur.

Prenons un autre exemple. Imaginons une loi nouvelle qui donnerait expressément la qualité d'auteur à toute personne morale créatrice. Faudrait-il seulement considérer que la loi nouvelle vient agrandir le nombre de personnalités juridiques en mesure d'agir en contrefaçon ?

Il faudrait en réalité se demander si cette personne morale serait en mesure d'obtenir réparation pour des actes commis sous l'empire de la loi ancienne¹⁷¹⁴. À ce titre, la notion de loi de procédure ne semble pas réellement utile. Par exemple, en 1936, certains juges ont pu

¹⁷¹⁴ Il s'agirait alors de comparer les présumés des deux règles successives. La loi ancienne affirme : « en cas de réunion des conditions de mise en œuvre de la contrefaçon, l'auteur, personne physique, peut agir en justice ». La loi nouvelle affirme : « en cas de réunion des conditions de mise en œuvre de la contrefaçon, l'auteur, personne physique ou personne morale, peut agir en justice ».

refuser au réalisateur la faculté de se prévaloir d'un droit d'auteur. Le raisonnement n'était pas réellement fondé sur la qualité à agir. Il était considéré que le seul véritable travail de création d'un film correspondait à la partie littéraire de son élaboration : l'établissement du scénario et du dialogue¹⁷¹⁵. En réalité, c'était l'œuvre originale elle-même qui n'était pas entièrement reconnue parce que le cinéma n'était pas encore considéré comme un art à part entière¹⁷¹⁶.

Autre exemple, la liste des auteurs de l'œuvre audiovisuelle est aujourd'hui ouverte. Si une loi nouvelle donnait à cette liste un caractère fermé, le législateur refuserait de la sorte de considérer qu'une forme originale puisse être créée par des personnes qui ne figurent pas sur la nouvelle liste. Il ne s'agirait pas seulement d'une question procédurale. En effet, il faudrait admettre que la qualité d'auteur, comme la notion de forme originale, reçoive une interprétation nouvelle, dès lors que le domaine de l'audiovisuel serait en cause.

S'agissant d'une éventuelle consécration législative de la présomption prétorienne de titularité des droits d'auteurs au profit des personnes morales¹⁷¹⁷, une présomption supplémentaire viendrait s'ajouter à celle posée par l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷¹⁸. Il serait difficile d'adopter un raisonnement uniquement fondé sur la qualification de « loi de procédure ». En effet, le législateur offrirait-il seulement à la personne morale une facilité de preuve inédite¹⁷¹⁹ ?

Le cas échéant, la loi s'appliquerait immédiatement aux litiges à venir, même relativement à des faits d'exploitation réalisés sous le droit ancien. Il faut toutefois se rappeler qu'en présence d'une présomption légale, l'application immédiate de la loi nouvelle consiste, en principe, à ne retenir que les « faits générateurs » réalisés après l'entrée en vigueur. En somme, seules les exploitations réalisées par une personne morale sous l'empire de la loi

¹⁷¹⁵ CA Paris, 10 févr. 1936 : *Gaz. Pal.* 1936, I, 691.

¹⁷¹⁶ En 1950, le rôle du metteur en scène devint pour le juge une évidence, il fut affirmé qu'il « *particip[ait] essentiellement à la création artistique du film* », V. CA Paris, 14 juin 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, II, 78.

¹⁷¹⁷ En raison de ce que des règles impératives, encadrant la cession des droits d'auteur, se retournaient parfois contre l'auteur protégé, le juge permit à certaines personnes morales de fonder leurs prétentions au titre du droit d'auteur sur une exploitation apparente et dénuée d'ambiguïté. V. Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993 : *JCP G* 1993, II, 20085, note G. GRÉFFE ; *RTD com.* 1995, p. 418, obs. A FRANÇON ; *RIDA* 1993, n° 158, p. 200 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 10.

¹⁷¹⁸ Le législateur affirmerait la chose suivante : dès lors qu'une personne morale exploite une œuvre sous sa dénomination sociale et en l'absence de revendication des auteurs de cette œuvre, il est possible de donner la qualité d'auteur à cette personnalité juridique fictive. La présomption ne serait pas opposable *erga omnes*, elle ne jouerait qu'à l'égard du défendeur à l'action en contrefaçon. La personne morale n'aurait la possibilité de se prévaloir de l'apparence créée qu'au regard d'un utilisateur non autorisé de l'œuvre. L'opposition est évidente avec le minimum requis en matière de paternité de l'œuvre, où le public, c'est-à-dire un ensemble de « véritables tiers », doit toujours être en mesure de reconnaître le lien qui unit l'auteur à son œuvre. Il n'y aurait aucune contradiction apportée au principe originel puisque les deux présomptions ne présentent ni le même présumé, ni le même champ d'application.

¹⁷¹⁹ La personne morale ne serait plus tenue de prouver la qualification d'« œuvre collective » de la création en cause.

nouvelle donneraient lieu à la reconnaissance d'une titularité de droits d'auteurs sur l'œuvre en question. Il est possible de penser que la qualification de « loi de codification » trouverait implicitement à s'appliquer¹⁷²⁰.

D'une manière générale, si la loi nouvelle venait réaffirmer le principe d'un droit d'auteur « personnaliste », une application étendue du texte serait sans doute préférée parce qu'il s'agirait d'une « loi de codification ». En revanche, si la loi nouvelle venait expressément ouvrir aux personnes morales la titularité originaire du droit d'auteur¹⁷²¹, il faudrait revenir à une analyse précise du droit existant au jour de l'entrée en vigueur de la réforme. Selon la conception de l'ordonnancement juridique existant à cette date, le législateur ferait ou non œuvre de codification¹⁷²². Cette réponse conditionne évidemment la qualification d'actes de contrefaçon.

Une dernière solution est possible. Le juge pourrait également retenir la qualité d'auteur de la personne morale depuis la date d'entrée en vigueur de la réforme. Il s'agirait, dans ce cas, de s'attacher au statut particulier de la chose « œuvre ». La chose ne recevrait protection que depuis la date d'entrée en vigueur de la réforme. En conclusion, la qualification de « loi de procédure » ne semble pas d'une aide précieuse.

Cependant, le raisonnement est parfois beaucoup plus simple. L'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷²³ dispose : « *En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée* »¹⁷²⁴.

Cloisonner strictement un « droit ancien » d'un « droit nouveau » revient à dire : *si* un usage

¹⁷²⁰ Le législateur apporterait une clarification attendue en présence d'une solution jurisprudentielle aux contours incertains. La portée de la présomption n'est pas certaine et il est difficile de se fier au principe selon lequel les présomptions sont de droit strict. V. pour une présentation de la difficulté : CA Paris 4 mars 2005 : *Propri. intell.* 2005, n° 17, p. 451, note C. de HAAS. Il s'agissait de savoir si le jeu de la présomption était compromis en présence d'une revendication de la qualité d'auteur par un tiers ou encore lorsque la personne morale reconnaissait la contribution d'une personne physique à la création de l'œuvre et que celle-ci avait agi à ses côtés.

¹⁷²¹ Quand l'œuvre peut montrer quelque originalité, c'est bien le fait créatif qui permet de discuter la possibilité pour une personne morale d'être qualifiée d'auteur. Sa personnalité juridique étant issue d'une fiction légale, comment concevoir l'expression de celle-ci au sein d'une production intellectuelle ? Il s'agirait alors d'étendre encore la fiction légale. Par suite, la compétence du juge devrait être refusée. Il s'agit ici, semble-t-il d'un domaine de compétence exclusive du législateur.

¹⁷²² En effet, il pourrait être considéré que la jurisprudence avait déjà créé une dérogation au principe personnaliste. La loi nouvelle serait alors perçue comme la simple codification d'une exception de nature prétorienne. Au contraire, le juge pourrait considérer que le droit d'auteur subit une modification structurelle majeure. L'acte de création de l'œuvre servirait certainement de critère de rattachement de la loi nouvelle. Par exemple, une personne morale invoquerait sa qualité d'auteur en dehors de l'hypothèse d'une œuvre collective. Il pourrait lui être opposé que la création, s'étant effectuée sous l'empire de la loi « ancienne » du 11 mars 1957, cet acte n'aurait pu créer aucun effet juridique, le droit de cette époque ne reconnaissant qu'aux personnes physiques la qualité d'auteur.

¹⁷²³ Il s'agit de l'article 20 de la loi du 11 mars 1957.

¹⁷²⁴ H. DESBOIS, *Le droit moral* : RIDA avril 1958, XIX, numéro spécial, p. 121 et s., spéc. p. 149.

abusif du droit moral peut être constaté (A) et *si* une saisine du juge a été effectuée pour faire cesser cet abus (A'), *alors* (i) le juge peut ordonner « toute mesure appropriée » (B). Il s'agirait de réunir les deux conditions du présumé (A et A') sous l'empire de la loi nouvelle pour voir l'effet juridique (B) se produire. Le législateur aurait alors pour objectif de donner au juge ce pouvoir particulier, dès lors que les deux conditions sont vérifiées sous l'empire de la loi nouvelle. Par conséquent, un usage abusif du droit moral¹⁷²⁵, effectué avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, ne pourrait pas donner lieu à une condamnation sur le fondement de l'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Il serait possible d'envisager la même règle juridique en ayant à l'esprit que le défenseur des intérêts de l'auteur est le réel destinataire de la norme. Il faudrait écrire : *si* l'un des représentants de l'auteur se rend coupable d'un abus dans l'usage ou dans le défaut d'usage du droit de divulgation de l'auteur décédé (A), *alors* (i) toute personne peut saisir le tribunal de grande instance afin qu'il ordonne « toute mesure appropriée » (B). L'effet juridique consisterait alors dans l'ouverture de l'action en justice et non plus dans la description des pouvoirs du juge. Il serait alors souligné que la règle nouvelle a pour objectif d'ouvrir une action en justice nouvelle aux personnes qui sont concernées par le respect de la volonté de l'auteur, telle qu'elle fut exprimée de son vivant¹⁷²⁶.

Enfin, il n'est pas évident de considérer que le législateur doive se prononcer sur la notion de l'intérêt à agir parce qu'elle semble, par nature, appartenir entièrement au domaine jurisprudentiel. Par exemple, l'intérêt à agir du demandeur en déchéance d'une marque sous l'empire de la loi du 31 décembre 1964 a suscité une jurisprudence controversée¹⁷²⁷. Parfois le juge énonçait le défaut d'intérêt à agir du demandeur parce qu'il n'aurait pu, en pratique, exploiter le signe dont il avait obtenu la déchéance. En conclusion, il ne semble pas conforme

¹⁷²⁵ L'abus doit être notoire, c'est-à-dire évident. Une réflexion doit être menée sur une graduation possible de l'atteinte portée aux intérêts moraux de l'auteur. Autrement dit, le législateur n'est pas seulement venu consacrer la théorie de JOSSERAND sur l'exercice fautif d'un droit. La notoriété de l'abus devrait conduire le juge à se montrer plus exigeant dans l'appréciation de la faute civile que dans le cadre de l'article 1382 du Code civil.

¹⁷²⁶ L'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle précise également : « *Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence* ». Même si le présumé a plusieurs branches, l'effet juridique (B) est toujours le même, il existe désormais avec la loi nouvelle un accès au juge inédit. Les hypothèses tenant à l'existence d'un conflit entre les représentants (A), l'absence d'ayants droits connus (A') ou le constat d'une déshérence (A''), se placent toutes au sein du présumé de la règle. Il faudrait écrire : (A) ou (A') ou (A'') a pour conséquence (i) de donner à toute personne intéressée de saisir le tribunal de grande instance, afin qu'il ordonne toute mesure appropriée (B). L'absence d'ayants droits connus comme l'hypothèse d'une déshérence, sont des éléments qui gardent toute leur valeur au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il n'est pas opportun de dire que ces éléments « appartiennent au passé ». Selon les termes de ROUBIER, il faudrait les envisager comme des « faits du présent ». De même, il est possible de dire que les représentants de l'auteur *sont* en conflit au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957.

¹⁷²⁷ La loi du 4 janvier 1991 a indirectement clarifié les choses, en supprimant l'exception qui consistait à démontrer que la marque était tout de même utilisée pour des produits ou services similaires, V. B. SCHAMING, *Notoriété de la marque et déchéance : courtes considérations sur une immunité illusoire* : *Propriété ind.* 2004, chron. n° 5.

à l'exigence de sécurité juridique d'ériger en un critère transitoire la qualification de « loi de procédure » lorsqu'il est question d'une modification de l'intérêt à agir ou de la qualité pour agir par une loi nouvelle. Il convient à présent de savoir si la qualification de « loi de procédure » permet de comprendre l'application immédiate du mécanisme de la revendication en droit de la propriété intellectuelle.

IV / La création d'une action en revendication

403. Certaines actions semblent exister sans qu'un droit substantiel antérieur ne puisse être constaté. Il suffirait de penser à l'action en concurrence déloyale et aux actions possessoires. Est-ce alors une explication possible de l'application dans le temps des lois venues créer en droit de la propriété industrielle une action en revendication ?

L'article L. 511-10 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'ordonnance du 25 juillet 2001, permet l'ouverture d'une action de cette nature. La Cour d'appel de Paris décida d'appliquer immédiatement l'article L. 511-10 du Code de la propriété intellectuelle à des dépôts réalisés sous l'empire de la loi ancienne¹⁷²⁸. S'agit-il d'une augmentation des prérogatives du titulaire du droit ?

La loi nouvelle semble conduire au renforcement de l'opposabilité *erga omnes* des droits existants. Il pourrait être imaginé que le dépôt, même réalisé sous l'empire du droit antérieur, contenait déjà, en lui-même, cette possibilité de revendiquer la chose réservée. Une application généralisée de la loi nouvelle par le juge serait à ce titre envisageable, c'est-à-dire sans que le juge n'ait besoin de dater les différents éléments du litige.

En droit des marques, l'article L. 712-6 du Code de la propriété intellectuelle est issu de la loi du 4 janvier 1991¹⁷²⁹. Cet article consacre l'ouverture d'une action en revendication¹⁷³⁰. Les juges ont appliqué cette disposition à des dépôts réalisés sous la loi ancienne. Le raisonnement adopté fait appel à la notion de « droits acquis ». Il s'agissait d'affirmer que la loi nouvelle ne serait pas appliquée rétroactivement en raison d'une absence de droit acquis. La Cour d'appel de Paris raisonne en ces termes : « *Les dispositions de la loi du 4 janvier 1991 (et plus spécialement celles actuellement codifiées sous l'article L. 712-6 du Code de la*

¹⁷²⁸ CA Paris, 25 juin 2005 : *PIBD* 2005, III, 595 ; CA Paris, 2 juin 2006 : *Propr. ind.* 2006, comm. n° 89, obs. J. P. GASNIER ; *D.* 2006, pan. p. 2608, obs. J.-C. GALLOUX ; *RTD com.* 2007, p. 74 ; *PIBD* 2006, III, p. 549.

¹⁷²⁹ V. l'article 9 de la loi.

¹⁷³⁰ CA Paris, 12 sept. 1997 : *PIBD* 1998, III, p. 54.

propriété intellectuelle) *sont d'application immédiate et gouvernent les marques déposées sous l'empire de la loi du 31 décembre 1964 sous réserve des droits acquis antérieurement. Lorsqu'un dépôt a été déclaré frauduleux, le déposant en faute n'a plus aucun droit sur la marque et ne peut donc prétendre que l'action en revendication porte préjudice à un droit acquis* ». Il faut constater que le raisonnement est axé en réalité sur la valeur de ce droit acquis et non pas vraiment sur son existence¹⁷³¹.

En somme, la loi nouvelle qui vient créer une action en revendication donne qualité pour agir au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle afin de « récupérer » les utilités de sa chose qui ont été usurpées par un tiers. Si la loi nouvelle s'applique immédiatement, il est possible de penser que la justification de cette application immédiate ne réside pas réellement dans la qualification de « loi de procédure ». Tout simplement, la loi nouvelle ne ferait que reconnaître l'existence d'une prérogative qui devait déjà exister au sein du patrimoine du titulaire du droit avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, nonobstant le silence du législateur sur ce point. Il convient à présent d'aborder la question du juge compétent et de savoir si la qualification de « loi de procédure » est utile pour résoudre des conflits de lois dans le temps en ce domaine particulier.

V / La question du juge compétent

404. Faut-il reconnaître un droit acquis au bénéfice des parties à ce que leur litige soit résolu par la juridiction saisie ?

Il est possible de penser que la date de saisine du juge servirait de « critère de rattachement » de la loi nouvelle. Le doyen ROUBIER présente le « traitement transitoire » spécifique des lois de compétence : « *le changement de législation sur la compétence n'a plus d'effet dans les litiges en cours, à partir du moment où il a été rendu dans l'affaire un jugement intéressant le fond* »¹⁷³². S'il est difficile de se figurer un droit acquis « à être jugé de telle façon »¹⁷³³, cette règle spéciale permet de déterminer spécifiquement ce qui ne peut plus être remis en cause par la loi nouvelle. La jurisprudence montre de nombreux exemples

¹⁷³¹ Il faut voir ici une utilisation quelque peu arbitraire de la notion de « droit acquis ». Il s'agit d'écarter tous les obstacles éventuels à une application de la loi nouvelle souhaitée la plus générale possible.

¹⁷³² ROUJOU DE BOUBÉE, *La loi nouvelle et le litige, article précité*, n° 15, p. 488 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 19, p. 490 et n° 103, p. 551.

¹⁷³³ Il semblerait que ces « droits acquis » soient directement opposés à l'État lui-même ou aux pouvoirs publics en général.

d'application du critère du « *jugement intervenu sur le fond* »¹⁷³⁴ ou « *intéressant le fond* »¹⁷³⁵. Le plus souvent, la raison invoquée pour prolonger l'action de la loi ancienne est la suivante : « *l'instruction de l'affaire est à ce point avancée que le juge s'est déjà forgé une opinion sur le fond* »¹⁷³⁶.

D'une manière générale, les problèmes de compétence sont monnaie courante en droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, la Cour de cassation dut déterminer si seuls les tribunaux de commerce pouvaient connaître des actions en contrefaçon des dessins de fabrique sous l'empire de la loi du 18 mars 1806¹⁷³⁷ ou si le décret du 19-24 juillet 1793 autorisait ces mêmes tribunaux de commerce à régler un litige mettant en cause un droit d'auteur. De même, la rédaction imparfaite de l'article 64 de la loi du 11 mars 1957¹⁷³⁸ avait très tôt été signalée par la doctrine, pour ensuite se révéler en jurisprudence¹⁷³⁹.

À ce titre, il convient de signaler qu'une question peut revêtir une apparence procédurale et se montrer, en réalité, étroitement liée au « fond du droit ». Par exemple, sous la loi du 5 juillet 1844¹⁷⁴⁰, avait déjà été critiquée l'idée qu'une fois une invention réalisée par un salarié, le brevet pouvait être pris librement par son employeur sans que ce dernier ne lui doive rien. La loi consacrait ainsi, pour ses détracteurs, une solution inéquitable. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1978, l'absence de règle¹⁷⁴¹ permit la naissance d'un régime prétorien fondé sur une classification des inventions¹⁷⁴². Très tôt, il a donc été admis que l'invention devait recevoir un régime particulier, en raison des rapports juridiques liant le créateur

¹⁷³⁴ P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 103, p. 555.

¹⁷³⁵ P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2009, n° 19 et 20, p. 11 et 12.

¹⁷³⁶ J. NORMAND, *L'application dans le temps des lois des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey 1985, p. 555 et s. ; Cass. crim., 10 janvier 1873 : *Rec. Sirey*, 1873, I, p. 428 : « *Les lois modificatives de la compétence sont, comme les lois de procédure, obligatoires dès le jour de leur promulgation, même pour les crimes et délits commis antérieurement* » ; « *Mais il a été jugé que le principe d'après lequel les lois modificatives de la compétence s'appliquent, dès leur promulgation, aux procès nés comme aux procès à naître, reçoit exception toutes les fois que l'affaire a subi, avant la loi nouvelle, l'épreuve d'une décision sur le fond, alors même que cette décision aurait été frappée d'appel* » ; V. aussi : Cass. crim. 7 juillet 1871 : *Rec. Sirey* 1871, I, p. 85.

¹⁷³⁷ V. l'article 15 de la loi du 18 mars 1806 ; Cass. civ., 17 mai 1843 : *Rec. Sirey* 1843, I, p. 702.

¹⁷³⁸ V. l'article 65 de la loi du 11 mars 1957 (article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle).

¹⁷³⁹ V. CA Paris, 8 janv. 1973 : *RIDA* avr. 1973, p. 165 ; *D.* 1973, p. 710, concl. de Monsieur l'avocat général Jacques LACOSTÉ ; Trib. des conflits, 15 oct. 1973 : *RIDA* avr. 1974, p. 52, conclusions de Monsieur M. BRAIBANT, commissaire au gouvernement ; Trib. des conflits, 6 janv. 1975 : *JCP* 1976, II, 1828, obs. F. MODERNE.

¹⁷⁴⁰ P. OLAGNIER, *Le droit des savants*, préf. de L. DE BROGLIE, Paris, 1937, p. 106.

¹⁷⁴¹ J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n° 485, p. 497. La norme contractuelle n'était pas non plus d'un grand secours : « *les clauses expresses des contrats de travail, lettres d'embauches et avenants étaient peu fréquentes ; les dispositions des règlements intérieurs étaient assez rares et ordinairement peu prolixes* ».

¹⁷⁴² J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, *op. cit.* n° 485, p. 497 et s. : Les « inventions de service » ou « inventions d'entreprise », faites en exécution de l'obligation de prestation de travail, étaient distinguées des « inventions mixtes », réalisées « en dehors » de cette obligation, mais intéressant le domaine d'activité de l'entreprise ou faite avec son concours. La troisième catégorie était constituée par les « inventions personnelles ».

présupposé à son employeur. La réforme de 1978 apporta un régime précis en ce domaine¹⁷⁴³. Les juges décidèrent que les demandes d'un salarié, relatives à des inventions réalisées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, devaient encore relever de la juridiction prud'homale¹⁷⁴⁴. Finalement, la règle nouvelle sur la compétence du juge n'a pas été appliquée aux inventions réalisées avant la réforme. Force est de constater que le problème transitoire n'a pas été résolu sur un terrain procédural. Il s'agissait plutôt de réfléchir en termes de constitution d'une situation juridique.

Surtout, il convient d'évoquer la loi du 4 août 2008¹⁷⁴⁵, qui donna une nouvelle rédaction à l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle. L'article 135 de la loi est constitué de quatre parties. Le D) dispose : « *Dans le premier alinéa de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, les mots « portés devant les tribunaux compétents » sont remplacés par les mots « exclusivement portés devant les tribunaux de grande instance ».* Le premier alinéa de l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle fait donc l'objet d'une réécriture suite à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cet alinéa semble relativement autonome et constituer le siège d'une règle indépendante. À l'origine, il composait à lui seul l'article 64 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957. Sa lettre était restée inchangée depuis : « *Toutes les contestations relatives à l'application des dispositions de la première partie du présent code qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont portées devant les tribunaux compétents, sans préjudice du droit pour la partie lésée de se pourvoir devant la juridiction répressive dans les termes du droit commun* ». À première vue, au regard de la seule modification rédactionnelle ainsi mise en lumière, la loi du 4 août 2008 est annonciatrice d'une règle inédite.

Seulement, le juge a pu voir dans cette nouvelle formulation de la règle de compétence, l'œuvre d'une loi interprétative¹⁷⁴⁶. Avant l'intervention du législateur en 2008, il existait bien une controverse au sujet de la détermination du juge compétent dans le domaine du droit d'auteur. Cependant, c'est surtout à la suite de l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-1544 du

¹⁷⁴³ La loi permit l'introduction de deux articles dans la loi rénovée des brevets d'invention : V. les articles 1 ter et 68 bis de la loi. Les décrets d'application se firent attendre. Un décret général fut signé le 4 septembre 1979 et le décret propre aux agents publics, le 4 août 1980. J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.*, n° 486, p. 501 et 502 : « *Ces retards ont posé quelques problèmes de conflits de lois dans le temps qu'a estompé la lente mise en place du système, les interventions de la CNIS réduisant ou retardant l'intervention des tribunaux* ».

¹⁷⁴⁴ Cass. soc., 25 févr. 1988 : *Ann. propr. ind.* 1988, p. 157 ; CA Paris, 7 juin 1989 : *Ann. propr. ind.* 1989, p. 71 ; CA Paris, 4 déc. 1985 : *D.* 1986, somm. p. 133, obs. M. MOUSSERON et J. SCHMIDT ; TGI Paris, 1^{er} sept. 1999 : *PIBD* 2000, III, p. 255 ; CA Paris, 16 janv. 2002 : *D.* 2002, AJ, p. 1352 ; *Propr. ind.* 2002, comm. n° 29, note J. RAYNARD.

¹⁷⁴⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : *JORF* n° 181 du 5 août 2008, p. 12471.

¹⁷⁴⁶ V. CA Paris, 21 janv. 2009 : *Comm. com. électr.* 2009, comm. n° 34, note C. CARON. Il est question des « *dispositions à caractère interprétatif de l'article 135 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008* ».

29 octobre 2007¹⁷⁴⁷, loi dite de « lutte contre *la contrefaçon* », que l'interprétation de la règle devint réellement problématique.

En effet, la loi du 29 octobre 2007 vint ajouter deux alinéas à l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷⁴⁸. C'est l'ajout du dernier alinéa qui, par une « réaction en chaîne », rendit « imparfaite » la rédaction inchangée de l'alinéa 1^{er}. C'est cette modification qui provoqua « la controverse ». Le dernier alinéa dispose : « *Les tribunaux de grande instance, appelés à connaître des actions et des demandes en matière de propriété littéraire et artistique, y compris lorsque ces actions et demandes portent à la fois sur une question de propriété littéraire et artistique et sur une question connexe de concurrence déloyale, sont déterminés par voie réglementaire* ». Il était alors essentiel de savoir comment devait être interprété le nouvel ensemble formé par l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle. D'une part, l'alinéa premier donnait une vision pragmatique de la compétence : le juge est choisi en fonction de certaines caractéristiques du litige et ce, conformément au droit commun. D'autre part, le dernier alinéa semblait, à l'inverse, donner aux juridictions civiles une compétence exclusive et ainsi garantir une culture judiciaire adaptée à la spécialisation de la matière¹⁷⁴⁹. La juxtaposition des deux propositions fit naître une « *confusion par adjonction* »¹⁷⁵⁰ et la jurisprudence se montra hésitante. Fallait-il ou non laisser les tribunaux de commerce¹⁷⁵¹ et les conseils de prud'hommes¹⁷⁵² connaître des contentieux intéressant le droit d'auteur ? La spécialisation des tribunaux de grande instance introduite par la loi du 29 octobre 2007¹⁷⁵³ s'accompagnait-elle d'une compétence exclusive en droit d'auteur ?

¹⁷⁴⁷ Loi n° 2077-544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : *JORF* n° 252 du 30 oct. 2007, p. 17775.

¹⁷⁴⁸ V. l'article 31 de la loi.

¹⁷⁴⁹ En faveur d'une compétence exclusive des tribunaux de grande instance : Trib. com. Lille., ord. réf., 20 déc. 2007 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 50, note C. CARON. V. P de CANDÉ et G. MARCHAIS, *La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 : une harmonisation bienvenue des moyens de lutte contre la contrefaçon* : *Prop. intell.* 2008, n° 26, p. 52, spéc. p. 58.

¹⁷⁵⁰ V. J.-M BRUGUIÈRE et P. DEPREZ, *Compétence des tribunaux de grande instance en matière de propriété intellectuelle, l'occasion manquée de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon* : *Comm. com. électr.* 2008, focus n° 34.

¹⁷⁵¹ En faveur de la compétence des tribunaux de commerce : Trib. com. Paris, 3 juill. 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 101, note C. CARON.

¹⁷⁵² En faveur de la compétence du conseil des prud'hommes : Cass. soc., 21 mai 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 86, note C. CARON.

¹⁷⁵³ L'article L. 211-10 du Code de l'organisation judiciaire, modifié par la loi du 29 octobre 2007, prévoit désormais que les actions en matière de propriété littéraire et artistique et de dessins et modèles sont de la compétence des tribunaux de grande instance « *spécialement désignés* ». Cette solution était auparavant adoptée en matière de brevets d'invention.

Finally, the law of 4 August 2008 will affirm by the way the exclusive competence of the civil judge in this domain and it is necessary to see the explanation of an obscure disposition¹⁷⁵⁴. The originality of the problem resides here in the type of imperfection of the legal norm. The imperfection consisted in a default of construction of a unique article. The addition of a paragraph by the new law unbalanced the pre-existing ensemble and the parliamentary works did not permit to know with certainty the intention of the legislator to this proposal¹⁷⁵⁵. It is convenient to remark that the interpretative law came to reestablish the equilibrium within the article, without for as much retouching « the disturbing paragraph ». The judge would he have been able to resolve alone this difficulty¹⁷⁵⁶ ?

It is certain that the judge, whose office is always limited by the data of the dispute, would not have been able to reach a degree of generality satisfying. In effect, the interrogations here presented in law of author found an echo in the ensemble of the law of intellectual property. To this title, article L. 211-10 of the Code of the judicial organization called for the adoption of a globalizing vision of the problem¹⁷⁵⁷. In effect, it is not necessary to forget that the legislator, in 2007, had retouched articles L. 716-3 and L. 521-3-1 of the Code of intellectual property in law of trademarks and in law of designs and models. Concerning the law of trademarks, the court of appeal saw its competence *ratione materiae*¹⁷⁵⁸ replaced by a competence *ratione loci*¹⁷⁵⁹. As a result, this substitution operated between rules of competence called in principle to coexist¹⁷⁶⁰. Concerning designs and models, a regime

¹⁷⁵⁴ C. CARON, sous Trib. com. Paris, 3 juill. 2008, précité : « Peut-être que, en définitive, la solution réside dans une intervention législative, y compris sous forme de cavalier législatif, afin d'harmoniser les différentes solutions car la pratique ne peut pas continuer à subir une telle incertitude relative à la compétence selon le tribunal saisi, sans compter sur les disparités qui risquent de caractériser les futures solutions des cours d'appel sur le sujet ».

¹⁷⁵⁵ Si le « rapport BRÉTEILLE » pouvait laisser penser que le tribunal de grande instance se voyait transférer l'intégralité des litiges propres à la propriété intellectuelle, le « rapport GOSSELIN » écartait, au contraire, cette compétence exclusive pour reconnaître toute aptitude en ce domaine du tribunal de commerce. V. Rapport BRÉTEILLE, in *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon* : Doc. Sénat 2007, n° 420, p. 37 ; Rapport GOSSELIN, in *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon* : Doc. Ass. Nat. 2007, n° 178, p. 121.

¹⁷⁵⁶ Il faut néanmoins réserver l'hypothèse de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire. La détermination du juge compétent constituant « une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges », le problème aurait pu conduire à une saisine de la Cour de cassation pour avis.

¹⁷⁵⁷ L'article L. 211-10 du Code de l'organisation judiciaire dispose : « Des tribunaux de grande instance spécialement désignés connaissent des actions en propriété littéraire et artistique, de dessins et modèles, de brevets d'invention, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection, de topographies de produits semi-conducteurs, d'obtentions végétales et de marques, dans les cas et conditions prévues par le Code de la propriété intellectuelle ».

¹⁷⁵⁸ L'article L. 716-3 du Code de la propriété intellectuelle disposait avant la réforme de 2007 et selon l'article 34 de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 : « Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux de grande instance (...) ».

¹⁷⁵⁹ À l'issue de la réforme de 2007, l'article L. 716-3 disposait : « Les tribunaux de grande instance appelés à connaître des actions et des demandes en matière de marques, (...), sont déterminés par la voie réglementaire ».

¹⁷⁶⁰ J.-M. BRUGUIÈRE et P. DEPREZ, article précité : « Peut-il [le praticien] soulever l'incompétence du tribunal de grande instance devant lequel il est assigné en matière de contrefaçon de marque alors que l'article L. 716-3 selon lequel « Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux de grande instance (...) » a été abrogé ? » Nous ne sommes pas loin de le penser ».

de droit commun¹⁷⁶¹ fut remplacé par l'affirmation d'une compétence *ratione loci* des tribunaux de grande instance¹⁷⁶². Si les travaux parlementaires ont pu permettre à l'interprète de voir dans ce changement une volonté de privilégier la compétence exclusive des tribunaux de grande instance¹⁷⁶³, l'ensemble normatif proposé à cette époque ne sembla pas correspondre à l'effort de rationalisation attendu¹⁷⁶⁴. La méthode suivie en 2007 n'était pas satisfaisante. Plusieurs branches majeures du droit de la propriété intellectuelle furent modifiées¹⁷⁶⁵ et chaque disposition pouvait donner lieu à quelque incertitude. Finalement, la loi du 4 août 2008 accomplit une clarification que seul le législateur était en mesure d'apporter.

405. Conclusion de la Section II – Il a été tenté de découvrir l'utilité de la notion de « loi de procédure » en droit transitoire appliqué au droit de la propriété intellectuelle. Il semble que le plus souvent, la notion s'efface au profit de qualifications ou de distinctions plus précises. Autrement dit, la complexité du droit procédural est manifeste. Peut-être la transposition de cette unique qualification de « loi de procédure » au droit de la propriété intellectuelle est-elle un projet trop ambitieux. Sûrement, la signification transitoire attachée à celle-ci est-elle simplifiée à l'extrême. En d'autres termes, il n'y aurait ici qu'une notion emblématique, qui ne permettrait pas de garantir l'exigence de prévisibilité du droit. Finalement, l'utilisation de la notion de « loi de procédure » peut conduire l'interprète à commettre de nombreuses erreurs lorsqu'il s'agit de résoudre rapidement un conflit de lois dans le temps spécifique au droit de la propriété intellectuelle. En raison de ce premier constat, il convient de réunir toutes les critiques que l'utilisation de cette qualification peut susciter.

¹⁷⁶¹ La compétence d'attribution est alors déterminée selon la qualité des parties. V. sur ce point : PASSA J., *Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, t. 1., LGDJ, 2^{ème} éd., 2009, n° 776, p. 1031.

¹⁷⁶² L'article L. 521-3-1 du Code de la propriété intellectuelle, modifié par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 disposait : « *Les tribunaux de grande instance appelés à connaître des actions et des demandes en matière de dessins et modèles, (...), sont déterminés par voie réglementaire* ».

¹⁷⁶³ V. Rapport GOSSELIN, *précité*, p. 70.

¹⁷⁶⁴ V. sur les conséquences de toute incertitude sur le jeu des règles de compétence : J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, par T. LE BARS, n° 924, p. 787.

¹⁷⁶⁵ Le droit des brevets est doté, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, d'une règle claire et précise en ce domaine. L'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *L'ensemble du contentieux né du présent titre est attribué aux tribunaux de grande instance et aux cours d'appel auxquelles ils sont rattachés, (...). Les tribunaux de grande instance appelés à connaître des actions en matière de brevets sont déterminés par voie réglementaire* ».

SECTION III / Une critique de l'utilisation de la qualification de « loi de procédure » en droit de la propriété intellectuelle

406. Présentation - L'utilisation de la qualification de « loi de procédure » peut être à la source de nombreuses erreurs. Par exemple, lorsque les juges raisonnent à partir de la date d'assignation en justice pour refuser l'application d'une loi nouvelle, il peut sembler que la question soulevée intéresse la procédure¹⁷⁶⁶. Cependant, en ce qui concerne la forclusion par tolérance créée par la loi du 4 janvier 1991 en droit des marques, il convient plutôt de raisonner en termes d'actes « neutres » sous la loi ancienne et auxquels seule la loi nouvelle a conféré des effets juridiques. En somme, il n'était pas conforme au principe de non-rétroactivité de reprocher des actes de tolérance effectués sous l'empire du droit antérieur, quand à cette époque aucun effet juridique ne leur était attaché. Il s'agit ici de tenter de concentrer toutes les aspects négatifs d'une utilisation systématique de la qualification de « loi de procédure » afin de résoudre un conflit de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle.

407. Le choix de la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat - Selon l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur qui subit une lésion lorsqu'un forfait a été stipulé dans le cadre d'un contrat d'édition, peut demander une révision du prix originellement stipulé. La règle est issue de la loi du 11 mars 1957¹⁷⁶⁷. Ce type d'action est fortement encadré en droit civil. La loi nouvelle semble donc créer une exception spécifique au droit d'auteur¹⁷⁶⁸. L'interprète peut être tenté de considérer qu'une action en justice a été immédiatement reconnue au bénéfice de l'auteur et que la qualification de « loi de procédure » serait en mesure de fonder son application immédiate. Pourtant, les juges ont considéré que cette action ne pouvait s'exercer qu'au regard de contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁷⁶⁹. Par conséquent, la qualification de « loi de procédure » aurait pu induire l'interprète en erreur. Il convient de remarquer que le principe de survie de la

¹⁷⁶⁶ V. Cass. com., 8 juill. 1997 : *PIBD* 1997, III, 506.

¹⁷⁶⁷ V. l'article 37 de la loi.

¹⁷⁶⁸ Il faut se souvenir que le forfait reste l'exception sous l'empire de la loi nouvelle. Il est alors logique de donner à l'auteur un avantage, en contrepartie de la présence tolérée du système de la rémunération forfaitaire.

¹⁷⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1967 : *D.* 1968, somm. p. 25.

loi ancienne explique ce report de l'application de la réforme dans le temps. Il pourrait s'agir de sauvegarder l'équilibre contractuel de départ.

408. Le choix de la loi en vigueur au jour de la formation de la situation juridique

- La nullité est classiquement la sanction de l'absence d'une condition de fond d'un acte juridique. Les conditions de formation d'une situation juridique ne devraient s'apprécier qu'au regard de la loi en vigueur au jour de sa constitution. Aucune action en nullité ne devrait donc jouer à l'égard d'un titre de propriété industrielle déjà délivré ou d'une création artistique déjà protégée. Pourtant, la qualification de « loi de procédure » pourrait, en théorie, postuler une application immédiate de la loi nouvelle, venue apporter une nouvelle cause de nullité d'un droit de propriété intellectuelle. Il devrait être considéré que certains tiers peuvent être intéressés par l'ouverture immédiate de cette action. Par exemple, la loi nouvelle apporterait la possibilité pour le concurrent d'acquérir une plus grande marge de manœuvre. Il souhaiterait immédiatement profiter de la nouvelle conception du législateur. Si l'on se place du côté de la partie au litige qui demande la nullité, celle-ci acquiert une nouvelle qualité pour agir. Elle pourrait même se prévaloir du principe de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁷⁷⁰.

Par exemple, le résultat imparfait du procédé inventif n'est pas une cause de nullité¹⁷⁷¹. Imaginons une loi nouvelle qui viendrait imposer au breveté une efficacité réelle de l'invention¹⁷⁷². Le breveté ayant obtenu son titre sous l'empire de la loi ancienne estimerait sûrement que la loi nouvelle ne devrait pas être en mesure de porter atteinte à son droit sans rétroactivité. Au regard du concurrent qui affirme que l'invention doit rejoindre le domaine public et que la loi nouvelle lui a accordé qualité pour agir, le breveté pourrait répondre que l'ouverture d'une action n'est immédiate que sous la condition de droits préexistants. Or, les tiers ne pourraient se prévaloir d'aucun droit préexistant sur l'invention. Il faut en effet se souvenir que la faculté de faire tomber l'invention dans le domaine public n'est pas concrétisée par un droit subjectif¹⁷⁷³. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est toujours

¹⁷⁷⁰ D'ailleurs, si cette solution commande le plus souvent de se placer dans le domaine de la propriété industrielle, il ne faut pas oublier que le droit d'auteur tend aujourd'hui à protéger le résultat d'un investissement aussi bien qu'à récompenser la créativité artistique.

¹⁷⁷¹ *A contrario* : Cass. com., 3 mai 1995 : *PIBD* 1995, III, p. 317; *Ann. propr. ind.* 1996, p. 10.

¹⁷⁷² La loi nouvelle serait alors une loi spéciale qui viendrait ajouter un niveau d'exigence plus élevé que celui actuellement issu de l'application du droit commun des contrats de vente (garantie des vices cachés). V. B. HUMBLOT, *Vices de l'invention : les recours du cessionnaire contre le cédant*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, préf. de M. VIVANT, coll. de l'institut de Droit des affaires, 2007, p. 281 et s., spéc. p. 286 et s.

¹⁷⁷³ Il ne serait pas opportun d'y voir un droit acquis.

dangereux de rapprocher le domaine public d'un titulaire de droits, même de manière implicite. Le domaine public est une incarnation des intérêts du public définis de manière abstraite et variable selon les époques.

Il s'agit alors de se poser la question suivante : la nouvelle cause de nullité ne pourrait-elle être invoquée qu'à titre d'exception ?

Pour un titre octroyé sous la loi ancienne, aucun demandeur ne pourrait se prévaloir de la loi nouvelle pour faire « tomber » le titre. En revanche, le défendeur à l'action en contrefaçon pourrait être autorisé à faire état du défaut d'efficacité de l'invention. La règle nouvelle n'aurait donc qu'une portée relative, tant que les titres anciens ne seraient pas tous éteints. Force est de constater que la qualification de « loi de procédure » serait insuffisante au regard de la complexité du problème transitoire posé. Il est toujours nécessaire de se référer à la doctrine du doyen ROUBIER pour démontrer que cette dernière solution n'est pas conforme à l'exigence de sécurité juridique.

409. Un recours à la méthode de l'analyse structurale - Au regard de l'article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷⁷⁴, il faut constater deux éléments alternatifs au sein du présumé : « *Si ladite personne conteste la réponse qui lui est faite* » (A) ou « *si le titulaire du brevet n'a pas pris parti dans un délai de trois mois* » (A'). L'effet juridique de la règle consiste en l'ouverture de l'action déclaratoire (B). Cette décomposition de la règle permet de dire que les éléments du présumé doivent s'être entièrement réalisés sous l'empire de la loi nouvelle pour que l'effet juridique puisse se produire. En somme, doit s'être opérée sous l'empire de la loi nouvelle la première invitation de l'exploitant.

Il convient toutefois de signaler que le recours à l'analyse structurale de la règle suppose de procéder à une interprétation rigoureuse de la règle de droit. Par exemple, selon l'article L. 121-5 du Code de la propriété intellectuelle, alinéa 5, « *Les droits propres des auteurs, tels qu'ils sont définis à l'article L. 121-1, ne peuvent être exercés par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée* ». Toute demande de mesure conservatoire sur le film, en raison d'une atteinte au droit moral, est interdite à l'auteur, et ce, tant que la copie standard n'a pas été

¹⁷⁷⁴ L'article dispose en son alinéa 1^{er} : « *Toute personne qui justifie d'une exploitation industrielle sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de préparatifs effectifs et sérieux à cet effet, peut inviter le titulaire du brevet à prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation dont la description lui est communiquée* ». Cette disposition consacre l'existence d'une faculté légale. L'alinéa 2 dispose : « *Si ladite personne conteste la réponse qui lui est faite ou si le titulaire du brevet n'a pas pris parti dans un délai de trois mois, elle peut assigner ce dernier devant le tribunal pour faire juger que le brevet ne fait pas obstacle à l'exploitation en cause, et ce, sans préjudice de l'action en nullité du brevet et d'une action ultérieure en contrefaçon dans le cas où l'exploitation n'est pas réalisée dans les conditions spécifiées dans la description de l'alinéa précédent* ».

établie d'un commun accord entre le réalisateur ou éventuellement les coauteurs et le producteur. En considérant que la réalisation d'une copie standard est d'une réalisation certaine, il faudrait écrire : tant que l'œuvre n'est pas achevée, les auteurs ne peuvent pas exercer leur droit moral. En d'autres termes, l'auteur d'une œuvre audiovisuelle (A) peut exercer son droit moral à l'issue du délai nécessaire pour la réalisation de l'œuvre (DB). Le délai (D) n'a rien d'hypothétique, ce n'est qu'un terme dont il faut attendre l'échéance. Et élément doit donc se retrouver au sein de l'effet juridique de la règle¹⁷⁷⁵.

Si on considère en revanche que la réalisation de la copie standard est d'une réalisation incertaine, il ne s'agit plus d'un terme mais d'une condition. L'écriture structurale de la règle serait alors la suivante : *si* l'un des auteurs d'une œuvre de collaboration (A) constate l'achèvement de celle-ci (A'), *alors* (i) il peut exercer son droit moral. L'idée de délai s'évanouit, seul le moment de réalisation de l'œuvre est intéressant. En somme, il faut retenir que la qualification de « loi de procédure » ne sera pas utile à l'interprète devant de telles nuances présentes au sein du syllogisme étudié.

410. La règle *tempus regit actum* - Il est possible de donner un exemple appartenant au droit des marques afin d'illustrer cette règle : *tempus regit actum*. Est irrecevable la demande en contrefaçon d'une marque dont l'enregistrement n'est pas publié à la date d'introduction de l'instance. Il est cependant possible d'échapper à la règle rigoureuse d'une publication obligatoire de l'enregistrement, lorsque les tiers ont eu connaissance de l'acte juridique d'enregistrement de la demande de titre. Seulement, le titulaire du droit ne doit pas seulement apporter la preuve que le tiers avait connaissance de l'enregistrement. Il faut constater l'aspect formel de l'information qui est transmise au tiers¹⁷⁷⁶. Imaginons une loi nouvelle qui imposerait un moyen unique de transmission. Toutes les demandes en justice introduites avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourraient pas être remises en cause pour autant. Il n'y a là qu'un aspect classique du principe de non rétroactivité, qui permet la sauvegarde d'un acte de procédure valablement formé sous le droit antérieur.

Seulement, on retrouve la flexibilité de la règle *tempus regit actum*, dès lors qu'est imaginée l'entrée en vigueur d'une règle plus favorable aux intérêts du titulaire du droit. Par exemple, selon l'article L. 121-5 du CPI, « *L'œuvre audiovisuelle est réputée achevée lorsque la*

¹⁷⁷⁵ La règle s'écrit alors : (A) i (DB).

¹⁷⁷⁶ Par exemple, il ne peut prétendre avoir procédé à une notification régulière, s'il se contente d'adresser au prétendu contrefacteur une lettre recommandée avec avis de réception mentionnant que la marque litigieuse a été déposée, sans joindre une copie de l'enregistrement.

version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs, et d'autre part, le producteur ». On retrouve cette présomption qui permet d'affirmer que l'œuvre est achevée à partir du constat suivant : un accord portant sur la version définitive de l'œuvre a pu être conclu. Imaginons une loi nouvelle qui remettrait en question l'importance de cet événement, réputé marquer « l'achèvement de l'œuvre ». Selon une analyse transitoire classique, tous les accords conclus sous l'empire de la loi du 11 mars 1957 devraient toujours garder cette signification juridique : l'œuvre est réputée achevée¹⁷⁷⁷. Dès lors que les éléments du présumé se seraient réalisés sous le droit ancien, l'auteur serait admis à se prévaloir de son droit moral, même sous l'empire de la loi nouvelle. Autrement dit, les nouveaux obstacles qui seraient ainsi posés ne pourraient lui être opposés. Dans ce cas de figure, il faut raisonner à la lumière de la notion de « situation juridique » déjà constituée.

Au contraire, imaginons que le législateur souhaite supprimer cette période de suspension des droits moraux de l'auteur. L'obstacle à l'exercice des droits serait levé et immédiatement les auteurs ayant créé sous le droit ancien recouvreraient une pleine maîtrise de leurs droits. Il est tentant alors de raisonner en termes de « loi de procédure ».

411. Quand il est difficile de raisonner en termes de droit transitoire - Le certificat d'utilité obéit à une procédure rapide et allégée, mais il ne pourra pas être statué sur un acte de contrefaçon sans que soit produit un rapport de recherche réalisé *a posteriori*. Le fondement est l'article L. 615-6 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷⁷⁸. Cette obligation de réaliser ce rapport est bien une condition qui est posée avant de pouvoir agir en contrefaçon. Cependant, toute analyse transitoire est paralysée parce que cette condition a été posée en même temps que l'édification du régime du certificat d'utilité lui-même.

Il est aussi possible de citer ici l'article L. 612-10 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle. Il est énoncé, à propos des inventions qui intéressent la défense nationale : « Une demande de révision de l'indemnité (...) peut être introduite par le titulaire du brevet à l'expiration d'un délai d'un an qui suit la date de jugement définitif fixant le montant de

¹⁷⁷⁷ Il faudrait alors rapprocher de cette analyse l'article L. 111-2 du CPI qui dispose : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». C'est le constat de la réalisation de la conception de l'auteur qui permet de déduire, dans un second temps, que l'œuvre a été entièrement réalisée. Ce raisonnement relativement abstrait sert toutefois d'une manière spécifique quand il est question de formes relevant de l'art contemporain. En effet, la « conception de l'auteur » semble parfois faire défaut en amont.

¹⁷⁷⁸ Avant que l'ordonnance du 11 décembre 2008 ne réécrive l'article L. 612-15 du Code de la propriété intellectuelle, quand le breveté avait opté pour un rapport de recherche différé, il devait néanmoins renoncer à cette requête avant d'exercer une action en contrefaçon.

l'indemnité ». Ce délai d'un an est bien une condition qui doit être remplie avant de pouvoir agir¹⁷⁷⁹. Il est cependant difficile de reconnaître une application transitoire particulière, puisque cette action a été introduite par la loi du 2 janvier 1968, en même temps que la procédure entière¹⁷⁸⁰.

On retrouve alors cette idée qu'un conflit de lois dans le temps suppose l'existence de deux normes concurrentes pour un fait ou un acte juridique unique. En l'absence de tout conflit, il n'y aurait pas de raison d'évoquer les mécanismes du droit transitoire¹⁷⁸¹. Au sein du domaine procédural, il convient de remarquer cette incertitude liée au caractère réellement inédit d'une règle d'apparence nouvelle. Par exemple, la directive du 29 avril 2004 prévoit une publicité du jugement par affichage ou par publication aux frais du contrefacteur¹⁷⁸². Cependant, cette pratique était déjà utilisée à cette époque par les juges comme mode de réparation¹⁷⁸³. Il s'agit à présent d'aborder une critique particulière au principe adopté en matière de recours en justice.

SECTION IV / La tentative d'un raisonnement par analogie spécifique au droit de la propriété industrielle

412. Peut-on s'inspirer des solutions transitoires classiques rendues dans le domaine procédural pour résoudre des conflits de lois dans le temps intéressant les formalités de protection propre à la propriété industrielle ?

Lorsque le législateur, au sein de la loi du 26 novembre 1990, annonce que le rejet de la demande de protection par un dessin ou modèle ne pouvait pas être prononcé tant que le déposant n'avait pas été préalablement invité à régulariser le dépôt ou à présenter ses observations, le mécanisme a été comparé à une sauvegarde des droits de la défense¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁷⁹ Il faut noter que cette procédure n'est pas utilisée en pratique.

¹⁷⁸⁰ V. les articles 25, 26 et 27 de la loi.

¹⁷⁸¹ V. P. FLEURY-LE-GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit interne privé*, préf. L. BACH et P. MAYER, Dalloz, 2005, vol. 43, n° 36, p. 20.

¹⁷⁸² V. l'article 15 de la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004.

¹⁷⁸³ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon : Propr. ind.* 2007, étude n° 22, spéc. p. 12 et 13.

¹⁷⁸⁴ A. FRANÇON, *Les modifications apportées par la loi du 26 novembre 1990 au régime des dessins et modèles* : *Gaz. Pal.* 1992, II, doct. p. 780.

Il est évident que la mise à l'écart du principe du contradictoire dans le cadre de certaines procédures pourrait laisser penser à recourir aux droits et principes posés par la CEDH. Par exemple, il ne serait pas nécessaire que le législateur précise que celui qui voit son dépôt refusé puisse jouir d'un recours.

Il est possible d'évoquer la loi du 2 janvier 1968, modifiée par la loi du 13 juillet 1978¹⁷⁸⁵. Le législateur prévoit la possibilité pour l'INPI de rejeter une demande de certificat d'addition. Cependant, il est prévu qu'avant le rejet de la demande, l'INPI doit dénoncer le vice au déposant. Ce dernier doit déposer une requête afin d'obtenir la transformation de sa demande de certificat d'addition en demande de brevet ou de certificat d'utilité dans un certain délai. En qualifiant la garantie procédurale ainsi acquise sous le droit antérieur de « droit acquis », la loi nouvelle qui viendrait anéantir ce bénéfice ne pourrait pas s'appliquer aux demandes de certificat déposées sous l'empire de la loi du 13 juillet 1978¹⁷⁸⁶.

Autre exemple, l'article L. 612-2 du Code de la propriété intellectuelle donne la liste des éléments que le déposant doit fournir pour obtenir la délivrance d'un titre de brevet. Cet article a été modifié par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008. L'objectif était de mettre le texte en conformité avec le Patent Law Treaty Act. Il en est résulté un assouplissement des règles de dépôt des demandes. La qualification de « loi de procédure » aurait permis de justifier l'application immédiate de la loi nouvelle aux demandes de protection en cours d'examen. Tant que la demande n'aurait pas été enregistrée, un régime plus souple aurait pu profiter au déposant.

En matière de recours en justice, la loi en vigueur au jour de la décision qui fait l'objet même du recours devrait, en principe, être retenue¹⁷⁸⁷. En droit des brevets, la Cour de cassation avait considéré que l'INPI n'était pas partie au recours formé contre ses décisions. Les arrêts de la Cour d'appel de Paris ne pouvaient être ni précédés ni suivis¹⁷⁸⁸ d'une autre intervention judiciaire¹⁷⁸⁹. Le décret n° 82-1000 du 23 novembre 1982¹⁷⁹⁰ ajouta un article 115-1 au décret

¹⁷⁸⁵ V. l'article 16, alinéa 2.

¹⁷⁸⁶ Cette solution pourrait être critiquée au regard de la discrimination ainsi créée entre les différents déposants, selon la date de leur demande. Plusieurs procédures pourraient, à la même époque, être valablement engagées devant l'INPI. Il faudrait alors souhaiter l'insertion d'une disposition transitoire afin de donner une certaine continuité aux différentes procédures engagées.

¹⁷⁸⁷ ROUBIER estime, à propos des voies de recours, que leur admissibilité « constitue une véritable qualité inhérente à la sentence elle-même » : P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 105, p. 564 ; E. ABITBOL, *Procédure civile, op.cit.*, p. 9 : « Les lois nouvelles ne s'appliquent pas non plus aux instances en cours : si elles concernent une règle de fond du droit, (...) si elles concernent la recevabilité d'un recours ». V. aussi : G. ROUJOU de BOUBÉE, *La loi nouvelle et le litige, article précité*, n° 13, p. 486. V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2010 : *JCP G* 2010, p. 623.

¹⁷⁸⁸ Dans l'hypothèse où le recours était positif.

¹⁷⁸⁹ Cass. com., 8 janv. 1980 : *PIBD* 1980, 255, III, 69 ; Cass. com., 16 févr. 1981 : *PIBD* 1981, 282, III, 137. Le directeur de l'INPI n'est pas partie à l'instance, dès lors que la Cour d'appel de Paris statue sur un recours formé

n° 79-822 du 19 septembre 1979¹⁷⁹¹, pour écarter certaines conséquences de l'analyse jurisprudentielle en vigueur. Il fut affirmé : « *Le pourvoi en cassation est ouvert tant à l'INPI qu'au demandeur. Le délai du pourvoi est de deux mois à compter de la notification prévue au 2^{ème} alinéa de l'article 114* ». Le décret nouveau avait bien pour objet une question de procédure, mais il constitua en réalité la négation d'une jurisprudence antérieure. Sur cette seule considération, le juge pouvait se sentir autorisé à faire une application étendue du texte, sans se soucier de la date de la décision judiciaire.

La partie II de l'article L. 613-22 du Code de la propriété intellectuelle a été abrogée par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008. Le premier alinéa de cette partie disposait : « *Le breveté peut, dans les trois mois suivant la notification de la décision, présenter un recours en vue d'être restauré dans ses droits s'il justifie d'une excuse légitime de non paiement de l'annuité* ». L'alinéa deux ajoutait : « *La restauration est accordée par le directeur de l'INPI sous réserve que la ou les redevances annuelles soient acquittées dans le délai prescrit par voie réglementaire* »¹⁷⁹².

Ce recours avait un caractère exceptionnel parce qu'il ne pouvait être exercé qu'en présence d'une déchéance causée par une absence de paiement des annuités¹⁷⁹³. Par suite, l'article L. 612-16 du Code de la propriété intellectuelle, dont la rédaction était plus générale, ne pouvait pas être invoqué. Cet article disposait avant la réforme de 2008 : « *Le demandeur qui n'a pas respecté un délai à l'égard de l'INPI peut présenter un recours en vue d'être restauré dans ses droits s'il justifie d'une excuse légitime et si l'empêchement a pour conséquence directe le rejet de la demande de brevet ou d'une requête, la perte de tout autre droit ou celle d'un moyen de recours* ». L'alinéa 2 précisait : « *Le recours doit être présenté au directeur de l'INPI dans un délai de deux mois à compter de la cessation de l'empêchement. L'acte non accompli doit l'être dans ce délai. Le recours n'est recevable que dans un délai d'un an à l'expiration du délai non observé* »¹⁷⁹⁴. Il faut noter que le décompte du délai à partir de la fin

contre les décisions prises par celui-ci, en application de l'article 19 de la loi du 2 janvier 1968. Par suite, il ne peut être appelé devant la Cour de cassation et doit être mis hors de cause.

¹⁷⁹⁰ Décret relatif au recours en cassation formé à l'encontre des arrêts de la Cour d'appel de Paris statuant sur les décisions du directeur de l'INPI en matière de marques et de brevets : *JORF* du 27 novembre 1982, p. 3603.

¹⁷⁹¹ Décret relatif aux demandes de brevets d'invention et de certificat d'utilité, à la délivrance et au maintien en vigueur de ces titres : *JORF* du 23 septembre 1979, p. 2370.

¹⁷⁹² En procédant à une analyse structurale de la règle juridique « ancienne », il faudrait écrire : *si* un recours est présenté dans le délai de trois mois à partir de la notification (A), que le breveté présente à ce moment une excuse légitime (A') et que les redevances sont acquittées dans le délai prévu (A''), *alors* (i) le breveté peut obtenir la restauration de son titre (B).

¹⁷⁹³ CA Paris, 10 sept. 1992 : *Ann. propr. ind.* 1994, p. 75.

¹⁷⁹⁴ Comme cet empêchement peut se prolonger dans le temps, une seconde « barrière » est prévue : un an à partir de l'échéance du délai non observé. Est retrouvé ici le mécanisme du « double encadrement » qui est préconisé dans le domaine de la prescription civile.

de l'empêchement est plus favorable au breveté que le décompte prévu à l'article L. 613-22 du Code de la propriété intellectuelle (à partir de la notification)¹⁷⁹⁵.

L'ordonnance du 11 décembre 2008 a réaménagé toute la procédure de restauration des droits du breveté¹⁷⁹⁶. La nouvelle rédaction de l'article L. 612-16 du Code de la propriété intellectuelle est aujourd'hui la suivante : « *Le demandeur qui n'a pas respecté un délai à l'égard de l'INPI peut présenter un recours en vue d'être restauré dans ses droits s'il justifie d'une excuse légitime et si l'inobservation de ce délai a pour conséquence directe le rejet de la demande de brevet ou d'une requête, la déchéance de la demande de brevet ou du brevet ou la perte de tout autre droit* ». ; « *Le recours doit être présenté au directeur de l'INPI dans un délai de deux mois à compter de la cessation de l'empêchement. L'acte non accompli doit l'être dans ce délai. Le recours n'est recevable que dans un délai d'un an à compter de l'expiration du délai non observé* » ; « *Lorsque le recours se rapporte au non paiement d'une redevance de maintien en vigueur, le délai non observé s'entend du délai de grâce prévu au second alinéa de l'article L. 612-19 et la restauration n'est accordée par le directeur de l'INPI, qu'à la condition que les redevances de maintien en vigueur échues au jour de la restauration aient été acquittées dans le délai prescrit par voie réglementaire* »¹⁷⁹⁷.

En somme, le breveté qui redoute la déchéance de son titre pour défaut de paiement des annuités doit se concentrer sur la date de départ du délai pour former son recours en restauration. Sous le « droit ancien », il disposait de trois mois suivant la notification de la décision. Sous le « droit nouveau », il dispose de deux mois à compter de la cessation de l'empêchement. Force est de constater que le nouveau point de départ est plus favorable aux intérêts du breveté, mais que la durée fixée est au contraire moins favorable à ceux-ci. D'un point de vue transitoire, il faut considérer que le point de départ du délai et sa durée forment un tout indissociable. Il convient donc de se concentrer sur ce point de départ et cet élément donne ensuite le délai à retenir.

¹⁷⁹⁵ Selon une analyse structurale, il faudrait écrire : *si* le recours est présenté dans un délai de deux mois à partir de la cessation de l'empêchement (A), que l'irrespect d'un délai à l'égard de l'INPI a une conséquence prévue dans la liste légale (A'), que le breveté présente une excuse légitime (A'') et que l'acte en question est accompli pendant le délai prévu (A'''), *alors* (i) ce dernier peut obtenir une restauration de son droit (B). Force est de constater que l'effet juridique est identique au sein des deux dispositions étudiées. Seuls les éléments du présumé changent.

¹⁷⁹⁶ En imaginant la disparition de toute possibilité de restaurer le titre de brevet, l'interprète pourrait être tenté de s'inspirer de la solution retenue dans le cadre d'un recours en justice. En ce domaine, c'est la loi en vigueur à la date de la décision du juge, objet d'un éventuel recours, qui doit être retenue. Il faudrait donc choisir la date du prononcé de la déchéance du droit de brevet pour retenir la loi applicable. Une déchéance constatée sous le droit « ancien » donnerait toujours au breveté la faculté d'exercer un recours. Il y aurait alors une certaine survie de la loi ancienne. Une déchéance constatée en revanche sous le droit « nouveau » ne donnerait lieu à aucun recours. La date d'octroi du brevet serait indifférente.

¹⁷⁹⁷ La structure de la règle juridique ne semble pas avoir été modifiée. *Si* certaines circonstances font craindre au titulaire du droit de brevet la perte de son titre (A), que celui-ci montre une relative bonne foi (« excuse légitime ») (A'), *alors* (i), lui est ouverte une faculté d'obtenir la restauration de son droit (B).

Enfin, dès lors qu'une notification aura été faite sous l'empire de la loi antérieure, le titulaire des droits pourra conserver le bénéfice de la durée des trois mois. La décision du directeur de l'INPI n'est pas, à strictement parler, le critère de rattachement de la loi nouvelle. Le principe qui demande de retenir la date de la décision judiciaire, objet du recours, n'est pas intuitivement appliqué.

Il convient de rappeler que le droit des marques a connu une modification de même nature relativement à la déchéance du droit pour défaut d'exploitation sérieuse du signe. Alors que la loi du 31 décembre 1964 prévoyait que la déchéance était encourue à défaut d'usage sérieux pendant les cinq années précédant la demande de déchéance, l'actuel article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 4 janvier 1991, prévoit que le délai s'applique à compter des derniers actes d'exploitation du signe¹⁷⁹⁸.

Affirmer que les lois qui modifient la procédure d'acquisition d'un droit de propriété industrielle sont assimilables aux lois qui ont pour objet la procédure judiciaire aurait pu permettre, par exemple, de justifier l'application rapide de la loi du 26 novembre 1990¹⁷⁹⁹. Cette loi permit d'alléger considérablement la procédure de dépôt prévue en droit des dessins et modèles par la loi du 14 juillet 1909¹⁸⁰⁰.

En conclusion, la qualification de « loi de procédure » devra être utilisée d'une manière stricte, sous peine de justifier de manière quelque peu artificielle une solution transitoire. Il est plus indiqué d'analyser dans le détail le problème transitoire posé plutôt que de solliciter le raisonnement par analogie.

413. Conclusion du Chapitre II – Il a été constaté que l'utilisation de la notion de « loi de procédure », selon sa signification transitoire, n'est pas très convaincante. Il semble que le droit de la propriété intellectuelle ne permet pas d'apprécier simplement cet outil traditionnel de résolution des conflits de lois dans le temps. Il est préférable pour l'interprète de vérifier ses « premières intuitions » à l'aide d'autres outils offerts par la théorie classique. Il faut se rendre à l'évidence, le droit de la propriété intellectuelle n'offre aucune méthode de

¹⁷⁹⁸ Cependant, si la marque n'a jamais été exploitée, le délai débute au jour de la publication au BOPI de la demande d'enregistrement. V. l'article R. 712-23 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁹⁹ V. l'article 6 de la loi. Le dépôt suppose l'identification du déposant et une reproduction des dessins ou modèles concernés.

¹⁸⁰⁰ V. les articles 5 et 6 de la loi. L'industriel était contraint de déposer deux exemplaires identiques d'un spécimen ou d'une représentation de l'objet revendiqué dans une boîte ou enveloppe hermétique revêtue d'un cachet et de la signature du déposant, ainsi que du sceau et du visa de l'INPI ou du greffé du tribunal de commerce.

résolution spécifique. L'interprète peut alors se rassurer en observant que la discipline n'a jamais été aussi homogène d'un point de vue procédural qu'aujourd'hui.

414. Conclusion du sous-titre II – La « loi de procédure » et la « loi d'ordre public » ne sont pas des qualifications permettant de justifier, en toute rigueur, une application temporelle précise de la loi nouvelle. Le risque est grand de voir le juge utiliser *a posteriori* ces outils. En ce sens, il a été constaté que l'interprète peut être amené à commettre des erreurs. L'ordre public est une notion qui trouve de trop nombreuses illustrations en droit de la propriété intellectuelle pour fonder un raisonnement transitoire objectif. L'ordre public apparaît à plusieurs niveaux au sein de la structure du droit de la propriété intellectuelle et il n'est pas opportun de faire un tri largement théorique entre ces manifestations diverses. L'interprète ne doit pas, non plus, être encouragé à se servir de la qualification de « loi de procédure ». L'intuition doit seulement servir de guide. Incontestablement, l'étude de la nature véritable de la règle nouvelle l'obligera à solliciter d'autres instruments transitoires. C'est pour cette raison que la qualification de « loi de procédure », utilisée seule, se révèle insuffisante pour garantir l'exigence de sécurité juridique.

415. Conclusion du titre II – La notion de droit acquis ne permet pas de délimiter précisément les limites d'une application immédiate de la loi nouvelle, quand la qualification de « situation juridique en cours d'effets » semble au contraire donner une image précise des conséquences d'une réforme au regard d'un monopole en cours de validité au jour de l'entrée en vigueur. La structure proposée par ROUBIER est intéressante en ce qu'elle donne une solution unique aux situations juridiques « en cours de formation », « en cours d'effets » ou en « cours d'extinction ». En droit de la propriété intellectuelle, cette vision des choses est avantageuse parce que le point de vue adopté sur la discipline, selon que la chose intellectuelle a vocation à profiter à son propriétaire ou a pour finalité de profiter au plus grand nombre au sein du domaine public, n'a pas d'importance. La solution transitoire est identique dans les deux cas.

Conclusion de la deuxième partie

416. Les principes généraux du droit transitoire sont plus faciles à mettre en œuvre quand il s'agit de dénoncer l'application rétroactive d'une loi nouvelle. Il suffit de constater l'atteinte à un droit acquis ou la remise en cause, *a posteriori*, de la naissance ou de l'extinction d'une situation juridique précise. Le droit de la propriété intellectuelle se prête plutôt bien à cet exercice. Cependant, quand il est question d'appliquer immédiatement une loi nouvelle, le risque d'erreur est plus grand.

S'agissant des qualifications transitoires appliquées aux normes issues de la loi nouvelle elle-même, la notion de « loi de codification » s'impose pour expliquer nombre de réformes en droit de la propriété littéraire et artistique. La qualification de « loi interprétative » reste opportune en ce qu'elle permet de souligner le travail inspiré du juge et l'effacement relatif du législateur. Cependant, sa définition impose de retrouver un texte légal antérieur dont la rédaction ambiguë est à l'origine d'une controverse notable. Le droit de la propriété intellectuelle montre parfois une norme très générale, voire évasive. Pour autant, les négligences rédactionnelles sont rares. Savoir si la qualification de « loi interprétative » peut être retenue lorsque le texte antérieur était seulement lacunaire est une question récurrente.

Il a été constaté que la qualification de « loi pénale plus douce » était d'un maniement difficile dès lors que l'on tentait de la transposer à des hypothèses nouvelles. En droit de la propriété intellectuelle, il faut garder une conception stricte de la norme pénale, sous peine d'introduire un débat sur le caractère favorable ou non d'une réforme. L'adoption d'un système rationnel de résolution des conflits de lois dans le temps interdit de donner une valeur à une vision subjective de la discipline. Le point de vue du titulaire du droit ne doit pas constituer une donnée essentielle du problème posé.

Au regard des qualifications attribuées à la loi nouvelle qui supposent une application immédiate de ses dispositions, la loi « de procédure » peut susciter des erreurs importantes et la loi « d'ordre public » est à l'origine d'incertitudes majeures. Il est préférable de décomposer avec patience les situations juridiques en cause, d'opter pour une analyse minutieuse des droits emmêlés présentés par l'espèce.

Au sein de cette seconde partie, il a été démontré que le raisonnement transitoire se nourrissait souvent du jeu combiné de plusieurs notions différentes. Pour comprendre les limites d'une

application immédiate de la loi nouvelle, la qualification de « droit acquis » est assurément insuffisante. La théorie des conflits de lois dans le temps, appliquée au droit de la propriété intellectuelle, présente une certaine spécificité lorsqu'il s'agit d'écrire la situation juridique, notion empruntée à la doctrine de ROUBIER. Il convient de considérer la situation juridique en tant qu'une : « titularité d'un droit exclusif sur une chose intellectuelle ». En considérant cette écriture, il est tentant de rattacher le droit de la propriété intellectuelle au droit des biens. L'« analyse réelle » de la propriété intellectuelle permet d'éviter de commettre l'erreur qui consiste à rechercher au sein de la loi la liste exacte des prérogatives que le titulaire du droit est en mesure d'exercer sur la chose. Par suite, toute loi nouvelle venue préciser la teneur du monopole ne vient pas nécessairement modifier les effets de la situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». Une vision des choses empruntée au droit des biens permet de discuter valablement le caractère inédit de la norme nouvelle.

Pour résoudre les problèmes transitoires en droit de la propriété intellectuelle, suffit-il de raisonner en termes de droits réels ? Au cours de cette étude, il a été remarqué que ce point de départ ne procure en réalité aucune satisfaction. « L'analyse réelle » encourage à se concentrer sur la chose intellectuelle, sur son statut, sur sa place au sein d'un « fond commun » ou d'un domaine public délimité. L'interprète qui est conduit à raisonner à partir de l'état de « chose réservée » de l'œuvre ou de l'invention, tend à ignorer les intérêts du titulaire du droit. Il a été démontré que le principe de sécurité juridique ne serait pas respecté s'il fallait élever l'analyse réelle au dessus des autres systèmes de résolution. Son efficacité séduisante n'est pas en accord avec l'exigence de prévisibilité du droit.

Conclusion générale

« Le droit vit. La loi, comme l'institution, est un véritable être. Elle meurt d'asphyxie si elle perd le contact avec la mouvante réalité. Ce qui revient à dire, ou à peu près, qu'une loi techniquement trop parfaite serait un monstre. Et ce n'est pas assurément une boutade »¹⁸⁰¹.

417. Au début de cette étude, il s'agissait de décrire une démarche. L'interprète, quelle que soit la matière juridique envisagée, recherche le sens de la loi nouvelle. La transmission claire du message qu'elle contient, réponse à un besoin de droit préexistant, suppose un texte de qualité. Il est évident qu'une loi parfaite ne demanderait aucun effort de compréhension.

Le champ d'application temporel d'une loi s'entend comme les confins d'un territoire au-delà desquels ses normes ne peuvent plus être invoquées. Il est indéniable que l'application d'une loi dans le temps participe du message délivré par le législateur. L'interprète entend la connaître par une seule lecture du texte légal. Au demeurant, une loi parfaite décrirait elle-même son influence sur l'ordonnement juridique existant. L'indication donnée par le législateur serait claire. Les notions utilisées seraient choisies pour leur transparence.

418. L'analyse des dispositions transitoires propres à la propriété intellectuelle montre que l'imprécision n'a caractérisé que les « clauses de rétroactivité »¹⁸⁰². Cependant, l'impossibilité dans laquelle se trouve l'interprète de prévoir les limites exactes de l'empire de la loi nouvelle a pour cause l'inquiétude que suscite la rétroactivité elle-même. Autrement dit, point de loi parfaite quand il s'agit de déroger au principe de l'article 2 du Code civil !

Le droit de la propriété intellectuelle rejoint toutes les branches juridiques dans ce même mouvement de recul face à cette fiction exceptionnelle. Circonscrire la rétroactivité, même expressément souhaitée par le législateur, n'est jamais une tâche facile. En droit de la propriété intellectuelle, le législateur a parfois été contraint de faire rétroagir la loi nouvelle

¹⁸⁰¹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. de P. ROUBIER, Dalloz, réédition. présentée par M.-A. FRISON-ROCHE, 2002, n° 17, p. 20.

¹⁸⁰² V. *supra*, n° 81 et s.

parce que l'harmonisation européenne fit de cette dérogation au principe de sécurité juridique une nécessité. C'est notamment pour cette raison que le droit de la propriété intellectuelle ne donne pas de réel exemple de tâtonnements laborieux sur le thème de la rétroactivité. Certes, la sauvegarde des prorogations de guerre fut une question largement débattue, mais le problème était bien plus relatif à la légitimité d'un mécanisme d'abrogation implicite de la loi ancienne.

419. Il faut retenir que les dispositions transitoires du droit de la propriété intellectuelle favorisent une application étendue de la loi nouvelle. Le législateur prend également conscience de la difficulté de passer d'un régime à un autre. Il se montre didactique et anticipe des divergences probables de jurisprudences¹⁸⁰³. En somme, l'intervention du législateur est motivée par l'orchestration d'un mouvement de réforme. Il s'agit plus rarement d'arranger une survie de la loi ancienne.

420. En l'absence d'indication précise du législateur, l'interprète est amené à utiliser les canons du droit transitoire. Comme dans toutes les disciplines juridiques, les écueils signalés par la doctrine et l'embarras du juge, lors du choix d'une qualification transitoire, sont corrélatifs. Par exemple, l'hésitation sur la nature impérative ou pénale de la norme nouvelle constitue le signe d'une jurisprudence fluctuante. Dans ce cadre, l'accessibilité et la prévisibilité du droit ne sont plus garanties.

C'est ainsi qu'il apparaît que la tâche de qualification de l'interprète, selon les canons du droit transitoire, est essentielle. La solution va dépendre en partie du « succès » d'une approche doctrinale et de sa reprise par la source jurisprudentielle¹⁸⁰⁴. En droit de la propriété intellectuelle, une qualification s'est révélée particulièrement « vivante », celle de « loi interprétative »¹⁸⁰⁵. Cette qualification semble permettre de comprendre le choix d'une application étendue de la loi nouvelle par le juge, dès lors qu'il s'agit d'entériner une conquête jurisprudentielle. En droit de la propriété intellectuelle, le rôle de cette qualification se comprend parfaitement au regard de l'évolution « naturelle » du pouvoir du propriétaire, en

¹⁸⁰³ V. *supra*, n° 71 et s.

¹⁸⁰⁴ J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps*, article précité : n° 69, p. 321, note 117. Le doyen HÉRON citait la conclusion des auteurs MARTY et RAYNAUD : « Les directives qui viennent d'être tracées permettent d'apercevoir à quel point peuvent être délicates les questions à résoudre en matière de conflits de lois dans le temps, selon les éléments que l'on fait prévaloir dans une situation souvent complexe ; en d'autres termes, suivant la qualification que l'on adopte, on aboutit à des résultats différents ».

¹⁸⁰⁵ V. *supra*, n° 242 et s.

fonction des utilités de la chose réservée. Le juge est le premier témoin de cette évolution. Le législateur ne fait que rappeler les prolongements d'un rapport d'exclusivité qui unit une création et le « maître légitime » de celle-ci. Ce constat est d'ailleurs possible dès lors que toute chose intellectuelle peut être envisagée comme étant issue d'un acte créatif¹⁸⁰⁶. Certes, les lois interprétatives doivent être distinguées, en toute rigueur, des lois « de codification », avec lesquelles elle partagent un champ d'application temporel infini. L'interprète ne peut être certain d'être en présence d'une loi interprétative qu'en diagnostiquant au préalable un texte normatif à la rédaction défectueuse. Il faut se rendre à l'évidence, cette condition est rarement remplie en droit de la propriété intellectuelle, parce qu'un simple silence ne peut faire office d'ambiguïté manifeste. Pourtant, il est difficile de dénombrer toutes les décisions judiciaires par lesquelles le juge fait le choix de la loi nouvelle, sans préciser la justification de ce qui est, en réalité, une application rétroactive de la norme. C'est pour cette raison que la qualification de « loi de codification » devrait être utilisée par le juge, afin de signifier clairement à l'interprète de la loi sa vision des choses. Si le juge estime que le législateur ne fait que systématiser le réel ou se contente de répondre à la jurisprudence antérieure¹⁸⁰⁷, il doit faire connaître son opinion. La clarté du raisonnement transitoire est une priorité.

Un problème essentiel retient en effet l'attention en droit de la propriété intellectuelle : il est difficile de savoir dans quelle mesure la règle nouvelle est réellement « une nouveauté ». Par exemple, le calcul des dommages et intérêts¹⁸⁰⁸, nécessité par l'exercice d'une action en contrefaçon, de même que l'invocation « à temps » d'un droit à l'information, sont des réformes qui ont suscité des hésitations de nature transitoire¹⁸⁰⁹. Ces questions concrétisent une incertitude théorique relative à la normativité de la règle de droit. De même, est-il possible de dater l'apparition de cette réserve relative à la marge de liberté du créateur dans un domaine industriel ou technique donné ?

C'est en menant ce type de réflexions que le poids des directives européennes apparaît d'ailleurs dans toute son importance¹⁸¹⁰. Les différences entre le « droit ancien » et le « droit nouveau » s'effacent fatalement devant l'obligation du juge d'interpréter le droit national à la

¹⁸⁰⁶ Le droit des marques est souvent perçu comme le fruit d'une occupation d'un signe, procédé qui exclut toute démarche créative. Cette vision des choses ne correspond pas à la réalité. L'industriel crée un lien particulier entre un produit et un signe. C'est ce lien qui est en mesure de jouer un rôle efficace dès lors qu'il est nouveau ou original.

¹⁸⁰⁷ V. *supra*, n° 260 et s.

¹⁸⁰⁸ S'agissant de l'attribution des bénéfices réalisés par le contrefacteur au titulaire du droit : M. COUSTÉ et F. GUILBOT, *Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France : du jardin à la française à l'Eldorado américain ? : article précité*, p. 18.

¹⁸⁰⁹ Pour le droit à l'information : C. LE STANC, *La loi nouvelle de lutte contre la contrefaçon : premières vues : Propr. ind. 2007*, repère n° 11.

¹⁸¹⁰ V. *supra*, n° 285 et s.

lumière des directives. Même la date limite de transposition des directives ne devrait plus représenter cette échéance décisive, dans la mesure où les enseignements des directives européennes nouvelles peuvent toujours s'interpréter comme autant de commandements aussitôt adressés au juge. Par exemple, est-il raisonnable de dire que seuls les actes de contrefaçon réalisés après le 29 octobre 2006, date limite de transposition de la directive du 29 avril 2004, pouvaient donner lieu à l'évaluation des dommages et intérêts selon les critères nouveaux ?

En somme, le droit de la propriété intellectuelle, par la nature des droits subjectifs concernés et par l'influence grandissante du droit européen, est un terrain d'élection sans pareil pour la qualification de « loi de codification ». Certes, l'expression de « loi interprétative » pourrait être conservée, mais il faudrait alors donner à la condition relative au texte obscur précédent une définition nouvelle.

421. Il a également été constaté que la qualification de « loi d'ordre public » ne devrait plus être utilisée en droit de la propriété intellectuelle¹⁸¹¹. En effet, l'ordre public permet à cette discipline de garder des frontières nettes à l'égard d'un droit des biens tentaculaire. Il permet aussi de garder une étanchéité bienvenue entre chacune des protections offertes par le Code de la propriété intellectuelle. De plus, la jurisprudence a plusieurs fois témoigné sa réticence à donner une valeur transitoire à la loi impérative dans le domaine contractuel. Par conséquent, il n'est pas conforme à l'exigence de sécurité juridique d'opérer des gradations, qui ne sont en réalité comprises par personne, entre les normes plus ou moins impératives, intéressant plus ou moins fortement l'intérêt général.

D'autre part, tout juriste connaît le principe de survie de la loi ancienne, tout étudiant conçoit une exception pour les lois d'ordre public. Soit cette qualification est définitivement abandonnée et c'est au juge de rendre celle-ci désuète ; soit une définition claire des lois impératives doit apparaître dans la justification de chaque solution transitoire adoptée. Cette délicatesse du juge a pu être constatée pour les lois interprétatives, la conservation de la catégorie transitoire des lois d'ordre public ne devrait être conçue que de cette manière. Dans le domaine précis du droit de la propriété intellectuelle, son maniement ne serait qu'artificiel, tant la tâche de définition d'un « ordre public transitoire » serait une entreprise pénible. La discipline compte déjà plusieurs types d'ordre public et l'un d'eux constitue le fondement même d'une séparation d'avec la propriété de l'article 544 du Code civil.

¹⁸¹¹ V. *supra*, n° 388 et s.

422. Quant à la qualification des lois pénales, elle montre une existence propre qui n'est pas spécialement enrichie à la suite des découvertes de son utilisation en droit de la propriété intellectuelle¹⁸¹². Assurément, cette discipline montre des incertitudes sur le choix d'une nature civile ou pénale de la sanction à apporter à l'acte de contrefaçon. Cependant, ces tâtonnements n'intéressent que modérément le droit transitoire. La création d'une sanction pénale obéit au principe de la légalité des délits et des peines. L'abandon d'une sanction pénale permet au juge de faire jouer la rétroactivité *in mitius*. Le droit de la propriété intellectuelle ne montre alors aucune spécificité notable.

423. Enfin, la qualification de « loi de procédure » doit être utilisée avec les plus grandes précautions. En effet, la distinction des pures « lois de forme » et des « lois de fond » est ici, comme ailleurs, d'un maniement délicat¹⁸¹³. En somme, il est préférable de raisonner en termes de « critères de rattachement » si le problème se présente simplement. Lorsque la question s'avère au contraire d'une approche difficile, la méthode du doyen HÉRON peut être choisie. Il suffira de décomposer selon une écriture qui se veut scientifique les éléments déterminants du syllogisme posé par la règle nouvelle.

424. Il faut alors rappeler que la jurisprudence et la doctrine ont établi différents systèmes de résolution des conflits de lois dans le temps, reposant pour partie sur la qualification de la loi nouvelle et pour partie sur la qualification d'éléments saillants de l'espèce envisagée.

À cet endroit, le droit de la propriété intellectuelle montre une résistance intéressante à toute première tentative de vulgarisation. Affirmer la nature du droit de propriété intellectuelle avec lequel nous sommes en présence, c'est déjà prendre position, opter pour une approche doctrinale existante. Comme le parti pris en amont est toujours discutable, le raisonnement transitoire qui en découle est imparfait. Autrement dit, il est impossible de débarrasser le droit de la propriété intellectuelle de ses difficultés spécifiques, afin de rendre l'approche de ses conflits de lois dans le temps d'une simplicité raisonnable.

Dans l'objectif de respecter les contours si particuliers de la discipline et dans l'idée de trouver un moyen d'envisager le droit de la propriété intellectuelle comme un corps de règles

¹⁸¹² V. *supra*, n° 224 et s.

¹⁸¹³ V. *supra*, n° 406 et s.

unique, le droit des biens semblait naturellement s'imposer. Il aurait suffi de traduire l'apport de la loi nouvelle en termes d'augmentation ou de diminution des prérogatives ayant la chose réservée pour objet. Cette chose est spécialement visée par le législateur comme étant susceptible d'être protégée lors de la création d'un droit de propriété intellectuelle. C'est pour cette raison qu'il est possible d'évoquer une « chose intellectuelle ». Il est alors manifeste que le dénominateur commun à toutes les protections offertes par le Code de la propriété intellectuelle est la réservation d'une chose intellectuelle dotée d'une valeur. Par suite, devant la complexité du droit transitoire, il serait largement appréciable de trouver un droit de la propriété intellectuelle homogène et lisse.

D'un point de vue théorique, cette démarche est légitime. Une chose intellectuelle est réservée dans tous les cas et les prérogatives du titulaire du droit évoluent d'elles-mêmes avec les utilités de la chose. L'analyse « réelle » du droit de la propriété intellectuelle a pour avantage de mettre en valeur un rapport d'appropriation exclusive d'une durée déterminée. Autrement dit, les droits de propriété intellectuelle présentent une structure identique et ne peuvent faire l'objet que d'un nombre restreint de modifications. La teneur des prérogatives, le temps pendant lequel ces prérogatives peuvent être exercées : voilà résumé l'objet de toutes les lois nouvelles et « passées » !

Ceci acquis, tous les conflits de lois dans le temps pourraient ainsi être résolus selon une méthode qui aurait pour particularité d'une part, de rattacher le droit de la propriété intellectuelle au droit des biens, et, d'autre part, de fondre tous les particularismes présents au sein du Code de la propriété intellectuelle. Par conséquent, une source d'inspiration multiséculaire, couplée à une unité bienvenue des solutions, faciliterait grandement le travail du juge et de l'interprète en général.

Il est apparu souhaitable de vérifier, à chaque fois qu'un conflit de lois dans le temps nous en donna l'occasion, si une « analyse réelle » ne laissait pas entrevoir une nouvelle manière d'appréhender les questions transitoires propres au droit de la propriété intellectuelle. Cette approche suppose de se concentrer uniquement sur la chose réservée par un droit de propriété intellectuelle. Il a été constaté qu'en raisonnant en termes de « statut de la chose », il est toujours possible de justifier l'application automatique de toute réforme aux monopoles « en cours d'existence » au jour de l'entrée en vigueur. Toute modification des prérogatives du titulaire du droit serait automatiquement applicable dès cette date.

C'est alors que l'« approche réelle » montre certaines imperfections au regard de l'exigence de sécurité juridique. Il s'agit d'être vigilant et de ne pas confondre des évolutions factuelles

avec des transformations progressives de l'ordonnement juridique. L'idée que la nature immatérielle de l'objet du droit a pour corollaire la nécessité de définir précisément les prérogatives du titulaire du monopole doit être rejetée. Les prérogatives du « maître légitime » de la chose évoluent en même temps que la chose elle-même. En effet, celle-ci peut susciter avec le temps de nouvelles convoitises. Des utilités inédites peuvent être découvertes, sa valeur est variable. Cependant, dès lors que le législateur annonce une réduction pour l'avenir de ces prérogatives, la décision arbitraire qui rend le public en mesure de jouir de la chose d'une certaine façon devrait également concerner le titulaire « actuel » du monopole, pourtant acquis bien des années auparavant. De plus, ce monopole a pu faire l'objet de conventions avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Immanquablement, le titulaire du droit ne serait plus en mesure d'opposer aux tiers des prérogatives qu'il considérerait pourtant comme définitivement conquises. En définitive, l'analyse réelle postule une application spontanée de la loi nouvelle à tous les monopoles « en cours de validité » et cette efficacité de la réforme a des aspects redoutables. Dès la date d'entrée en vigueur de la réforme, le monopole concerné serait automatiquement diminué.

Le pire est encore à venir. L'« analyse réelle » du droit de la propriété intellectuelle est susceptible de légitimer l'entrée immédiate de la chose intellectuelle dans le domaine public, voire même ultérieurement, son retour soudain dans le « domaine de l'appropriable ». Il est indéniable que cette solution pourrait être vécue par le titulaire du droit comme une expropriation injuste. De toute évidence, l'exigence de sécurité juridique n'est pas satisfaite dans ces hypothèses. La chose intellectuelle serait exposée en permanence aux réformes successives. Selon une égalité rigoureuse, toutes celles qui seraient visées par le législateur répondraient à un régime unique. Seulement, les espérances légitimes du titulaire du droit seraient violemment sacrifiées et tout contractant serait évidemment en proie à de vives inquiétudes. Finalement, l'équilibre contractuel ne tiendrait pas à grand-chose.

Le bilan ne paraît donc pas favorable à l'utilisation de cette « analyse réelle », qui tend à se concentrer sur le statut de la chose spécialement protégée par un droit de propriété intellectuelle¹⁸¹⁴. Le désir de donner une solution uniforme à l'ensemble des conflits de lois dans le temps rencontrés en droit de la propriété intellectuelle ne peut être satisfait en s'inspirant d'une logique tirée du droit des biens. Le cas échéant, il faudrait opérer une simplification caricaturale des régimes juridiques en cause, et surtout, sacrifier les intérêts des titulaires de droit sur l'autel de la nouveauté de toute réforme à venir.

¹⁸¹⁴ V. *supra*, n° 387 et s.

425. Ensuite, il a été constaté à maintes reprises au cours de cette étude que l'utilisation des notions propres au « droit transitoire commun » comporte des avantages indéniables. La souplesse notoire des solutions proposées, l'adoption d'un langage commun à toutes les disciplines, constituent autant d'éléments qui permettent à l'interprète d'avancer en toute sérénité. En tout premier lieu, la notion de « droit acquis » permet *a priori* de cristalliser certains intérêts légitimes lorsqu'il est question de rétroactivité. Il est incontestable que cette qualification a pour vertu de donner au néophyte une image précise du domaine réservé de la loi ancienne¹⁸¹⁵. Cependant, il faut admettre que l'expression « sauvegarde des droits acquis » fait bien souvent office de paravent. Sous le couvert d'un principe irréfutable de justice qui interdit au législateur de modifier impunément la composition du patrimoine des sujets de droit, la loi ancienne est choisie sans plus de justifications. Cette observation se confirme en droit de la propriété intellectuelle¹⁸¹⁶. De plus, la notion de « droit acquis » perd beaucoup de sa superbe quand il s'agit de déterminer les limites d'une application seulement immédiate de la loi nouvelle¹⁸¹⁷. Il a été constaté que la notion de « droit acquis » n'est pas en mesure d'expliquer l'application automatique d'une loi nouvelle à des droits de propriété intellectuelle « en cours d'existence » au jour de son entrée en vigueur.

Il faut alors admettre que la notion de « situation juridique », dès lors qu'elle est patiemment isolée, révèle toutes les qualités d'une qualification juridique sécurisante. La situation juridique « titularité d'un droit de propriété intellectuelle » doit être correctement isolée. Son effet principal est d'assurer l'opposabilité, pendant un temps donné, d'un rapport d'appropriation. L'application rétroactive de la loi nouvelle peut être cette fois nettement distinguée d'une simple application immédiate de ses dispositions¹⁸¹⁸. De plus, suivant la construction savante du doyen ROUBIER, le domaine contractuel acquiert nettement son autonomie. En outre, certaines dispositions transitoires trouvent une signification dans une mise à l'écart, effectuée en amont par le législateur, des conséquences d'une application immédiate de mesures défavorables aux titulaires des droits¹⁸¹⁹. Il suffit de penser à la réforme opérée en droit des dessins et modèles en 2001.

¹⁸¹⁵ V. *supra*, n° 139 et s.

¹⁸¹⁶ V. *supra*, n° 142 et s.

¹⁸¹⁷ V. *supra*, n° 300 et s.

¹⁸¹⁸ V. *supra*, n° 161 et s. pour l'application rétroactive de la loi nouvelle ; V. *supra*, n° 305 et s. pour l'application immédiate de la loi nouvelle.

¹⁸¹⁹ V. *supra*, n° 330 et s., spéc. n° 332.

426. Il est vrai que la théorie de ROUBIER montre certaines nuances, dont la subtilité est affirmée par l'auteur lui-même. L'illustration idéale de ce constat est relative à la suppression pour l'avenir d'une situation juridique. Cette mesure ne doit pas obéir à une application immédiate pourtant applicable à la diminution future des effets juridiques d'une situation juridique. En ce sens, un changement brutal de l'ordonnement juridique peut être évité. Cette vision des choses est parfaitement transposable au droit de la propriété industrielle, lorsque le législateur procède à la suppression définitive d'un titre¹⁸²⁰. Le titulaire d'un droit existant au jour de l'entrée en vigueur de la réforme conserve son monopole et peut toujours l'opposer aux tiers durant toute sa durée de validité. En effet, à défaut de disposition transitoire, le titulaire du droit peut se prévaloir de l'intention du législateur, qui n'a été que de modifier la manière dont les utilités d'une chose peuvent être réservées à son maître légitime. Toute réserve de cette chose n'étant pas interdite dans l'absolu.

À ce titre, il faut suivre le doyen ROUBIER, qui conseille à l'interprète de se poser la question suivante : le législateur a-t-il voulu supprimer la situation juridique elle-même ou a-t-il seulement supprimé une manière particulière de constituer cette situation juridique ?

En affirmant que le droit des biens constitue toujours un moyen de réserver, par défaut, les utilités d'une chose intellectuelle, les droits de propriété intellectuelle supprimés pour l'avenir pourraient « survivre » jusqu'à l'arrivée de leur terme. En somme, il faudrait combiner la doctrine de ROUBIER avec cette idée selon laquelle toute chose utile et rare peut être l'objet d'une appropriation exclusive sur le fondement de l'article 544 du Code civil. Finalement, une solution respectueuse de l'exigence de sécurité juridique semble naturellement découler de connaissances déjà maîtrisées par un non spécialiste du droit de la propriété intellectuelle.

Il faut noter que la doctrine développée par le doyen HÉRON confirme dans de nombreux cas de figure une intuition de départ. La complexité du droit de la propriété industrielle ne résiste pas à cette vision rationnelle des changements apportés par toute loi nouvelle¹⁸²¹. L'exigence d'une totale objectivité dans la résolution des conflits de lois dans temps est souvent empêchée par un ensemble de parti-pris. L'analyse structurale de la règle permet de s'en départir et de se concentrer sur le syllogisme dans toute sa pureté. L'exemple des œuvres posthumes a montré toute l'utilité de cette démarche¹⁸²².

¹⁸²⁰ V. *supra*, n° 342 et s.

¹⁸²¹ V. par exemple : *supra*, n° 330.

¹⁸²² V. *supra*, n° 316.

427. En conclusion, il est bien difficile de terminer par une liste des règles transitoires « grises » à éviter et des principes « noirs » à bannir. En un mot, la théorie des droits acquis ne semble pas correspondre aux spécificités du droit de la propriété intellectuelle, alors que la qualification de « situation juridique » répond aux attentes d'un interprète patient et connaisseur de la nature des monopoles. Le droit de la propriété intellectuelle en sort-il changé ?

Le droit des dessins et modèles accuse certains défauts que le juriste habitué à la lecture du livre V du Code de la propriété intellectuelle reconnaît déjà comme inhérentes à cette protection. L'incertitude qui a pu caractériser l'identification des conditions de réservation de la chose a des répercussions évidentes en droit transitoire. Cependant, aucun outil de la théorie classique des conflits de lois dans le temps ne peut servir à éviter ce type d'obstacle rencontré en amont. Le droit des brevets montre une adaptabilité manifeste au système proposé par le doyen ROUBIER et il est notable que ce droit contient une parfaite illustration d'une loi pénale plus douce. Le droit d'auteur se remarque par son régime dérogatoire de principe à toute logique de protection de l'investissement, par ses luttes internes relatives au critère de la forme protégeable et à son droit moral, irréductible aux catégories juridiques. De plus, le droit d'auteur montre la relative inefficacité de la qualification de « loi de procédure », les questions entourant la compétence du juge n'ayant pu être résolues par son utilisation seule¹⁸²³.

Cette étude sur le droit transitoire aura pour mérite de rapprocher deux régimes qui n'entretiennent *a priori* aucune relation particulière. Il convient de signaler un point commun au droit des marques et au droit d'auteur, relativement aux difficultés d'application des principes proposés par le doyen ROUBIER. Afin d'éviter d'appliquer la loi nouvelle de façon rétroactive, ROUBIER propose d'empêcher toute application de ses normes aux situations juridiques déjà constituées, quand la loi nouvelle a justement pour objet de modifier ses conditions de formation. La valeur de l'œuvre est sujette à des évolutions au cours de son existence, comme le caractère distinctif du signe choisi par l'industriel. Dans les deux cas de figure, le juge peut être tenté de faire application de la loi en vigueur au jour de la résolution du litige et de ne pas respecter la démarche proposée par ROUBIER. Autrement dit, au lieu de se référer au jour de la création de l'œuvre ou au jour du dépôt de la demande d'enregistrement de la marque, le juge appliquerait une loi nouvelle entrée en vigueur entre

¹⁸²³ V. *supra*, n° 404 et s.

cette date et celle du jugement¹⁸²⁴. Or, en droit des marques, cette solution est autorisée par le législateur dans un cas de figure bien précis. Comme le signe peut acquérir par l'usage ce caractère distinctif, la réservation de la chose intellectuelle est « validée » avec le temps. Par suite, la loi nouvelle qui modifierait les critères d'appréciation du caractère distinctif serait logiquement prise en compte par le juge.

Cependant, le droit d'auteur ne présente aucune règle légale permettant de considérer l'évolution de l'originalité de l'œuvre. Par conséquent, rien n'autorise le juge à retenir une loi différente de celle en vigueur au jour de la création de l'œuvre. La jurisprudence rendue en juillet 2000 témoigne d'une démarche hâtive qui n'opère aucune distinction entre les conditions de constitution d'une situation juridique (la création d'une forme originale) et les conditions qui permettent de qualifier une atteinte au monopole (l'acte de contrefaçon). Dans cette hypothèse, l'un des effets essentiels de cette situation juridique est en cause, l'opposabilité *erga omnes* du rapport d'exclusivité. Le non spécialiste aura peut-être tendance à oublier d'ailleurs que la solution spéciale du droit d'auteur concerne les logiciels ainsi que les bases de données. Dans ces domaines, il ne semble pas tout à fait approprié d'évoquer une originalité immuable propre aux œuvres des Beaux-arts. Le raisonnement est beaucoup plus proche de la nouveauté absolue requise pour les inventions. Seulement, en droit d'auteur, aucun « titre » ne protège la chose contre toute divulgation ultérieure.

Cette solution est d'autant plus inopportune que les conditions de protection posées par le droit d'auteur ne sont pas immuables. Par exemple, aujourd'hui, le fait de donner à un objet une destination différente de sa destination habituelle ne peut ouvrir droit à la protection, sauf si ce changement de destination aboutit à une modification de la forme¹⁸²⁵. De même, officiellement, le simple choix est aujourd'hui insusceptible d'appropriation au titre du droit d'auteur¹⁸²⁶. Or, dans le domaine de l'art contemporain, il est parfois difficile de deviner les contours de la création, en considérant seulement les limites actuellement posées à la protection sur le fondement du livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Si à l'avenir il devait en être autrement, il s'agirait de revenir à la construction théorique du doyen ROUBIER, afin d'éviter toute application rétroactive des textes légaux. Il faudrait toujours vérifier la validité du droit dans un premier temps. Dans un second temps, il faudrait observer les conditions qui permettent de retenir la qualification d'acte de contrefaçon. Il s'agit

¹⁸²⁴ V. *supra*, n° 206.

¹⁸²⁵ V. par exemple, pour un modèle : CA Paris, 26 janv. 1956 : *Ann. propr. ind.* 1957, p. 333 ; CA Douai, 25 févr. 1981 : *Ann. propr. ind.* 1981, p. 94.

¹⁸²⁶ V. par exemple : CA Paris, 4 oct. 1995 : *JCP E* 1996, I, 562, n° 3, obs. F. GREFFE.

seulement de respecter ces deux étapes. L'erreur consiste à apprécier directement les conditions de validité du droit au jour de la violation présumée du monopole par un tiers. La sécurité juridique est au prix de l'adoption de la démarche sécurisante proposée par ROUBIER.

428. Selon une approche issue du droit transitoire, le droit de la propriété intellectuelle n'apparaît toujours pas homogène. Cependant, il n'en montre pas moins une autonomie certaine. Comme il n'est pas envisageable de lui dessiner des critères de résolution des conflits de lois dans le temps adaptés à sa nature particulière, il faut s'en retourner à l'étude de la doctrine du doyen ROUBIER.

BIBLIOGRAPHIE

I / OUVRAGES GÉNÉRAUX

ABITBOL E., *Procédure civile (capacité 2^{ème} année)*, Les cours de droit, 1868-1869, Paris.

AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, Sirey, 13^{ème} éd., 2010.

AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil*, 5^{ème} éd., 1877, t. 1.

AUBRY C., *Droit civil français, sous la dir. de A. PONSARD*, Librairies techniques, 1989.

BERGEAL C., *Rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 6^{ème} éd., 2008.

BEUDANT C., *Cours de droit civil : Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, Rousseau, 1896.

BOULOC B., *Droit pénal général*, coll. Précis Dalloz, 20^{ème} éd., 2007.

CAPITANT H., *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pédone, 5^{ème} éd., 1929.

CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Défrénois, 2^{ème} éd., 1995.

CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction, les personnes, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, 2004, vol. 1.

CHABOT DE L'ALLIER G.-A., *Questions transitoires sur le Code Napoléon, relatives à son autorité sur les actes et les droits antérieurs à sa promulgation*, Dijon, V. Lagier, 2^{ème} éd., 1829, t. 2.

CHAUVEAU A. et FAUSTIN H., *Théorie du Code pénal*, Bruxelles, 1837, t. 1.

CORNU G., *Les définitions dans la loi, L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998.

CORNU G., *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, coll. Domat, droit privé, 13^{ème} éd., 2007.

DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre Ier, sect. I, XII et XII, 1777.

DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2010.

DUPIN A.-M.-J.-J., *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Bruxelles, 1835.

BIBLIOGRAPHIE

- FLOUR J. et AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, collectifs*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010.
- GAUDEMET E. et DESBOIS H., *Théorie générale des obligations*, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz 2004.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, LGDJ, 1995, 2 tomes.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., sous la dir. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.
- GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M., *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2001.
- GHESTIN J., BILLIAU M., LOISEAU G., *Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2005.
- GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, coll. Précis Dalloz, 30^{ème} éd., 2010.
- HÉRON J., *Principes de droit transitoire*, Dalloz, coll. Philosophie et Théorie générale du droit, 1996.
- HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, par T. LE BARS.
- JULIEN P. et FRICERO N., *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2009.
- MAILHER DE CHASSAT M.-A., *Traité de la rétroactivité des lois ou Commentaire approfondi du Code civil*, Paris, A. Dunand, 1845, 2 vol.
- MALAURIE P. et MORVAN P., *Introduction générale, Droit civil*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009.
- MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois-Lextenso, 3^{ème} éd., 2010.
- MERLIN P.-A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 5^{ème} éd., 1825.
- MERLIN P.-A., *Recueil alphabétique de questions de droit qui se présentent le plus souvent dans les tribunaux*, Garnery, 1827-1830, 8 vol.
- MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. de P. ROUBIER, Dalloz, rééd. présentée par M.-A. FRISON-ROCHE, 2002.
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 9^{ème} éd., 2008.
- PÉRELMAN C., *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999.

- RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil, d'après le traité de PLANIOL M., Introduction générale, organisation judiciaire, institutions juridiques, les familles, État, famille, incapacité*, LGDJ, 1956-1959, t. 1.
- RIPERT G. et PLANIOL M., *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1963.
- ROUBIER P., *Le droit transitoire (les conflits de lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005.
- RUBEN DE COUDER J., *Dictionnaire de droit commercial industriel et maritime*, Paris, 3^{ème} éd., 1880, t. 5.
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dalloz, 1959, 2^{ème} série.
- STARCK B. et BOYER H., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} éd., 2000.
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009.
- TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, coll. Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2009.
- ZÉNATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008.

II / OUVRAGES SPÉCIAUX

- AZÉMA J. et GALLLOUX J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006.
- BERENBOOM A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, LARCIER, création, information, communication, 4^{ème} éd., 2008.
- BERTRAND A., *Droit des marques, signes distinctifs, noms de domaine*, coll. Dalloz Action 2005-2006.
- BERTRAND A., *Droit d'auteur*, coll. Dalloz Action, 3^{ème} éd., 2011-2012.
- BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010.
- BLANC E., *L'inventeur breveté, code des inventions et des perfectionnements contenant la loi nouvelle sur les brevets avec son commentaire*, Paris, 1845.
- BLANC E., *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, Plon et Cosse, 4^{ème} éd., 1855.

BIBLIOGRAPHIE

- BRY G., *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, Librairie Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1914.
- CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LITEC, 2^{ème} éd., 2009.
- CASALONGA A., *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, LGDJ, 1949, 2 vol.
- CHABAUD G., *La protection légale des dessins et modèles, propriété artistique en matière d'art industriel, loi de 1793-1902 ; droit commun, loi du 14 juillet 1909*, Paris, H. Dunod et E. Pinat, 1913.
- COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^{ème} éd., 1999.
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978.
- ÉDELMAN B., *Droits d'auteur, droits voisins : Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993.
- GASTAMBIDE A.-J., *Traité théorique et pratique de la contrefaçon en tous genres ou De la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture*, par A. GASTAMBIDE, Paris, Legrand et Descauriet, 1837.
- GASTAMBIDE A.-J., *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, 1860.
- GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7^{ème} éd., 2010.
- GREFFE P. et F., *Traité des dessins et modèles : France, Union européenne, Suisse, USA, Amérique latine*, préf. de Y. REBOUL, Litec, 8^{ème} éd., 2008.
- LINANT DE BELLEFONDS X., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2004.
- LUCAS A. et H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LITEC, 3^{ème} éd., 2006.
- MOUSSERON J.-M., *Traité des brevets, L'obtention des brevets*, Litec, 1984.
- NOUGUIER L., *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Paris, 1856.
- OLAGNIER P., *Le droit d'auteur*, LGDJ, 1934, 2 vol.
- OLAGNIER P., *Le droit des savants*, préf. de L. DE BROGLIE, Paris, 1937.
- OLSZAK N., *Droit des appellations d'origine et des indications de provenance*, éd. Tec et Doc, 2001.
- PASSA J., *Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2009, t. 1.
- PLAISANT M. et JACQ F., *Traité des noms et appellations d'origine*, Paris, 1921.
- POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.
- POUILLET E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Marchal et Billard, 3^{ème} éd., 1899.

- POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 3^{ème} éd., 1908.
- POUILLET E., *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, Marchal et Godde, 6^{ème} éd. refondue par A. TAILLEFER et C. CLARO, 1912.
- RENOUARD A.C., *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Renouard éd., 1838, 2 vol.
- RENOUARD A.-C., *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844.
- RENOUARD A. C., *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, 1860.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Droit de la propriété industrielle, la protection des créations industrielles, la protection des signes distinctifs*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009.
- TOUBEAU M., *La protection des appellations d'origine, commentaire de la loi du 22 juillet 1927*, Paris, 1928.
- TRICOIRE A., *Petit traité de la liberté de création*, La découverte, Paris, 2011.
- VIVANT M., (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Équipe de recherche créations immatérielles et droit (ERCIM), Université Montpellier I, Dalloz, 2003.
- VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M., *Le droit d'auteur*, Dalloz, 2009.

III / THÈSES

- BELAIDI N., *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement, vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, 2008.
- BONNEAU T., *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, préf. de M. GOBERT, PUF, 1990.
- CARON C., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. de A. FRANÇON, Litec, 1998.
- CHOISY S., *Le domaine public en droit d'auteur*, préf. de P.-Y. GAUTIER, Litec, 2002.
- DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2007.
- DEKEUWER-DÉFOSSÉZ F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, préf. de M. GOBERT, LGDJ, 1977.
- DOCK M.-C., *Étude sur le droit d'auteur*, LGDJ, coll. Bibliothèque d'histoire du droit et du droit romain, 1963.
- FARJAT G., *L'ordre public économique*, préf. de G. GOLDMAN, LGDJ, 1962.

BIBLIOGRAPHIE

- FLEURY-LE GROS P., *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préf. de L. BACH et de P. MAYER, Dalloz, 2005.
- GENDREAU Y., *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, préf. A. FRANÇON, LGDJ, 1994.
- GUÉRILLON R., *Les appellations d'origine (loi du 6 mai 1919)*, Paris, 1919.
- HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. de H. MUIR WATTT, PUAM, 2001.
- HUGUET A., *L'ordre public et les contrats d'exploitation en droit d'auteur, étude sur la loi du 11 mars 1957*, Paris, LGDJ, 1962.
- KHALIL M.-S., *Le dirigisme économique des contrats, étude de droit comparé, France, Égypte, URSS*, LGDJ, 1967.
- LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps (contribution à la théorie générale du droit transitoire)*, préf. H. BATIFOL, Paris, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, 1959.
- MALAURIE P., *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé*, préf. P. ESMEIN, Matot-Braine, Reims, 1953.
- MARMION J., *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris, 1924.
- MARTEAU-ROUJOU DE BOUBÉE I., *Les marques déceptives, Droit français, Droit communautaire, Droit comparé*, préf. de A. FRANÇON, Litec, 1992.
- MATHIEU B., *Les « validations » législatives, Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, coll. Droit public positif, 1987.
- MAYER P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973.
- MOUSSERON J.-M., *Le droit du brevet d'invention. Contribution à une analyse objective*, Bibliothèque de droit privé, t. XXIII, Paris, LGDJ, 1961.
- VALEMBOIS A.-L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préf. de B. MATHIEU, LGDJ, Paris, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005.
- PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préf. de J. MOREAU, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2002.
- RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980.

SCHAMING B., *Le droit du logiciel*, préf. de J.-J BURST, Paris, La Villeguérin, 1990.

SIMON A., *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941.

ZOLYNSKI C., *Méthode de transposition des directives communautaires : étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, préf. de P-Y. GAUTIER, Dalloz, 2007.

IV / ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

ALLEAUME C., *Les exceptions de pédagogie et de recherche : Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 27.

ARMENGAUD J. et BERTHET-MAILLOLS E., *Du mauvais usage du droit des brevets en matière pharmaceutique, selon le rapport préliminaire de la Commission européenne : Propr. int.* 2009, n° 31, p. 132.

ATIAS C., *L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil) : D.* 2009, chron. p. 1165.

AUGAGNEUR L.-M., *Application dans le temps et dans l'espace de la loi de modernisation de l'économie (LME) sur la réduction des délais de paiement impératifs : JCP E*, 2008, II, 2365.

AZÉMA J., *Médicament générique et référence au princeps (à propos de Cass. com., 26 mars 2008) : D.* 2008, p. 1524.

AZÉMA J., *Nouveaux apports législatifs au droit des brevets d'invention : D.* 1985, chron. p. 91.

AZZI T., *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs : RTD civ.* 2007, p. 432 et s.

BACH L., *Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps : RTD civ.* 1969, p. 405 et s.

BACH L., *Rép. Civ., Conflits de lois dans le temps*, Dalloz, 1996.

BÉNABENT A., *Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer, in Mélanges Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 81 et s.

BÉNABOU V.-L. et VARET V., *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, sous la dir. d'A. FRANÇON, mission de recherche, droit et justice, La documentation française, 1998.

BIBLIOGRAPHIE

- BERNAULT C., *La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction* : D. 2003, chron. p. 957.
- BOQUILLON F., *Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail* : D. 2005, chron. p. 803.
- BOUCHE N., *Action des tiers en nullité ou en déchéance de la protection communautaire des variétés végétales* : *Propr. ind.* 2010, comm. n° 34.
- BOUTET M., *Considérations générales (à propos de la loi du 11 mars 1957)* : *RIDA* avr. 1958, XIX, p. 13 et s.
- BRÉMONT V., *Indignité et droit transitoire, à propos de l'article 25, II) 3° de la loi du 3 décembre 2001* : *JCP N* 2002, II, 1541.
- BRUGUIÈRE J.-M et DEPREZ P., *Compétence des tribunaux de grande instance en matière de propriété intellectuelle, l'occasion manquée de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon* : *Comm. com. électr.* 2008, focus n° 34.
- CASSIA P., *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes* : D. 2006, chron. p. 1190.
- CASTELAIN R., *Le plagiat musical* : *RIDA* oct. 1956, p. 55.
- CARBONNIER J., *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé*, in *Travaux de l'association Henri Capitant (1959-1963)*, Paris, Dalloz, 1963.
- CARON C., *Le droit contractuel dans la directive du 27 septembre 1993 relative à la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble ou le contrat malmené* : *Petites Affiches* du 14 déc. 1999, n° 248.
- CARON C., *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003, p. 245 et s.
- CARON C., *Commentaire de la loi du 29 oct. 2007* : *JCP E* 2007, p. 2419.
- CARON C., *Dieu n'est plus un fumeur de havanes* : *Comm. com. électr.* 2010, repère, p. 1.
- CATALA P., *L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libéralisation de la preuve contractuelle* : *JCP G* 1998, I, 905.
- CAUVIN M., *Les concepts du droit d'auteur dans l'enfer de l'art conceptuel... (à propos de Cass. 1^{ère} civ. 13 nov. 2008)* : *Comm. com. électr.* 2009, étude n° 20.
- CHAVANNE A. et AZÉMA J., *Réflexion sur les marques figuratives*, in *Mélanges Jean-Jacques BURST*, Litec, 1997, p. 39.

BIBLIOGRAPHIE

- CHAVANNE A., *La loi du 4 janvier 1991 sur les marques de fabrique* : JCP 1991, I, 3507.
- COUSTÉ M. et GUILBOT F., *Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France : du jardin à la française à l'Eldorado américain ?* : *Prop. ind.* 2007, étude n° 26.
- DEBARNOT J.-F., *L'expérience de l'INA relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines* : *Comm. com. électr.* 2010, étude n° 1, p. 6.
- DE CANDÉ P. et MARCHAIS G., *La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 : une harmonisation bienvenue des moyens de lutte contre la contrefaçon* : *Prop. intell.* 2008, n° 26, p. 52.
- DEHAUT M., *Les marques de certification : apports du décret du 1^{er} mars 2007 modifiant le Code de la propriété intellectuelle* : *Prop. ind.* 2007, focus n° 79.
- DEL-REY M.-J., *La notion controversée de patrimoine commun* : *D.* 2006, p. 388.
- DESBOIS H., *La loi du 11 mars 1957* : *D.* 1957, chron. p. 165.
- DESBOIS H., *Le droit moral* : *RIDA* avr. 1958, XIX, numéro spécial, p. 121 et s.
- DESBOIS H., *La photographie et le droit d'auteur* : *D.* 1960, chron. p. 35.
- DESBOIS H., *Les droits des acteurs et des artistes sur leur interprétation* : *D.* 1964, chron. p. 247.
- DESBOIS H. et HOOYKAAS J.-P., *Conférences, travaux du Centre d'étude René MARCQ, 1957*, vol. IV, p. 8.
- DIVOY-GARDINIER J., *Le rejet des demandes de brevets sous l'empire de la loi de 1968 et de la loi de 1968 modifiée* : *Dossiers Brevets* 1982, p. 27.
- ÉDELMAN B., *Droits d'auteur et droits voisins, loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, commentaire*, Paris, n° hors série de Actualité législative Dalloz (ALD), 1987.
- ÉDELMAN B., *Le droit de divulgation remis à l'honneur, (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2010 « Levinas »)* : *D.* 2010, p. 1599.
- FOREST F., *Faut-il craindre les chasseurs de brevets en Europe ?* : *D.* 2006, p. 2473.
- FRANÇON A., *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur* : *D.* 1976, p.55 et s.
- FRANÇON A., *Les modifications apportées par la loi du 26 novembre 1990 au régime des dessins et modèles* : *Gaz. Pal.* 1992, II, doctr., p. 780.

BIBLIOGRAPHIE

- GALLOUX J.-C., « *Fabrique-moi un mouton...* », *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français* : JCP 1990, I, 3430.
- GALLOUX J.-C., *Droit des dessins et modèles interne et communautaire*, mai 2006-avr. 2007 : D. 2007, pan. p. 2059.
- GALLOUX J.-C., *Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique ?* : D. 2009, chron. p. 578.
- GALLOUX J.-C. et GAUMONT-PRAT H., *Droits et libertés corporels*, pan. janv. 2007-févr. 2008 : D. 2008, p. 1435.
- GASNIER J.-P., *Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon* : *Propr. ind.* 2007, étude n° 25.
- GAUMONT-PRAT H., *La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches* : D. 2005, chron. p. 3087.
- GAUTIER P.-Y., *Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques* : D. 1990, chron. n° 130.
- GEIGER C., *Droit des marques et liberté d'expression (de la proportionnalité de la libre critique)* : D. 2007, chron., p. 884.
- GITTON A., *L'auteur, ses droits, la SACEM et l'internet* : *Gaz. Pal.* 1998, II, doct. p. 1059.
- GOUTAL J.-L., *L'environnement de la directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » en droit international et comparé* : *Comm. com. électr.* 2002, chron. n° 4, p. 9.
- GRANET-LAMBRECHTS F. et HAUSER J., *Le nouveau droit de la filiation* : D. 2006, chron. p. 17.
- GREFFE F., *Ordonnance du 25 juillet 2001 : transposition de la directive communautaire du 13 octobre 1998 sur la protection des dessins et modèles, une harmonisation limitée et inutile* : JCP E 2001, p. 1900.
- HENAFF P., *Les lacunes de la loi de 1895 sur le faux artistique* : *Comm. com. électr.* 2006, étude p. 21.
- HÉRON J., *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)* : *RTD civ.* 1985, p. 277 et s.
- HUET J., *Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur* : D. 1985, chron. p. 261.

BIBLIOGRAPHIE

- HUET J., *Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le « peer to peer » et sur HADOPI)* : D. 2009, point de vue, p. 2939.
- HUMBLOT B., *Vices de l'invention : les recours du cessionnaire contre le cédant*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, préf. de M. VIVANT, coll. de l'institut de Droit des affaires, sous la dir. de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 281 et s.
- JACQUIER S., *Le contrat forcé en droit d'auteur : Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 26, p. 13.
- KAMINA P., *Protection des pièces de rechange des produits complexes : Propr. ind.* 2004, comm. n° 93.
- KESSLER M., *Le logiciel, protection juridique, France et Étranger*, Technique et Documentation Lavoisier, 1986, p. 64.
- KESSLER M., *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite* : D. 2005, chron. p. 2527.
- LABBÉE X., *Souviens toi que tu es poussière, à propos de la loi du 19 décembre 2008* : JCP G 2009, I, 34, n° 4, p. 3-5.
- LAMARCHE M., *Les lois passent...l'autorité de la chose jugée trépasserait ? (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005)* : D. 2006, p. 207.
- LARRIEU J., « *Peer-to-peer* » et copie privée (à propos de TGI Paris, 13 oct. 2004) : D. 2004, p. 3132.
- LARROUMET C., *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité* : D. 1997, chron. p. 145.
- LE GOFFIC C., *Retour sur le cas du « Champagne soviétique »* : *Propr. ind.* 2008, étude n° 18.
- LE STANC C., *Sanctions pénales de la contrefaçon* : *Propr. ind.* 2004, repère n° 4.
- LE STANC C., *Feue la licence de droit* : *Propr. ind.* 2005, repère n° 10.
- LE STANC C., *Vigueur des effets : rigueur des conditions* : *Propr. ind.* 2008, repère n° 4.
- LE STANC C., *Le droit et les idées reçues : à propos des « marchandises de contrefaçon » qui seraient « hors du commerce »* : *Propr. ind.* 2008, repère n° 1.
- LEVASSEUR G., *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in *Mélanges Jean CONSTANT*, Liège, 1971, p. 189 et s.

BIBLIOGRAPHIE

- LIPOVETSKI S., *Une marque communautaire 3D à deux vitesses : l'esthétique au service de la marque de luxe ?* : D. 2008, chron. p. 1367.
- LUCAS A., *Le droit de distribution et son épuisement* : Comm. com. électr. 2006, étude n° 25.
- MALAURIE P., *La jurisprudence combattue par la loi*, in *Mélanges René SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603 et s.
- MALHERBE J., *Photographie et contrefaçon* : Rev. science crim. et de droit pénal comparé, juill.-sept. 1957.
- MALLET-BRICOUT B. et REBOUL-MAUPIN N., *Droit des biens, panorama 2005* : D. 2005, n° 34, p. 2352.
- MARMOZ F., *Nul n'est censé ignorer que la jurisprudence peut changer, (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006)* : D. 2006, p. 2894.
- MARTIN J.-P. et ABELLO M., *La rémunération supplémentaire d'invention de salarié selon la loi du 26 novembre 1990, non obligatoire ?* : Propr. ind. 2009, étude n° 2.
- MARTY G., *À propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces, de l'effet de la modification ou de l'abrogation des décisions réglementaires taxant les prix*, in *Mélanges Joseph MAGNOL*, préf. de J. MAURY, Sirey, 1948, p. 297 et s.
- MATHÉLY P., *La réforme apportée par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité*, in *Mélanges Daniel BASTIAN*, Paris, 1974, p. 269 et s.
- MAY B., *Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas* : Propr. ind. 2008, étude n° 4.
- MECARELLI G., *Requiem pour les lois interprétatives, (à propos de Cass. ass. plén., 23 janv. 2004)* : Petites affiches du 28 avr. 2005, n° 84, p. 8-14.
- MESTRE J., *Le gage des choses futures* : D. 1982, chron. p. 141.
- MOLFESSIS N., *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence* : D. 2009, chron. p. 2567.
- MONGE A.-C., et NÉSI F., *Chronique de la Cour de cassation, Troisième chambre civile* : D. 2009, chron. p. 2573.
- MORVAN P., *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon* : D. 2005, chron. p. 247.

BIBLIOGRAPHIE

- MOUSSERON J.-M., *Nouveau régime des textes réglementaires*, Centre du droit de l'entreprise, *Dossiers Brevets*, 1979, V, p. 7.
- MOUSSERON J.-M., *1844, 1968, 1978: la loi applicable : Dossiers brevets*, 1979, III.
- MOUSSERON J.-M., *Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 août 1980 : RTD civ.* 1980, p. 8 et s.
- MOUSSERON J.-M., *Commentaire du décret du 5 oct. 1993 relatif aux brevets d'invention : JCP E* 1994, I, 330.
- NORMAND J., *L'application dans le temps des lois des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey 1985, p. 555 et s.
- PASSA J., *Droit commun des marques et protection du consommateur*, in *Mélanges Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003, p. 781 et s.
- PÉROT-MOREL M. A., *L'opposabilité des antériorités en matière de marques : RTD com.* 1971, p. 247.
- PÉROT-MOREL M.-A., *L'application restrictive du régime de protection des dessins et modèles et des inventions brevetables : RTD com.* 1976, p. 23.
- PFISTER L., *La propriété littéraire est-elle une propriété ? controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle : RIDA* 2005, n° 205, p. 117.
- PIATTI M.-C., « *Autonomisation* » du droit français des dessins et modèles ? : *Propr. ind.* 2004, étude p. 7.
- PLAISANT R., *Les conventions relatives au droit moral de l'auteur*, in *Mélanges Henri DESBOIS*, Dalloz, 1974, p. 63 et s.
- PLAISANT R., *La protection du logiciel par le droit d'auteur : Gaz Pal.* 1983, I, 348.
- PLAISANT R., *La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle : JCP G*, 1986, I, 3230.
- POLLAUD-DULIAN F., *La déchéance pour défaut d'exploitation des marques et le droit transitoire : JCP E* 1995, I, 470.
- POLLAUD-DULIAN F., *Brèves réflexion sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 ; durée de protection du droit d'auteur et dispositions diverses : JCP E* 1997, I, 666.
- POLLAUD-DULIAN F., *Aperçu rapide de l'ordonnance du 25 juillet 2001 : JCP G* 2001, p. 1921.

BIBLIOGRAPHIE

- POLLAUD-DULIAN F., *À propos de la sécurité juridique* : *RTD civ.* 2001, p. 487.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ C., *L'acceptation européenne du « bien » en mal de définition* : *D.* 2010, chron. p. 2024.
- RADÉ C., *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence* : *D.* 2005, chron. p. 988
- RAYNARD J., *Droit des brevets et du savoir-faire industriel (décembre 2007-décembre 2008)* : *D.* 2009, pan. p. 453 et s.
- RIVERO J., *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s.
- ROBIN A., *L'action en justice des coauteurs d'une œuvre de collaboration* : *Propr. int.* 2005, n° 16, p. 323.
- ROBIN A., *La copropriété intellectuelle : entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et ROBIN A., PUAM, préf. de M. VIVANT, coll. de l'institut de Droit des affaires, 2007, p. 169.
- RODHAIN C., *Dépôt de modèle simplifié* : *JCP E* 1995, I, 449.
- ROETS D., *L'épineuse question de l'application dans le temps des mesures de sûreté* : *Gaz. Pal* du 11 mars 2010, n° 70, p. 10.
- RONY H., *Les radios FM à la recherche d'un consensus sur les droits voisins* : *Légipresse*, oct. 1990, II, p. 57.
- ROUBIER P., *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, in *Mélanges Jacques MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, 2 vol.
- ROUJOU DE BOUBÉE G., *La loi nouvelle et le litige* : *RTD civ.* 1968, p. 479 et s.
- SARRAUTE R., *Commentaire de la loi du 11 mars 1957* : *Gaz. Pal.* 1957, II, doct. p. 1.
- SARRAUTE R., *Le conflit entre droits moraux et l'achèvement de l'œuvre cinématographique* : *Gaz. Pal.* 1959, II, p. 34.
- SAVATIER R., *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique* : *JCP G* 1957, I, 1398.
- SCHAMING B., *Notoriété de la marque et déchéance : courtes considérations sur une immunité illusoire* : *Propr. ind.* 2004, chron. n° 5.
- SCHMIDT – SZALEWSKI J. , *La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon* : *Propr. ind.* 2007, étude n° 22.

BIBLIOGRAPHIE

SONNIER-POQUILLON M., *Comment appliquer dans le temps les nouveaux textes régissant le droit français des dessins et modèles ?*: *Prop. ind.* 2005, repère n° 2, p. 3.

STELLA MARANCA F., *Les regulae juris et la définition in juri civili*, in *Mélanges François. GÉNY*, Topos, Librairie Edouard Duchemin, 1977, t. 2.

THOUVENIN D., *La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine* : *D.* 2005, chron. p. 172.

TOURNIER A., *Le bilan de la loi* : *RIDA* avril 1958, XIX, numéro spécial, p. 73 et s.

TREFIGNY-GOY P., *Gare aux familles de marques ... Cela se confirme* : *Prop. ind.* 2010, comm. n° 41.

TREPOZ E., « *La nouvelle Ève* » au « *Paradis* » du droit d'auteur, suite et fin ! (à propos de *Cass. I^{ère} civ. 13 nov. 2008*) : *D.* 2009, p. 266.

TRICOIRE A., *L'art, la censure et les droits de l'homme* : *Légipresse* nov. 2002, n° 196, II, p. 148.

TUNC A., *Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité*, in *L'hypothèse du non-droit*, Université de Liège, 1978, XXXème séminaire, Commission droit et vie des affaires, p. 281 et s.

VAREILLES de SOMMIÈRES G., *M. LAINÉ et les lois d'ordre public*, Paris, 1904, Extrait de la revue de Lille, Juin-Juillet 1903.

VIVANT M., *La brevetabilité de la seconde application thérapeutique* : *JCP G* 1989, II, 3382.

VIVANT M., *Propriété intellectuelle et ordre public*, in *Mélanges Jean FOYER*, PUF, 1997, p. 307 et s.

V / JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel

Cons. const., déc. n° 69-57 L, du 24 oct. 1969 : *Rec.* p. 32.

Cons. const., déc. n° 80-119, DC, du 22 juillet 1980 : *Rec.* p. 46.

Cons. const., déc. n° 80-127, DC, des 19 et 20 janv. 1981 : *Rec.* p. 15.

Cons. const., déc. n° 82-154, DC, du 29 déc. 1982 : *Dr. fisc.* 1983, n° 2-3, comm. n°47.

Cons. const., déc. n° 82-155, DC, du 30 déc. 1982 : *Rec.* p. 88.

Cons. const., déc. n° 89-268, DC, du 30 déc. 1989 : *Dr. fisc.* 1990, n° 2-3, comm. n° 57.

Cons. const., déc. n° 90-283, DC du 8 janv. 1991 : *Rec.* p. 11.

Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, du 27 juill. 2006 : *Rec.* p. 88.

Juridictions de l'ordre judiciaire

Trib. cass. 23 frim. an X : *Rec. Sirey* an X, I, p. 564.

Trib. cass., 29 mess. an XI : *Rec. Sirey* an XI, I, p. 833.

Trib. cass., 28 nivôse an XI : *Rec. Sirey* an XI, I, p. 743.

Cass. civ., 23 oct. 1806 : *Rec. Sirey* 1791-1830 (an XII-1808), I, p. 299.

Cour royale de Lyon, 25 mars 1820 : *Rec. Sirey* 1791-1830, (1819-1821), II, p. 239.

Cass. req., 31 mai 1827 : *Rec. Sirey* 1825-1827, I, p. 610.

Cass. crim. 8 déc. 1827 : *Rec. Sirey* 1825-1827, I, p. 718.

Cass. civ., 14 janv. 1828 : *Rec. Sirey*. 1828-1830, I, p.10.

Cass. crim., 16 avr. 1831 : *Rec. Sirey* 1831, I, p. 304.

Cass. crim., 30 juin 1832 : *Rec. Sirey* 1832, I, p. 633.

Cour royale de Lyon, 5 juill. 1833 : *Rec. Sirey* 1834, II, p. 253.

Cass. crim., 1^{er} mars 1834 : *Rec. Sirey* 1834, I, p. 65.

Cour royale de Toulouse, 13 févr. 1835 : *Rec. Sirey* 1835, II, p. 256.

Cour royale de Toulouse, 3 et 17 juill. 1835 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 39.

Cour royale de Paris, 29 déc. 1835 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 135.

Cour royale de Bastia, 4 mai 1836 : *Rec. Sirey* 1837, II, p. 73.

Cour royale de Paris, 25 nov. 1836 : *Rec. Sirey* 1836, II, p. 259.

Cass. crim., 9 déc. 1836 : *Rec. Sirey* 1836, I, p. 905.

CA Rouen, 13 déc. 1839 : *Rec. Sirey* 1840, II, p. 76.

Cass. civ., 27 janv. 1840 : *Rec. Sirey* 1840, I, p. 257.

Cass. crim., 23 juill. 1841 : *Rec. Sirey* 1841, I, p. 566.

BIBLIOGRAPHIE

- Cour royale de Paris, 11 août 1841 : *Rec. Sirey* 1841, II, p. 583.
- CA Lyon, 11 mai 1842 : *Rec. Sirey* 1849, II, p. 647.
- Cass. ch. réunies., 27 mai 1842 : *Rec. Sirey* 1842, I, p. 385, concl. A. DUPIN.
- Cour royale de Rouen, 19 janv. 1843 : *Rec. Sirey* 1843, II, p. 114.
- Cass. req., 16 mai 1843 : *Rec. Sirey* 1843, I, p. 584
- Cass. civ., 17 mai 1843 : *Rec. Sirey* 1843, I, p. 702.
- Cass. crim., 5 déc. 1843 : *Rec. Sirey* 1844, I, p. 28.
- CA Paris, 21 juill. 1845 : *D.* 1846, p. 367.
- Cass. civ., 13 août 1845 : *Rec. Sirey* 1845, I, p. 689.
- Cour royale de Douai, 30 mars 1846 : *Rec. Sirey* 1847, II, p. 211.
- Cass. crim., 21 août 1846 : *Rec. Sirey* 1847, I, p. 759.
- Cour royale de Paris, 20 mars 1847 : *Rec. Sirey* 1847, II, p. 219.
- Cass. ch. réunies., 29 nov. 1847 : *Rec. Sirey* 1848, I, p. 173.
- Cour royale de Paris, 29 juill. 1848 : *Rec. Sirey* 1848, II, p. 468.
- CA Lyon, 6 août 1849 : *Rec. Sirey* 1850, II, p. 647.
- CA Paris, 13 juin 1850 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 538.
- Cass. req., 1^{er} juill. 1850 : *Rec. Sirey* 1851, I, p. 785.
- CA d'Amiens, 28 déc. 1850 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 107.
- CA Lyon, 19 juin 1851 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 606.
- CA Lyon, 21 août 1851 : *Rec. Sirey* 1851, II, p. 607.
- Cass. crim., 13 août 1852: *Rec. Sirey* 1853, I, p. 388.
- Cass. civ., 20 août 1852 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 234.
- Cass. civ., 9 févr. 1853: *Rec. Sirey* 1853, I, p. 193.
- Cass. req., 30 mars 1853 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 264.
- Cour imp. de Paris, 11 avr. 1853 : *Rec. Sirey* 1853, II, p. 237.
- Cass. civ., 15 nov. 1853 : *Rec. Sirey* 1853, I, p. 703.
- CA Paris, 31 janv. 1854 : *Rec. Sirey* 1854, II, p. 734.
- Cass. civ., 1^{er} juill. 1854 : *D.P.* 1850, I, p. 203.
- Cass. civ., 2 août 1854 : *Rec. Sirey* 1854, I, p. 549.

BIBLIOGRAPHIE

- CA imp. de Paris, 3 août 1854 : *Rec. Sirey* 1854, II, p. 710.
- Cour imp. de Limoges, 7 déc. 1854 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 539.
- Cass. civ., 21 juill. 1855 : *Rec. Sirey* 1855, I, p. 859.
- CA imp. de Rouen, 7 déc. 1855 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 233.
- Cour imp. de Paris, 10 mai 1856 : *Rec. Sirey*, 1856, II, p. 531.
- Cass. civ., 28 juill. 1856 : *Rec. Sirey* 1856, I, p. 811.
- Cass. crim., 12 sept. 1856 : *Rec. Sirey* 1857, I, p. 76.
- Cass. crim., 6 mars 1858 : *Rec. Sirey* 1858, I, p. 769.
- Cass. crim., 8 janv. 1859 : *Rec. Sirey* 1859, I, p. 526 .
- Cour imp. de Rouen, 10 févr. 1859 : *Rec. Sirey* 1859, II, p. 693.
- Cour imp. de Caen, 30 août 1859 : *Rec. Sirey* 1860, II, p. 81.
- CA Paris, 14 nov. 1859 : *Ann. propr. ind.* 1859, p. 390.
- Cass. crim., 8 juin 1860 : *Rec. Sirey* 1862, I, p. 436.
- Cass. crim., 26 avr. 1861 : *Rec. Sirey* 1791-1830, I, p. 424.
- Cour imp. de Besançon, 30 nov. 1861 : *Rec. Sirey* 1862, I, p. 342.
- Cour imp. de Paris, le 6 déc. 1861 : *Rec. Sirey* 1862, II, p. 118.
- Cour imp. de Metz, 31 déc. 1861 : *Rec. Sirey* 1862, I, p. 342.
- Cour imp. de Metz, 5 févr. 1862 : *Rec. Sirey* 1862, II, p. 113.
- CA d'Orléans, 22 avr. 1863 : *Rec. Sirey* 1863, II, p. 100.
- Cass. crim., 12 juin 1863 : *Rec. Sirey* 1864, I, p. 509.
- Cass. civ., 22 mars 1864 : *Rec. Sirey* 1864, I, p. 345.
- CA Paris, 3 déc. 1867 : *Ann. propr. ind.* 1868, p. 404.
- Cass. crim., 8 mai 1868 : *Rec. Sirey* 1869, I, p. 187.
- Cass. crim., 22 janv. 1869 : *Rec. Sirey* 1870, I, p. 45.
- Cass. civ., 22 janv. 1869 : *Rec. Sirey* 1870, I, p. 44.
- CA Nancy, 18 juin 1870 : *Rec. Sirey* 1871, II, p. 116.
- CA Lyon, 28 juin 1870 : *Rec. Sirey* 1871, II, p. 176.
- CA Paris, 1^{er} juill. 1870 : *Rec. Sirey* 1870, II, p. 266.
- Cass. crim., 7 juill. 1871 : *Rec. Sirey* 1871, I, p. 85.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 7 mai 1872: *Rec. Sirey* 1873, II, p. 6.
- Cass. civ., 6 nov. 1872 : *Rec. Sirey* 1872, I, p. 362.
- Cass. crim., 10 janv. 1873 : *Rec. Sirey* 1873, I, p. 428.
- Cass. req., 11 mars 1873 : *Rec. Sirey* 1873, I, p. 324.
- CA Paris, 31 déc. 1874 : *Rec. Sirey* 1875, II, p. 65.
- Trib. civ. de la Seine, 3 févr. 1875 : *Rec. Sirey* 1875, II, p. 148.
- Cass. civ., 28 mai 1875 : *Rec. Sirey* 1875, I, p. 329.
- CA de Rouen, 25 févr. 1876 : *Rec. Sirey* 1876, II, p. 67.
- CA Paris, 3 août 1877 : *Rec. Sirey* 1877, II, p. 285.
- CA Paris, 18 août 1879 : *Rec. Sirey* 1880, II, p. 257.
- Cass. req., 16 août 1880 : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 25, note C. LYON-CAEN.
- Cass. civ., 28 déc. 1880 : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 113.
- Cass. req., 7 mars 1881: *Rec. Sirey* 1881, I, p. 197.
- Cass. civ., 28 juin 1881 : *Rec. Sirey* 1881, I, p. 409.
- Cass. civ., 25 nov. 1881 : *D. P.* 1885, I, p. 81.
- Cass. civ., 17 janv. 1882 : *Rec. Sirey* 1883, I, p. 305.
- CA Poitiers, 28 déc. 1882 : *Rec. Sirey* 1883, II, p. 94.
- Cass. crim., 27 déc. 1884 : *Rec. Sirey* 1886, I, p. 90.
- CA Douai, 2 févr. 1885 : *Rec. Sirey* 1885, II, p. 57.
- Cass. civ., 18 avr. 1887 : *Rec. Sirey* 1887, I, p. 157
- Trib. civ. de la Seine, 26 avr. 1894 : *Rec. Sirey* 1895, II, p. 20.
- Trib. com. de la Seine, 4 juin 1896 : *Ann. propr. ind.* 1897, p. 349.
- CA Paris, 1^{er} févr. 1900 : *Rec. Sirey* 1900, II, p. 121, note R. SALEILLE.
- Cass. civ., 7 juin 1901 : *DP* 1902, I, p. 105.
- Cass. civ., 25 juin 1902 : *DP* 1903, I, p. 5, note A. COLIN et G. LYON-CAEN.
- TGI Seine, 6 mars 1903 : *Gaz. Pal.* 1903, I, 468.
- CA Nancy, 14 mars 1903 : *Rec. Sirey* 1903, II, p. 276.
- Cass. crim., 17 nov. 1904 : *Rec. Sirey* 1908, I, p. 378.
- Cass. civ., 9 nov. 1905 : *Pand. fr.* 1906, I, p. 238.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 3 janv. 1908 : *Rec. Sirey* 1908, II, p. 238.
- CA Nîmes, 31 juill. 1909 : *Rec. Sirey* 1912, II, p. 118.
- Cass. req., 25 oct. 1909 : *DP* 1911, I, p. 423.
- CA Paris, 4 févr. 1910 : *Rec. Sirey* 1910, II, p. 285.
- Trib. comm. de la Seine, 5 avr. 1911 : *Ann. prop. ind.* 1913, I, p. 262.
- Trib. comm. Guéret, 23 mai 1911 : *Ann. prop. ind.* 1913, I, p. 10.
- Trib de Soissons, 21 juin 1911 : *Ann. propr. ind.* 1913, p. 100.
- CA Toulouse, 17 juill. 1911 : *Rec. Sirey* 1913, II, p. 312.
- CA Paris, 21 nov. 1912 : *Rec. Sirey* 1913, II, p. 185, note P. CARTERON.
- CA Paris 22 nov. 1912 : *Ann. prop. ind.* 1913, I, p. 262.
- T. civ. de la Seine, 29 nov. 1913 : *Ann. propr. ind.* 1915-1919, II, p. 16.
- CA Paris, 18 juin 1914 : *Rec. Sirey* 1914, II, p. 255.
- CA Paris, 27 févr. 1918 : *Gaz. Pal.* 1918, I, 125.
- Trib. civ. Seine, 18 mai 1920 : *Gaz. Pal.* 1920, II, 63.
- Cass. civ., 16 nov. 1920 : *D.* 1920, I, p. 169, note R. SAVATIER.
- Cass. civ., 15 mars 1921 : *DP* 1922, I, p. 25, note G. RIPERT.
- CA Bordeaux, 28 mai 1923 : *Rec. Sirey* 1925, II, p. 15.
- CA Paris, 8 nov. 1923 : *S. et P.* 1923, II, p. 141.
- CA Paris, 22 janv. 1924 : *Ann. de la prop. ind.* 1924, I, p. 98.
- Trib. civ. de la Seine, 28 juin 1924 : *Gaz. Pal.* 1924, II, 455.
- Cass. civ. 26 et 27 mai 1925 : *Rec. Sirey* 1928, I, p. 25.
- Cass. crim., 19 mars 1926 : *DP* 1927, I, p. 25, note M. NAST.
- Cass. civ., 23 mars 1926 : *DP* 1926, I, p. 129, note L. JOSSERAND.
- Cass. req. 24 oct. 1928 : *Rec. Sirey* 1929, I, p. 11.
- CA Paris, 19 mars 1929 : *Rec. Sirey* 1929, II, p. 112.
- Cass. civ., 4 déc. 1929 : *Rec. Sirey* 1931, I, p. 49, note P. ESMEIN.
- Cass. civ., 23 déc. 1929 : *Rec. Sirey* 1930, I, p. 172.
- CA Paris, 24 juin 1930 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 230.
- Cass. ch. réunies., 13 janv. 1932 : *DP* 1932, I, p. 18.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 24 avril 1933 : *Ann. propr. ind.* 1934, p. 9.
- CA Paris, 10 févr. 1936 : *Gaz. Pal.* 1936, I, 691.
- Trib. civ. Seine, 1^{er} avr. 1936 : *DP* 1936, II, p. 65, note A. NAST.
- Trib. com. Seine, 18 janv. 1937 : *Gaz. Pal.* 1937, I, 297.
- Trib. civ. de la Seine, 5 févr. 1937 : *D. P.* 1937, II, 41, obs. J. ESCARRA.
- TGI Seine, 23 avr. 1937 : *Rec. Sirey* 1938, II, p. 57, note A. TOULEMON.
- Trib. com. Seine, 21 juin 1937 : *Gaz. Pal.* 1937, II, 533.
- CA Paris, 23 févr. 1938 : *Rec. Sirey* 1938, II, p. 169, note P. ESMEIN.
- CA Paris, 24 déc. 1940 : *JCP* 1941, II, 1649, obs. H. DESBOIS.
- Cass. req., 29 juill. 1941 : *JCP* 1942, I, 1778, note P. ROUBIER.
- Cass. civ., 9 déc. 1942 : *Gaz. Pal.* 1943, I, 43.
- Cass. civ., 29 déc. 1942 : *D.* 1943, p. 85, note J. CARBONNIER.
- Cass. civ., 7 août 1944 : *RTD civ.* 1945, p. 40, obs. J. CARBONNIER.
- Cass. civ., 14 mai 1945 : *Rec. Sirey* 1945, I, p. 101, note H. BATIFFOL.
- Cass. soc., 7 nov. 1947 : *Rec. Sirey* 1948, I, p.164.
- Cass. com., 9 déc. 1948 : *RTD civ.* 1949, p. 270, obs. J. CARBONNIER.
- Cass. soc., 27 mai 1949 : *JCP* 1949, II, 5144 note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.
- Cass. crim., 18 janv 1950 : *JCP* 1950, II, 5383.
- CA Paris, 14 juin 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, II, 78.
- Cass. civ., 16 mai 1952 : *D.* 1952, p. 726, note R. SAVATIER.
- Cass. crim., 11 juin 1953 : *JCP* 1953, II, 7708, note J. BROUCHOT.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 1953 : *JCP G* 1955, II, 8830, note P. ANCEL.
- Cass. com., 28 déc. 1953 : *Gaz. Pal.* 1954, I, 141.
- CA Versailles, 19 déc. 1954 : *RIDA*, avr. 1995, p. 389.
- CA Paris, 26 janv. 1956 : *Ann. propr. ind.* 1957, p. 333.
- CA Paris, 18 avr. 1956 : *D.* 1957, p. 108, note H. DESBOIS.
- Cass. soc., 7 févr. 1957 : *JCP* 1957, 10007, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.
- CA Paris, 1^{er} avr. 1957 (deux arrêts) : *RIDA* 1958, XVIII, p. 196 et p. 198.
- Cass. soc., 16 mai 1957 : *Gaz. Pal.* 1957, II, 131.

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. soc., 3 oct. 1957: *Bull. civ.* IV, n° 899.
- Cass. ch. réunies., 5 mai 1958 : *JCP* 1958, 10671.
- Cass. soc., 20 mai 1958 : *Gaz. Pal.* 1958, II, 60.
- CA Lyon, 7 nov. 1958 : *Gaz. Pal.* 1959, I, 159.
- CA d'Orléans, 18 févr. 1959 : *D.* 1959, p. 440, note H. DESBOIS.
- TGI Seine, 25 sept. 1959 : *JCP* 1959, II, 11319, obs. M. PLAISANT.
- CA Paris, 26 oct. 1959 : *RTD com.* 1960, p. 343, obs. P. ROUBIER ET A. CHAVANNE.
- CA Paris, 4 avr. 1960 : *D.* 1960, p. 535, note H. DESBOIS.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 avr. 1960 : *Gaz. Pal.* 1960, II, 82.
- TGI Seine, 4 oct. 1961 : *JCP* 1962, II, 11141, concl. SOULEAU.
- CA Paris, 17 mars 1962 : *RTD com.* 1963, note P. ROUBIER et A. CHAVANNE.
- Cass. com., 15 juin 1962 : *Gaz. Pal.* 1962, II, 200.
- Cass. crim., 30 oct. 1962 : *JCP* 1963, II, 12979.
- Cass. 2^{ème} civ., 20 févr. 1963 : *Bull. civ.* n° 174, p. 127.
- CA Paris, 2 déc. 1963 : *D.* 1964, p. 229.
- Cass com., 4 janv. 1964 : *RIDA* janv. 1965, p. 194.
- CA Paris, 11 févr. 1964 : *RIPIA*, 1964, p. 167, note M. PLAISANT.
- Cass. req., 18 mars 1964 : *Ann. propr. ind.* 1903, p. 239.
- Cass. com., 23 nov. 1964: *Bull. civ.* 1964, III, n° 515.
- CA Paris, 21 mars 1965 : *RTD com.* 1966, p. 342, obs. H. DESBOIS.
- CA Bourges, 1^{er} juin 1965 : *D.* 1966, jurisp. p. 44, note E. DELPECH.
- CA Paris, 12 nov. 1965 : *JCP* 1967, II, 14919, note J.-M. MOUSSERON.
- CA Limoges, 3 janv. 1966 : *Ann. propr. ind.* 1966, p. 292.
- Cass. com., 22 févr. 1966 : *JCP* 1967, II, 15196.
- Cass. civ., 4 juill. 1966 : *D.* 1966, p. 703.
- Cass. 2^{ème} civ., 6 juill. 1966 : *Bull. civ.* 1966, II, n° 737.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 1966 (deux arrêts) : *JCP* 1967, II, 14937, concl. LINDON.
- Trib. com. de la Seine, 21 févr. 1967 : *Ann. propr. ind.* 1967, p. 298.
- Trib. correct. de la Seine, 10 mai 1967 : *Gaz. Pal.* 1967, I, 348.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 20 mai 1967 : *JCP G* 1968, II, 15410.
- Cass. 2^{ème} civ., 18 juill. 1967 : *D.* 1968, p. 297, note P. CHAUVEAU.
- Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1967 : *JCP* 1968, II, 15530, note P. LEVEL.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1968 : *D.* 1968, p. 633, concl. R. LINDON.
- Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 1968 : *JCP* 1969, II, 15771.
- Cass. crim., 13 févr. 1969 : *D.* 1970, p. 213, rapport de J. L. COSTA.
- CA Paris, 24 mai 1969 : *RTD civ.* 1970, p. 564, obs. R. NERSON.
- TGI Paris, 3 juill. 1969 : *JCP* 1970, II, 16415, note R. PLAISANT.
- Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 1970 : *JCP* 1970, II, 16537, note E. GUILLOT.
- CA Paris, 7 janv. 1971 : *PIBD* 1972, III, 179.
- CA Paris, 20 janv. 1971 : *RTD com.* 1971, p. 1028, obs. H. DESBOIS.
- CA Paris, 2 avr. 1971 : *PIBD* 1971, 60, III, 142.
- CA Paris, 3 juill. 1971 : *PIBD* 1972, 73, III, 3.
- TGI Paris, 7 juill. 1971 : *PIBD* 1972, 75, III, 30.
- CA d'Amiens, 13 déc. 1971 : *Gaz. Pal.* 1972, I, 460.
- Cass. 1^{ère} civ. 14 déc. 1971 : *D.* 1972, p. 117.
- CA Paris, 7 janv. 1972 : *PIBD* 1972, 85, III, 79.
- TGI Paris, 20 avr. 1972 : *PIBD* 1972, 90, III, 271.
- CA Paris, 8 janv. 1973 : *RIDA* avr. 1973, p. 165.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 févr. 1973 : *D.* 1973, p. 363, note B. EDELMAN.
- Cass. com., 19 févr. 1973 : *PIBD* 1973, 73, III, 281.
- CA Paris, 23 mars 1973 : *PIBD* 1973, 110, III, 261.
- Trib. des conflits, 15 oct. 1973 : *RIDA* avr. 1974, p. 52, concl. M. BRAIBANT.
- TGI Paris, 8 mai 1973 : *PIBD* 1973, 109, III, 238.
- Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1974 : *JCP* 1974, IV, 92.
- TGI Paris, 27 févr. 1974 : *PIBD* 1974, 131, III, 274.
- TGI Paris, 19 juin 1974 : *PIBD* 1975, 139, III, 9.
- CA Aix en Provence, 24 oct. 1974 : *JCP* 1977, II, 18699.
- TGI Paris, 21 déc. 1974 : *PIBD* 1975, 152, III, 274.

BIBLIOGRAPHIE

- Trib. des conflits, 6 janv. 1975 : *JCP* 1976, II, 1828, obs. F. MODERNE.
- CA Paris, 7 mai 1975 : *PIBD* 1976, 163, III, p 47.
- CA Paris, 3 juill. 1975 : *D.* 1976, somm. p. 19.
- CA Paris, 15 avr. 1976 : *PIBD* 1976, 179, III, 414.
- Cass. com., 28 juin 1976 : *JCP* 1977, II, 18700, note J. BURST.
- TGI Paris, 27 sept. 1976 : *RIDA* avr. 1977, p. 156.
- CA Paris, 10 janv. 1977 : *JCP* 1978, II, 18830, note P. GREFFE.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1977 : *RIDA* juill. 1977, p. 141.
- Cass. com., 29 mars 1977 : *PIBD* 1977, 200, III, 355.
- CA Paris, 28 oct. 1977 : *PIBD* 1978, 210, III, 79.
- CA Paris, 21 juin 1978 : *Ann. propr. ind.* 1979, p. 211.
- CA Paris, 7 mai 1979 : *PIBD* 1980, 256, III, 87.
- CA Paris, 5 juill. 1979 : *RTD com.* 1980, p. 245, obs. A. FRANÇON.
- CA Paris, 28 sept. 1979 : *Ann. propr. ind.* 1980, p. 362.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1979 : *D.* 1980, p. 207.
- CA Paris, 26 nov. 1979 : *Ann. propr. ind.* 1980, p. 364.
- Cass. com., 8 janv. 1980 : *PIBD* 1980, 255, III, 69.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1980 : *RTD civ.* 1981, p. 166, obs. J. PATARIN.
- TGI Paris, 11 févr. 1980 : *PIBD* 1980, 258, III, 107.
- CA Paris, 21 févr. 1980 : *PIBD* 1980, 255, III, 71.
- TGI Paris, 4 juin 1980 : *D.* 1982, p. 45, obs. C. COLOMBET.
- Cass. com., 16 juin 1980 : *Bull. civ.* IV, n° 255.
- CA Paris, 9 juill. 1980 : *PIBD* 1980, 270, III, 237.
- TGI Paris, 17 sept. 1980 : *Gaz. Pal.* 1981, I, p. 133, note P. LE TOURNEAU.
- CA Paris, 12 févr. 1981 : *PIBD* 1981, III, 76.
- Cass. com., 16 févr. 1981 : *PIBD* 1981, 282, III, 137.
- CA Douai, 25 févr. 1981 : *Ann. propr. ind.* 1981, p. 94.
- Cass. ch. mixte., 13 mars 1981 : *D.* 1981, jur. p. 309 (1^{ère} esp), note A. BÉNABENT.
- TGI Paris, 17 mars 1981 : *PIBD* 1981, 284, III, 166.

BIBLIOGRAPHIE

- TGI Paris, 31 mars 1981 : *PIBD* 1981, 285, III, 178.
- CA Paris, 2 avr. 1981 : *PIBD* 1981, 280, III, 116.
- CA Paris, 22 avr. 1981 : *Ann. Propr. ind.* 1981, p. 10.
- CA Paris, 15 juin 1981 : *PIBD* 1982, 294, III, 15.
- Cass. soc., 5 nov. 1981 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 864.
- Cass. com., 8 déc. 1981 : *Ann. propr. ind.* 1982, p. 106.
- Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1982 : *JCP* 1983, II, 20054, note R. PLAISANT.
- CA Paris, 22 avr. 1982 : *D.* 1984, p. 397, note J. GHESTIN.
- TGI Paris, 19 mai 1982 : *RIDA* oct. 1982, p. 198.
- CA Paris, 24 mai 1982 : *Ann. propr. ind.* 1982, p. 111.
- CA Paris, 7 juin 1982 : *D.* 1983, p. 97.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1982 : *D.* 1983, IR, p. 96, obs. C. COLOMBET.
- CA Versailles, 23 juin 1982 : *RIDA* oct. 1982, p. 163, note P. MASSOUYÉ.
- CA Paris, 30 juin 1982 : *RIDA*, oct. 1982, p. 193.
- CA Paris, 2 nov. 1982 : *Gaz. Pal.* 2-3 mars 1983, note J.-R. BONNEAU.
- CA Paris, 11 janv. 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 432.
- CA Paris, 4 mai 1983 : *Ann. propr. ind.* 1983, p. 222.
- TGI Paris, 14 juin 1983 : *D.* 1983, IR, p. 308.
- TGI Paris, 4 juill. 1983 : *JCP E* 1985, I, 14156.
- TGI Paris, 21 sept. 1983 : *JCP G* 1984, II, 20249, note J. -M WAGRET.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 1983 : *Bull. civ.* I, n° 215.
- Cass. com., 4 oct. 1983 : *Bull. civ.* 1983, IV, n° 246.
- TGI Paris, 4 oct. 1983 : *Expertises* 1984, n° 59, p. 54.
- CA Bordeaux, 7 nov. 1983 : *D.* 1987, somm. p. 40.
- Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} févr. 1984 : *Bull. civ.* 1984, III, n° 25.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 1984 : *D.* 1985, p. 42.
- TGI Paris, 27 juin 1984 : *Dossiers Brevets* 1985, III, p. 310.
- T. corr. Nanterre, 29 juin 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, I, p. 66, note J.-R. BONNEAU.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 1984 : *Bull. civ.* 1984, n° 302.

BIBLIOGRAPHIE

- Trib. civ. de la Seine, 13 nov. 1984 : *D.* 1985, IR, p. 310, obs. C. COLOMBET.
- CA Paris 4 déc. 1985 : *D.* 1986, somm. p. 133, obs. M. MOUSSERON et J. SCHMIDT.
- Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : *D.* 1986, p. 405, note B. EDELMAN.
- Cass. crim., 6 mai 1986 : *Bull. Crim.*, 1986, n° 152, p. 395.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1986 : *Bull. civ.* 1986, I, n° 143.
- CA Paris, 19 juin 1986 : *RDPI* 1986, n° 7, p. 63.
- TGI Bobigny, 9 déc. 1986 : *RIDA*, juill. 1987, p. 199.
- Cass. com., 24 févr. 1987 : *Bull. civ.* IV, n° 52.
- TGI Paris, 27 mars 1987 : *Expertises* 1987, p. 195.
- TGI Paris, 7 mai 1987 : *Cah. dr. auteur* janv. 1988, p. 14.
- Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juill. 1987 : *Bull. civ.* 1987, III, n° 138, p. 81.
- Cass. com., 1^{er} déc. 1987 : *Bull. civ.* 1987, IV, n° 259.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1988 : *JCP* 1988, II, 10143, note B. FAGES.
- Cass. soc., 25 févr. 1988 : *Ann. propr. ind.* 1988, p. 157.
- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988 : *Bull. civ.* I, n° 61, p. 40.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1988 : *D.* 1988, somm., p. 278, note L. AYNÈS.
- CA Paris, 6 juill. 1988 : *Gaz Pal.* 1989, II, p. 741.
- TGI Paris, 4 oct. 1988 : *D.* 1990, p. 54, note B. EDELMAN.
- Cass. com., 11 oct. 1988 : *Bull. civ.* 1988, IV, n° 274, p. 187.
- CA Paris, 26 oct. 1988 : *RDPI* 1989, n° 21, p. 114.
- Cass. 3^{ème} civ., 22 mars 1989 : *Bull. civ.* 1989, III, n° 69.
- CA Lyon, 23 mars 1989 : *D.* 1989, p. 126.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 1989 : *RIDA* juill. 1989, p. 262.
- Cass. 1^{ère} civ., 18 avr. 1989 : *Bull. civ.* 1989, I, n° 160, p. 106.
- CA Paris, 7 juin 1989 : *Ann. propr. ind.* 1989, p. 71.
- Cass. soc., 14 juin 1989 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 442.
- CA Paris, 11 déc. 1989 : *Gaz. Pal.* 1990, II, jurispr. p. 562, 1^{ère} esp.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989 : *Bull. civ.* 1989, n° 391, p. 262.
- CA Dijon, 12 janv. 1990 : *PIBD* 1990, III, 342.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 13 févr. 1990 : *Légipresse* 1990, I, p. 59.
- CA Paris, 15 févr. 1990 : *PIBD* 1990, 483, III, 489.
- CA Paris, 27 févr. 1990 : *D.* 1991, p. 300, note I. WEKSTEIN.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 1990 : *D.* 1990, IR, p. 102.
- CA Paris, 11 oct. 1990 : *PIBD* 1991, III, 200.
- Cass. com., 23 oct. 1990 : *Bull. civ.* 1990, IV, n° 250.
- CA Paris, 18 déc. 1990 : *RIDA* avr. 1991, p. 124.
- Cass. com., 26 févr. 1991 : *D.* 1991, IR, p. 90.
- CA Bordeaux 14 mai 1991 : *JCP E* 1991, I, n° 41, p. 64, obs. A. LUCAS et M. VIVANT.
- Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 172.
- TGI Paris, 5 juin 1991 : *RIDA* janv. 1992, p. 330.
- CA Paris, 11 juin 1991 : *Ann. propr. ind.* 1992, p. 116, obs. P. MATHÉLY.
- Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1991 : *RIDA* oct. 1991, p. 125.
- CA Paris, 12 nov. 1991 : *PIBD* 1992, III, 230.
- Cass. com., 24 mars 1992 : *PIBD* 1992, III, p. 379.
- Cass. com., 7 avr. 1992 : *JCP* 1992, II, 21939, note C. DAVID.
- CA Paris, 29 mai 1992 : *D.* 1993, somm. p. 377, obs. J. SCHMIDT et J.-M. MOUSSERON.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1992 : *RIDA* janv. 1993, p. 177.
- CA Paris, 10 sept. 1992 : *Ann. propr. ind.* 1994, p. 75.
- CA Reims, 15 sept. 1992 : *Gaz. Pal.* 1993, III, p. 295.
- CA Rouen, 5 nov. 1992 : *PIBD* 1993, III, 135.
- CA Paris, 9 déc. 1992 : *RIDA* 1994, n° 160, p. 228.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992 : *RIDA* avr. 1993, p. 193, note P. SIRINELLI.
- Cass. com., 27 oct. 1992 : *RIDA* avr. 1993, p. 190
- CA Paris, 13 janv. 1993 : *D.* 1993, IR, p. 90.
- Cass. 3^{ème} civ., 17 févr. 1993 : *Bull. civ.* 1993, III, n° 19, p. 12.
- Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993 : *JCP G* 1993, II, 20085, note G. GREFFE.
- Cass. com., 12 juill. 1993 : *D.* 1994, somm. p. 78, obs. M.-L. MATHIEU-IZORCHE.
- Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1994 : *RIDA* 1994, n° 162, p. 433.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 17 févr. 1994 : *PIBD* 1994, III, p. 308.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 : *RIDA* janv. 1995, p. 197.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994 : *D.* 1995, somm. p. 57, obs. C. COLOMBET.
- CA Paris, 7 nov. 1994 : *PIBD* 1995, III, 69.
- CA Toulouse, 22 nov. 1994 : *PIBD* 1995, III, 91.
- CA Paris, 16 févr. 1995 : *PIBD* 1995, III, 248.
- CA Paris, 10 avr. 1995 : *RIDA* oct. 1995, p. 316.
- CA Paris, 14 avr. 1995 : *PIBD* 1995, III, 354.
- Cass. com., 3 mai 1995 : *PIBD* 1995, III, p. 317.
- CA Paris, 4 oct. 1995 : *JCP E* 1996, II, 562, obs. F. GREFFE.
- CA Paris, 9 oct. 1995 : *RIDA* avr. 1996, p. 311.
- CA Paris, 13 oct. 1995 : *RIDA* 1996, n° 168, p. 325, obs. A. KEREVER.
- Cass. com., 3 janv. 1996 : *PIBD* 1996, III, p. 98.
- CA Versailles, 29 févr. 1996 : *PIBD* 1996, III, 408.
- CA Paris, 1^{er} mars 1996 : *RIDA* oct. 1996, p. 261, note P.Y. GAUTIER.
- Cass. com., 2 juill. 1996 : *PIBD* 1996, III, 494.
- CA Paris, 27 sept. 1996 : *D. affaires* 1996, p. 1356.
- CA Paris, 13 nov. 1996 : *RIDA* avr. 1997, p. 294.
- CA Poitiers, 3 déc. 1996 : *PIBD* 1997, n° 628, III, p. 157
- TGI Strasbourg, 3 févr. 1997 : *Gaz. Pal.* 1998, I, 190.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 1997 : *D.* 1998, somm. p. 189, obs. C. COLOMBET.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997 : *JCP G* 1997, II, 22873, note J. RAVANAS.
- Cass. com., 18 mars 1997 : *Comm. com. électr.* 1997, n° 124, note G. RAYMOND.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 : *RIDA* oct. 1997, p. 231.
- Cass. com., 8 juill. 1997 : *PIBD* 1997, III, 584.
- CA Paris, 12 sept. 1997 : *PIBD* 1998, III, 54.
- TGI Nanterre, 7 oct. 1997 : *RIPIA* 1998, p. 170.
- Cass. com., 2 déc. 1997 : *D.* 1998, jurispr. p. 192, note D.-R. MARTIN.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998 : *JCP* 1998, II, 10143, note B. FAGES.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Paris, 3 avr. 1998 : *PIBD* 1998, III, 389.
- CA Paris, 13 mai 1998 : *D. aff.* 1998, p. 135.
- TGI Paris, 15 mai 1998 : *PIBD* 1998, III, 498.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1998 : *D.* 1999, jurisp. p. 306, note E. DREYER.
- CA Paris, 2 oct. 1998 : *RIDA* janv. 1999, p. 423
- Cass. com., 19 déc. 1998 : *PIBD* 1999, III, 88.
- CA Bordeaux, 15 févr. 1999 : *PIBD* 1999, III, 403.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1999 : *Comm. com. électr.* oct. 1999, comm. n° 11, note J-C. GALLOUX.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1999 : *Comm. com. électr.* 1999, p. 13, note C. CARON.
- CA Paris, 2 juill. 1999 : *PIBD* 1999, III, 550.
- TGI Paris, 1^{er} sept. 1999 : *PIBD* 2000, III, p. 255.
- CA Paris, 17 sept. 1999 : *PIBD* 2000, III, p. 17
- CA Paris, 21 sept. 1999 : *JCP E* 2000, II, 10357, note F. POLLAUD-DULIAN.
- Cass. crim., 28 sept. 1999 : *Comm. com. électr.* 2000, comm. n° 4, obs. C. CARON
- CA Bordeaux, 18 oct. 1999 : *D.* 1999, AJ, p. 92.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2000 : *Bull. civ.* I, n° 6.
- CA Paris, 26 janv. 2000 : *Comm. com. électr.* 2000, comm. n° 53, note C. CARON.
- TGI Paris, 28 mars 2000 : *D.* 2002, somm. p. 1192, obs. J. C. GALLOUX.
- TGI Paris, 5 juill. 2000 : *Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 23, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000 : *D.* 2000, p. 821, note P.-Y GAUTIER.
- CA Paris, 18 oct. 2000 : *D.* 2002, somm. p. 1131, obs. S. DURRANDE.
- CA Paris, 11 déc. 2000 : *JCP G* 2002, II, 10 119, note F. SAUVAGE.
- CA Versailles, 25 janv. 2001 : *PIBD* 2001, III, 609.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2001 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 66.
- CA Paris, 4 avr. 2001 : *Dr. fam.* 2001, comm. H. LECUYER.
- CA Paris, 25 mai 2001 : *Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 80, note C. LE STANC.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 2001 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 193.
- CA Versailles, 6 sept. 2001 : *Légipresse* 2002, n° 189, I, p. 22
- TGI Paris, 12 sept. 2001 : *D.* 2001, AJ, p. 3123.

BIBLIOGRAPHIE

- CA Versailles, 4 oct. 2001 : *JCP E* 2002, chron. 1334, p. 1473.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 2001 : *JCP* 2002, II, 10045, note O. CACHARD.
- TGI Paris, 12 oct. 2001 : *PIBD* 2002, III, 155.
- TGI Strasbourg, 16 nov. 2001 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 2, p. 22, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2001 : *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 60, obs. A. LUCAS.
- CA Paris, 28 nov. 2001 : *PIBD* 2002, 741, III, 214.
- Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2001 : *D.* 2002, AJ, p. 646.
- CA Paris, 16 janv. 2002 : *JCP E* 2002, chron. 1043, F. GREFFE.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002 : *JCP G* 2002, I, 148, obs. Y-M. SERINET.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 févr. 2002 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 55.
- TGI Paris, 15 févr. 2002 : *PIBD* 748, III, 377.
- Cass. com., 19 févr. 2002 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 91, note L. LEVENEUR.
- Cass. 3^{ème} civ., 27 févr. 2002 : *RTD civ.* 2002, p. 601.
- CA Versailles, 11 avr. 2002 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 121, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002 : *JCP E* 2002, p. 1121, note C. CARON.
- CA Nîmes, 21 mai 2002 : *RIDA* 2003, n° 195, p. 358.
- CA Paris, 13 sept. 2002 : *PIBD* 2002, III, 85.
- CA Dijon, 24 sept. 2002 : *JCP E* 2003, n° 10, p. 395.
- Cass. com., 22 oct. 2002 : *Bull. civ.* IV, n° 150.
- Cass. com., 5 nov. 2002 : *Propr. ind.* 2003, comm. n° 5, obs. P. KAMINA.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2002 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. n° 2, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2002 : *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 67, note C. CARON.
- TGI Paris, 6 déc. 2002 : *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 88, note C. ALLEAUME.
- CA Versailles, 6 févr. 2003 : *D.* 2003, p. 832, obs. Y. ROUQUET.
- CA Paris, 7 févr. 2003 : *AJDI* 2003, p.187.
- CA Paris, 14 févr. 2003 : *JCP E* 2003, p. 1434, n° 3, obs. N. BOESFLUG, P. GREFFE et J. BARTHÉLÉMY.
- CA Caen, 17 févr. 2003 : *AJDI* 2003, p. 585, obs. J. SCHECROUN.
- Cass. com., 11 mars 2003 : *JCP E* 2003, p. 950, note G. ESCUDIER.

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. com., 18 mars 2003 : *RTD com.* 2003, p. 562, obs. B. BOULOC.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2003 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. n° 56, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2003 : *Bull. civ.* 2003, n° 116.
- TA Versailles, 17 oct. 2003 : *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 1, note C. CARON.
- Cass. com., 10 déc. 2003 : *RTD civ.* 2004, p. 285, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- CA Paris, 16 janv. 2004 : *Com. com. électr.* 2004, comm. n° 70, obs. C. CARON.
- Cass. com., 21 janv. 2004 : *D.* 2004, p. 568, obs. J. DALEAU.
- Cass. ass. plén., 23 janv. 2004 : *JCP* 2004, II, 10030, note M. BILLIAU.
- CA Paris, 11 févr. 2004 : *Propri. intell.* 2004, n° 15, p. 940, obs. P. DE CANDÉ.
- CA Paris, 28 avr. 2004 : *Propri. intell.* 2004, n° 15, p. 940, obs. P. DE CANDÉ.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004 : *RTD civ* 2005, p. 389, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- TGI Paris, 21 janv. 2005 : *PIBD* 2005, III, 247.
- TGI Pointoise, 2 févr. 2005 : *Légipresse* 2005, n° 224, III, p. 159, comm. G. QUERUEL.
- CA Paris, 9 févr. 2005 : *Dr. famille* 2005, comm. n° 273, obs. C. ALLEAUME.
- Cass. com., 22 févr. 2005 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 35, p. 40.
- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2005 : *Comm. com. élect.* 2005, comm. n° 80, note C. CARON.
- CA Paris, 4 mars 2005 : *Propri. intell.* 2005, n° 17, p. 451, note C. de HAAS.
- Cass. com., 10 mai 2005 : *D.* 2005, p. 1412, obs. E. CHEVRIER.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2005 : *D.* 2006, jurisp. p. 661, note B. ÉDELMAN.
- CA Paris, 25 juin 2005 : *PIBD* 2005, III, 595.
- CA Paris, 11 juill. 2005 : *Comm. com. électr.* 2006, comm. n°3, note C. CARON.
- CA Paris, 9 sept. 2005 : *Propri. intell.* 2006, n° 19, p. 176, note A. LUCAS.
- CA Paris, 14 sept. 2005 : *Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 3, note C. CARON.
- CA Versailles, 27 sept. 2005 : *Propri. ind.* 2005, comm. n° 97, obs. P. TRÉFIGNY.
- CA Paris, 12 oct. 2005 : *Comm. com. électr.* 2005, comm. n° 183, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 18 oct. 2005 : *Bull. civ.* I, n° 365.
- CA Paris, 19 oct. 2005 : *Comm. com. élect.* 2005, comm. n° 5, note C. CARON.
- CA Paris, 25 janv. 2006 : *D.* 2006, A.J. p. 580, obs. J. DALEAU.
- CA Douai, 31 janv. 2006 : *PIBD* 2006, 826, III, 231.

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2006 : *Propr. ind.* 2006, comm. p. 35, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-P. VIENNOIS.
- CA Paris, 2 juin 2006 : *Propr. ind.* 2006, comm. n° 89, obs. J. P. GASNIER
- Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006 : *D.* 2006, jurispr., p. 2470, note B. ÉDELMAN.
- Cass. com., 4 juill. 2006 : *D.* 2007, pan. p. 2060, obs. J.-C. GALLOUX.
- CA Paris., 11 oct. 2006 : *RIDA*, janv. 2007, p. 261, note P. SIRINELLI.
- TGI Nanterre, 15 déc. 2006 : *D.* 2007, AJ, p. 219, note C. MANARA.
- Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2007 : *Bull. civ.* I, n° 46.
- Cass. com., 6 févr. 2007 : *Propr. ind.* 2007, comm. p. 26, J.-P. GASNIER.
- CA Paris, 4 avril 2007 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 68, note C. CARON
- CA Paris, 25 avr. 2007 : *D.* 2007, pan. p. 2836, obs. S. DURRANDE.
- Cass. com., 30 mai 2007 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 4, note C. CARON.
- CA Paris, 20 juin 2007 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. n° 120, obs. C. CARON
- TGI Paris, 12 sept. 2007 : *RIDA* oct. 2007, p. 211, note P. SIRINELLI.
- TGI Paris, 14 nov. 2007 : *PIBD* 2008, 867, III, 96.
- CA Paris, 5 déc. 2007 : *D.* 2008, p. 461, note J.-M. BRUGUIÈRE.
- T. com. Lille, ord. réf., 20 déc. 2007 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 50, note C. CARON
- TGI Paris, ord. réf., 22 janv. 2008 : *Propr. ind.* 2008, comm. n° 19, obs. J. RAYNARD.
- TGI Paris, ord. du juge de la mise en état, 18 avr. 2008 : *PIBD* 2008, III, 448.
- Cass. com., 21 mai 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 86, note C. CARON.
- T. com. Paris, 3 juill. 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 101, note C. CARON.
- CA Paris, 28 nov. 2008 : *PIBD* 2009, III, p. 887.
- CA Paris, 21 janv. 2009 : *Comm. com. électr.* 2009, comm. n° 34, note C. CARON.
- Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2009 : *D.* 2009, n° 7, p. 428, note J. DALEAU.
- TGI Laval, 16 févr. 2009 : *Propr. intell.* 2009, n° 32, p. 260, obs. J.-M. BRUGUIÈRE.
- Cass. 3^{ème} civ., 18 févr. 2009 : *D.* 2009, p. 1450, note G. LARDEUX.
- Cass. com., 24 févr. 2009 : *D.* 2009, AJ, p. 1017.
- TGI Paris, 19 mai 2009 : *Propr. intell.* 2009, n° 33, p. 371, A. LUCAS.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2009 : *D.* 2009, p. 2599.

Cass. 3^{ème} civ., 24 juin 2009 : *D.* 2009, AJ p. 1827, obs. D. FOREST.

Cass. soc., 15 déc. 2009 : *D.* 2010, AJ, p. 156.

Juridictions administratives

CE, 28 juin 1855 : *Rec. Sirey* 1856, II, p. 120.

CE, 19 janv. 1877 : *Rec. Sirey* 1879, II, p. 63.

CE, 28 févr. 1947 : *Rec. Sirey* 1947, 3, p. 60.

CE, 14 avril 1986, req. n° 44607 : *Dr. fisc.* 1986, n° 41, comm. 1679, concl. RACINE.

CE, sect., 11 déc. 1987, req. n° 61531 : *Dr. fisc.* 1988, n°19, comm. n° 924, concl. MARTIN-LAPRADE.

CE, 22 mai 1989 : *D.* 1989, IR, p. 192.

CE, 14 mai 1993, n° 95042 : *Recueil CE* 1993, p. 156

CE, 27 sept. 1993, n° 95173 : *JCP* 1993, IV, 2576.

CE, ass., 24 mars 2006 : *Bull. des contrats publics*, 2006, n° 46, p. 173.

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), anciennement Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)

CJCE, 14 mai 1975, aff. 74/74 : *Rec. CJCE* 1975, p. 555.

CJCE, 14 sept. 1982 : *Rec. CJCE* 1982, p. 2853.

CJCE, 10 avr. 1984, aff. 14/83 « Von Colson et Kamann » : *Rec. CJCE* 1984, p. 1891.

CJCE, 26 févr. 1986, aff. 152/84 « Marshall » : *Rec. CJCE* 1986, p. 723.

CJCE, 18 juin 2002 : *JCP E* 2003, p. 1434, n° 1, obs. N. BOESPFLUG, P.GREFFE et J. BARTHÉLÉMY.

CJCE, 8 avr. 2003, aff. C-53/01 à C-55/01 : *Propr. intell.* 2003, n° 9, p. 420, obs. G. BONET.

CJCE, 6 mai 2003, « Libertel » : *Propr. ind.* 2003, comm. n° 76, obs. P. TRÉFIGNY.

CJCE, 12 févr. 2004, aff. C-218/01 « Henkel » : *PIBD*, 2004, III, p. 327.

TPICE, 16 sept. 2004 : *Propr. ind.* 2004, comm. n° 89, obs. A. FOLLIARD-MONGUIRAL.

CJCE, 9 nov. 2004 : *D.* 2005, pan. p. 1495, obs. P. SIRINELLI.

BIBLIOGRAPHIE

CJCE, 3 mai 2005, aff. C-387/02, “S. Berlusconi”: *JO C/171/1* du 9 juill. 2005.

TPICE, 13 sept. 2005 : *Propr. ind.* 2005, comm. 87, obs. A FOLLIARD-MONGUIRAL.

CJCE, 8 mars 2007, aff. C-45/06 “Campina Gmbh and co” : *JO C/154* du 1er juill. 2006.

CJUE, 6 juill. 2010, n° C-428/08, « Monsato Technologie c/ Cefetra et a. » : *JO C/234/7* du 28 août 2010.

Cour européenne des droits de l’Homme

CEDH, 9 déc. 1994 « Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce », A301-B : *RTD civ.* 1995, p. 652 et s., obs. F. ZÉNATI.

CEDH, 23 oct. 1997 « National et Provincial Building Society et autres c/ Royaume Uni » : *Rec.* 1997-VII.

CEDH, 6 oct. 2005 « Draon c/ France et Maurice c/ France » : *Rec.* 2005-IX.

CEDH, 17 sept. 2009, *Scoppola c/ Italie* (n°2), n° 10249/03.

OEB

Gde. ch. rec., 5 déc. 1984 : *PIBD* 1985, 368, III, 146.

OCVV

Ch. rec., 2 déc. 2008, aff. A 009/2008, “Barberina”.

Ch. rec., 23 janv. 2009, aff. A 010/2007, “Ralf Schröder c/ Jorn Hansson, Lemon Symphony”.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abrogation, 16, 25-40, 96, 98, 121, 131, 351.
Agent de l'Etat, 55.
Art contemporain, 9, 11, 178, 179, 182, 385.
Artiste-interprète, 78, 80, 82, 83, 86, 96, 158, 328.

B

Base de données, 9, 13, 167, 194, 212, 334, 390.
Beaux-arts, 179; 277, 321.

C

Caducité, 93, 379, 387.
Chose
commune, 387.
contrefaisante, 108, 110.
hors du commerce, 108, 344, 387.
intellectuelle, 11, 13, 66, 67, 73, 79, 83, 92, 93, 102, 119, 120, 128, 158, 168, 178, 179, 188, 190, 192, 193, 196, 205, 229, 237, 263, 267, 270, 302, 315, 317, 320, 322, 323, 325, 330, 343, 344, 345, 351, 354, 355, 387.
Codification (loi de), 192, 363, 367, 388, 401, 402, 416,
Compétence du juge, 22, 31, 404.
Conseil en propriété industrielle, 112.
Consommateur, 12, 144, 173, 382.
Contrat
de mariage, 5, 10, 210, 272, 346, 348, 367, 380, 396.
de production audiovisuelle, 50, 79, 80, 278, 380.
d'édition, 93, 94, 148, 268, 362, 374, 379, 407.
Convention de Berne, 65.
Convention de Rome, 109, 138, 401.
Copie privée, 157, 233, 338.
Coutume, 262, 346.
Critère de rattachement, 5, 57, 72, 75, 93, 121, 135, 165, 170, 190; 204, 205, 276, 279, 287, 323, 360, 363, 404, 412.

D

Délai, 17, 18, 69, 91-94, 107, 111-114, 118, 121, 123-127, 139-145, 172, 211, 219, 229, 301, 311, 314, 316, 324, 330, 331, 333-336, 363, 387, 396, 400, 409, 411, 412..
Droit

acquis, 5, 67, 114, 122, 124, 125, 132, 133, 135-142, 145-160, 162, 188, 219, 290-304, 347, 355, 356, 359, 368, 384, 390, 392, 403, 404, 412.
d'exposition, 158, 269, 302, 325.
de reproduction, 75, 281, 390.
de suite, 22, 170, 339.
des biens, 9; 13, 157, 192, 344, 363.
moral, 147, 148, 212, 251, 274, 363, 372, 378, 386, 387, 389, 402, 409.
naturel, 10, 28.

E

Epuisement des droits, 212, 269.
Équité, 85, 94, 111, 131, 142, 219, 240, 262, 277, 359, 364.
Exception au monopole, 155 et s., 328.
Expectative, 134, 145, 146, 149, 159, 300, 301.

F

Faculté légale, 118, 125, 140, 145-149, 154, 157, 169, 188, 195.
Formalisme, 124, 171, 363.
Forme originale, 139, 167, 177 et s., 267, 374, 402.
Fraude, 152, 227, 363, 382.

G

Gestion collective des droits, 85, 97, 101, 102, 131, 148.
Goût, 387.

H

HADOPI, 18, 230.

I

Imprévision, 118, 352, 367.
Indivision, 363, 394.
Infraction, 91, 226, 230.
Intérêt général, 8, 12, 56, 85, 98, 122, 203, 265, 320, 359; 362, 363, 369-372, 382, 383, 387, 402.
Interprétative (loi), 9, 133, 138, 223, 228, 242-288, 404, 416.
Intuitu personae, 148.

L

Legs, 170.
Lésion, 365, 407.
Liberté
contractuelle, 9, 74, 210, 363, 373, 380, 389.
de création, 12, 384.
Logiciel, 11, 179, 192, 279, 351, 362, 380; 390.

M

Mesure technique de protection, 9, 144, 278, 340.

N

Nouveauté, 66, 113, 125, 126, 165, 179, 183, 184, 219, 253, 258, 278, 282, 309, 310, 313, 321, 331, 396, 397, 402.
Nullité, 56, 57, 59, 79, 94, 140, 147, 285, 363, 375, 380, 382, 387, 390, 397, 401, 408.

O

Oeuvre
anonyme, 143, 148.
de collaboration, 251, 363, 394, 409.
posthume, 27, 191, 277, 316, 323.
orpheline, 202.
libre, 198-201.
Ordre public (loi d'), 137, 138, 330, 347, 356-392, 415.
Originalité, 177, 179, 267, 321, 385, 404.

P

Parfum, 13, 182, 382.
Peine, 30, 35, 108, 224-229, 231, 240, 241, 416.
Phonogramme, 49, 68, 82, 83, 85, 86, 88, 93, 96, 99, 158, 193, 302, 390, 402.
Photographie, 179; 231, 267, 279.
Prescription, 140, 172, 228, 301, 318, 319, 333, 400.
Procédure (loi de), 57, 60, 103, 138, 356, 363, 392-414.

Prorogation de guerre, 152, 334.

Q

Qualité pour agir, 399, 401 et s., 408.

R

Rémunération, 78, 80, 82-87, 96, 98, 148, 328, 338, 357, 363.
Responsabilité civile, 140, 163, 169, 178, 379, 401, 402.
Rétrospectivité, 111, 123, 333, 335, 387.

S

Salarié, 147, 161, 346, 351, 353, 378, 385, 404.
Société de perception et de répartition des droits, 74-76.
Succession, (droit de) 140, 170, 307.
Sûreté, 5.

T

Terme, 7, 18, 19, 58, 69, 93, 96, 108, 116, 119, 139, 140, 301, 316-322, 324, 330, 333, 338, 343, 344, 387, 400, 409.
Tolérance, 215.

U

Unité de l'art (principe), 156, 165, 188, 258.
Usage
contractuel, 158.
d'un signe distinctif, 173.
Usufruit, 170, 175, 210.

V

Validation, 84, 96, 98, 100, 101, 119, 171, 210, 231, 313.
Vide juridique, 78, 84, 88, 186, 230, 278.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
I / Les obstacles présentés par le droit de la propriété intellectuelle à une transposition simple et rapide du raisonnement transitoire.....	10
II / Un raisonnement transitoire nécessairement influencé par une conception préalable du droit de la propriété intellectuelle	17
Première partie / LA RÉOLUTION DES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE PAR UNE SIMPLE LECTURE DE LA LOI NOUVELLE	25
Titre I / LES INDICATIONS DU LÉGISLATEUR SUR L'ESPACE OCCUPÉ PAR LA LOI NOUVELLE AU SEIN DE L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE	28
Sous-titre I / LES INDICATIONS DU LÉGISLATEUR SUR L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI NOUVELLE.....	30
Chapitre I / LE REPORT DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI NOUVELLE EXPLIQUÉ PAR L'EXISTENCE ACTUELLE OU À VENIR D'ACCORDS CONTRACTUELS COLLECTIFS	33
Chapitre II / LE REPORT DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI NOUVELLE EXPLIQUÉ PAR UNE INTERVENTION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.....	35
SECTION I / L'attente parfois déçue d'une intervention règlementaire.....	35
SECTION II / Les avantages et inconvénients de l'application « par paliers » d'une réforme en droit de la propriété industrielle.....	38
Sous-titre II / LES INDICATIONS DU LÉGISLATEUR SUR L'ABROGATION DE LA LOI ANCIENNE	41
Chapitre I / UNE SÉRIE DE CONTROVERSES HISTORIQUES RELATIVES À L'ABROGATION DES TEXTES EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE..	43
SECTION I / La valeur normative de certains textes antérieurs à la révolution française.....	43
SECTION II / Des controverses historiques relatives à l'abrogation des lois en droit des marques	46

TABLE DES MATIÈRES

SECTION III / Des controverses historiques relatives à l'abrogation des lois en droit d'auteur	50
Chapitre II / À LA RECHERCHE DE LA DISPOSITION LÉGALE IDÉALE RELATIVE À L'ABROGATION DE LA LOI ANCIENNE.....	53
Titre II / LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	58
Sous-titre I / LA VÉRIFICATION EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DES CARACTÈRES PARTICULIERS DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES	61
Chapitre I / LE RAPPEL DE QUELQUES CERTITUDES À PROPOS DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES.....	63
Chapitre II / QUELQUES INCERTITUDES À PROPOS DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES.....	65
Sous-titre II / L'APPLICATION AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DE LA DISTINCTION ENTRE LES « LOIS DE CONFLITS » ET LES « LOIS DE TRANSITION ».....	70
Chapitre I / LA QUALIFICATION DE « LOIS DE CONFLIT » EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	72
SECTION I / Le choix de la loi ancienne par le législateur présenté au sein d'une loi de conflit	73
I / Le choix de la loi ancienne conforme aux principes transitoires traditionnels	73
II / Le choix de la loi ancienne dérogatoire aux principes transitoires traditionnels	77
SECTION II / Le choix de la loi nouvelle par le législateur présenté au sein d'une loi de conflit.....	82
I / La simple consécration par le législateur du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle	83
II / L'anticipation par le législateur des difficultés présentées par une application immédiate de la loi nouvelle.....	90
III / La volonté du législateur de donner à la loi nouvelle le plus grand champ d'application temporel possible	99
A / Des dispositions transitoires qui participent encore d'une application immédiate de la loi nouvelle.....	99

TABLE DES MATIÈRES

B / Des dispositions transitoires qui postulent clairement une application rétroactive de la loi nouvelle.....	104
§ 1 / La loi du 20 juillet 1993	105
§2 / La loi du 27 mars 1997	113
a / L'article 16 de la loi du 27 mars 1997	114
b / L'article 18 de la loi du 27 mars 1997	120
Chapitre II / LA QUALIFICATION DE « LOI DE TRANSITION » EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	128
SECTION I / La mise en place de régimes dérogatoires à la loi ancienne comme à la loi nouvelle.....	128
I / L'exemple des conventions internationales.....	129
II / Des exemples issus du droit interne.....	132
SECTION II / L'organisation par le législateur d'une indemnisation des « victimes » de la réforme	136
SECTION III / L'uniformisation des titres de propriété industrielle « en circulation » par le législateur.....	140
I / L'invitation du législateur à transformer un titre existant.....	140
II / La création par le législateur d'une nouvelle procédure	141
III / Une uniformisation automatique des titres existants au jour de l'entrée en vigueur de la réforme.....	149
Conclusion de la première partie	152
Deuxième partie / LA RÉOLUTION DES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'AIDE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT TRANSITOIRE	154
Titre I / L'APPLICATION RÉTROACTIVE DE LA LOI NOUVELLE	156
Sous-titre I / L'APPLICATION RÉTROACTIVE DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DES NOTIONS DE « DROITS ACQUIS » OU DE « SITUATION JURIDIQUE DÉJÀ CONSTITUÉE »	157
Chapitre I / LA RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « DROIT ACQUIS »	159
SECTION I / Considérations sur la notion de droits acquis propres au droit de la propriété intellectuelle.....	160
I / Une théorie dépassée ?	161

TABLE DES MATIÈRES

II / Le principe de protection des droits acquis en droit de la propriété intellectuelle	164
III / La recherche de droits acquis en droit de la propriété intellectuelle ...	166
IV / Des erreurs spécifiques au droit de la propriété intellectuelle	169
SECTION II / Considérations sur les notions exclusives des droits acquis.....	175
I / Les « expectatives » et les « facultés légales »	175
II / La valeur des droits acquis en question	183
SECTION III / Les droits acquis et les exceptions au monopole	186
Chapitre II / LA RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « SITUATION JURIDIQUE »	193
SECTION I / La rétroactivité de la loi nouvelle déduite de son application à des situations juridiques entièrement constituées	194
I / L'application du principe de ROUBIER à toutes les situations juridiques du droit de la propriété intellectuelle.....	195
A / Peu importe le mode de constitution de la situation juridique.....	195
B / Peu importe le temps exigé pour la constitution de la situation juridique	200
§ 1 / Les situations juridiques qui se constituent en un « trait de temps »	200
§ 2 / Les situations juridiques qui requièrent pour leur constitution une certaine durée	206
C / Peu importe la pluralité des conditions nécessaires à la constitution de la situation juridique	207
II / La solution adoptée en droit d'auteur par la Cour de cassation le 18 juillet 2000	208
III / Les actes ou faits qui n'ont pu donner naissance à une situation juridique sous le droit antérieur.....	216
A / En droit d'auteur.....	216
B / En droit de la propriété industrielle	218
§ 1 / Le critère de la nouveauté au sein du droit des dessins et modèles antérieur à la réforme du 25 juillet 2001	218
§ 2 / Les choses qui ne peuvent être réservées par un droit de propriété industrielle.....	219

TABLE DES MATIÈRES

IV / Les lois venues créer une situation juridique inédite.....	220
A / Les exemples proposés par ROUBIER issus du droit de la propriété intellectuelle	221
B / La recherche des premières lois venues créer une situation juridique en droit de la propriété intellectuelle	223
§ 1 / En droit d'auteur.....	224
§ 2 / En droit des bases de données	228
§ 3 / En droit des brevets.....	229
C / Des exemples de droit prospectif.....	230
§ 1 / Les œuvres libres.....	230
§ 2 / Les œuvres orphelines.....	232
SECTION II / La rétroactivité de la loi nouvelle déduite de son application à une situation juridique déjà éteinte.....	237
I / L'exemple de modes d'extinction de situations juridiques en droit de la propriété intellectuelle.....	237
II / Les faits ou actes qui ne peuvent pas provoquer l'extinction d'une situation juridique en droit de la propriété intellectuelle	242
SECTION III / La rétroactivité de la loi nouvelle déduite de son application aux effets juridiques déjà réalisés d'une situation juridique.....	244
Sous-titre II / L'APPLICATION RÉTROACTIVE DES NORMES NOUVELLES JUSTIFIÉE PAR UNE QUALIFICATION SPÉCIFIQUE DE LA LOI	249
Chapitre I / LES LOIS PÉNALES PLUS DOUCES.....	249
SECTION I / La question des délits naturels.....	251
SECTION II / L'identification de la loi pénale « plus douce »	252
SECTION III / Le principe de l'interprétation stricte.....	254
SECTION IV / La reconnaissance d'une peine ayant le caractère d'une punition	255
I / La déchéance d'un droit de propriété industrielle : une sanction ?.....	256
II / La crédibilité de la sanction et le droit transitoire.....	260
SECTION V / La tentation d'étendre le principe de la rétroactivité <i>in mitius</i> à des dispositions civiles.....	262
I / L'exemple du droit d'auteur	263
II / L'exemple du droit des marques.....	265

TABLE DES MATIÈRES

SECTION VI / Les difficultés.....	266
I / La conciliation théorique entre la notion de situation juridique et le mécanisme de l’incrimination pénale.....	266
II / La conciliation théorique entre l’approche réelle du droit de la propriété intellectuelle et l’incrimination pénale	269
Chapitre II / LES LOIS INTERPRÉTATIVES.....	271
SECTION I / La rétroactivité des lois interprétatives.....	272
SECTION II / L’application de la définition jurisprudentielle des lois interprétatives en droit de la propriété intellectuelle	276
I / L’intervention rapide du législateur	276
II / L’existence d’une controverse antérieure	277
A / Des exemples de controverses en droit d’auteur.....	277
B / Des exemples de controverses en droit des brevets.....	280
C / Un exemple de controverse en droit des obtentions végétales.....	282
III / La clarification de l’ordonnancement juridique existant.....	283
SECTION III / Les rapports entretenus entre une loi interprétative et la jurisprudence antérieure	288
I/ Le pouvoir normatif du juge.....	289
II / La confirmation d’une jurisprudence antérieure	293
A / En droit des brevets.....	293
B / En droit d’auteur.....	295
III / La condamnation d’une jurisprudence antérieure.....	298
SECTION IV / La tentation d’adopter une vision extensive des lois interprétatives.....	301
I / Les éléments favorables à une vision extensive des lois interprétatives	302
II / Le refus du juge d’appliquer rétroactivement une loi nouvelle venue clarifier le droit existant	308
SECTION V / Le cas particulier des lois de transposition d’une directive communautaire.....	313
Titre II / L’APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE.....	320
Sous-titre I / L’APPLICATION IMMEDIATE DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « DROIT ACQUIS » OU DE « SITUATION JURIDIQUE EN COURS »...321	

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre I / L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE DÉDUITE D'UNE UTILISATION DE LA NOTION DE « DROIT ACQUIS ».....	321
Chapitre II / L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE AU REGARD DE LA NOTION DE « SITUATION JURIDIQUE EN COURS »	326
SECTION I / Les situations juridiques « en cours de constitution » ou « en cours d'extinction ».....	326
I / Les situations juridiques « en cours de constitution ».....	327
A / En droit de la propriété industrielle	327
§ 1 / En droit des brevets.....	327
§ 2 / En droit des marques.....	329
§ 3 / En droit des dessins et modèles.....	331
B / En droit de la propriété littéraire et artistique.....	333
C / Une conception défavorable aux titulaires de droit.....	334
II / Les situations juridiques « en cours d'extinction ».....	336
A / Une prescription « en cours » : un droit d'agir « en cours d'extinction »	336
B / L'image des monopoles « marchant » vers leur extinction.....	336
SECTION II / Les situations juridiques légales « en cours d'effet »	339
I / La situation juridique légale propre au droit de la propriété intellectuelle et la modification pour l'avenir des effets produits	341
A / Une augmentation des prérogatives sur la chose	341
B / Une diminution des prérogatives sur la chose.....	342
II / La durée d'un droit de propriété intellectuelle en question	345
III / Les difficultés d'utilisation de la notion d' « effets juridiques »	352
A / Des exemples issus du droit de la propriété intellectuelle.....	353
B / Une distinction théorique complexe : la loi venue diminuer les effets d'une situation juridique et la loi venue supprimer pour l'avenir une situation juridique	358
SECTION III / Les situations juridiques contractuelles « en cours d'effet »	362
I / La rétroactivité de la loi nouvelle appliquée par le juge à un contrat « en cours »	363
II / Le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle	364

TABLE DES MATIÈRES

III / Les arguments favorables à une application de la loi nouvelle aux contrats « en cours ».....	367
Sous-titre II / L'APPLICATION IMMÉDIATE DES NORMES NOUVELLES JUSTIFIÉE PAR UNE QUALIFICATION SPÉCIFIQUE DE LA LOI	373
Chapitre 1 / LES LOIS D'ORDRE PUBLIC.....	374
SECTION I / Une application généralisée de la loi d'ordre public : entre application rétroactive et application immédiate	376
I / La rétroactivité de la loi d'ordre public.....	376
II / Le principe de l'application immédiate de la loi d'ordre public aux contrats « en cours ».....	379
A / Une application modérée du principe en jurisprudence	379
B / Les avantages d'une application immédiate de la loi nouvelle à un contrat « en cours ».....	382
SECTION II / À la recherche d'un ordre public utile au raisonnement transitoire en droit de la propriété intellectuelle.....	396
A / La traduction transitoire de l'intérêt général satisfait par la règle nouvelle	397
B / La traduction transitoire de la limitation d'une liberté opérée par la loi nouvelle	399
C / La traduction transitoire de certains indices laissés par le législateur	406
D / Le cas spécifique du droit des marques.....	411
SECTION III / La notion de statut légal.....	417
I / La notion de statut légal appliquée à la personne	419
II / La notion de statut légal appliquée à la propriété.....	424
III / La notion de statut légal appliquée à la chose.....	427
SECTION IV / La critique d'une valeur transitoire attribuée à la qualification de « loi d'ordre public ».....	435
Chapitre II / LES LOIS DE PROCÉDURE.....	444
SECTION I / Les difficultés liées à l'utilisation de la qualification de « loi de procédure ».....	446
I / Un droit commun de la procédure applicable par défaut.....	446

TABLE DES MATIÈRES

II / La traduction transitoire des rapports entre un droit subjectif et l'action en justice	449
III / La distinction des « lois de fond » et des « lois de forme »	450
IV / L'apparition d'une nouvelle défense	454
SECTION II / La recherche de l'utilité de la qualification de « loi de procédure » en droit de la propriété intellectuelle.....	456
I / Le champ d'application temporel de la loi de procédure en question	457
II / Le changement de fondement de l'action en justice.....	460
III / L'analyse transitoire de la qualité et de l'intérêt pour agir	463
IV / La création d'une action en revendication.....	469
V / La question du juge compétent.....	470
SECTION III / Une critique de l'utilisation de la qualification de « loi de procédure » en droit de la propriété intellectuelle	476
SECTION IV / La tentative d'un raisonnement par analogie spécifique au droit de la propriété industrielle.....	481
Conclusion de la deuxième partie.....	487
Conclusion générale.....	489
BIBLIOGRAPHIE.....	501
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	535
TABLE DES MATIÈRES.....	537

TABLE DES MATIÈRES

Florence MEURIS

Les conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle

Le droit transitoire est une discipline dont la vocation est universelle. Cet ensemble de règles a pour finalité de permettre la découverte de la loi applicable à un fait ou un acte donné. Tout comportement a une traduction juridique, même neutre, selon une norme unique. À ce titre, peu importe le domaine du Droit concerné. De nombreuses règles, forgées par la doctrine et la jurisprudence à partir de l'article 2 du Code civil, permettent à l'interprète de la loi nouvelle de décliner le principe de non rétroactivité selon les spécificités d'une espèce. Par exception, le législateur peut proposer lui-même des dispositions transitoires, qui s'avèrent pour la plupart, en droit de la propriété intellectuelle, conformes au principe de sécurité juridique. D'une manière générale, l'opération de qualification nécessaire porte sur l'acte ou le fait étudié ou bien sur la norme nouvelle elle-même. L'étude menée a pour objet la transposition de cette opération de qualification au sein du domaine précis de la propriété intellectuelle. Dans cette optique, les notions de « droit acquis » et de « situation juridique » sont confrontées aux spécificités de la discipline, dont la filiation apparente avec le droit des biens est parfois source d'erreurs. En plus de ces qualifications qui se rapportent aux éléments saillants d'une espèce donnée, sont également recherchées en droit de la propriété intellectuelle les illustrations des qualifications classiques de « loi interprétative », de « loi pénale plus douce », de « loi d'ordre public » et de « loi de procédure ». Leur signification transitoire est appréciée au regard de l'exigence de sécurité juridique, fil conducteur de toute discussion relative à la résolution d'un conflit de lois dans le temps. Au cours de cette étude, les systèmes de protection très disparates qu'offre le droit de la propriété intellectuelle à tout créateur ou « découvreur », apparaissent comme autant de facteurs d'une diversité jurisprudentielle gênante. À l'inverse, le mécanisme de réservation d'une chose intellectuelle semble constituer un dénominateur commun intéressant. Celui-ci trouve une traduction efficace avec la notion de « situation juridique » écrite de cette manière : « titularité d'un droit de propriété intellectuelle ». Par suite, l'indépendance de la matière se confirme et ses disparités internes sont gommées. Seulement, si l'exigence de sécurité juridique commande de retenir la notion de « situation juridique », il convient, au contraire, de se méfier de la notion de « droit acquis ». De plus, il est constaté que l'utilisation de la notion de « loi d'ordre public » n'est pas conforme à l'exigence de sécurité juridique, quand le maniement de la qualification de « loi de procédure » se révèle souvent délicate. Enfin, la notion de « loi interprétative » semble implicitement justifier de nombreux choix jurisprudentiels, orientés par l'absence de nouveauté manifeste de la norme nouvelle. Il convient alors de proposer la qualification de « loi de codification ». **Mots clés** : conflit de lois dans le temps, propriété intellectuelle, principe de sécurité juridique.

Conflicts of legal provisions in the intellectual property

A lawyer can settle conflicts of legal provisions through the application of several rules. They can be used like universal tools, in every juridical domain. The aim of the operation consist in determining the law which has to be applied. Each behavior can be translated in juridical terms. In this way, only one set of laws has to be taken into account. The lawyer can use the principles created by doctrine and precedents in order to solve conflicts of legal provisions. The article 2 of the Civil Code is the foundation of them. In the intellectual property domain, the legislator can intervene and suggest transitory provisions. The judge is not allowed to enforce the law retroactively, no matter the facts or the acts under consideration. The purpose of this investigation lies in the adaption of these rules for intellectual property issues. Therefore, "vested interests" and "legal status" concepts are confronted with specificities of intellectual property as such a corpus of independent rules. In a certain extent, there is a link between this discipline and the law of property. When the lawyer has to choose the law to apply, there are disturbing parallels to be made. He may easily make a mistake. Furthermore, the concepts of "declaratory act", "softer penal act", "public order law", and "proceedings act" can be used to resolve special problems in the intellectual property domain. When a conflict of legal provisions is under discussion, the judge has to ensure a certain security of the procedure. The judge must always be able to justify precisely his choice. It's a significant guarantee for any person subject to trial. It has been widely recognized that intellectual property offers a large selection of rights. As a result, the judge is tempted to follow several different lines of thought and case law on the subject is not always uniform. On the contrary, legal precedents could be unified if the judge has used the "legal status" concept. It should be written in an efficient way: "to be entitled to exercise an intellectual property right". The independence of the discipline is confirmed and its internal disparities disappear. The "vested interests" concept does not seem to be appropriate to the characteristics of intellectual property. Moreover; the concept of "public order law" doesn't square properly with intellectual property issues. The concept of "proceedings act" is delicate to use. Lastly, it appears that the concept of "declarative law" is implicitly used by judges to prove the retroactivity of the law. Finally, the concept of "codification act" should be applied to this situation. **Keywords** : conflict of legal provisions, intellectual property, retroactivity ...