CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 22 mai 2008 [1]

I — Introduction

1. Les artistes ont l'habitude d'utiliser des pseudonymes, de sorte que le public sait difficilement à quel moment ses vedettes favorites au cinéma, au théâtre, ou dans le domaine de la peinture ou de la musique, utilisent leur nom réel ou quand elles s'abritent derrière un nom d'emprunt. Fort peu de vedettes parviennent à obtenir que leur identité factice et leur identité réelle atteignent un même degré de diffusion (il ne me vient spontanément à l'esprit que le nom de Marilyn Monroe/Norma Jeane Baker).

2. Ainsi, il est probable que le chanteur auteur à l'origine de cette affaire aurait obtenu une renommée dans un cercle plus étroit avec son vrai nom, à savoir Shabtai Zisel ben Abraham, étant donné qu'il était issu d'une famille originaire d'Odessa [2]. J'ose avancer que même la traduction de son nom dans une langue européenne (Robert Allen Zimmerman) ne lui aurait pas octroyé un plus grand succès. En revanche, son pseudonyme est bien connu par plusieurs générations d'amateurs de musique, c'est celui de Bob Dylan [3].

3. À l'instar de celles de Phil Collins [4] et de Cliff Richard [5], l'œuvre de ce chanteur, fervent admirateur du poète gallois Dylan Thomas (1914-1953) [6], dont il a emprunté le prénom pour l'utiliser comme nom de famille, est une cible privilégiée d'enregistrements qui génèrent de gros bénéfices, d'où une reproduction non contrôlée de cette dernière.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Ces données biographiques apparaissent dans l'ouvrage de Satué, F. J., *¡Más madera! Una historia del Rock*, Éd. Belacqva, Barcelone, 2004, p. 397 et suiv.

3 — Il semble que dernièrement, son programme hebdomadaire radiophonique «Theme time radio hour», qui est diffusé par XM Satellite Radio, jouit d'une ample audience (voir El País, du mardi 25 mars 2008, p. 48). En outre, sa vie a été reproduite dans l'œuvre cinématographique *I'm Not There* (2007), qui est un hommage du directeur T. Haynes au musicien.

4 — Batteur et voix du groupe de musique pop/rock «Genesis», puis chanteur en solo, il a été à l'origine de l'arrêt du 20 octobre 1993, Phil Collins e.a. (C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145).

5 — Son vrai nom est Harry Rodger Webb, ancien leader des «Shadows» (http://cliffrichard.org).

6 — Il n'est pas précisé si son admiration se limitait à la poésie ou si elle s'étendait au mode de vie de l'auteur, autoproclamé «l'homme le plus ivre du monde» et bohême impénitent, au moins durant sa jeunesse, ainsi qu'il ressort de son livre *Retrato del artista cachorro* (titre anglais: *Portrait of the artist as a young dog*), traduction de J. Á. Cotta, Éd. Seix Barral, Barcelone, 1985, p. 99, qui indique: «le jeune M. Thomas n'avait pas de travail pour le moment, mais l'on supposait qu'il partirait bientôt à Londres pour tenter de faire carrière à Chelsea en tant que journaliste, il n'avait pas un centime et espérait vaguement vivre des femmes». Ndt: traduction libre.

4. Le Bundesgerichtshof (Allemagne) a adressé à la Cour trois questions préjudicielles relatives à des phonogrammes comprenant des thèmes de cette véritable idole du rock, réalisés au début des années soixante, et sur lesquels il lui a été demandé de se prononcer quant à la protection dont ils bénéficient en Allemagne. En substance, le Bundesgerichtshof doute de ce que ces phonogrammes puissent bénéficier d'une protection en vertu du droit communautaire, étant donné que, au regard du droit national, le bénéfice d'une telle protection est exclu.

5. L'importance économique de cette question n'est pas négligeable, étant donné qu'il dépend de sa solution que de nombreuses œuvres antérieures à l'entrée en vigueur de la loi sur les droits d'auteur et les droits voisins en 1966 soient maintenues dans le domaine public et puissent être librement exploitées, ou qu'elle soient réputées protégées par ces droits, ce qui soumettrait leur exploitation à la volonté des titulaires de ces droits.

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

6. Le rapprochement des ordres juridiques des États membres en matière de propriété intellectuelle a été effectué principalement par l'intermédiaire de la directive 93/98/CEE [7], modifiée par la suite [8] puis abrogée par la directive 2006/116/CE [9] codifiant les directives antérieures.

7. L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2006/116, sous la rubrique «Durée des droits voisins» prévoit:

«Les droits des producteurs de phonogrammes expirent cinquante ans après la fixation. […]

Cependant, le présent paragraphe ne peut pas avoir pour effet de protéger à nouveau les droits des producteurs de phonogrammes qui, par expiration de la durée de la protection qui leur était reconnue en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 93/98/CEE dans sa version antérieure à la modification par la directive 2001/29/CE n'étaient plus protégés le 22 décembre 2002.»

7 — Directive du Conseil du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290, p. 9).

8 — Notamment 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 d'information (JO L 167, p. 10).

9 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 372, p. 12).

8. L'article 7 de la directive 2006/116, intitulé «Protection vis-à-vis des pays tiers», ajoute à ses paragraphes 1 et 2:

«1. Lorsque le pays d'origine d'une œuvre, au sens de la convention de Berne [[10]], est un pays tiers et que l'auteur n'est pas un ressortissant de la Communauté, la durée de protection accordée dans les États membres prend fin à la date d'expiration de la protection accordée dans le pays d'origine de l'œuvre, sans pouvoir dépasser la durée indiquée à l'article 1er.

2. Les durées de protection indiquées à l'article 3 s'appliquent également lorsque les titulaires ne sont pas des ressortissants de la Communauté, pour autant que les États membres leur accordent la protection. Toutefois, sans préjudice des obligations internationales des États membres, la durée de protection accordée par les États membres prend fin au plus tard à la date d'expiration de la protection accordée dans le pays tiers dont le titulaire est ressortissant, sans pouvoir dépasser la durée indiquée à l'article 3.»

10 — Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (acte de Paris du 24 juillet 1971), modifiée le 28 septembre 1979 (elle est consultable sur le site http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/index.html).

9. L'article 10, paragraphes 1 à 3, de la directive 2006/116, sous le titre «Applicabilité dans le temps» est rédigé comme suit:

«1. Lorsqu'une durée de protection plus longue que la durée de protection correspondante prévue à la présente directive avait déjà commencé à courir dans un État membre au 1er juillet 1995, la présente directive n'a pas pour effet de la raccourcir dans cet État membre.

2. Les durées de protection prévues à la présente directive s'appliquent à toutes les œuvres et à tous les objets qui, à la date visée au paragraphe 1, étaient protégés dans au moins un État membre dans le cadre de l'application des dispositions nationales relatives au droit d'auteur ou aux droits voisins ou qui répondent aux critères de protection énoncés dans la directive [92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle] [JO L 346, p. 61].

3. La présente directive s'entend sans préjudice des actes d'exploitation accomplis avant la date visée au paragraphe 1. Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour protéger notamment les droits acquis des tiers.»

B — *Le droit international*

10. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a parrainé trois conventions internationales spécialement consacrées à la garantie des droits des producteurs de phonogrammes, appelées «convention de Rome» [11], «convention phonogrammes» [12] et «WPPT» [13]. Ce dernier accord a été approuvé par la Communauté par la décision 2000/278/CE [14], en ce qui concerne les matières qui relèvent de sa compétence.

11. En ce qui concerne la durée des droits des producteurs de phonogrammes, alors que la convention de Rome [15] et la convention phonogrammes [16] prévoyaient une durée d'au moins 20 ans, le WPPT a porté cette dernière à un minimum de 50 ans [17], ce qui permet de déduire une tendance à l'allongement de la durée de la protection.

12. En outre, dans le but d'harmoniser partiellement les droits de propriété intellectuelle en raison de leur impact éventuel sur le commerce international, l'accord ADPIC [18] consacre une série de dispositions aux différentes sortes de propriété intellectuelle. J'énumérerai ci-dessous celles qui ont une incidence sur les phonogrammes et servent à trancher la problématique dont la Cour est saisie.

13. Ainsi, parmi les règles fondamentales, l'article 3 de l'accord ADPIC, qui proclame le principe du traitement national, mérite d'être mis en exergue:

«1. Chaque [m]embre accordera aux ressortissants des autres [m]embres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la [c]onvention de Paris (1967), la [c]onvention de Berne (1971), la [c]onvention de Rome ou le [t]raité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés. En ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion, cette obligation ne s'applique que

11 — Convention du 26 octobre 1961, sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

12 — Convention du 29 octobre 1971, pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes.

13 — Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996. Tous ces actes peuvent être consultés sur le site http://wipo.int/treaties/fr/.

14 — Décision du Conseil du 16 mars 2000, relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes (JO L 89, p. 6).

15 — Voir son article 14, premier alinéa, sous a).

16 — Voir son article 4.

17 — Voir son article 17, paragraphe 2.

18 — L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'«accord ADPIC»), figurant à l'annexe 1 C de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, a été approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1, l'accord ADPIC est en page 213).

pour ce qui est des droits visés par le présent accord. […]

[…]»

14. En revanche, l'article 4 de l'accord ADPIC corrobore la clause du traitement de la nation la plus favorisée, dans le sens où tout avantage, faveur, privilège ou immunité accordé par un membre aux ressortissants de tout autre pays sera, immédiatement et sans condition, étendu aux ressortissants de tous les autres membres. Ledit article cite, par ailleurs, quelques exceptions à cette obligation, qui peuvent être écartées dans le cadre du présent litige.

15. L'article 9, paragraphe 1, de l'accord ADPIC renvoie pour sa part à la convention de Berne en enjoignant aux États contractants d'en respecter les articles 1er à 21 de cette dernière.

16. En ce qui concerne les droits des producteurs d'enregistrements sonores, l'article 14 de l'accord ADPIC dispose:

«1. Pour ce qui est d'une fixation de leur exécution sur un phonogramme, les artistes interprètes ou exécutants auront la possibilité d'empêcher les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation: la fixation de leur exécution non fixée et la reproduction de cette fixation. […]

2. Les producteurs de phonogrammes jouiront du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes.

[…]

5. La durée de la protection offerte en vertu du présent accord aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes ne sera pas inférieure à une période de 50 ans calculée à compter de la fin de l'année civile de fixation ou d'exécution. […]

[…]»

C — *La législation nationale*

17. En Allemagne, la propriété intellectuelle est régie par la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), du 9 septembre 1965 (BGBl. 1965, p. 1273, ci-après l'«UrhG») [19]. L'article 137f de cette loi remplit le rôle de disposition transitoire pour l'adaptation du droit interne à la directive 93/98. Les paragraphes 2 et 3 de cet article prescrivent:

«(2) Les dispositions de la présente loi, dans la version applicable à compter du 1er juillet 1995, sont également applicables aux œuvres dont la protection en vertu de la présente loi a expiré avant le 1er juillet 1995, mais qui, à cette date, bénéficient encore d'une protection en vertu de la loi d'un autre État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. La première phrase s'applique par analogie aux droits […] des producteurs de phonogrammes (article 85), […].

(3) Lorsque, conformément au paragraphe 2, il y a renaissance de la protection d'une œuvre dans le champ d'application de la présente loi, les droits ainsi ravivés reviennent à l'auteur. Un acte d'exploitation commencé avant le 1er juillet 1995 peut cependant être poursuivi dans le cadre prévu. Pour l'exploitation à compter du 1er juillet 1995, il convient de payer une rémunération adéquate. Les dispositions des phrases 1 à 3 sont applicables par analogie aux droits voisins.»

19 — Loi telle que modifiée dernièrement par la cinquième loi de réforme de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes), du 10 novembre 2006 (BGBl. 2006 I, p. 2587).

III — Les faits du litige au principal

18. L'entreprise Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (ci-après «Falcon»), défenderesse au principal et défenderesse au pourvoi, distribue deux phonogrammes comportant des interprétations de l'artiste Bob Dylan sur des supports de disque compact (ci-après «CD»). Le premier CD porte le titre *Bob Dylan — Blowin' in the Wind*, le second porte le titre *Bob Dylan — Gates of Eden*.

19. Les chansons enregistrées de ces CD étaient à l'origine incluses dans les albums *Bob Dylan — Bringing It All Back Home*, *The Times They Are A-Changin'* et *Highway 61 Revisited*.

20. Sony Music Entertainment (Germany) GmbH (ci-après «Sony»), demanderesse au litige au principal et partie requérante dans la présente affaire, est la filiale allemande de la multinationale japonaise homonyme bien connue. Elle soutient que tous les thèmes du répertoire des deux CD ont été publiés aux

États-Unis avant le 1er janvier 1966, à savoir en 1964 et en 1965.

21. Elle allègue également qu'un label américain a acquis les droits sur les phonogrammes originaux des albums de Bob Dylan y compris sur le territoire allemand et que ces droits lui ont été transférés. Partant, la défenderesse viole ses droits de propriété intellectuelle, lorsqu'elle reproduit et distribue lesdits CD.

22. En conséquence, Sony demande qu'il soit interdit à Falcon d'enregistrer et de commercialiser directement ou par l'intermédiaire de tiers, les CD *Bob Dylan — Blowin' in the Wind* et *Bob Dylan — Gates of Eden*. Elle demande également que la défenderesse soit condamnée à fournir certaines informations et à lui verser des dommages et intérêts pour les préjudices occasionnés.

23. Falcon allègue cependant que l'ordre juridique allemand ne protège aucun droit d'une maison de disque quelconque sur les phonogrammes de Bob Dylan antérieurs au 1er janvier 1966.

24. En première instance, le Landgericht Rostock n'a pas accueilli les arguments de Sony et a rejeté le recours.

25. Dans la procédure entamée devant l'Oberlandesgericht Rostock, la demanderesse a abandonné son action en cessation, mais elle a maintenu sa demande d'une condamnation de la défenderesse à la communication d'informations et au paiement de dommages et intérêts.

26. L'Oberlandesgericht Rostock a rejeté le recours de Sony en estimant que, en vertu de la convention de Genève en vigueur en Allemagne et aux États-Unis, les producteurs de phonogrammes ne peuvent bénéficier de la protection des droits d'auteur de l'article 85 de l'UrhG que pour les prestations postérieures au 1er janvier 1966. De surcroît, l'Oberlandesgericht Rostock a estimé que les enregistrements musicaux antérieurs à cette date ne sauraient non plus être protégés en vertu de l'article 137f de l'UrhG, qui est une disposition transitoire pour l'adaptation du droit national à la directive 93/98. En effet, le paragraphe 2 de ce dernier article ne s'applique pas aux phonogrammes produits avant le 1er janvier 1966, étant donné qu'ils n'ont été protégés à aucun moment en Allemagne.

IV — Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

27. Sony s'étant pourvu en «Revision» contre le jugement rendu en appel, le Bundesgerichtshof estime que l'issue du pourvoi qui lui est présenté dépend de l'interprétation

de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116. La juridiction de renvoi fonde la pertinence de ses questions préjudicielles sur les prémisses suivantes.

28. D'une part, le Bundesgerichtshof écarte l'idée que l'effet rétroactif de la convention de Genève aille plus loin que la protection accordée par la législation nationale qui, conformément à l'article 129, paragraphe 1, de l'UrhG, limite la rétroactivité de la défense des droits des maisons de disques fondés sur l'article 85 de l'UrhG à la date de l'entrée en vigueur de l'UrhG, c'est-à-dire au 1er janvier 1966.

29. D'autre part, la juridiction de renvoi ne conçoit pas non plus que les phonogrammes litigieux soient protégés sur le territoire allemand par l'application directe de l'article 137f, paragraphe 2, de l'UrhG, laquelle est une disposition introduite [20] afin d'adapter le droit national à la directive 93/98. Par conséquent, il convient d'interpréter cet article à la lumière de l'article 10, paragraphe 2, de ladite directive. En effet, eu égard à la teneur de l'article 137f, paragraphe 2, de l'UrhG, selon lequel la protection ne peut être rétablie que lorsqu'elle a «expiré» avant le 1er juillet 1995, la juridiction de renvoi partage le jugement de l'Oberlandesgericht Rostock selon lequel les phonogrammes enregistrés avant le 1er janvier 1966 par les maisons de disques ayant leur siège dans des pays tiers n'ont à aucun moment bénéficié de protection sur le sol allemand. Partant, on ne saurait rétablir une protection dont ils n'ont jamais bénéficié.

30. Étant donné que le Bundesgerichtshof valide l'affirmation de Sony selon laquelle la législation du Royaume-Uni protège également les phonogrammes antérieurs au 1er janvier 1966, et que cette protection a été étendue aux phonogrammes des producteurs américains qui ont été publiés aux États-Unis, il a des doutes sur l'exégèse de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116.

31. Dans ces circonstances, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et d'adresser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La durée de protection prévue par la directive 2006/116 est-elle, dans les conditions de l'article 10, paragraphe 2, de celle-ci, également applicable lorsque l'objet en cause n'était protégé à aucun moment dans l'État membre dans lequel la protection est réclamée?

20 — Par l'article 1er, nº 26 de la troisième loi de réforme de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (Drittes Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes), du 23 juin 1995 (BGBl. 1995 I, p. 842).

2) En cas de réponse affirmative à la première question:

a) Faut-il considérer que les dispositions nationales au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116 comprennent également les dispositions des États membres relatives à la protection de titulaires qui ne sont pas des ressortissants de la Communauté?

b) La durée de protection prévue par la directive 2006/116 est-elle, conformément audit article 10, paragraphe 2, également applicable aux objets qui, au 1er juillet 1995, répondaient certes aux critères de protection énoncés dans la directive 92/100, mais dont les titulaires ne sont pas des ressortissants de la Communauté?»

32. La décision de renvoi est parvenue au greffe de la Cour le 16 mai 2007, les parties au litige au principal et la Commission des Communautés européennes ayant déposé leurs observations durant la phase écrite de la procédure.

33. Les représentants de Sony, de Falcon et de la Commission ont comparu à l'audience du 15 avril 2008, afin d'exposer oralement leurs allégations.

V — L'analyse des questions préjudicielles

A — *La rétroactivité de la protection (première question)*

34. Par sa première question, le Bundesgerichtshof cherche à savoir s'il convient d'accorder la protection dispensée en vertu de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116, à des objets qui n'ont jamais bénéficié de protection dans l'État membre dans laquelle elle est réclamée. Ceci impliquerait d'appliquer rétroactivement la loi allemande à une date antérieure à sa propre entrée en vigueur.

35. La question est justifiée du fait que, en Allemagne, jusqu'à la promulgation de l'UrhG, le 9 septembre 1965, les phonogrammes ne bénéficiaient pas de protection juridique ex lege. Or, comme je l'ai expliqué dans le résumé des faits du litige au principal, les enregistrements litigieux ont été effectués en 1964 et en 1965, soit antérieurement à cette date.

36. En outre, le fait d'étendre rétroactivement la protection des droits violerait certaines prémisses fondamentales du droit international de la propriété intellectuelle. Ainsi, l'article 18, paragraphe 2, de la convention de Berne ne permet pas qu'une œuvre créée dans un pays, qui est tombée dans le domaine public dans un autre État de l'Union [21], et dans lequel sa protection est réclamée, soit de nouveau couverte par les droits de propriété intellectuelle et qu'elle bénéficie des dispositions de la convention, et ce fondamentalement en raison des droits acquis par des tiers pendant la période de libre disposition [22] de cette œuvre.

37. Dans le cadre des droits des producteurs de phonogrammes, la non rétroactivité est également érigée, en principe, dans tous les traités internationaux pertinents, à savoir la convention de Rome [23], la convention phonogrammes [24], et le WPPT [25].

38. Néanmoins, dans le cadre communautaire, après avoir analysé l'article 10 de la directive 93/98, la Cour a validé la thèse qui, d'une part, consacre la renaissance éventuelle des droits d'auteur et des droits voisins éteints en vertu de législations applicables avant la mise en œuvre de ladite directive, sans préjudice des actes d'exploitation réalisés sous l'empire de ces législations, et, d'autre part, attribue aux États membres le soin d'adopter des mesures destinées à protéger les droits acquis par des tiers en vertu de ces actes [26].

39. Pour parvenir à ce corollaire, la Cour a interprété cet article dans un objectif d'intégration, en précisant qu'il résultait de la volonté expresse du législateur communautaire. En effet, alors que la proposition initiale de directive présentée par la Commission prévoyait que ses dispositions s'appliqueraient «aux droits qui ne sont pas échus au 31 décembre 1994», le Parlement européen a modifié cette proposition en lui donnant une nouvelle rédaction qui a été reprise dans la version finale [27]. La Cour a ajouté que cette solution visait à atteindre le plus rapidement possible l'objectif d'harmonisation des législations nationales relatives aux durées de protection du droit d'auteur et des droits voisins, tout en évitant que les droits éteints dans certains États membres continuent d'être protégés dans d'autres [28].

40. La volonté de parvenir rapidement à concilier les ordres juridiques nationaux a

21 — Le terme «Union» est compris dans le sens de l'article 1er de la convention de Berne, selon lequel «[l]es pays auxquels s'applique la présente [c]onvention sont constitués à l'état d'Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques».

22 — «Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971)», publié par l'OMPI elle-même, Genève, 1978, p. 117.

23 — Article 20, intitulé «Non-rétroactivité de la Convention».

24 — Article 7, paragraphe 3, stipule qu'«[a]ucun État contractant n'est tenu d'appliquer les dispositions de la présente Convention en ce qui concerne les phonogrammes fixés avant que celle-ci ne soit entrée en vigueur à l'égard de l'État considéré».

25 — Voir article 22, intitulé «Application dans le temps», dont le paragraphe 1 renvoie à l'article 18 de la convention de Berne.

26 — Voir arrêt du 29 juin 1999, Butterfly Music (C-60/98, Rec. p. I-3939), point 23.

27 — Voir arrêt Butterfly Music, précité (point 19).

28 — Voir arrêt Buterfly Music, précité (point 20).

crû après l'arrêt dit «Patricia» [29], dans lequel la Cour, confrontée au défaut de rapprochement des législations relatives à la protection de la propriété intellectuelle, a accepté des restrictions au commerce résultant de la disparité des règles nationales dans ce domaine [30].

41. En résumé, on déduit de l'article 10, paragraphe 2, de ladite directive que l'application des durées de protection prévues entraîne le renouvellement de la protection des œuvres ou des objets tombés dans le domaine public [31].

42. Cependant ces explications, qui apportent une réponse à la question de la validité de la rétrocession des droits voisins aux droits d'auteur préalablement protégés, n'écartent pas le doute relatif à la question de savoir si elles permettent de résoudre l'incertitude relative aux droits qui n'ont *jamais* été protégés.

43. Néanmoins, je serais enclin à préconiser que le même traitement soit appliqué aux deux hypothèses, pour les raisons que j'exposerais ci-après.

44. D'une part, l'argument de l'harmonisation accélérée ne disparaît pas pour les droits voisins qui n'étaient pas protégés. D'autre part, la précision introduite par l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116, relative aux règles qui soutiennent les droits voisins, qu'elles soient nationales ou tirées de la directive 92/100 [32], est pertinente, lorsque les objets remplissent les conditions requises pour recourir à ces dispositions.

45. En ce qui concerne le mouvement d'harmonisation, il apparaît que le législateur communautaire a adopté une voie intermédiaire entre le refus de la rétroactivité et sa totale admission. Il a favorisé une solution de compromis en vertu de laquelle il suffit qu'une œuvre déterminée soit protégée dans un seul État membre à la date limite pour transposer la directive 93/98, c'est-à-dire au 1er juillet 1995 [33], pour que lui soient appliqués les délais en vigueur dans toute la Communauté [34].

29 — Voir arrêt du 24 janvier 1989, EMI Electrola (341/87, Rec. p. 79).

30 — Dans ce cas précis, la Cour a toléré l'application de la législation d'un État membre qui autorisait un producteur de supports de son à invoquer les droits exclusifs de reproduction et de diffusion d'œuvres musicales dont il était titulaire, pour interdire la vente, sur le territoire de cet État membre, d'autres phonogrammes incorporant les mêmes œuvres musicales; ces phonogrammes étant importés d'un autre État membre où ils avaient été régulièrement commercialisés, mais sans le consentement dudit titulaire ou de son licencié, alors qu'avait expiré la protection derrière laquelle le producteur de supports s'était abrité (voir arrêt Patricia, précité, point 14).

31 — Voir arrêt Butterfly Music, précité (point 18).

32 — Directive du Conseil du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346, p. 61).

33 — Voir article 13, paragraphe 1, de cette directive.

34 — Voir Dietz, A., «Die Schutzdauer Richtlinie der EU», dans GRUR Int., nº 8/9, 1995, p. 682.

46. En conséquence, ces œuvres ou objets bénéficient à nouveau de la protection juridique dans les États membres où ils étaient tombés dans le domaine public, à moins qu'ils ne soient tombés dans le domaine public dans tous les pays de la Communauté. La nouvelle durée des délais de protection instaurée par la directive est comprise comme couvrant également tous les objets protégés par les droits voisins [35].

47. De surcroît, dans l'arrêt Phil Collins e.a., précité, qui est presque contemporain avec l'adoption de la directive 93/98, la Cour a déclaré que le principe de non-discrimination était également applicable en ce qui concerne les règles nationales relatives aux œuvres littéraires et artistiques et aux droits voisins, ce qui, de fait, a provoqué de facto leur pleine rétroactivité. En effet, cet arrêt exige que tous les droits d'auteur et les droits analogues reçoivent toujours, et dans tous les pays, un traitement identique à celui des droits nationaux [36].

48. La façon d'aborder les droits qui n'ont jamais été protégés dans le pays dans lequel ils sont invoqués (la République d'Allemagne dans le litige au principal) ne change pas, étant donné qu'autrement l'effort d'harmonisation serait réduit à néant. Les règles communautaires sont fondées sur le fait qu'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur implique d'harmoniser les législations des États membres de sorte que les durées de protection soient identiques dans toute la Communauté [37].

49. Le législateur essaie donc d'unifier les délais de protection de ces droits et la date à laquelle ils tombent dans le domaine public. Par conséquent, ne pas protéger les œuvres et les droits voisins en raison d'une absence de protection antérieure à l'entrée en vigueur des règles nationales sur les droits d'auteur serait violer l'esprit de la directive.

50. Cette idée est confirmée par la référence expresse faite par l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116 à la directive 92/100, laquelle avait introduit dans quelques États membres de nouveaux droits voisins. Par cette référence, on cherche à étendre l'application des délais de protection de la directive 2006/116 aux droits protégés par la directive 92/100, y compris lorsqu'ils n'ont pas été transposés dans l'ordre juridique interne [38]. Partant, contrairement à l'opinion du Bundesgerichtshof, lorsqu'il interprète littéralement l'UrhG, il ne semble pas approprié de parler uniquement d'une «renaissance» de la protection [39].

35 — Voir Maier, P., «L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins», *Revue du Marché Unique Européen*, nº 2, 1994, p. 77.

36 — Voir Dietz, A., op. cit., p. 683.

37 — Voir le deuxième considérant de la directive 93/98 et le troisième considérant de la directive 2006/116.

38 — Katzenberger, P., «Schutzdauer — Allgemeines» (§ 64), dans G. Schricker (coordinateur), *Urheberrecht Kommentar,* 2e Éd., Munich, 1999, p. 1024; Walter, M., «Schutzdauer-RL» (article 10), dans M. Walter (coordinateur), *Europäisches Urheberrecht Kommentar,* Vienne, 2001, p. 635.

39 — Walter, M., op. cit., p. 631.

51. Cependant, outre l'éventuelle appartenance d'une œuvre au domaine public dans tous les pays européens, il existe une autre limite à l'élan unificateur européen des nombreuses directives successives. Bien qu'elle n'ait pas d'influence sur la réponse préjudicielle, il convient de la citer, afin de compléter cette dernière, c'est celle des droits voisins des articles 5 et 6 de la directive 2006/116, dont la réglementation est facultative pour les États membres.

52. En vertu du dix-neuvième considérant de la directive 2006/116, les États membres restent libres de maintenir ou de créer des droits voisins aux droits d'auteur pour les éditions critiques et scientifiques d'œuvres qui sont tombées dans le domaine public [40], ainsi que pour les photographies qui ne sont pas originales [41]. Toutefois, les États membres n'ont aucune obligation de les garantir dans toute la Communauté, partant, toute action visant à réclamer ces droits dans les États membres qui, dans l'exercice de leur souveraineté, ne les reconnaissent pas [42], dépérit.

53. Enfin, l'article 10, paragraphe 3, de la directive 2006/116 soutient également la thèse de la rétroactivité, en prévoyant que «la directive s'entend sans préjudice des actes d'exploitation accomplis avant la date visée au paragraphe 1», soit le 1er juillet 1995, date d'entrée en vigueur de la précédente directive 93/98. Il implique ainsi l'application rétroactive des droits auxquels il renvoie. Néanmoins, pour protéger les droits acquis de bonne foi par des tiers, il limite leur effet sur les événements survenus avant son entrée en vigueur. En d'autres termes, si ledit article 10, paragraphe 2, ne prescrivait pas la rétroactivité, le paragraphe suivant n'aurait aucun sens.

54. En somme, eu égard aux explications précédemment exposées, j'estime que la première question posée par le Bundesgerichtshof appelle une réponse affirmative, au sens où le délais de la directive 2006/116, étant donné les conditions énumérées en son article 10, paragraphe 2, s'applique également lorsque l'objet litigieux n'a jamais été protégé dans l'État membre où sa protection est demandée, sans préjudice des dispositions de dudit article 10, paragraphe 3.

B — *La protection accordée aux titulaires de droits qui ne sont pas ressortissants d'un État membre de la Communauté (seconde question)*

55. En divisant la seconde question en deux sous questions, la juridiction de renvoi veut trancher la question de savoir si la nationalité extracommunautaire du titulaire des droits dont la protection est demandée influe sur l'interprétation des deux hypothèses sur lesquelles peut se baser la protection d'un objet conforme à l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116.

40 — Voir article 5 de la directive 2006/116.

41 — Pour les photographies «simples», voir article 6, troisième phrase, de la directive 2006/116.

42 — Voir, également, Katzemberger, P., op. cit., p. 1025.

56. Ainsi, la juridiction de renvoi cherche à savoir, d'une part, si conformément à cet article, il convient de qualifier les dispositions relatives à la protection accordée à des ressortissants de pays extracommunautaires comme étant des «dispositions nationales» [seconde question préjudicielle, sous a)] et, d'autre part, si lorsque le titulaire des droits est un ressortissant extracommunautaire, le délai du même article 10 s'applique aux objets qui remplissaient au 1er juillet 1996 les conditions pour bénéficier de la protection de la directive 92/100 [seconde question, sous b)].

57. J'estime qu'il convient d'étudier conjointement ces deux questions, sans préjudice de ce que chacune d'elle reçoive une réponse séparée, bien que, s'agissant de Bob Dylan, je préférerais entonner «the answer is blowing in the wind» [43].

58. Vraisemblablement guidés par la nationalité du titulaire du droit originaire du producteur des phonogrammes en cause, tous ceux qui ont présenté des observations écrites dans la présente procédure ont estimé que la réponse à la seconde question préjudicielle dans son ensemble se trouvait dans l'exégèse de l'article 7 de la directive 2006/116, qui présente la rubrique de la «Protection vis-à-vis des pays tiers».

59. Avant toute chose, je partage l'avis de la Commission quant à la nécessité de différencier les champs d'application ratione personae et ratione materiae.

60. L'article 7 de la directive 2006/116 pose le principe de la comparaison des délais de protection. En ce qui concerne les œuvres originaires d'un pays tiers au sens de la convention de Berne, dont l'auteur n'est pas ressortissant d'un État communautaire (premier alinéa), la durée de la protection prend fin conformément à la législation du pays d'origine de l'œuvre, mais elle ne doit jamais dépasser la durée instaurée dans la directive elle-même.

61. Le paragraphe 2 de ce même article fait allusion aux droits voisins, en instaurant un principe similaire à celui du paragraphe précédent [44]. En mentionnant les «titulaires qui ne sont pas des ressortissants de la Communauté», cette disposition entre dans le champ des règles ratione personae de la directive 2006/116. Cependant, en raison de la sujétion du bénéfice de la durée de la protection à l'octroi de cette même protection par les États membres, le droit international bilatéral et multilatéral, à savoir notamment la convention de Rome, la convention phonogrammes, le WPPT et l'accord ADPIC [45], qui lie l'État membre dans lequel la protection est demandée, passe au premier plan.

43 — «Blowin' in the wind» (© 1962 Warner Bros. Inc.) est assurément l'une des chansons les plus connues du chanteur auteur, elle a de surcroît donné son titre au disque de longue durée inclu dans les phonogrammes litigieux.

44 — Voir Mayer, P., op. cit., p. 75.

45 — Voir Walter, M., op. cit., p. 608.

62. En conséquence, pour chaque cas concret, il appartient au juge national de l'État membre dans lequel on souhaite exercer les droits voisins de se prononcer sur la protection des étrangers, tout comme sur le calcul du délai, en fonction des traités internationaux souscrits par cet État membre.

63. D'autre part, outre son lien avec l'application temporelle de la directive 2006/116, ledit article 10 comporte une description du champ d'application ratione materiae de cette directive.

64. Ainsi que la Commission le souligne, bien que l'article 10 de la directive 2006/116 soit situé sous la rubrique «Applicabilité dans le temps», ses dispositions se concentrent sur *l'objet* de la protection et non sur la nationalité du titulaire des droits, et elles s'étendent à «toutes les œuvres et à tous les objets» qui étaient protégés le 1er juillet 1995 soit par l'ordre juridique national d'au moins un État membre, en matière de droit d'auteur [en ce qui concerne la question a)], soit par la directive 92/100 [en ce qui concerne la question b)].

65. Aux fins d'application de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116, on déduit [seconde question, sous a)] qu'il fait référence à toutes les dispositions matérielles encadrées par les droits d'auteur et les droits voisins de l'ordre national correspondant, avec leurs particularités, y compris aux traités internationaux, multilatéraux ou bilatéraux pertinents [46]. Il appartient donc au juge national de vérifier si un objet déterminé, dans la présente affaire, les enregistrements controversés de Bob Dylan, réunit les conditions posées par son droit national. Quand cet objet se fonde sur la loi d'un autre État membre, le juge de l'État dans lequel la protection est demandée est tenu d'examiner l'ordre juridique étranger conformément à ses règles de procédure relatives à la preuve des droits étrangers. La première alternative dudit article 10, paragraphe 2, précité, ne renvoie donc pas aux règles nationales relatives à la protection des étrangers extracommunautaires.

66. Je propose en résumé de répondre à la seconde question, sous a), en refusant que les termes «dispositions nationales», au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116, englobent également les dispositions des États membres relatives à la protection des titulaires des droits qui ne sont pas ressortissants d'un État membre de la Communauté.

67. En ce qui concerne la seconde question, sous b), il convient de rappeler que dans cette hypothèse, le droit de la directive 92/100/CE ne naît que lorsque son contenu n'a pas été transposé en droit national à la date fixée [47]. La juridiction de l'État dans lequel la protection est revendiquée est tenue d'examiner si sa législation nationale ou bien celle d'un autre État membre couvre ces droits et, si tel n'est pas le cas, elle doit déterminer s'il

46 — Voir Walter, M., op. cit., p. 632.

47 — Voir le point 50 des présentes conclusions.

convient d'étendre l'application de la protection à la lumière de la directive 92/100.

68. Cependant, pour déterminer l'application de la protection à un ressortissant d'un pays extracommunautaire, il convient de tenir compte de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2006/116, dans le sens déjà interprété.

69. Dans ce contexte, j'ai souligné la nécessaire corrélation entre le droit communautaire et les traités internationaux. L'accord ADPIC ressort particulièrement parmi tous ceux-ci, et notamment son article 14, paragraphe 2, lu en combinaison avec son paragraphe 5, lequel consacre les droits des producteurs de phonogrammes par une protection d'au moins 50 ans. En raison de sa ressemblance avec l'article 10 de la convention de Rome, il convient d'interpréter systématiquement ces deux articles [48].

70. Il convient de même de prévenir le juge national de la relation complexe entre les différents traités internationaux, avec tous les chevauchements que cela implique. Ainsi, à titre d'exemple, l'article 2, paragraphe 2, de l'accord ADPIC énonce qu'«[a]ucune disposition des [p]arties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les [m]embres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu [...] de la [c]onvention de Berne, de la [c]onvention de Rome [...]», ce qui doit être compris comme le maintien en vigueur des obligations internationales que les différents États contractants ont souscrit entre eux ou avec des pays tiers, conformément à d'autres conventions [49].

71. En outre, ainsi que la Commission l'indique à juste titre, aux termes d'une jurisprudence très récente [50] l'applicabilité de l'accord ADPIC en matière de droits voisins ne fait aucun doute, étant donné que la Communauté dispose de compétences qu'elle a déjà exercées, ainsi que le démontrent les directives 2001/29 et 92/100 susmentionnées.

72. En définitive, j'estime que la seconde question préjudicielle sous b), doit être résolue en ce qu'il incombe au juge national de vérifier, conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2006/116 et aux traités internationaux qui s'imposent à son ordre juridique, que le délai de l'article 10, paragraphe 2, de ladite directive concernant les objets qui réunissaient au 1er juillet 1995 les conditions de protection de la directive 92/100 est appliqué aux titulaires de droits n'arborant pas la nationalité de l'un des États membres de la Communauté.

48 — Voir Füller, J. T., «Ausübende Künstler (article 14)», dans J. Busche/J.-T. Stoll (coordinateurs), *TRIPs — Internacionales und euroäisches Rechts des geistigen Eigentums,* Cologne, 2007, p. 271.

49 — Voir Wager, H., «Substantive Copyright Law in TRIPS», dans H. Cohen Jehoram/P. Keuchenius/L. M. Brownlee (coordinateurs), *Trade-related Aspects of Copyright,* Kluwer, Deventer, 1996, p. 36.

50 — Voir arrêt du 11 septembre 2007, Merck Genéricos — Produtos Farmacêuticos (C-431/05, Rec. p. I-7001, points 32 à 39).

VI — Conclusion

73. Eu égard aux considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof en déclarant que:

«1) Eu égard aux conditions posées par l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, le délai de protection prévu par celle-ci s'applique également lorsque l'objet controversé n'a jamais été protégé dans l'État membre dans lequel sa protection est demandée, sans préjudice des dispositions prévues au même article 10, paragraphe 3.

2) Les dispositions nationales, au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/116 ne comprennent pas les règles des États membres traitant de la protection des titulaires de droits qui ne sont pas ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne.

3) Il incombe au juge national de vérifier, conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2006/116 et aux traités internationaux qui s'imposent dans son ordre juridique, que le délai de l'article 10, paragraphe 2, de cette directive concernant les objets qui répondaient au 1er juillet 1996 aux conditions de protection de la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, s'applique aux titulaires de droits qui n'arborent pas la nationalité d'un État membre de la Communauté européenne.»