



Revue de règlement des différends de McGill

Volume 4 (2017-2018)

L'arbitrabilité du droit d'auteur : le cas du droit français

Maxence Rivoire*

Dépassée dans les pays de common law, la question de l'arbitrabilité du droit d'auteur agite la doctrine civiliste. Étant donné les avantages de l'arbitrage pour résoudre les litiges de droits d'auteur, en particulier dans un contexte international, l'auteur plaide pour que la jurisprudence française énonce un large principe d'arbitrabilité de la matière.

Malgré certains doutes théoriques, la pratique arbitrale admet l'arbitrabilité du contentieux des droits d'exploitation. En revanche, dans l'arbitrage interne, la validité des clauses compromissoires portant sur le droit moral demeure très incertaine. En arbitrage international, l'auteur voit dans la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris la reconnaissance, d'une part, d'une règle matérielle de droit international privé conférant à la convention d'arbitrage international une validité propre et, d'autre part, le rejet implicite d'une loi de police posant une restriction à l'arbitrabilité. L'article propose également aux tribunaux français de s'inspirer des arguments théoriques de la Cour suprême du Canada pour admettre que les litiges portant sur la validité ou la titularité de droit d'auteur puissent être tranchés par un arbitre.

...

The issue of whether copyright disputes may be submitted to arbitration is still controversial amongst civil law scholars, though it is no longer debated in common law jurisdictions. Given the benefits of arbitration in resolving copyrights disputes – especially in an international context – the author argues that French courts should set out a broad principle of arbitrability in this field.

Despite some theoretical issues, the current trend in arbitral practice is to allow the arbitrability of economic rights. In domestic arbitration, however, the validity of arbitration clauses in settling moral rights disputes is still uncertain. In international arbitration, the author highlights, on the one hand, the recognition in the Paris Court of Appeal's case law of a material rule of private international law giving validity to the international arbitration agreement and, on the other hand, the implicit rejection of an overriding mandatory provision restricting arbitrability. The author also suggests that French courts should take inspiration from the Supreme Court of Canada's case law and allow for disputes related to the validity or ownership of copyright to be submitted to arbitration.

I. Introduction

L'arbitrage et le droit d'auteur ont « tout pour être heureux »¹. En plus de ses avantages généraux (confidentialité, efficacité, rapidité et flexibilité de la procédure), l'arbitrage permet de désigner des arbitres spécialisés en propriété littéraire et artistique², et disposant de connaissances techniques, notamment en matière de logiciels ou d'audiovisuel³. Le potentiel de cette union est encore plus remarquable en arbitrage international, où la facilité d'exécuter les sentences arbitrales simplifie la résolution des litiges internationaux, par exemple relatifs à l'exploitation d'œuvres sur Internet. Ainsi, il n'est pas surprenant que de nombreuses institutions encouragent aujourd'hui le recours à l'arbitrage dans le domaine du droit d'auteur⁴.

Pourtant, la réalité est très décevante. En 2012, les litiges portant sur des contrats d'exploitation du droit d'auteur représentaient seulement 0,4% du total des nouveaux arbitrages de la chambre de commerce internationale (ci-après, « CCI »)⁵. Quant aux institutions spécialisées, elles ne brillent pas non plus par leur activité⁶. Parmi les raisons de ce faible succès, outre l'imperméabilité culturelle et le poids des habitudes, les doutes et les craintes concernant l'arbitrabilité ont été identifiés comme le principe obstacle à l'essor de l'arbitrage⁷. Mais au lieu de s'atteler à les chasser, la doctrine se contente souvent d'éluder la question, qui anime cependant des colloques en France et à l'étranger⁸.

Notre étude vise à dissiper autant que possible les incertitudes sur l'arbitrabilité du droit d'auteur en droit français. La tâche est ardue, car « l'arbitrabilité est une question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante, et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens »⁹ ; d'où l'importance de la définir avec précision. Traditionnellement, la doctrine française distingue l'arbitrabilité objective, qui concerne l'objet du litige, de l'arbitrabilité subjective, définie comme la capacité d'une personne à recourir à l'arbitrage. L'existence de cette dernière notion étant

*MJur (Oxford). Cet article est une version remaniée d'un mémoire réalisé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne dans le cadre du Master 2 Droit international privé et du commerce international. Mes remerciements vont à M. Christophe Seraglini pour sa direction.

1 Christophe Caron, « Le contentieux arbitral du droit d'auteur » (2014) 2 Rev arb 331 à la p 332.

2 Dans cet article, tous les développements valent également pour les droits voisins, c'est-à-dire les droits exclusifs accordés aux artistes-interprètes, aux producteurs de phonogrammes ou vidéogrammes et aux radiodiffuseurs.

3 Selon Caron, *supra* note 1, « l'arbitrage permet une certaine consanguinité bienvenue en droit d'auteur qui est un univers au sein duquel les usages sont essentiels ». Voir également Éric Loquin, « Arbitrage et propriété intellectuelle : Synthèse » (2014) 2 Rev arb 375 [Loquin, « colloque »] ; André Lucas, « Arbitrage et propriété intellectuelle » allocation lors de la conférence annuelle de la Faculté de Droit de l'Université des Emirats Arabes Unis présentée au Emirates Centre for Strategic Studies and Research, 28-30 avril 2008 à la p 119 [non publié], en ligne : « sleconf.uaeu.ac.ae/papers/n4e/Dr_%20Lugac_115-139.pdf » ; Thomas D Barton & James M Cooper, « Symposium Introduction: Advancing Intellectual Property Goals Through Prevention and Alternative Dispute Resolution » (2012) 43:1 Cal W Int'l LJ à la p 28.

4 Par exemple, l'Association de Médiation et d'Arbitrage des Professionnels de l'Audiovisuel (AMAPA) encourage la stipulation de conventions d'arbitrage dans les contrats conclus entre les producteurs et les scénaristes, tout comme l'Association Arbitrage et Conciliation pour le Cinéma et l'Audiovisuel, et le Centre National de la Cinématographie et de l'image animée. De même, l'OMPI a créé son propre centre d'arbitrage.

5 Andrea Carlevaris, « Le contentieux institutionnel : de l'expérience et de l'utilité des institutions d'arbitrage pour les litiges de propriété intellectuelle – l'expérience de la CCI » (2014) 2 Rev arb 341 aux pp 341–343.

6 Comme le note Caron, en 2012, l'AMAPA n'avait encore jamais organisé d'arbitrage, dix ans après sa création : *supra* note 1 à la p 333.

7 *Ibid* à la p 334.

8 Voir Jacques Raynard, « Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage : Introduction générale » (2014) 2 Rev arb 267. Voir aussi *The United States Patent and Trademark Office Symposium on Trends in Alternative Dispute Resolution Concerning Intellectual Property Rights Litigation* (2012) 43:1 Cal W Int'l LJ, numéro spécial ; Henri Desbois, « Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle présentée, à Paris, 26 janvier 1999 » dans *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Paris, Litec, 1994.

9 Charles Jarrosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », [1996] 1 R de Jurisprudence Commerciale 1.

controversée¹⁰, nous nous concentrerons sur la question de l'arbitrabilité objective, c'est-à-dire l'aptitude du droit d'auteur à être soumis à l'arbitrage.

En France, les critères de l'arbitrabilité sont posés par les articles 2059 et 2060 du Code civil, du moins en arbitrage interne¹¹. Le premier dispose que « [t]outes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », et le second que l'« [o]n ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Les controverses sur la pertinence de ces deux textes mises à part¹², on peut considérer que l'article 2059 a vocation à jouer lorsque le législateur interdit la libre disposition d'un droit dans l'intérêt privé de son titulaire, alors que l'article 2060 exclut l'arbitrabilité lorsque le litige met en cause des intérêts publics, réservés aux juges étatiques¹³.

En principe, ce cadre législatif constitue la seule restriction au recours à l'arbitrage, à l'exception des contraintes ponctuelles posées par le droit du travail ou par l'absence d'imperium de l'arbitre. Ainsi, depuis 2011, l'article L331-1 du Code de la propriété intellectuelle (« CPI ») prévoit que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu en matière de droit d'auteur, « dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil ». Autrement dit, les juridictions judiciaires ne disposent d'aucune compétence exclusive pour trancher les litiges de droit d'auteur. Par ailleurs, dans ce domaine, où l'impératif de protéger la personne du titulaire est omniprésent, le critère de l'article 2059 semble prépondérant puisque celui-ci est lié à l'intervention de l'ordre public de protection¹⁴. Nous y reviendrons. L'importance de l'article 2060 du Code civil est a priori moindre. En effet, contrairement aux droits de propriété industrielle, délivrés par une autorité publique, l'auteur d'une œuvre jouit du droit exclusif « du seul fait de sa création »¹⁵. Les intérêts publics sont donc peu impliqués, bien que pas

10 Pour certains auteurs, on ne peut parler d'arbitrabilité subjective, car la question concerne en réalité un problème spécifique de capacité à compromettre. En ce sens, voir Jean-François Poudret & Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002 au para 269 ; Voir *contra* Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 au para 334.

11 Nous verrons plus loin qu'il n'est pas certain que l'article 2059 du Code civil s'applique à l'arbitrage international. Cependant, il est largement admis que l'article 2061, qui pose un principe de licéité des clauses compromissoires dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, ne relève pas de l'arbitrabilité objective au sens strict.

12 Pour une partie de la doctrine française, le critère de la libre disponibilité de l'article 2059 est le seul critère de l'arbitrabilité, car l'article 2060 n'a qu'une valeur d'illustration. Voir par ex Bruno Oppetit, « L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 » (1979) 1 Rev arb 83 à la p 88 [Oppetit, « brevets »] ; Patrice Level, « L'arbitrabilité » (1992) 2 Rev arb 213 à la p 240. Pour l'autre partie de la doctrine, seul l'article 2060, qui énumère les droits dont on n'a pas la libre disposition, aurait une utilité. Voir par ex Jean Robert, *L'arbitrage*, 5^e éd., France, Dalloz, 1983 au para 30.

13 Voir Eric Loquin, « Arbitrage - Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litige arbitral », J-cl Proc civ, fasc 1024, aux para 24 et 83 [Loquin, « Arbitrage »]. Selon Loquin, le législateur peut interdire la disponibilité de certains droits dans l'intérêt privé du titulaire, comme en droit du travail, alors même que l'intérêt public n'est pas directement concerné. À l'inverse, l'arbitrage peut être exclu parce que le litige met en jeu des intérêts publics dont on estime que l'arbitre ne peut avoir connaissance, peu importe la disponibilité du droit en cause. L'article 2059 doit donc être distingué de l'article 2060.

14 *Ibid* aux paras 17, 24.

15 Art L111-1 CPI. Voir également Bruno Oppetit, « L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur droits voisins » dans *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Paris, Litec, 1994, 121 à la p 129 [Oppetit, « Arbitrabilité »]. Oppetit écrit : il paraît totalement exclu d'ériger la propriété littéraire et artistique en matière traduisant dans son ensemble

totallement absents du débat, ne serait-ce que parce que le droit français considère que la contrefaçon constitue une infraction pénale.

Plus particulièrement, en arbitrage international, s'ajoutent à ces contraintes les restrictions posées par les autres ordres juridiques. Puisque la question de l'arbitrabilité se pose pendant la procédure arbitrale mais aussi lors de l'exécution de la sentence¹⁶, la position des droits étrangers ne peut être négligée. Or, en droit comparé, le mouvement général va dans le sens d'une admission de plus en plus large de l'arbitrabilité du droit d'auteur, surtout dans les pays de copyright, à tel point que pour un juriste de common law, la question paraîtrait totalement dépassée¹⁷. Tel n'est pas le cas dans les pays de droit d'auteur, comme la France, ce qui oblige en pratique à rechercher la loi applicable à l'arbitrabilité ainsi qu'à prendre en considération d'éventuelles lois de police restreignant la possibilité de soumettre un litige à l'arbitrage¹⁸. Pour l'arbitre, la recherche de la loi applicable resterait toutefois vaine si les contours de l'arbitrabilité ne peuvent être tracés. Avant toute chose, il nous fallait donc tenter d'y remédier. À cet égard, il est vite apparu que le contenu du droit positif français est en la matière extrêmement incertain. Dans un ordre croissant de difficulté, il est possible de distinguer entre les domaines où le principe d'arbitrabilité est presque acquis, au moins en pratique (II), et les autres, où les limites de l'arbitrabilité sont beaucoup plus floues (III). Nous tenterons de les repousser.

II. Les aires de quasi-certitude

Largement acceptée, l'arbitrabilité de l'action en contrefaçon ne soulève pas de problèmes insurmontables (A). La pratique admet également que les litiges portant sur les droits patrimoniaux puissent être soumis à l'arbitrage, mais il n'est pas certain qu'en l'état actuel du droit positif, cette solution soit théoriquement justifiée (B).

A. L'arbitrabilité du contentieux de la contrefaçon

Dès 1909, Eugène Pouillet affirmait la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le domaine de la contrefaçon¹⁹. Pourtant, jusque dans les années soixante, les tribunaux

un ordre public de direction.

Cela ne veut pas dire que le rôle culturel, économique et social du droit d'auteur doit être négligé. Toutefois, l'intérêt public, qui s'allie avec l'impératif de protection, n'est ici touché que dans la mesure où l'intérêt privé du titulaire du droit n'est pas respecté. Autrement dit, seuls les intérêts privés sont *directement* concernés. Or, dans ce type d'hypothèses, l'article 2059 et non l'article 2060 a vocation à jouer.

16 Voir *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 Juin 1958, 330 UNTS 38, art V(2) (entrée en vigueur : 7 Juin 1959) [*Convention de New York*].

17 Pour Redfern et Hunter, il n'y a aucun doute que les litiges portant sur le droit d'auteur peuvent être soumis à l'arbitrage international : Nigel Blackaby et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2009 à la p 124. Voir également Julian DM Lew et al, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2003 ch 9 au para 66. Selon les auteurs, l'arbitrabilité du droit d'auteur est « internationalement acceptée » [notre traduction].

18 Il convient de distinguer les lois de police portant sur l'arbitrabilité du litige des lois de police applicables au fond. Nous verrons plus loin que les premières n'existent pas en matière de droit d'auteur. En revanche, s'agissant des secondes, il est bien établi qu'en France, les règles de droit substantiel sur le droit moral sont des lois de police. Voir Cass civ 1^{re}, 28 mai 1991, *Consorts Huston c Société Turner Entertainment C^o et autres*, [1991] Rev crit DIP 752 (« La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », note Pierre-Yves Gauthier) [*Huston*].

19 Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 5^e éd, Paris, Tailleferr

décidaient que l'action en contrefaçon ne pouvait être tenue pour arbitrable²⁰. Aujourd'hui, la plupart des spécialistes de la matière ne doutent plus de l'arbitrabilité de cette action, qui vise à sanctionner les violations des droits patrimoniaux ou même, en France, du droit moral²¹. Néanmoins, il est bien établi que l'arbitre ne peut prononcer ni sanctions pénales (1), ni saisie-contrefaçon (2).

1. L'exclusion des aspects pénaux

Comme en droit des brevets, il convient de distinguer les aspects civils des aspects pénaux²². Incontestablement, le contentieux pénal de la contrefaçon, qui intéresse de très près l'ordre public, est inarbitrable²³. L'arbitre, juge privé, ne pourrait pas prononcer de sanctions pénales car ces dernières relèvent du monopole de l'État. Les aspects civils, qui ne concernent que les intérêts privés, peuvent toutefois être soumis à l'arbitrage²⁴. En pratique, le compromis d'arbitrage semble adapté lorsque la contrefaçon résulte d'une faute délictuelle ; tandis que la clause compromissoire conserve une utilité dans l'hypothèse où la contrefaçon est liée à la violation d'un contrat. La plupart du temps, seuls les aspects civils seront concernés, car le droit pénal n'est que rarement sollicité en droit d'auteur²⁵. Partant, l'exclusion de l'action publique n'est pas de nature à remettre en cause le développement de l'arbitrage en propriété littéraire et artistique.

Toujours est-il qu'il faut revenir rapidement sur la mise en œuvre de cette solution. En arbitrage interne, la jurisprudence décidait que si l'action publique était mise en mouvement, l'arbitre devait respecter la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état »²⁶, c'est-à-dire qu'il devait surseoir à statuer en attendant la décision du juge pénal concernant les aspects pénaux. La loi n°2007-291 du 5 mars 2007, visant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, n'a pas modifié cette jurisprudence constante. Désormais, l'article 4 du Code de procédure pénale indique que seules les demandes tendant à la réparation du dommage causé par l'infraction sont soumises au sursis obligatoire. Or, l'objet de l'action civile en contrefaçon est précisément de demander des dommages et intérêts résultant de l'infraction. L'arbitre est donc toujours obligé de surseoir à statuer.

À l'inverse, dans l'arbitrage international, le juge français n'impose pas au tribunal

et Caro, 1909 au para 829.

20 CA Paris, 12 juin 1961, *Sté Lancôme c/ G d'Ornano*, [1963] 1 Ann pr ind art & lit 86 (annotation Jean Robert).

21 Caron, *supra* note 1 à la p 337 ; Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur : propriété intellectuelle*, Paris, Economica, 2014 [Pollaud-Dullian] ; Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, 1^{re} éd, Paris, Dalloz, 2009 [Vivant et Bruguière].

22 Voir Charles Jarrosson, « Cour d'Appel de Paris, 8 décembre 1988 : Sociétés Sysmode et Sysmode France c/ sociétés Metra Hos et Sema » (1990) 1 Rev arb 150 (décidant que contrairement à l'action pénale, l'action civile peut être soumise aux arbitres, même lorsqu'une plainte a été déposée).

23 Sur les liens entre l'arbitrage et le droit pénal voir par ex David Chilstein, « Arbitrage et droit pénal » (2009) 1 Rev arb 1.

24 Voir Michel Vivant, « Cherche litige non arbitrable laborieusement » (2004) 72 Revue Lamy du Droit des Affaires au para 12 [Vivant]. L'auteur sépare l'aspect réparatoire et restitutif de l'action en contrefaçon et conclut à l'arbitrabilité de ces deux facettes. Voir également Oppetit, « Arbitrabilité », *supra* note 15 à la p 125.

25 *Ibid*, au para. 11. Selon Vivant, le droit pénal n'est sollicité que lorsqu'il s'agit de « faire un exemple ».

26 CA Paris, 23 février 1996, *Leroy c/ société Produm* & CA Paris, 14 décembre 1999, *Société Sopip c/ Société El Banco Arabe Espagnol et autre* (2000) 1 Rev arb 471 (annotation Jean-Baptiste Racine).

de respecter la règle « le criminel tient le civil en état »²⁷. Ce principe ne faisant pas l'objet d'un consensus en droit comparé, l'arbitre, même siégeant en France, ne devrait pas ignorer les solutions retenues dans les États concernés par le litige, en particulier l'État où des poursuites pénales sont engagées²⁸. En effet, le refus de surseoir à statuer pourrait conduire à un refus d'exequatur pour violation de l'ordre public de procédure. De plus, l'influence du procès pénal en contrefaçon ayant une influence sur l'action civile, l'arbitre a dans tous les cas intérêt à surseoir à statuer s'il ne souhaite pas que sa sentence viole l'ordre public international de fond, par exemple si la solution consacre une grave violation de la règle pénale en question²⁹. En somme, il apparaît clairement que même dans l'arbitrage international, l'inarbitrabilité de l'action publique ne pose pas de problèmes majeurs.

2. L'exclusion de la saisie-contrefaçon

En raison de l'absence d'imperium merum du tribunal arbitral³⁰, et de la compétence exclusive du juge étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires impliquant l'exercice d'un pouvoir de contrainte, l'arbitre ne peut non plus prononcer de saisie-contrefaçon³¹. Cette conclusion est incontestable³²: l'arbitre tenant ses pouvoirs de la convention des parties, il est logique qu'il ne soit pas doté de prérogatives de puissance publique. On se bornera à conseiller aux parties de saisir le juge étatique dans toutes les hypothèses, fréquentes, où l'efficacité de l'action en contrefaçon suppose le prononcé d'une saisie-contrefaçon.

Dans ce dernier cas, la demande de saisie-contrefaçon devant un tribunal étatique ne devrait pas selon nous valoir renonciation à se prévaloir d'une clause compromissoire. Avant 2014, l'article L332-3 du CPI autorisait le saisi à demander la mainlevée de la saisie-contrefaçon si le demandeur n'agissait pas au fond devant la « juridiction compétente » dans un certain délai. On aurait alors pu défendre que le terme « juridiction compétente » pouvait s'entendre comme la juridiction arbitrale. Même si un arrêt de la Cour de cassation semblait aller en sens contraire³³, certains auteurs affirmaient qu'une partie pouvait agir devant l'arbitre même après avoir

27 Cass civ 1^{re}, 25 octobre 2005, *Société Omenex c/ M. Hugon* (2006) 1 Rev arb 103 (annotation Jean-Baptiste Racine). Voir CA Paris, 1^{er} mars 2001, République du Congo et autre c/ SA Commisimpex, (2001) 3 Rev arb 584 (annotation Jean-Batiste Racine) ; CA Paris, 17 janvier 2002, (2002) 2 Rev arb à la p 401 (annotation Jean-Baptiste Racine).

28 Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, au para 649 [Seraglini & Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage*].

29 Voir, pour la solution française, Cass civ 1^{re}, 4 juin 2008, D 2008 à la p 1684 (annotation Xavier Delpech). Le juge français ne sanctionne que les violations de l'ordre public international de fond présentant un caractère flagrant, effectif et concret.

30 Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, para 183 ; Seraglini & Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage*, supra note 28 aux para 366, 855, 857.

31 En ce sens, André Lucas et Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd, Paris, LexisNexis Litec, 2012, à la p 808 [Lucas et Lucas, *Traité de la PLA*]; Oppetit, « Arbitrabilité », supra note 15 à la p 125; Loquin « colloque », supra note 3. Pour un exemple en matière de logiciels, voir Cass com, 23 mai 1995, (1995) Expertises à la p 360.

32 Et doit de toute façon être relativisée, car depuis le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, JO, 14 janvier 2011 777, l'article 1468 du CPC permet à l'arbitre d' « ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune ». Les règlements d'arbitrage prévoient également cette possibilité, comme le règlement CCI à l'art 28.

33 Cass com, 23 mai 1995, n° 93-17.923, (1995) Expertises à la p 360.

demandé une saisie-contrefaçon³⁴. La loi du 11 mars 2014 a peut-être redistribué les cartes. Désormais, l'article L332-3 du CPI indique que :

À défaut pour le saisissant dans un délai fixé par voie réglementaire [dans les vingt jours ouvrables ou, si ce délai est plus long, dans les trente et un jours civils du jour de signature du procès verbal de la saisie prévue à l'article L.332-1 ou de la date de l'ordonnance dans les autres cas³⁵]; soit de s'être pourvu au fond, par la voie civile ou pénale, soit d'avoir déposé une plainte devant le procureur de la République, l'intégralité de la saisie, y compris la description, est annulée à la demande du saisi ou du tiers saisi, sans que celui-ci ait à motiver sa demande et sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés [nous soulignons].

La formule « par la voie civile ou pénale » laisse a priori entendre que le demandeur doit impérativement saisir le juge étatique dans un délai de vingt jours, comme en propriété industrielle³⁶. Cette interprétation serait extrêmement regrettable. D'une part, elle empêcherait le plus souvent le recours à l'arbitrage en matière de contrefaçon. D'autre part, elle n'est pas permise par le CPI lui-même. En effet, l'article L311-1, modifié par la loi du 17 mai 2011³⁷, énonce que le CPI n'entend pas interdire l'arbitrage, dans les conditions prévues par le Code civil, lorsqu'il impose de porter les actions civiles relatives à la propriété littéraire et artistique devant le tribunal de grande instance³⁸. Les clauses compromissoires et les compromis d'arbitrage devraient donc être possibles même après une saisie-contrefaçon.

B. L'arbitrabilité du contentieux des droits d'exploitation

L'arbitrabilité des droits patrimoniaux pose à première vue moins de problèmes que celle du droit moral. En droit français, ces droits comprennent trois prérogatives : le droit de reproduction, le droit de représentation ainsi que le droit de suite. Ce dernier, qui accorde aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques un pourcentage sur le prix de la vente d'une œuvre après la première cession opérée par l'auteur, fait l'objet d'une inaliénabilité absolue³⁹. Il doit par conséquent être considéré comme inarbitrable, au moins en arbitrage interne, dès lors que prévaut le critère de la libre disponibilité du droit⁴⁰. Nous ne contesterons pas cette conclusion étant donné que le droit de suite ne

34 Yves Lévy, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique », (2003) 84 *Petites affiches* 4 [Lévy, « Les MARL en PLA »]. Voir également en matière de contrefaçon de logiciels, Trib com Paris, 30 mars 1993, (1993) *Expertises* à la p 232, ayant décidé que l'obligation d'assigner ou de citer le défendeur après une saisie-contrefaçon ne privait pas le tribunal arbitral de sa compétence. Le tribunal avait ainsi fait prévaloir la faveur pour l'arbitrage sur la lettre des règles légales, ce qui devait être approuvé.

35 Voir art R332-3 CPI.

36 *Ibid* aux arts L615-5 (brevets), L521-1 (dessins et modèles) et L716-7 (marques de commerce).

37 Sur cette loi, voir Jean-Michel Bruguière et Emmanuel Gillet, « Litiges de propriété intellectuelle : l'apport de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 » [2011] *JCP E* 1163.

38 Art L331-1 CPI.

39 *Ibid* à l'art L122-8.

40 En ce sens, Dario Moura Vicente, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Paris, Les livres de poche de l'Académie de Droit International de la Haye, 2009 para 207 ; Pollaud-Dulian, *supra* note 21 au para 1822.

bénéficie qu'à des auteurs d'œuvres particulières, pour lesquels l'intérêt de soumettre le litige à l'arbitrage est loin d'être évident⁴¹.

En revanche, la doctrine majoritaire admet l'arbitrabilité des droits de reproduction et des droits de représentation, qui forment à eux deux ce que l'on appelle le monopole d'exploitation⁴². Principal avantage économique conféré à l'auteur, la reproduction consiste, en droit français, dans « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »⁴³. La représentation se définit quant à elle comme « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque »⁴⁴. En pratique, l'arbitrage peut porter sur les contrats d'exploitation, mais aussi sur les relations pécuniaires entre co-auteurs. Bien que la pratique arbitrale accepte implicitement l'arbitrabilité, la jurisprudence ne s'est jamais réellement prononcée sur la question. Comme nous allons le voir, certains doutes obscurcissent le débat. Pour les chasser dans la mesure du possible, il convient de rejeter l'idée que les droits patrimoniaux seraient indisponibles parce qu'ils ne pourraient pas faire l'objet de cessions à proprement parler (1). Par ailleurs, si l'arbitre peut mettre en œuvre les règles d'ordre public de direction⁴⁵, il devrait être en mesure d'appliquer également les règles d'ordre public de protection dont les droits patrimoniaux relèvent incontestablement (2).

1. Le principe de libre cessibilité des droits d'exploitation

Les droits patrimoniaux sont-ils cessibles ? La réponse paraît évidente : le CPI lui-même prévoit que « [l]e droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux »⁴⁶. Autrement dit, la loi consacre la théorie de la libre cessibilité du droit d'auteur⁴⁷.

Malgré cela, on se souvient que la doctrine contemporaine à la loi de 1957, codifiée dans le CPI, dénonçait l'usage du mot « cession »⁴⁸. Plus précisément, les cessions auxquelles fait référence la loi constitueraient en réalité des concessions. Selon Muriel Josselin-Gall, « l'aliénation d'un droit supposerait le transfert de toutes les

41 Il s'agit des œuvres graphiques ou plastiques, c'est-à-dire le domaine des œuvres des Beaux-Arts, comme la peinture, la sculpture, la tapisserie, etc. L'expression « droits patrimoniaux » utilisée dans nos développements doit donc être comprise comme excluant le droit de suite.

42 Vivant, « Recherche litige non arbitral », *supra* note 24 au para 9; Lucas, « Arbitrage et propriété intellectuelle, *supra* note 3 à la p 128, selon lequel « la disponibilité ... est indiscutable pour les droits patrimoniaux »; Edouard Fortunet, « Arbitrability of Intellectual Property Disputes in France » (2010) 26:2 Arb Int 281 à la p 283 [Fortunet, « Arbitrability »]; Pierre Véron, « Arbitration of Intellectual Property Disputes in France » (1995) 23:3 International Business Lawyer 132 à la p 133.

43 Art L122-3 CPI.

44 *Ibid* à l'art L122-2.

45 CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c/ Sociétés Mors et Westland Aerospace* (1993) 4 Rev arb 645.

46 Art L122-7 CPI.

47 Dans nos développements, on considère comme acquis que la dimension morale du droit d'auteur n'empêche pas de parler de cession. En effet, l'article 121-4 du CPI prévoit que l'auteur jouit du droit de repentir ou de retrait, deux des prérogatives du droit moral, nonobstant la cession de son droit d'exploitation. Autrement dit, les contrats peuvent donc être pensés indépendamment du droit moral, que nous écartons ici pour nous concentrer exclusivement sur le monopole d'exploitation.

48 Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd, Paris, Dalloz, 1978 à la p 608 [Desbois, *droit d'auteur*]; Voir également Alphonse Tournier, « Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957? » (1958) 20:7 *Revue Internationale du Droit d'Auteur* à la p 3; Voir, plus récemment, Muriel Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique*, Paris, July, 1995, aux para 11 et s [Josselin-Gall, *Les contrats de PLA*].

prérogatives inhérentes à ce droit : si une seule fait défaut, il n'est plus possible d'en déduire un dessaisissement total de son droit par l'auteur »⁴⁹. Or, contrairement à l'auteur, le cessionnaire des droits patrimoniaux doit impérativement exploiter l'œuvre⁵⁰. Le droit n'étant pas réellement abandonné, il ne serait alors pas possible de parler de cessions de droit d'auteur.

Toutefois, cette théorie ne peut pas suffire à démontrer que le monopole d'exploitation est indisponible au sens de l'article 2059 du Code civil. Sans prétendre trancher la controverse relative à l'usage du mot cession dans le CPI, force est de constater qu'elle semble aujourd'hui dépassée. Aujourd'hui, la doctrine contemporaine n'a aucun mal à affirmer l'aliénabilité des droits d'exploitation⁵¹. Surtout, l'analyse exposée ne vise qu'à remettre en cause l'usage du terme « cession » dans le CPI. Même si les cessions étaient théoriquement impossibles, rien n'empêcherait l'auteur de vendre ses droits patrimoniaux⁵². En d'autres termes, il ne serait pas interdit au titulaire des droits économiques de les céder selon les règles du Code civil. Par voie de conséquence, on ne peut affirmer que les droits patrimoniaux sont incessibles et, partant, indisponibles. S'il existe un obstacle à l'arbitrabilité, celui-ci doit plutôt être recherché du côté de l'ordre public de protection.

2. Une indisponibilité fondée sur l'ordre public de protection ?

L'argument basé sur l'existence d'un ordre public de protection est beaucoup plus épineux. Cette notion, qui « s'attache à imposer une obligation à une partie dans le but de protéger l'autre [...], intervient dans les contrats où une inégalité de puissance économique importante existe entre les parties »⁵³. L'ordre public de protection vise à protéger un intérêt particulier « alors que, au contraire, l'ordre public de direction ou économique vise la protection de l'intérêt général »⁵⁴. En France et dans d'autres pays de droit d'auteur, la loi impose un formalisme très protecteur aux contrats de cession. Ainsi, leur champ d'application doit être limité à peine de nullité⁵⁵; la rémunération de l'auteur et les clauses visant à céder le droit d'exploitation sont soumises à des règles impératives⁵⁶; enfin, la cession est toujours interprétée dans un sens favorable au titulaire. À l'évidence, ce formalisme n'est pas de nature à remettre en cause le principe de libre cessibilité : la loi rend simplement la cession plus difficile en l'assortissant de précautions légales, mais elle n'empêche pas le propriétaire de céder ses droits⁵⁷.

L'indisponibilité des droits patrimoniaux pourrait néanmoins résulter du fait

49 *Ibid* au para 37.

50 Par exemple, un éditeur doit obligatoirement publier l'œuvre : voir art L132-1 CPI.

51 Voir Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e ed, Paris, Dalloz, 2013 à la p 368. Selon les auteurs, « [q]ue le droit patrimonial soit disponible, qu'il puisse faire l'objet de contrats de toutes sortes [...], voilà qui ne fait pas de doute et n'appelle pas vraiment de développements ». Le reste de la doctrine contemporaine n'hésite pas non plus à parler de cession. Par exemple, voir Lucas et Lucas, *Traité de la PLA*, *supra* note 31 à la p 560.

52 En effet, comme le notent Vivant et Bruguière, *ibid* à la p 536, le CPI n'est pas « fermé ».

53 Maximin de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 2013 au para 53 [de Fontmichel, *Le faible*].

54 *Ibid*.

55 Art L131-1 CPI.

56 Arts L131-5, L131-6 CPI.

57 En ce sens, Jean-Louis Goutal, « Arbitrage et propriété intellectuelle » [1997] *Gaz Pal* 31 (13 décembre 1997) à la p 31 [Goutal, « Arbitrage et PI »].

que ceux-ci « comportent dans leur statut d'importants éléments d'ordre public de protection »⁵⁸, l'auteur étant considéré comme la partie faible du contrat d'exploitation⁵⁹. Il est vrai que dès lors que l'article 2059 rend inarbitrables les droits touchant à l'ordre public de protection⁶⁰, les droits patrimoniaux seraient exclus de l'arbitrage. Cette solution, qui reviendrait à condamner la pratique arbitrale déjà existante, nous paraît injustifiée. L'article 2059, croyons-nous, repose sur un fondement théorique dépassé. Principalement, cette disposition traduit la crainte que l'arbitre n'assure pas de façon satisfaisante la défense des droits subjectifs⁶¹. Autrement dit, la loi évite le risque que l'arbitre assure mal le respect de certaines politiques législatives à l'égard des droits indisponibles, lesquels relèvent de l'ordre public de protection⁶². Or, ce danger n'est-il pas exactement le même lorsque l'arbitre doit sanctionner les violations de l'ordre public de direction, pourtant toutes aussi fondamentales pour l'ordre social ? On ne comprend pas ce qui justifie que l'arbitre puisse mettre en œuvre, par exemple, le droit de la concurrence⁶³, mais non les règles protectrices sur le contrat de cession du droit d'auteur. En somme, tout comme l'ordre public de direction, l'ordre public de protection devrait pouvoir être mis en œuvre par l'arbitre, sous le contrôle du juge de l'annulation⁶⁴.

Pour autant, l'article 2059 n'est pas totalement inopportun : celui-ci peut encore permettre d'éviter qu'une partie en situation de faiblesse ne se voie imposer une procédure arbitrale, coûteuse, qui serait inadaptée à son égard⁶⁵. Ce rôle est tout à fait justifié en présence d'un salarié, ou d'un consommateur⁶⁶. Peut-on alors assimiler l'auteur à ces derniers ? La discussion est ouverte s'agissant du droit moral, dont le titulaire ne peut être qu'une personne physique ; à l'inverse, pour les droits patrimoniaux, la réponse doit être négative puisqu'une personne morale peut en être le titulaire. Ne serait-il pas illogique qu'une société multinationale, cédant les droits économiques dont elle est titulaire, soit empêchée d'invoquer une clause compromissoire en raison de son prétendu statut de partie faible ? Selon nous, l'inarbitrabilité résultant de l'article 2059 du Code civil devrait exclusivement résulter du fait que l'arbitrage est inadapté (car trop onéreux) pour les parties faibles telles que le consommateur ou le salarié⁶⁷. Or, on voit bien que le propriétaire des droits économiques n'est pas nécessairement une partie faible⁶⁸.

58 Oppetit, « Arbitrabilité » *supra* note 15 à la p 131.

59 En ce sens, voir Muriel Josselin-Gall, « Arbitrage et propriétés intellectuelles » [2002] *Droit et Patrimoine* à la p 105 [Josselin-Gall, « Arbitrage et PI »].

60 Loquin, « Arbitrage », *supra* note 13 aux para 11, 17, 24, 89.

61 Seraglini & Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage*, *supra* note 28 à la p 113.

62 Sylvain Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004 à la p 318.

63 Voir *supra* note 45.

64 En ce sens, Loquin, « Arbitrage », *supra* note 13 au para 85.

65 Seraglini & Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage*, *supra* note 28 au para 104.

66 Sur le sujet, voir de Fontmichel, *Le faible*, *supra* note 53.

67 Loquin, « Arbitrage », *supra* note 13 au para 85.

68 Il est révélateur à cet égard que dans les pays de copyright, dans lesquels les droits économiques sont prédominants, l'auteur n'est jamais présenté comme une partie faible. Même en France, les auteurs des études consacrés aux parties faibles en arbitrage ne songent même pas à faire une place aux titulaires de droit d'auteur. Voir par ex de Fontmichel, *Le Faible*, *supra* note 53 ; Christophe Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre » (2008) *IV C arb* p 48.

Si la question devait être posée en jurisprudence, il faut donc espérer que les juges ne remettent pas en cause la pratique arbitrale en matière de litiges portant sur les contrats d'auteur. L'absence de contentieux sur la question est d'ailleurs révélatrice du fait que la limite de l'ordre public de protection n'est pas souhaitée par les co-contractants. Michel Vivant, spécialiste de la propriété intellectuelle et siégeant occasionnellement en tant qu'arbitre, illustre très bien cette idée :

[L]es questions purement contractuelles sont arbitrables [...]. En matière de droit d'auteur, [...] pour prendre en exemple une affaire d'informatique dans laquelle je suis présentement arbitre, qui joue quand même sur quelques millions d'euros, où le contentieux est d'abord contractuel mais où le problème de propriété intellectuelle est sous-jacent et effectivement plaidé, voilà qui ne trouble pas les parties !⁶⁹

Finalement, même dans un domaine où l'arbitrabilité est presque acquise en pratique, tous les scepticismes théoriques ne peuvent être complètement chassés. D'emblée, on pressent que l'on n'y parviendra pas mieux dans les zones encore plus troubles.

III. Les aires d'incertitude

L'arbitrabilité du droit moral est le terrain des plus vives controverses (A). Tel est potentiellement le cas également de l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité ou la titularité du droit d'auteur, mais cette question a été ignorée, du moins en France, par la doctrine et la jurisprudence (B).

A. La pomme de discorde : l'arbitrabilité du droit moral

L'arbitrabilité du droit moral soulève d'importants enjeux, tant théoriques que pratiques. Droit attaché à la personne de l'auteur, le droit moral français est inaliénable⁷⁰ et comporte quatre prérogatives : le droit de divulgation, le droit de repentir ou de retrait, le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre⁷¹. Parmi les auteurs, un seul aspect fait l'unanimité : lorsque la violation du droit moral n'est pas discutée, les conséquences patrimoniales de l'atteinte à cette prérogative peuvent être tranchées par un arbitre⁷². À la réflexion, cette dernière question concerne l'étendue (c'est-à-dire la portée) de l'arbitrabilité, et non l'arbitrabilité du droit moral stricto sensu⁷³.

S'agissant de l'arbitrabilité au sens strict, l'obstacle à surmonter est ici l'inaliénabilité du droit. À ceci s'ajoute que le caractère d'ordre public de protection

⁶⁹ Vivant, *supra* note 24 au para 8.

⁷⁰ Art L121-1 CPI.

⁷¹ *Ibid* aux arts L121-1 (droit de paternité et droit au respect), L121-2 (droit de divulgation), L121-4 (droit de repentir ou de retrait).

⁷² Vivant et Bruguère, *supra* note 21 à la p 781 ; Josselin-Gall, « Arbitrage et PI », *supra* note 59; Oppetit, « Arbitrabilité », *supra* note 15 à la p 129. La solution vaut pour l'ensemble des droits de la personnalité : voir Emmanuel Gaillard, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français » [1984] D Chron 161 ; François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bibliothèque de la Faculté de Louvain, Bruylant, Paris, 1990 spéc chap XXV.

⁷³ En ce sens, Loquin, « Arbitrage », *supra* note 13 au para 88, pour qui « [l]e litige ici ne porte pas sur le droit de la personnalité lui-même, mais sur le droit de la victime aux dommages-intérêts, droit de créance patrimonial qui est parfaitement susceptible de renonciation ».

du droit moral fait, comme pour les droits patrimoniaux, douter de son arbitrabilité⁷⁴. Nos arguments précédents peuvent être transposés ici. Il est donc peu surprenant que la doctrine majoritaire soit aujourd'hui défavorable à l'arbitrabilité du droit moral. En arbitrage interne, cette solution est probablement justifiée d'un point de vue théorique, mais elle ne devrait pas être consacrée car elle ne causerait que des inconvénients en pratique (1). En toute hypothèse, elle ne semble pas s'étendre à l'arbitrage international (2).

1. L'arbitrabilité du droit moral dans l'arbitrage interne

Selon la doctrine, le droit moral serait exclu de l'arbitrage en raison de son indisponibilité. Avant d'exposer cet argument, le lien entre l'indisponibilité d'un droit et son arbitrabilité peut être contesté. On sait que pour déclarer les droits indisponibles inarbitrables, l'article 2059 assimile la renonciation à faire valoir un droit devant un tribunal étatique à la renonciation au droit lui-même. Mais comme le dit très justement E. Loquin :

[a]ccepter que le litige soit jugé par des arbitres n'est pas renoncer aux droits que l'on tient de la loi, que ceux-ci soient ou non protégés par l'ordre public de protection. La meilleure preuve en est que l'arbitre doit respecter la règle d'ordre public et reconnaître l'existence du droit protégé par celui-ci, à peine de voir sa sentence privée d'effet⁷⁵.

Une nouvelle fois, on constate que le critère de l'article 2059 du Code civil n'est pas pertinent. Mais l'état du droit positif nous contraint à nous interroger sur la notion de libre disponibilité. En France comme en droit comparé, la définition fait l'objet de divergences. Il est souvent affirmé que les droits sont disponibles en matière patrimoniale, et indisponibles en matière extrapatrimoniale⁷⁶. Or, le droit moral relève sans aucun doute de la catégorie des droits extrapatrimoniaux. Peut-on alors conclure qu'il est indisponible ? Ce serait trop hâtif, car le lien entre la patrimonialité d'un droit et sa disponibilité, bien que reconnus par certaines législations, n'a que peu de consistance⁷⁷. Ainsi que nous l'avons dit, le droit de suite, malgré son caractère patrimonial, est indisponible ; de même, certains droits de la personnalité, extrapatrimoniaux, peuvent être disponibles⁷⁸. Contrairement à une idée reçue, l'extrapatrimonialité du droit moral ne peut donc suffire à démontrer son indisponibilité et, partant, son inarbitrabilité⁷⁹. Pour se prononcer de manière convaincante, il convient de s'interroger sur la nature du droit moral de l'auteur.

Conformément à la philosophie du droit d'auteur français, inspirée de la théorie hégélienne de la personne⁸⁰, le droit moral est parfois qualifié de

74 Oppetit, « Arbitrabilité », *supra* note 15 à la p 131.

75 Eric Loquin, « Arbitrabilité et protection des parties faibles » dans *Travaux du Comité Français de DIP, 2004-2006*, Paris, Pedone, 2008 à la p 148.

76 Voir par ex Pierre Mayer, « Le juge et la loi étrangère » [1991] SZIER 481.

77 Suisse, *Loi fédérale sur le droit international privé*, 18 décembre 1987, art 177(1).

78 Voir, concernant le droit au nom, Grégoire Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, Paris, LDGJ, 1997 à la p 58.

79 *Contra* Loquin, « Arbitrage », *supra* note 13 au para 87, qui affirme sans justification que le droit moral est inarbitrable en raison de sa nature extrapatrimoniale.

80 Voir généralement Georg W F Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, traduit par B Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 aux para 41—45. Les travaux de Kant ne doivent pas non plus être oubliés.

« personnellissime »⁸¹. Il serait un droit de la personnalité si attaché à l'auteur que sa nature l'empêcherait d'être soumis à un arbitre. Si cette vision devait toutefois être remise en cause, l'arbitrage serait certainement permis (a). En réalité, même dans la vision personnaliste qui caractérise le droit d'auteur français, l'arbitrabilité du droit moral devrait être consacrée (b).

a. Le droit moral comme accessoire des droit patrimoniaux

Selon Jacques Raynard, le droit moral ne serait que l'accessoire du monopole d'exploitation⁸². Pour lui, ni les caractéristiques⁸³, ni la finalité⁸⁴ du droit moral ne justifient que l'on dissocie le droit moral des droits patrimoniaux. Le droit moral ne serait pas lié à la personnalité de l'auteur, mais partagerait le même objet que le monopole d'exploitation : l'œuvre de l'esprit. Appliquée à l'arbitrage, la thèse conduit à admettre que dès lors que les droits patrimoniaux sont arbitrables, le droit moral, indissociable des attributs économiques, doit l'être également.

Assurément, les chances que les tribunaux reprennent cette théorie pour admettre l'arbitrabilité du droit moral sont faibles. D'abord, d'un point de vue théorique, la thèse de Jacques Raynard est contestable. Comme le note un auteur, « parler d'une protection accordée aux œuvres comme telles n'a aucun sens »⁸⁵. Certes, la protection est offerte contre les atteintes portées à l'œuvre, mais le droit moral est un droit discrétionnaire : seul l'auteur peut déterminer quelles atteintes il juge intolérables, en droit français tout du moins⁸⁶. Le droit moral est donc bien lié à la personne de l'auteur, ce qui justifie qu'on le distingue des droits patrimoniaux. Surtout, il paraît hautement improbable que la Cour de cassation abandonne le dualisme du droit d'auteur français, qui en est la principale caractéristique. L'incontestable écho de la vision personnaliste tant en jurisprudence⁸⁷ qu'en doctrine⁸⁸ nous oblige à admettre, pour les besoins de cette étude, que le droit moral fait partie de la famille des droits de la personnalité.

D'un point de vue comparatiste, la thèse de Jacques Raynard fait fortement penser au célèbre arrêt *Chouette* rendue par la Cour suprême du Canada⁸⁹. Au Canada, pays de copyright reconnaissant malgré tout les droits moraux, l'arbitrabilité du droit moral a été expressément admise au motif que celui-ci est intrinsèquement lié aux droits économiques, lesquels demeurent les plus importants⁹⁰. Cette solution ne peut

81 Gérard Cornu, *Droit Civil. Introduction, les personnes, les biens*, 6^e éd, Paris, Montchrestien, 1993 à la p 573.

82 Jacques Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Montpellier, Litec, 1990 aux pp 271–308.

83 *Ibid* au para 301 et s.

84 *Ibid* au para 317 et s.

85 Stig Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, t 2, vol 1, Stockholm, Nortsedt, 1973 à la p 38.

86 Josselin-Gall, *Les contrats de PLA*, supra note 48 au para 290.

87 La Cour de cassation rattache en effet le droit moral « aux autres droits de la personnalité » : Cass civ 1^{re}, 10 mars 1993 (1994) D Jur 78 (annotation André Françon); CA Paris, 1^{re} février 1989, (1989) 4 Revue Internationale du Droit d'Auteur p 301 (annotation Pierre Sirinelli).

88 Frédéric Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité » [1994] JCP G Doctr 3780 ; Desbois, *droit d'auteur*, supra note 48 aux para 381, 385; Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2015 au para 189 [Gautier].

89 *Desputeaux c Éditions Chouette (1987) inc*, 2003 CSC 17, [2003] 1 RCS 178 [Chouette].

90 *Ibid* au para 57.

cependant constituer une véritable source d'inspiration pour le droit français, étant donné que la Loi sur le droit d'auteur canadienne prévoit, contrairement au CPI, que les droits moraux sont susceptibles de renonciation⁹¹. De plus, la jurisprudence canadienne a expressément rejeté la philosophie personnaliste, qui paraît s'opposer à l'arbitrabilité, de sorte que les deux ressorts sont difficilement comparables⁹². En toute hypothèse, il ne nous semble pas nécessaire de faire un trait sur le dualisme du droit d'auteur français pour consacrer l'arbitrabilité du droit moral en France.

b. L'arbitrabilité du droit moral dans la logique personnaliste

Même sans remettre en cause les postulats philosophiques de notre droit, le droit moral a connu un phénomène de patrimonialisation, susceptible de faire évoluer sa disponibilité. Comme le rappelle justement Philippe Fouchard, l'enjeu est ici celui de la cohérence :

[O]n ne peut pas en même temps patrimonialiser, exploiter, commercialiser de plus en plus largement les œuvres de l'esprit, les créations et les inventions, et prétendre ensuite que ces droits ne sont pas disponibles⁹³.

S'il est incontestable que le droit moral ne peut faire l'objet d'une véritable cession, qui permettrait au cessionnaire d'exercer cette prérogative en lieu et place de l'auteur, certaines conventions demeurent néanmoins valables. Le compromis d'arbitrage est très certainement valide, puisqu'une fois la violation du droit moral consommée, l'auteur peut renoncer à le faire valoir⁹⁴. Dans un tel cas, le droit moral doit alors être considéré comme un droit acquis, c'est-à-dire susceptible de renonciation et pleinement disponible⁹⁵. L'auteur étant libre de renoncer à agir devant le juge, on n'a aucun mal à admettre qu'il pourrait également conclure un compromis d'arbitrage⁹⁶. Cette situation serait comparable à un cas de confirmation d'une nullité relative, si l'on considère que les clauses compromissaires portant sur le droit moral sont nulles⁹⁷.

La nullité de ces dernières n'est pourtant pas totalement certaine. Certes, le droit positif admet -à tort- l'assimilation de la clause compromissoire à une renonciation au droit substantiel. Or, la jurisprudence prohibe les renonciations a priori présentant

91 *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42, art 14.1(2).

92 Maxence Rivoire et E Richard Gold, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil » (2015) 60:3 RD McGill 381 à la p 381. Selon les auteurs, la Cour suprême du Canada, dont les tendances comparatistes sont bien connues, s'inspire quasi-exclusivement des solutions anglaises et américaines en matière de propriété intellectuelle, au détriment des solutions françaises.

93 Philippe Fouchard, « Rapport de synthèse », dans *Arbitrage et propriété intellectuelle : Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois*, Paris, Litec, 1994, 139 au para 19.

94 Même les auteurs les plus attachés à la vision personnaliste du droit d'auteur admettent les renonciations au droit moral postérieurement à l'atteinte portée à l'œuvre: voir Desbois, *droit d'auteur*, supra note 48 au para 451; Gautier, supra note 88 au para 196, pour qui l'auteur peut renoncer au droit dont il dispose d'agir devant le juge consécutivement à la violation du droit moral; Pollaud-Dulian, supra note 21, qui n'admet cependant les renonciations a posteriori que s'agissant du droit au respect et au droit de divulgation.

95 Fabrice Siirainen, « Arbitrage, transaction et droit moral de l'auteur », dans Jean-Michel Bruguière, dir, *Les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2012, 99 à la p 105 [Siirainen].

96 Voir *ibid* à la p 107 ; Josselin-Gall, « Arbitrage et PI », supra note 59 à la p 71; Loquin, « Arbitrage », supra note 13 au para 87.

97 Art 2203 C civ.

un caractère général⁹⁸. Bien plus, l'arrêt Béart de la Cour de cassation avait, sur le fondement de l'inaliénabilité du droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité, censuré un arrêt d'appel qui avait validé une transaction reconnaissant à un auteur la paternité d'une œuvre⁹⁹. Le droit moral ne paraît donc pas pouvoir faire l'objet d'une clause compromissoire¹⁰⁰.

En opportunité, l'exclusion du droit moral de l'arbitrage n'est pas une solution satisfaisante dans la mesure où il est fréquent qu'un litige relatif à l'exploitation des droits patrimoniaux soit susceptible de s'étendre à des problèmes de droit moral¹⁰¹. Il existe alors un risque d'instrumentalisation par l'une des parties dans l'optique de paralyser la procédure arbitrale. Par exemple, dans un litige relatif à une cession des droits patrimoniaux, une partie pourrait être tentée, de façon dilatoire, de soulever devant l'arbitre un argument sur une cession du droit moral qui ne peut pas être, ce qui obligerait probablement le tribunal à surseoir à statuer dans l'attente d'une décision du juge étatique sur cet argument. Dans une telle hypothèse, pourquoi ne pas admettre que l'arbitre puisse tout simplement rappeler la règle selon laquelle le droit moral est incessible¹⁰² ?

Une telle solution ne constituerait pas une hérésie théorique si elle est mise en parallèle avec le mouvement de contractualisation du droit moral. On sait qu'en présence d'une œuvre écrite par autrui, les tribunaux français admettent à titre provisoire la renonciation de l'auteur à son droit à la paternité¹⁰³. De même, la prohibition des renoncements au droit au respect de l'œuvre n'est pas absolue¹⁰⁴. Ainsi, on constate que certaines conventions portant sur la renonciation au droit moral ne sont pas frappées d'illicéité : c'est dire que même le droit français ne pousse pas la logique personnaliste jusqu'au bout. Assurément, cette observation ne permet pas de démontrer la validité générale de la clause compromissoire, car cette dernière peut s'analyser comme une renonciation générale, là où la jurisprudence n'a admis que des renoncements partiels et limités¹⁰⁵. Les arrêts sur les renoncements *a posteriori* montrent toutefois que l'on ne peut affirmer la totale indisponibilité du droit moral, de sorte qu'admettre l'arbitrabilité ne serait pas une impossibilité théorique¹⁰⁶. Nous

98 Cass civ 1^{re}, 28 janvier 2003, (2003) Propriétés intellectuelles Chron 165 (annotation Pierre Sirinelli) à la p 166, ayant décidé que « [l']inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder ».

99 Cass civ 1^{re}, 4 avril 1991, (1991) Bull civ I, n° 89-15.637, (1991) Revue Internationale du Droit d'Auteur Jur 125. Voir aussi, plus récemment, CA Paris, 28 septembre 2011, (2012) Propriétés intellectuelles Chron 35 (annotation Jean-Michel Bruguière). Il faut noter que ces arrêts n'impliquent pas automatiquement la nullité des clauses compromissoires portant sur le droit moral, car la cassation a été prononcée sur le fondement de l'inaliénabilité du droit moral (art 121(1) CPI) et non sur l'interdiction de transférer sur des droits indisponibles (art 2045 C civ).

100 Josselin-Gall, « Arbitrage et PI », *supra* note 59 à la p 71.

101 Siirainen, *supra* note 95 à la p 108.

102 Nous devrions l'admettre lorsque l'argument sur le droit moral est formulé à titre incident, mais aussi à titre principal. Voir la partie II-B, ci-dessous, pour une discussion plus approfondie.

103 En ce sens, Vivant et Bruguière, *Droit d'auteur*, *supra* note 21. L'auteur peut cependant à tout moment révéler sa paternité. Toutefois, cette révocation ouvre droit à dommages-intérêts au profit du contractant. Voir par ex CA Paris, 9 juin 1964, (1965) II JCP 14172 (annotation André Françon).

104 CA Paris, 23 novembre 1970 (1971) 3 Revue Internationale du Droit d'Auteur 74, décidant qu'un auteur ne peut se prévaloir de l'inaliénabilité du droit moral pour revenir sur l'accord laissant toute liberté d'action au cessionnaire du droit d'adaptation cinématographique.

105 Siirainen, *supra* note 95 à la p 109.

106 En ce sens, Lévy, « Les MARL en PLA », *supra* note 34 à la p 9 ; Goutal, « Arbitrage et PI », *supra* note 57 à la p 31 ; Lucas, *supra* note 3 à la p 129.

y serions favorables, à la condition que la jurisprudence adopte un contrôle plus approfondi de l'ordre public, dans le but d'éviter le risque de voir apparaître un droit moral à deux vitesses, l'un devant le juge étatique, l'autre devant l'arbitre. Qu'en est-il en arbitrage international ?

2. L'arbitrabilité du droit moral dans l'arbitrage international

Dans l'arbitrage international, la reconnaissance du principe d'arbitrabilité est plus aisée étant donné les doutes sur l'applicabilité du critère de l'article 2059 du Code civil¹⁰⁷. La mise en œuvre de cette disposition serait en effet trop complexe. En droit comparé, la question de la séparation entre droits disponibles et indisponibles fait l'objet de divergences, ce qui oblige à déterminer la loi applicable à l'arbitrabilité, laquelle est elle-même une opération subtile¹⁰⁸. Ces difficultés expliquent que l'arrêt Zeldin¹⁰⁹, seule décision rendue à ce jour par un tribunal français sur la question de l'arbitrabilité du droit moral, ait complètement négligé l'article 2059.

Dans cette affaire, un auteur d'œuvre littéraire britannique cède ses droits à un éditeur anglais par un contrat comportant une clause d'*electio juris* en faveur du droit anglais. Par la suite, l'éditeur anglais cède les droits de traduction en français à un sous-éditeur français par un autre contrat, auquel l'auteur n'est pas partie. Les deux contrats contiennent une même convention d'arbitrage. Devant la Cour d'appel, l'auteur argue qu'une mauvaise exécution du contrat, imputable au sous-éditeur français, a porté atteinte au respect de l'œuvre. Implicitement, l'auteur s'appuyait sur l'arrêt *Huston*, dans lequel la Cour de cassation avait autorisé un auteur étranger à réclamer en France l'application des dispositions françaises sur le droit moral, auxquelles elle avait reconnu le caractère de loi de police¹¹⁰. Après avoir décidé que l'auteur avait adhéré à la convention d'arbitrage contenue dans le deuxième contrat¹¹¹, les juges, confirmant le jugement du Tribunal de grande instance, déclinent leur compétence au profit de celle du tribunal arbitral. Autrement dit, la Cour d'appel a admis qu'un litige découlant de l'exécution d'un contrat international et portant sur le droit moral de l'auteur peut être tranché par un arbitre.

La solution est-elle justifiée ? Pour André Kerever, la convention d'arbitrage aurait dû être annulée, au motif que :

107 Voir en faveur de la non-applicabilité de l'article 2059 dans Poudret et Besson, *supra* note 10 aux para 337 et s. Selon Poudret et Besson, la non-applicabilité de l'article 2059 du Code civil à l'arbitrage international est une conséquence de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique. L'argument ne peut convaincre totalement, car l'arbitre ne peut écarter toute référence à une loi étatique lorsqu'il s'interroge sur la question de l'arbitrabilité. Voir également Emmanuel Gaillard et John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 au para 573, pour qui le critère de l'article 2059 devrait être abandonné dans l'arbitrage international car la notion de libre disponibilité est insaisissable et repose sur l'idée dépassée que tout le droit peut être compris en termes de droits subjectifs. *Contra* Oppetit, « Brevets », *supra* note 12 à la p 88.

108 Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1996 au para 165.

109 CA Paris, 26 mai 1993, *Zeldin* (1994) *Revue Internationale du Droit d'Auteur* Jur 292 (annotation André Kerever) [Kerever].

110 Voir *Huston*, *supra* note 18.

111 La Cour a ici déduit du fait que la convention d'arbitrage contenue dans le premier contrat avait été reprise à l'identique dans le deuxième que l'auteur devait être considéré comme « ayant eu connaissance de la clause et y avoir adhéré ». Cette solution est critiquable, car comme le note Kerever, « l'auteur n'était pas partie au contrat litigieux, lequel, au surplus, était résilié ». Mais cette question ne nous concerne pas ici.

[la clause] comporte une certaine renonciation à l'exercice du droit moral - ne serait-ce que la renonciation à demander l'intervention de l'autorité judiciaire française. Or, le caractère absolu du droit moral de l'auteur fait obstacle à ce que l'auteur soit lié définitivement par une renonciation contractuelle auxdits droits¹¹².

En conséquence, la Cour d'appel n'aurait pas dû, selon lui, décliner sa compétence. Avec déférence pour cette opinion, nous la trouvons non fondée. On a déjà vu, en matière d'arbitrage interne, que l'idée que la convention d'arbitrage constitue une renonciation au droit moral est très contestable, et que le droit moral n'est pas si intouchable que cela. À supposer que les clauses compromissaires stipulées dans les contrats internes doivent être annulées dans l'arbitrage interne, les conventions d'arbitrage ne doivent pas nécessairement subir le même sort dans l'arbitrage international. À notre avis, la solution de l'arrêt *Zeldin* peut encore se justifier si l'on considère que la Cour a fait application d'une règle matérielle conférant à la clause compromissoire une validité et une efficacité propres. À cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de décider qu'en vertu d'une règle matérielle française posant un « principe de validité, sans condition de commercialité » de la convention d'arbitrage internationale, l'article 2061 du Code civil ne reçoit pas application dans un contexte international¹¹³. En l'espèce, ce n'est pas l'article 2061 du Code civil que la Cour a refusé d'appliquer¹¹⁴, mais l'article 2059. Plus exactement, les juges ont négligé, conformément à leurs habitudes, le critère de la libre disponibilité dans l'arbitrage international¹¹⁵. L'arrêt est bien sûr isolé et la règle matérielle posant l'arbitrabilité du droit moral mériterait d'être confirmée et explicitée. Mais il est tout à fait remarquable que la Cour d'appel ait implicitement rejeté l'existence d'une loi de police posant une restriction à l'arbitrabilité du droit moral¹¹⁶.

Pour résumer, l'arbitrage international semble être le terrain le plus favorable à l'admission de l'arbitrabilité. La même conclusion devrait prévaloir dans l'arbitrage interne et, comme nous allons le voir, s'agissant des litiges relatifs à la titularité ou l'existence du droit exclusif.

B. L'arbitrabilité des litiges portant sur la validité ou la titularité du droit d'auteur

Alors même qu'elle revêt des enjeux pratiques tout à fait cruciaux, la question de l'arbitrabilité des litiges portant sur la qualité d'auteur ou sur l'existence du droit

112 Kerever, *supra* note 109 à la p 293.

113 Cass civ 1^{re}, 5 janvier 1999, *Zanzi* (1999) Rev arb Jur 260 (annotation Philippe Fouchard) à la p 260. Voir, déjà, Cass civ 1^{re}, 4 juillet 1972, *Hecht* (1972) 99:4 JDI 843 (annotation Bruno Oppetit).

114 *Contra* : Oppetit, « Arbitrabilité », *supra* note 15 à la p 128. Selon Oppetit, l'arrêt *Zeldin* constitue une application de la règle matérielle de validité excluant l'article 2061. Pour lui, si le contrat avait été interne, la clause compromissoire aurait été nulle parce qu'elle était stipulée dans un acte mixte. En réalité, les parties au contrat litigieux (le deuxième contrat) étaient les deux éditeurs. Il ne s'agissait donc pas d'un acte mixte, et la Cour n'a pas pu faire application du principe de validité. On peut supposer qu'Oppetit a confondu le contrat passé entre l'auteur et l'éditeur anglais (le premier contrat), qui constituait bien un acte mixte, avec le deuxième contrat.

115 Seraglini & Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage*, *supra* note 28 au para 644.

116 Ce qui est compatible avec la jurisprudence *Huston*, *supra* note 18, car ce n'est pas car les dispositions sur le droit moral revêtent le caractère de « lois d'application impérative » qu'il existe une loi de police limitant l'arbitrabilité de ce droit.

d'auteur est actuellement négligée par la doctrine française. Il est vrai que le problème paraît plus simple en droit d'auteur qu'en propriété industrielle¹¹⁷. Aucun titre de propriété littéraire ou artistique n'étant délivré par une autorité administrative, l'ordre public paraît moins concerné qu'en droit des brevets ou en droit des marques de commerce¹¹⁸. Ici encore, la question n'a pourtant jamais reçu de réponse en jurisprudence, bien que la pratique arbitrale admette l'arbitrabilité¹¹⁹.

L'inarbitrabilité pourrait peut-être résulter de l'origine conventionnelle des pouvoirs de l'arbitre, laquelle empêcherait la sentence d'avoir force obligatoire au-delà des parties. Comme pour les droits de propriété industrielle, les droits des tiers seraient intéressés dès lors que selon le CPI, « le droit d'auteur est opposable à tous »¹²⁰. Puisque le droit d'auteur crée un monopole au profit de son propriétaire, la décision portant sur la titularité ou l'existence du droit devrait logiquement avoir un effet erga omnes. Comment un juge privé, désigné par la seule volonté des parties au litige, pourrait-il alors dépasser sa fonction « naturelle » en rendant une telle décision ? Pour cette raison, il est permis de se demander si les litiges portant sur la validité ou la qualité d'auteur ne devraient pas être inarbitrables en vertu de l'article 2060 du Code civil, en arbitrage interne aussi bien qu'en arbitrage international¹²¹. Concernant la qualité d'auteur en particulier, son indisponibilité constitue même une barrière supplémentaire¹²²; à ce titre, puisque la question de la titularité est intrinsèquement liée au droit moral¹²³, nous pouvons transposer ici notre raisonnement précédent. Selon nous, le droit français devrait absolument consacrer l'arbitrabilité de ces litiges, sous peine de compromettre le développement futur de l'arbitrage en la matière (1). Il est toutefois difficile de trouver un fondement théorique à cette solution. Pour cela, nos yeux doivent se tourner vers la jurisprudence canadienne, qui nous propose une solution intéressante (2). Le droit américain peut également servir de source d'inspiration (3).

1. De la nécessité pratique d'admettre l'arbitrabilité

Pour des raisons pragmatiques, il serait très regrettable d'exclure de l'arbitrage les litiges relatifs à la titularité ou la validité. Cette solution reviendrait, purement et simplement, à retirer tout intérêt au recours à l'arbitrage dans le domaine du droit d'auteur. Pour le comprendre, il suffit d'imaginer qu'une partie, par exemple dans un litige portant sur les droits et obligations liés à un contrat de cession des droits patrimoniaux, n'ait qu'à soulever que le droit d'auteur constituant l'objet du contrat

117 En droit des brevets, on se souvient que la jurisprudence déclarait les litiges portant sur la validité du brevet inarbitrables, au motif que la question intéresse l'ordre public car sont en cause, d'une part, l'intervention d'une autorité publique délivrant le titre et, d'autre part, les droits des tiers. Voir CA Paris, 3 février 1992, (1993) 46:2 RTD com 293 (annotation Jean-Claude Dubarry et Éric Loquin); Cass civ 2^e, 1 février 2001, (2001) Rev arb Jur 232.

118 On pourrait ajouter qu'en droit d'auteur, le CPI ne prévoit aucune disposition comparable aux articles qui disposent que la nullité des droits enregistrés doit obligatoirement être prononcée par une « décision de justice », voir arts L613-25 (brevets), L714-3 (marques) CPI.

119 CA Paris, 16 janvier 1992, *P Young c/ Y Laumet* (1992) Revue Internationale du Droit d'Auteur Jur 204, confirmant une sentence portant sur la qualité d'auteur du scénario et des dialogues d'une œuvre audiovisuelle.

120 *Supra* note 35 à l'art L111-1.

121 Voir, Oppetit, « Arbitrabilité », *supra* note 15, à la p 129. Oppetit se pose la question mais ne conclut pas.

122 Voir Cass civ 1^{re}, 16 novembre 2004, (2005) 58:1 RTD com 81 (annotation Frédéric Pollaud-Dulian), infirmant un arrêt d'appel qui avait validé une transaction accordant à une personne la qualité d'auteur, au motif que « la détermination de l'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi ». L'arbitrabilité semble donc encore plus difficile à établir pour la titularité que pour la validité.

123 La titularité du droit d'auteur conditionne en effet la jouissance du droit moral.

n'existe pas pour faire échec à la compétence du tribunal arbitral. Même si l'arbitre devait surseoir à statuer dans l'attente d'une décision étatique, cette même partie n'aurait qu'à remettre en cause la réunion des conditions du droit du droit d'auteur dans un but dilatoire.

Faut-il alors s'inspirer de la solution retenue en droit des brevets ? Dans ce domaine, la Cour d'appel de Paris a décidé que lorsque la nullité du titre est soulevée de façon incidente devant l'arbitre, celui-ci peut trancher la question, sans surseoir à statuer¹²⁴. La décision de l'arbitre sur la validité n'a toutefois d'effets qu'à l'égard des parties, car son opinion figure non pas dans le dispositif mais dans les motifs, auxquels la jurisprudence n'accorde pas l'autorité de chose jugée¹²⁵. Bien qu'elle lutte efficacement contre le risque de manœuvres dilatoires, cette solution fait l'objet de vives critiques et ne devrait pas être reprise sur le terrain du droit d'auteur¹²⁶. Pour ne retenir que les éléments principaux, on ne comprend pas que d'un point de vue théorique l'existence du droit d'auteur dépendrait de la personne à laquelle il est opposé. Comme l'ont bien dit Georges Bonnet et Charles Jarrosson, « dire qu'un acte n'est pas valable entre les parties, mais valable en dehors d'elles, n'a en effet juridiquement aucun sens »¹²⁷. Il convient donc de se pencher sur les solutions proposées dans d'autres juridictions ayant été confrontées au problème.

2. L'ouverture théorique vers l'arbitrabilité : la jurisprudence canadienne

S'il paraît difficile pour le droit français de s'inspirer de l'arrêt Chouette en ce qui concerne l'arbitrabilité du droit moral, il n'en va pas de même relativement à l'aspect qui nous intéresse ici.

Les faits peuvent être simplifiés à l'extrême, en ne conservant que les éléments pertinents. Dans le cadre d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, un arbitre qualifié à titre principal un livre pour enfant d'œuvre en collaboration au sens de la Loi sur le droit d'auteur. Autrement dit, la sentence porte directement sur la titularité du droit d'auteur. Faisant droit à la demande d'annulation intentée par l'une des parties, la Cour d'appel du Québec énonce notamment qu'une décision portant sur la titularité, l'étendue ou la validité du droit d'auteur est opposable à tous et ne peut, par conséquent, être rendue que par un juge étatique¹²⁸. Cet arrêt est infirmé par la Cour suprême au motif que « cette interprétation repose sur une erreur quant à la nature du concept de la chose jugée et quant à l'étendue de l'opposabilité des décisions de justice »¹²⁹. Selon le juge LeBel, il convient plutôt de distinguer l'opposabilité d'un

124 CA Paris, 28 février 2008, (2009) Rev arb Jur 168 (annotation Tristan Azzi). La Cour a énoncé que « la question de la validité du brevet débattue de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle peut être soumise à l'arbitre, l'invalidité éventuellement constatée n'ayant, pas plus que s'il s'agissait de la décision d'un juge, d'autorité de chose jugée car elle ne figure notamment pas au dispositif, et n'a d'effet qu'à l'égard des parties, de même d'ailleurs qu'une décision en faveur de la validité, les tiers pouvant toujours demander la nullité du brevet pour les mêmes causes ».

125 Sur ce dernier point, voir Cass civ 1^{re}, 20 février 2007, (2007) Bull civ I, n° 06-14.107 ; Cass civ 3^e, 10 juin 2009, (2009) Bull civ III, n° 08-15.405.

126 Pour un bon résumé des critiques, Seraglini & Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage*, supra note 28 aux para 138, 654.

127 Georges Bonnet et Charles Jarrosson, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français », dans *Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois*, Paris, LITEC, 1994, 61 à la p 65.

128 Chouette, supra note 89 aux para 14–15.

129 *Ibid* au para 61.

acte juridictionnel de ses effets. La sentence fait bien autorité entre les parties, mais elle ne lie pas pour autant les tiers absents du débat judiciaire¹³⁰. Par exemple, un tiers à la convention d'arbitrage qui aurait également participé à la rédaction de l'œuvre pourrait toujours former une demande devant un juge étatique pour faire reconnaître son droit d'auteur¹³¹. En somme, l'opposabilité à l'égard des tiers de la sentence se prononçant sur la titularité à l'égard des tiers ne signifie pas qu'elle produise des effets au-delà des parties. La décision touchant au droit d'auteur était bien opposable erga omnes, mais ce n'est pas pour autant une cause d'inarbitrabilité. La doctrine canadienne a approuvé cette décision, car si la Cour suprême avait adhéré à la thèse de la Cour d'appel, « plus rien ne serait arbitral »¹³².

La discussion est parfaitement transposable sur le terrain du droit français, analogue au droit de l'arbitrage québécois. D'un point de vue théorique, l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité ou la titularité pourrait être reconnue au motif que l'opposabilité de la décision ne constitue pas une extension aux tiers de son effet obligatoire. D'ailleurs, l'argument utilisé par la Cour suprême du Canada avait déjà été formulé, dans des termes très similaires, par la doctrine française en matière de brevets d'invention¹³³. À considérer les choses avec honnêteté, on pourrait ne pas être totalement convaincu dans la mesure où il n'est pas certain qu'il existe une réelle différence entre l'opposabilité aux tiers et le caractère obligatoire de la décision pour les parties. Même simplement opposable, la décision de l'arbitre affecte peut-être les droits des tiers en raison de l'incidence que peut avoir la disparition du droit d'auteur sur le marché. En réalité, cette incidence est souvent mineure en comparaison avec les monopoles créés par les brevets¹³⁴. Surtout, le contre-argument s'évanouit dès lors que la sentence peut être frappée de tierce opposition¹³⁵. En l'état actuel du droit français, ce recours, qui permet à un tiers de refaire juger en fait et en droit les points jugés par une sentence, n'est cependant possible qu'en arbitrage interne. Pour permettre aux tiers de contester l'effet substantiel attaché à la sentence¹³⁶, il conviendrait donc d'étendre cette voie de recours dans l'arbitrage international¹³⁷. Il n'en demeure pas

130 Comme le dit Frédéric Bachand, « Note - Cour Suprême du Canada, 21 mars 2003 » (2003) Rev arb Jur 482 à la p 487, citant la doctrine française, l'opposabilité d'un acte juridictionnel et ses effets doivent être soigneusement distingués. L'acte juridictionnel est toujours opposable à tous ; à cet égard, Bachand cite Jean Vincent et Serge Guinchard, *Procédure Civile*, 26^e éd, Paris, Dalloz, 2001 au para 189 : « par son existence même, [il] modifie l'ordonnement juridique et cette modification objectivement doit être reconnue et respectée par tous », mais il ne peut avoir d'effets, au plan juridique, qu'à l'égard des parties.

131 *Chouette*, supra note 89 au para 62.

132 Bachand, supra note 130 à la p 487.

133 Voir Xavier de Mello, « L'expérience des arbitres (ou l'« espérance » des arbitres) » dans *Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois*, Paris, Litec, 1994, 93 à la p 108, n 4; De Mello cite José Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984 à la p 140 : « [l']opposabilité d'un acte, quelle que soit sa nature, ne constitue pas une extension aux tiers de son effet obligatoire. S'agissant d'un jugement, seules les parties au débat peuvent être atteintes, personnellement ou dans leur patrimoine, par la sanction décidée en justice. Les tiers en revanche échappent à cet effet direct : ils ne subissent la décision que de façon indirecte, c'est-à-dire à travers les effets liés à la modification de l'effet juridique ».

134 *Saturday Evening Post Co v Rumbleseat Press Inc*, 816 F (2d) 1191 (7e Cir 1987) au para 17 [*Saturday Evening*].

135 Art 1501 CPC.

136 En droit international privé français, on sait en effet que la reconnaissance de la qualité d'auteur dans un jugement étranger relève de l'efficacité substantielle de ce jugement, c'est-à-dire que la décision modifie l'ordonnement juridique: Cass civ 1^{re}, 22 mars 2012, *De Groot* [2012] Rev crit dr int priv à la p 894 (annotation Sylvain Bollée).

137 Voir en faveur de l'ouverture de la tierce opposition dans l'arbitrage international, Éric Loquin, « Perspectives pour une réforme des voies de recours » (1992) 2 Rev arb 321 à la p 333.

moins que l'ouverture théorique vers l'arbitrabilité existe, et que cette dernière devrait être admise dans le but de satisfaire aux besoins de la pratique. Pour terminer de s'en convaincre, la jurisprudence américaine fournit plusieurs arguments intéressants¹³⁸.

3. L'exemple de la jurisprudence américaine

Dans l'affaire *Saturday Evening Post v. Rumbleseat*, *The Post* agit en contrefaçon devant un arbitre. *Rumbleseat*, le défendeur, invoque que le copyright du demandeur est invalide¹³⁹. L'arbitre fait droit à la demande et rejette le counterclaim de *Rumbleseat*¹⁴⁰. Devant la cour d'appel, ce dernier demande l'annulation de la sentence au motif que la question de la validité du copyright était inarbitrable¹⁴¹. Comme dans l'arrêt *Chouette*, cette argumentation échoue. Le juge Posner décide que la validité du copyright est arbitrable, au moins lorsque la question est soulevée à titre incident (mais la Cour n'exclut pas l'arbitrabilité à titre principal)¹⁴². Certains arguments du juge Posner peuvent parfaitement être repris en droit français. D'abord, la Cour note que les enjeux économiques sont plus faibles en matière de copyright que de brevets, où le danger de monopole est plus important¹⁴³, ce qui pourrait constituer une réponse au contre-argument selon lequel la décision sur l'existence du droit d'auteur a une incidence sur le marché. Tout en admettant qu'une sentence validant à tort l'existence du droit d'auteur serait problématique, elle affirme ensuite qu'« il n'y a pas de raison de penser que les arbitres ont plus de chances de se tromper » [notre traduction] que les juges étatiques¹⁴⁴. Il en découle qu'aucun obstacle pratique ne s'oppose à l'admission de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité du copyright¹⁴⁵.

En conclusion, l'arbitrabilité des litiges portant sur la titularité ou la validité devrait être reconnue y compris lorsque la question est soulevée à titre principal devant l'arbitre. Tel était le cas dans l'arrêt *Chouette*. Bien que la jurisprudence américaine était quant à elle confrontée à une sentence ayant tranché l'argument de l'invalidité du copyright seulement à titre incident, le juge Posner a pris le soin de ne pas écarter l'arbitrabilité à titre principal. L'invitation est faite aux tribunaux français de suivre la voie du droit comparé pour ne pas compromettre le développement de l'arbitrage dans le domaine du droit d'auteur.

IV. Conclusion

Après analyse, les contours de l'arbitrabilité du droit d'auteur en droit français restent fortement incertains. À cet égard, nous avons consolidé les quasi-certitudes, comme en matière de contrefaçon, et éclairci des zones non encore explorées, comme s'agissant de la titularité et de l'existence du droit d'auteur. Mais nombreux

138 Voir *Saturday Evening*, *supra* note 134 aux para 11–19.

139 *Ibid* au para 1.

140 *Ibid*.

141 *Ibid* au para 8.

142 *Ibid* au para 17. Les mots du juge Posner sont suffisamment clairs : « Nous estimons que le droit fédéral ne s'oppose pas à l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité du droit d'auteur, au moins lorsque le problème de la validité est soulevé au cours de l'arbitrage dans un litige relatif à un contrat » [notre traduction].

143 *Ibid*.

144 *Ibid* au para 16.

145 *Ibid*.

demeurent les doutes concernant le droit moral et, dans une moindre mesure, les droits patrimoniaux. Afin que soit satisfait le besoin de sécurité juridique des parties, il faut donc espérer que la jurisprudence se saisisse du problème et apporte une réponse claire à ces questionnements. Elle devrait, croyons-nous, reconnaître un large principe d'arbitrabilité de la matière. Nous avons également proposé que cette reconnaissance aille de pair avec la consécration d'un contrôle maximaliste de l'ordre public, ce qui permettrait de préserver l'important édifice jurisprudentiel bâti par les juridictions françaises, notamment en matière de droit moral. L'espoir est permis, puisque cette conception est apparemment victime d'un certain essoufflement¹⁴⁶.

Une fois les controverses apaisées, le débat devrait continuer au-delà des frontières de l'arbitrabilité. En Suisse, notamment, Jacques de Werra appelle à dépasser cette question, car celle-ci est d'ores et déjà résolue. Il est de l'intérêt du droit français que la réflexion se poursuive sur les manières d'optimiser la procédure arbitrale en droit d'auteur, par exemple concernant la portée de la convention d'arbitrage¹⁴⁷. L'arbitrage pourra alors devenir une alternative attractive pour la résolution des litiges en matière de droit d'auteur.

146 En ce sens, Christophe Seraglini, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) » (2005, 2^e sem) *Gaz Pal Doctr* 3279 ; *Contra* Pascal de Vareilles-Sommières, « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for » (2014) 141:3 *JDI* 813.

147 Jacques de Werra, « L'arbitrage des litiges internationaux de propriété intellectuelle : la nécessité de réfléchir au-delà de la question de la (non-) arbitrabilité » [2012] 3 *RDAl* 299.

