

OMPI



GCPIC/1

ORIGINAL : français

DATE : le 25 novembre 1998

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

**GROUPE DE CONSULTANTS SUR LES ASPECTS DU DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA PROTECTION DES OEUVRES
ET
DES OBJETS DE DROITS CONNEXES TRANSMIS PAR LES
RÉSEAUX NUMÉRIQUES MONDIAUX**

Genève, 16 - 18 décembre 1998

ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
DE LA PROTECTION D'OEUVRES ET D'OBJETS DE DROITS CONNEXES
TRANSMIS PAR RÉSEAUX NUMÉRIQUES MONDIAUX

*Exposé de
Monsieur le Professeur André Lucas,
Faculté de droit et des sciences politiques,
Université de Nantes (France)*

1. Comme l'indique son titre, qui est celui-là même indiqué dans la lettre de commande de M. le Sous-directeur général de l'OMPI en date du 21 août 1998, l'étude se limite aux aspects de droit international privé concernant le droit d'auteur et les droits voisins (ou connexes) dans l'environnement numérique. Elle n'aborde donc pas l'ensemble des problèmes de droit substantiel que pose l'adaptation du droit de la propriété intellectuelle à cette nouvelle donne. Elle laisse aussi de côté les questions de droit international privé ne touchant pas au droit d'auteur et aux droits voisins, écartant ainsi l'approche transversale qui conduit certains à poser de manière globale le problème de la loi applicable à la diffusion de contenus illicites¹, que cette illicéité tienne à la violation d'un droit de propriété intellectuelle ou à la méconnaissance des règles gouvernant la diffamation, la pornographie, le révisionnisme, etc. Sans doute des rapprochements sont-ils possibles et féconds, mais la spécificité du droit d'auteur et des droits voisins justifie que le champ de l'analyse soit ainsi borné.

Le rapport traitera plus du droit d'auteur que des droits voisins. La raison en est double. D'abord, c'est à partir du droit d'auteur que la réflexion des internationalistes a été menée et continue à l'être. Ensuite, il faut bien constater que la distinction entre droit d'auteur et droits voisins n'est pas reçue de façon universelle. Malgré tout, la démarche adoptée par l'OMPI est cohérente. Ce ne sont pas seulement les oeuvres qui circulent sur les réseaux mais aussi les prestations et enregistrements des titulaires de droits voisins. Et l'extension de la recherche n'est peut-être pas sans conséquence, précisément parce que certaines analyses menées sur le terrain du droit d'auteur, et axées sur le caractère personnel du droit, peuvent se révéler difficiles à transposer pour ceux des droits voisins dont la dimension est essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, économique².

2. Le « cadre de références » joint à la lettre précitée de M. le sous-directeur général suggère de mettre l'accent sur les conflits de lois, mais aussi de tenir compte des questions de compétence juridictionnelle.

3. L'autre pilier du droit international privé qu'est la condition des étrangers n'est pas évoqué. Il appelle cependant quelques remarques préalables à cause des confusions auxquelles il a donné lieu et continue de donner lieu en matière de droit d'auteur et de droits voisins, confusions qui brouillent la frontière entre conflits de lois et condition des étrangers, compliquant ainsi une question déjà redoutable en elle-même³. En simplifiant quelque peu, on peut dire en effet que bien souvent les raisonnements ont été menés sur la base de l'affirmation, au moins implicite (mais parfois explicite), que l'étranger admis à faire valoir son droit d'auteur dans un pays ne peut se voir appliquer que la loi du juge de ce pays. Ce qui a été critiqué comme la « vieille tentation de l'amalgame entre la condition des étrangers et

¹ Approche que l'on retrouve aussi souvent lorsqu'il s'agit de traiter de la responsabilité des fournisseurs d'accès.

² V. par ex., *infra*, n.28.

³ Pour un tel constat, v. par ex. dans la doctrine française H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, tome 2, 7^e éd., 1983, n.530 (« la notion d'une loi applicable à la propriété littéraire ne s'est dégagée qu'avec peine de la question préalable de savoir si les étrangers sont admis en France à la jouissance de ce droit »). - J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1996, n.288 (« s'il est un domaine où les questions relatives à la condition des étrangers et au conflit de lois cohabitent dans la plus grande confusion, c'est bien celui du droit d'auteur »).

les conflits de lois »⁴ a pesé et pèse encore sur le sens à donner à la règle dite du traitement national contenue dans l'article 5.1 de la Convention de Berne et reprise dans bien d'autres instruments internationaux. Alors que cette règle avait pour objet de faire échapper les auteurs aux discriminations que pouvait leur valoir leur statut d'étrangers, beaucoup ont prétendu y découvrir une règle de conflit de lois applicable aux oeuvres⁵, l'assimilation de l'étranger au national ne pouvant selon eux conduire qu'à l'application aux oeuvres étrangères de la *lex fori*. C'est ce qui explique que l'on présente souvent comme une entorse au traitement national, désignée comme une règle de « réciprocité », l'application de la loi du pays d'origine parfois prévue par la convention, par exemple dans le principe de comparaison des délais posé par l'article 7.8.

4. L'ambiguïté se retrouve dans les ADPIC dont l'article 3.1 dispose que le traitement national a pour objet la « protection » de la propriété intellectuelle, en précisant en note que le terme « protection » inclut notamment « les questions concernant l'exercice des droits ». L'assimilation des étrangers aux nationaux relevant en principe de la « jouissance » des droits⁶, la référence à « l'exercice » des droits est de nature à encourager le glissement de la condition des étrangers vers les conflits de lois. Vont dans le même sens le fait que l'article 3.2 tolère des exceptions au traitement national en renvoyant au contenu des règles locales, ainsi que le lien opéré dans l'accord entre le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée (visé dans l'article 4), ce dernier ne pouvant quant à lui être cantonné au seul terrain de la condition des étrangers.

5. Il semble pourtant indispensable pour la clarté des concepts de bien distinguer les deux ordres de préoccupations. Certes, dans les faits, le choix de la loi applicable peut se révéler plus ou moins avantageux pour l'étranger. On conviendra même volontiers que l'application cumulative de la loi du pays de protection et de la loi du pays d'origine, comme dans le mécanisme de comparaison des délais édictée par l'article 7.8 de la Convention de Berne, jouera le plus souvent en pratique contre des auteurs étrangers, ce qui, soit dit en passant, peut justifier qu'elle soit critiquée en tant que discrimination indirecte au sens de l'article 6 nouveau du Traité de Rome créant la Communauté économique européenne, tel qu'interprété par la Cour de justice dans l'affaire *Phil Collins* en 1993⁷.

Mais ce constat ne permet pas de mettre sous le boisseau l'un des principes fondamentaux du droit international privé selon lequel la question de la jouissance des droits par un étranger ne commande pas celle du choix de la loi applicable au fond. Une chose est, pour un étranger,

⁴ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, n.956.

⁵ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, n.135 (évoquant « la solution de conflit de lois qui est conservée et consacrée par l'article 5, al.1 »). - E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, Collections Etudes, Série Secteur culturel n.3, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1980, n.17 (visant lui aussi « la règle de conflits de lois contenue dans le principe de traitement national »).

⁶ D. Holleaux, J. Foyer et G. Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, n.149.

⁷ J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 3, n.519.

d'être admis à faire valoir un droit dans un pays donné, ce qui dans certains pays comme la France va plus ou moins de soi, une autre chose est de savoir quelle loi le juge devra appliquer⁸. Il est en effet parfaitement concevable, comme on le verra, que le juge saisi applique une autre loi que la sienne.

6. Une autre ambiguïté, d'ordre terminologique, doit être au préalable levée, au sujet du concept de « territorialité ». Le cadre établi pour la présente étude par M. le Sous-directeur général précise que l'attention doit être portée sur la « coexistence ou non du principe de territorialité du droit d'auteur avec la nature globale des réseaux numériques ». Le mot revient en effet très souvent dans la bouche et sous la plume dans le domaine du droit international de la propriété littéraire et artistique. Or il est susceptible de bien des acceptions, ce qui invite à la circonspection⁹. La territorialité peut s'entendre tout simplement d'un rattachement territorial d'où découle le choix de la loi applicable (lieu de publication, lieu de l'atteinte au droit). Dans cette acception, il soulève déjà des difficultés, car certains estiment que l'universalité des réseaux numériques rend artificiel ce type de rattachement¹⁰, mais il est tout à fait compatible avec l'idée d'un conflit de lois. Le mot est aussi très souvent employé dans le domaine de la propriété intellectuelle pour rendre compte de la tendance à ériger en principe que le juge saisi ne peut appliquer d'autre loi que la sienne. On voit bien alors que l'approche revient à nier purement et simplement le conflit de lois, ce qui permet de faire l'économie de toute réflexion sur ce terrain, mais procède d'une conception nationaliste érigée qui nous ramène, à l'aube du nouveau millénaire, à l'époque féodale¹¹.

Certes, la territorialité des droits de propriété intellectuelle, qui trouve sa source dans l'histoire (pour le droit d'auteur comme pour le brevet) continue à rendre compte du droit positif. C'est elle qui justifie notamment le refus de l'épuisement international du droit de distribution. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le droit européen communautaire ne rompt pas véritablement avec cette démarche puisque s'il impose cet épuisement, c'est seulement dans la sphère territoriale de la Communauté. Mais ce qu'on a pu appeler le « soi-

⁸ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 4, n.928. V. aussi B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2^e éd., 1997 (« en bonne analyse, les dispositions visant la protection des étrangers laissent ouverte la question de savoir selon quelle loi les droits sont exercés »).

⁹ V. en ce sens G. Koumantos, *Sur le droit international privé du droit d'auteur : Il diritto di autore*, avril-sept. 1979, p.619-620. V. aussi l'intervention du même auteur au Congrès ALAI du Centenaire de la Convention de Berne, *Compte rendu*, p.178 (« je n'ai jamais compris ce qu'on entend par territorialité »). - A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, PUF, Thémis, 1994, p.194, pour qui « c'est l'une de ces fausses notions claires ». - P.E. Geller, *International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet Remedies*, à paraître in J.J.C. Kabel (ed), *Liber Amicorum Herman Cohen Jehoram*, La Haye, Kluwer, 1998 (« The ambiguity of territoriality »).

¹⁰ Pour la réfutation de cette thèse, v. *infra*, n.63 et 102.

¹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 3, tome 1, 1993, n.13 (« L'époque féodale a connu, sur le terrain du conflit des lois, un système tout opposé à celui de la personnalité et généralement dénommé de la territorialité. Sur chaque territoire une loi et une seule est appliquée quels que soient les personnes en cause, les biens en jeu, les actes en litige »). V. aussi J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 3, n.301.

disant principe de territorialité »¹² n'exclut pas le conflit de lois. Ainsi, on peut bien dire, et cela est souvent dit, que l'article 5.2 de la Convention de Berne s'inspire d'une approche territorialiste en disposant que « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée », mais cela ne postule pas l'application exclusive de la *lex fori*. Certains en effet soutiennent que la disposition n'empêche pas d'interroger sur certains points la loi du pays d'origine¹³, et l'expression « législation du pays où la protection est réclamée » est généralement considérée comme désignant la loi du pays pour lequel la protection est réclamée¹⁴, ce qui montre bien que le juge saisi peut parfaitement avoir, nonobstant la souveraineté de l'Etat, à appliquer une autre loi que la sienne, autre loi qui, par hypothèse, sera dotée d'une extra-territorialité. Si par exemple le juge français applique le droit italien à la contrefaçon survenue en Italie, on ne voit pas l'intérêt qu'il peut y avoir à dire que le litige sera régi par le principe de territorialité.

7. Sans doute à cause de cette équivoque fondamentale, la science des conflits de lois a été, force est de le constater, quelque peu délaissée dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. La Convention de Berne et celles qui l'ont suivie sont bien discrètes sur ce point, et les rares dispositions qu'elles consacrent au sujet se prêtent au demeurant à des interprétations divergentes¹⁵.

Une telle lacune ne serait pas trop dommageable si ces instruments nationaux contenaient par ailleurs des règles de droit matériel propres à dissiper les incertitudes nées de la dimension internationale de l'exploitation des oeuvres. Mais tel n'est pas le cas. Quant au droit européen communautaire, il a certes édicté des normes de conflits de lois, notamment dans la directive du 27 septembre 1993 sur le satellite et le câble et dans celle du 29 octobre 1993 sur la durée de protection, mais on peut se demander si ces normes ne s'inscrivent pas plus dans une logique de libre circulation des produits et de libre prestation des services que dans la logique conflictualiste traditionnelle.

8. C'est le grand mérite de l'Internet, après les satellites, d'obliger à redécouvrir les aspects internationaux de la discipline, trop longtemps occultés, en dépassant le territorialisme frileux hérité de la tradition régaliennne des privilèges. Comme l'avait dit Batiffol¹⁶, il est vain de prétendre évacuer les problèmes de conflits de lois sous prétexte qu'ils sont trop complexes, car « la réalité se charge de montrer qu'on ne résout pas les problèmes en les ignorant, du moment qu'ils sont réels ».

9. Mais, en même temps, le fait que les réseaux numériques reposent des questions anciennes pas ou mal résolues montre bien qu'il ne faut pas céder trop vite (et que peut-être même il faut résister) à la tentation de croire qu'ils obligent à repenser totalement le système. Non seulement il y a encore place pour des règles de droit, et notamment des règles de droit

¹² G. Koumantos, Rapport général au Congrès de l'ALAI de 1996, Copyright in Cyberspace, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, p.261.

¹³ V. *infra*, n.45 et s.

¹⁴ V. *infra*, n.34-35.

¹⁵ B. Audit, Droit international privé, préc., note 8, n.1069 (« Il apparaît en fait que les conflits de lois n'ont pas reçu une attention suffisante dans nombre de conventions »).

¹⁶ Rev. crit. DIP 1971, p.273.

international, dans l'environnement numérique, n'en déplaie à quelques pionniers de l'Internet inspirés par la tradition libertaire des premiers temps, qui voudraient faire croire que la dimension planétaire des réseaux implique un vide juridique sidéral, mais il n'y a pas de raison d'ériger en principe, comme un postulat relevant de l'évidence, que la nouvelle donne technique implique une rupture totale avec le passé. C'est dans cet esprit de prudence et de « doute scientifique » que sera menée la présente étude.

10. Si on analyse plus concrètement les défis lancés aux internationalistes par les techniques numériques, on pense bien sûr à la question de la localisation du fait dommageable dans la transmission numérique qui est depuis déjà quelque temps au cœur des controverses. Elle fera l'objet d'un second chapitre. Mais le champ de l'étude délimité par la lettre de mission de M. le Sous-directeur général impose d'abord de dresser un état des lieux en recherchant en quoi la nouvelle donne numérique affecte les principes applicables à la détermination de la loi régissant le droit d'auteur.

Chapitre1. Principes applicables à la détermination de la loi régissant le droit d'auteur et les droits voisins

11. Il est bien difficile de rendre compte de toutes les théories qui ont pu être émises sur le thème de la loi applicable au droit d'auteur (les droits voisins ayant été jusqu'ici quelque peu négligés). Le droit conventionnel manquant, on l'a dit, de netteté, il faut interroger les systèmes nationaux de droit international privé. Or les réponses varient d'un système à l'autre. Elles varient aussi à l'intérieur de chaque système, la discipline étant très « doctrinale » et la jurisprudence souvent incertaine. La présente étude ne peut évidemment prétendre sur ce point à l'exhaustivité. Au demeurant, elle est centrée sur l'incidence des réseaux numériques et n'a donc pas l'ambition de reprendre l'ensemble des controverses. Tout au plus s'attachera-t-elle à rendre compte des principales conceptions qui ont été développées.

12. Si l'on veut passer en revue ces conceptions, il faut, après avoir précisé le rôle de la loi du contrat (Section 1), examiner les différents rattachements qui ont pu être suggérés pour la détermination de la loi applicable au droit : loi personnelle (Section 2), loi réelle (Section 3), loi du for (Section 4), loi du pays de protection (section 5), loi du pays d'origine (Section 6).

Section 1. Loi du contrat

13. Personne ne conteste que la loi du contrat a un rôle important à jouer en matière de droit d'auteur et de droits voisins. On peut même prédire que ce rôle sera capital dans l'environnement numérique. Sans doute est-il excessif d'annoncer que la conjonction du contrat et des protections techniques (des oeuvres et des prestations) rendra le droit exclusif inutile¹⁷. Mais les vertus du contrat, particulièrement célébrées dans la tradition de *common law*, et à travers elle dans la tradition internationale, font naître l'espoir de voir se développer, en même temps que le commerce électronique, des usages conventionnels donnant naissance

¹⁷ V. pour la critique de cette thèse A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, n.593.

à une sorte de « *lex mediatica* » nouvel avatar de la *lex mercatoria* bien connue des internationalistes, et de nature comme elle à contourner la difficulté des conflits de lois¹⁸.

14. En attendant que ce pronostic optimiste se vérifie, il reste à s'interroger sur la détermination (1) et sur le domaine (2) de la loi du contrat.

1. Détermination de la loi du contrat

15. On ne s'attardera pas sur cette question classique qui ne semble pas vraiment renouvelée par l'environnement numérique. Il s'agit surtout de savoir comment déterminer la loi du contrat lorsque les parties n'ont rien dit.

16. L'article 4 §1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée le 19 juin 1980 par les Etats membres de la Communauté européenne, prévoit qu'en pareil cas, « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits », et le paragraphe suivant ajoute la présomption que « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association, personne morale, son administration centrale », présomption qui peut être écartée, selon l'article 4 § 5, « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

17. Le concept de prestation caractéristique, inspiré du droit suisse, a déjà suscité bien des controverses pour les contrats comportant cession ou licence de droits d'auteur ou de droits voisins. Si l'on veut mettre l'accent sur le fait que ces contrats sont normalement destinés à organiser l'exploitation d'oeuvres ou de prestations, on inclinera à retenir, à défaut d'autre indice, la résidence ou le lieu d'établissement de l'exploitant, sauf à revenir à la loi de la résidence ou du lieu d'établissement du cédant ou du concédant si le contrat n'impose pas d'obligation d'exploiter au cessionnaire ou au licencié¹⁹. Si l'on veut focaliser sur l'objet du droit cédé ou concédé, sans lequel aucune exploitation ne serait possible, on dira que c'est le titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin qui fournit la prestation caractéristique²⁰.

¹⁸ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 4, n.995-996.

¹⁹ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Paris, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1990, n.651 et s. V. en ce sens pour la doctrine allemande Th. Dreier, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.301. On peut aussi préférer l'indice du lieu d'exploitation. V. en ce sens l'art. 43 de la loi autrichienne sur le droit international privé du 15 juin 1978. Mais l'inconvénient est alors, en cas d'exploitation dans plusieurs pays, d'aboutir à une « fragmentation » incompatible avec les nécessités de la pratique (E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 5, n.75. Comp. K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, Rapport général au Congrès ALAI du Centenaire de la Convention de Berne, Traduction du texte original allemand, *Compte rendu*, p.111-112, suggérant la loi du pays de l'utilisation « primaire », ou, à défaut, la loi du pays d'établissement du donneur ou, selon les cas, du preneur de licence).

²⁰ V. en ce sens l'art. 122 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, posant le principe que « les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat dans lequel celui qui transfère ou concède le droit de propriété intellectuelle a sa résidence habituelle ». Comp. M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, *Etude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, GLN Joly,

18. Peut-être serait-il opportun, dans le cadre d'une éventuelle convention internationale traitant des aspects de droit international privé relatifs aux droits d'auteur et aux droits voisins, de clarifier la situation pour énoncer quelques lignes directrices. Chaque thèse peut se recommander d'arguments sérieux. Il semble cependant que le lieu d'établissement de l'exploitant corresponde à un centre de gravité plus facile à admettre dans l'ensemble des systèmes juridiques²¹.

2. Domaine de la loi du contrat

19. La question du domaine d'application du contrat d'exploitation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin donne lieu à de nombreuses controverses. Car s'il est vrai que dans la pratique la loi du contrat et la loi applicable au droit (la loi du droit) se recoupent parfois²², cette conjonction ne peut être une règle, et il convient alors de déterminer ce qui relève de chacune d'elles.

20. Personne ne conteste que c'est à la loi du contrat de régir les conditions de formation du contrat et les obligations personnelles des parties. Appliquée au droit d'auteur, l'observation signifie par exemple que seule cette loi devra être interrogée pour savoir comment interpréter le contrat ou déterminer le mode de rémunération (proportionnel ou forfaitaire)²³. Mais il subsiste de nombreuses zones d'ombre. Notamment la question est discutée pour ce qui concerne la cessibilité du droit, et elle ne semble pas pouvoir être tranchée sur la base de la distinction, classique pour les contrats portant sur des biens corporels, entre les effets réels du contrat²⁴, qui obéissent à la loi réelle, et les effets personnels, qui relèvent de la loi du contrat²⁵.

[Suite de la note de la page précédente]

1995, n.327 et s., suggérant d'appliquer la loi de la résidence de l'auteur lorsque le contrat porte sur la commande d'une œuvre non encore créée.

²¹ V. en ce sens, pour les réseaux numériques, en faveur de la loi du lieu d'exploitation du serveur, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, *Droit fondamental*, 2^e éd., 1996, p.227. Comp. du même auteur, à propos du contrat conclu entre la société de gestion collective représentant le titulaire des droits d'auteur ou des droits voisins, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, au titre de l'usage immatériel des oeuvres : D. 1996, *Chron.* p. 131, n.10, qui suggère de retenir le lieu d'établissement de la société lorsqu'il s'agit d'un « guichet unique », proposant d'un coup au serveur toutes les autorisations (par ex. pour une œuvre multimédia), et le lieu d'établissement du serveur lorsque les autorisations sont fractionnées.

²² V. dans le domaine audiovisuel A. Françon, *Les droits sur les films en droit international privé* : RIDA oct. 1972, n.74, p.3.

²³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1978, n.791 bis. - E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 5, n.81-82.

²⁴ Au demeurant, la mise en œuvre du critère supposerait que la frontière entre la cession et la licence soit très nette (V. par ex. J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., note 19, n.673, écartant le jeu de la loi réelle pour la simple « concession du droit d'auteur »), ce qui est loin d'être le cas, les systèmes juridiques ayant des traditions juridiques sur ce point (E. Ulmer, *op. cit.*, n.60 et s.).

²⁵ E. Ulmer, *op. cit.*, n.68, qui ajoute (n.69) que la loi du contrat ne peut régir la question de la cessibilité, qui touche à la nature du droit. V. en ce sens en matière de brevet M. Vivant, *Juge et loi du brevet*, Paris, Litec, 1977, p.297. Comp., renvoyant à la loi applicable au droit la question

[Suite de la note page suivante]

21. Cette équivoque mériterait d'être levée dans le cadre de la convention internationale évoquée ci-dessus. Il est en effet très dommageable pour la sécurité des transactions intéressant la propriété intellectuelle qu'un problème aussi crucial soit abandonné à une jurisprudence fluctuante et une doctrine partagée. Le Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information²⁶ ne contribue pas quant à lui à clarifier la situation dans la mesure où il semble n'assigner comme seules limites à la loi du contrat que « certaines conditions d'application » susceptibles d'être posées par la « loi du pays où l'exploitation de l'œuvre a lieu »²⁷, ce qui va trop loin. En bonne logique, en effet, cette loi ne devrait pas gouverner les conditions d'acquisition propres au droit d'auteur²⁸, ni à plus forte raison son contenu²⁹.

22. En toute hypothèse, il faut tenir compte des correctifs classiques que constituent les lois de police ou d'application immédiate ainsi que la réserve de l'ordre public international. Là encore, les conceptions varient dans des proportions qui suscitent une incertitude regrettable pour l'exploitation internationale des oeuvres et des prestations.

23. Ainsi, en Allemagne, on considère généralement³⁰ que la loi contractuelle ne peut tenir en échec les dispositions de la loi de 1965 sur le droit d'auteur organisant la protection de l'auteur réputé le plus faible, qu'il s'agisse de l'interdiction de concéder un droit d'usage pour des modes d'utilisation inconnus (art.31.4), de la règle selon laquelle la portée d'une concession est limitée aux modes d'utilisation impliqués par la nature et le but de la transaction (théorie de la finalité ou *Zweckübertragungstheorie*, art. 31.5), du droit de l'auteur concédant, au cas où la rémunération convenue est manifestement disproportionnée par rapport aux profits retirés de l'usage de l'œuvre, à obtenir une modification du contrat lui permettant de participer équitablement aux profits compte tenu des circonstances (art.36), du droit de l'auteur de dénoncer les contrats comportant concession de droits sur des oeuvres futures non déterminées ou déterminées seulement dans leur genre (art.40) ou du droit de retrait pour non-exercice par le concessionnaire (art.41) ou pour changement de conviction de l'auteur (art.42).

[Suite de la note de la page précédente]

de la « disponibilité » du droit, J.-S. Bergé, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc., note 3, n.335 et s.

²⁶ COM (95) 382 final, juill. 1995.

²⁷ P.39. La Commission ajoute : « La question se pose donc de savoir jusqu'à quel point la liberté des parties est limitée et si des règles en cette matière peuvent être nécessaires ou utiles ». V. aussi, favorables à une conception extensive, A. Strowel et J.-P. Triaille, Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia, Bruxelles, Story-Scientia et Bruylant, 1997, n.514 (« on peut conclure que toutes les question relèvent en principe de la loi du contrat »).

²⁸ J. Raynard, Droit d'auteur et conflits de lois, préc., note 19, n.672. V. en ce sens A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, préc., note 4, n.957.

²⁹ J. Raynard, *op. cit.*, n.677. V. en ce sens A. et H.-J. Lucas, *eod. loc.* V. aussi P.-Y. Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des oeuvres : D. 1996, chron. p. 131, n.13 (« tout ce qui a trait au contenu et à l'existence même du droit d'auteur (moral et patrimonial), source du contrat, entre dans le domaine de la loi à laquelle ressortit sa protection »).

³⁰ Th. Dreier, in Copyright in Cyberspace, préc., note 12, p.302.

24. Il est probable que dans d'autres pays, on aboutirait à des solutions moins tranchées. En France, par exemple, Desbois, s'il enseignait que l'ordre public international devait commander de revenir à la loi du for pour une cession globale des oeuvres futures « incompatible avec la liberté individuelle »³¹, n'allait pas jusqu'à ériger en principe que la loi du contrat devait être évincée au profit de toutes les dispositions protectrices de la loi française. Un tel postulat serait d'ailleurs difficile à concilier avec l'article 16 de la Convention de Rome précitée qui ne prévoit l'éviction de la loi désignée que si son application « est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

Section 2. Loi personnelle

25. Compte tenu de la dimension personnaliste traditionnellement reconnue au droit d'auteur, la loi personnelle, entendue comme la loi de la nationalité de l'auteur, ou encore la loi de son domicile ou de sa résidence³² aurait pu recueillir les faveurs de la jurisprudence et de la doctrine. Il n'en a rien été³³.

26. C'est seulement pour les oeuvres non publiées que le rattachement à la loi nationale de l'auteur a été proposé, sans enthousiasme le plus souvent, mais plutôt « faute de mieux », comme une conséquence de l'impossibilité de localiser à partir de la publication³⁴.

27. L'argument ne saurait à lui seul convaincre ceux qui entendent soumettre l'ensemble du droit d'auteur à la loi du lieu de protection³⁵. Sans doute la proposition est-elle plutôt fondée sur le postulat implicite que les droits patrimoniaux d'auteur ne naissent qu'à compter de la divulgation³⁶, ce qui interdirait de recourir aux rattachements ordinaires. Mais une telle pétition de principe, qui ne peut prendre appui sur aucun texte, n'emporte guère la conviction.

28. On ajoutera que la solution de la loi personnelle est bien difficile à mettre en pratique pour les oeuvres créées par plusieurs auteurs³⁷, qui tendent à devenir plus nombreuses dans l'environnement numérique, et qu'elle n'aurait aucune raison d'être pour les droits voisins, de nature économique, reconnus aux producteurs et aux organismes de radiodiffusion.

³¹ Le droit d'auteur en France, préc., n.791 bis. V. aussi M. Josselin-Gall, Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, préc., note 20, p.439, qui convient toutefois que la solution serait moins défendable si le contrat portait seulement sur des oeuvres futures déterminées ou au moins déterminables.

³² Les critères sont souvent utilisés indifféremment par les lois nationales, et l'art. 3 de la Convention de Berne définissant les critères de rattachement à l'Union assimile lui-même la résidence habituelle à la nationalité.

³³ V. quand même CA Paris 22 nov. 1888 : S. 1890, 2, p.121, qui s'assure de l'existence du droit privatif de Chopin selon sa loi nationale.

³⁴ H. Desbois, Le droit d'auteur en France, préc., note 23, n.790. Comp., plus prudents, H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, préc., note 3, n.531, note 4.

³⁵ V. sur cette thèse, *infra*, n.44 et s.

³⁶ Ainsi s'expliquerait la précision de Desbois (*eod. loc.*) selon laquelle elle est « la plus respectueuse du droit moral ».

³⁷ V. en ce sens pour les oeuvres audiovisuelles A. Françon, Les droits sur les films en droit international privé, préc., note 22, p.25.

Section 3. Loi réelle

29. La loi réelle mérite de figurer dans le tableau pour que celui-ci soit complet, mais elle ne réunit pas assez de partisans pour qu'il soit justifié de lui consacrer de longs développements.

30. Le principal obstacle qui a été opposé à ce rattachement vient de ce que les oeuvres et les prestations, même si elles sont le siège d'un droit opposable à tous, ne se prêtent pas à la même localisation territoriale que les biens corporels³⁸, réserve faite du cas particulier des oeuvres d'architecture visé par l'article 5.4 de la Convention de Berne.

31. On a, il est vrai, proposé de tourner la difficulté en reconnaissant ouvertement aux oeuvres une ubiquité permettant de les localiser « de façon simultanée sur le territoire de chaque Etat »³⁹. La thèse est séduisante, parce qu'elle rend compte de la force irrésistible de propagation des oeuvres, dès avant les réseaux numériques. C'est ce dont Voltaire voulait déjà rendre compte en écrivant au 18^e siècle : « Il en est du livre comme du feu de nos forges ; on va prendre le feu chez son voisin, on l'allume chez soi, on le communique à d'autres et il appartient à tous ».

32. Mais le rattachement n'est pas opératoire au regard du droit international privé puisqu'il ne permet pas, en tant que tel, de désigner la loi applicable. En effet, il apparaît que ce n'est pas en tant que véritable loi réelle que la loi locale va s'appliquer dans chacun des pays où l'œuvre est ainsi fictivement localisée, mais plutôt en tant que *lex loci delicti* ou en tant que *lex fori*, ce qui montre l'artifice de la présentation⁴⁰.

Section 4. Loi du for

33. La loi du for ou *lex fori* a bien sûr son rôle traditionnel à jouer, que personne ne conteste, pour les questions de procédure et pour les mesures provisoires⁴¹. On rappellera seulement l'importance décisive de ce que les ADPIC appellent les « moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle », auxquels ils consacrent un grand nombre de dispositions détaillées⁴².

34. La question essentielle est de savoir si c'est cette loi que vise l'article 5.2 de la Convention de Berne à travers l'expression « législation du pays où la protection est réclamée ».

35. L'opinion dominante est que l'expression « pays où la protection est réclamée » doit s'entendre au sens de « pays pour lequel la protection est réclamée »⁴³.

³⁸ E. Ulmer, La propriété intellectuelle et le droit international privé, préc., note 5, n.13. - K. Spoendlin, La protection internationale de l'auteur, préc., note 19, p.109.

³⁹ J. Raynard, Droit d'auteur et conflits de lois, préc., note 19, n.455.

⁴⁰ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, préc., note 4, n.975.

⁴¹ F. Dessemontet, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, SJZ 92 (1996) 285-294, à la p.289.

⁴² Art.41 à 61.

⁴³ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, préc., note 5, n.137. - E. Ulmer, La propriété intellectuelle et le droit international

36. Force est cependant d'admettre que bien souvent, l'article 5.2 est présenté, au moins implicitement, comme désignant la *lex fori*. Cette dérive peut s'expliquer de trois façons. D'abord, elle s'inscrit dans la tendance ancienne et récurrente à ériger en principe que le juge n'applique en matière de droit d'auteur que sa propre loi⁴⁴, qui conduit parfois les tribunaux à appliquer la *lex fori* sans aucune explication⁴⁵.

Ensuite, la précision apportée par le texte selon laquelle c'est à la loi du pays où la protection est réclamée de régir « les moyens de recours garantis à l'auteur » peut, si l'on retient une acception étroite de la formule « moyens de recours », incliner à penser que c'est la *lex fori* qui est ainsi désignée.

Enfin, le « raccourci » prend appui sur la conjonction statistiquement très fréquente entre les deux localisations (l'auteur saisissant le juge du pays où son droit a été méconnu), conjonction qui a précisément conduit les rédacteurs de la Convention de Berne, à évoquer dans la même phrase « l'étendue de la protection » et les « moyens de recours »⁴⁶.

37. La confusion n'en doit pas moins être dénoncée. Outre que les moyens de recours visés par l'article 5.2 (comme d'ailleurs ceux énumérés par les ADPIC) ne sont pas exclusivement judiciaires⁴⁷, le texte soumet aussi dans le même souffle à la loi du pays où la protection est réclamée « l'étendue de la protection », ce qui suffit à dissiper l'équivoque.

Quant à la conjonction de fait entre loi du for et loi du pays de protection, elle n'est aucunement inéluctable. L'auteur peut très bien en effet saisir un autre juge que celui du pays de la contrefaçon, par exemple en se prévalant d'un privilège de juridiction⁴⁸, ou en jouant des règles de compétence internationale pour ester dans le pays où le contrefacteur a des biens⁴⁹. L'application du droit du for n'a plus alors aucune justification. Sans doute facilite-t-elle la tâche du juge. Mais elle procède d'une conception étriquée du territorialisme qui n'est pas admissible à l'ère des réseaux numériques⁵⁰.

[Suite de la note de la page précédente]

privé, préc., note 5, n.17. - K. Spöndlin, La protection internationale de l'auteur, *eod. loc.* - P.E. Geller, International copyright : an introduction, in *International Copyright Law and Practice*, P.E. Geller (ed), New York, Matthew Bender, mise à jour 1998, INT-41. V. aussi en droit commun, faisant nettement la distinction entre la loi du for (américaine) et la loi du pays de protection, *London Film Productions v. Intercontinental Communications*, 580 F.Supp. 47 (SDNY 1984).

⁴⁴ V. *supra*, n.6.

⁴⁵ V. pour le droit français J.-S. Bergé, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc., note 3, n.292 et s.

⁴⁶ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 4, n.1072.

⁴⁷ K. Spöndlin, La protection internationale de l'auteur, préc., note 19, p.102.

⁴⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n.1073.

⁴⁹ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, préc., note 5, n.137.

⁵⁰ F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 41, p.289.

Section 5. Loi du pays de protection

38. C'est la loi du pays de protection, au sens de pays pour lequel la protection est réclamée, que désigne, on vient de le voir, l'article 5.2 de la Convention de Berne.

39. Il est courant de fonder la solution sur une approche territorialiste. La remarque est fondée en ce que la détermination de la loi applicable dépend d'une localisation territoriale. Elle ne l'est plus si l'on vise le territorialisme strict qui voudrait que le juge saisi ne puisse jamais appliquer une loi étrangère⁵¹.

40. Personne, en tout cas, ne conteste que cette loi a un rôle à jouer. La controverse porte sur l'étendue de ce rôle, certains soutenant que la titularité, voire l'existence du droit, doivent rester soumis à la loi du pays d'origine, rattachement qu'il faut maintenant étudier.

Section 6. Loi du pays d'origine

41. La Convention de Berne donne elle-même compétence dans certains cas à ce qu'elle appelle « la loi du pays d'origine de l'oeuvre », entendue comme la loi du pays de première publication⁵².

42. La question qui se pose est de savoir s'il faut aller plus loin et remettre par principe à cette loi l'existence ou la titularité du droit. S'agissant de la titularité, l'article 14 bis.2.a de la convention répond nettement par la négative en prévoyant que « la détermination des titulaires du droit d'auteur sur l'oeuvre cinématographique est réservée à la législation du pays où la protection est réclamée ». Mais on peut toujours être tenté de raisonner *a contrario*, pour en déduire que dans les autres hypothèses, il faut laisser la loi du pays d'origine gouverner la question de la titularité du droit.

43. Telle est l'opinion défendue par une certaine doctrine, qui enseigne que l'article 5.2, en soumettant à la loi du pays de protection « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur », n'a pris parti que sur la sanction du droit⁵³.

44. Elle paraît tout de même bien difficile à concilier avec la lettre de l'article 5.2, l'expression « étendue de la protection » ne pouvant sans artifice être lue comme visant uniquement les conséquences de la violation du droit exclusif, et encore plus avec son esprit

⁵¹ V. sur l'ambiguïté du concept de territorialité *supra*, n.6.

⁵² Art.2.7 (oeuvres d'art appliqué), 7.8 (règle de comparaison des délais), 14 bis.2 c (forme de l'engagement souscrit par les auteurs au bénéfice du producteur d'une oeuvre cinématographique), 14 ter.2 (droit de suite).

⁵³ G. Koumantos, *Le droit international privé et la Convention de Berne* : Dr. auteur 1998, p.448. - J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, Hague Academy of International Law, 1998, p.99. - A. Kéréver : RIDA juill. 1998, n.177, p.197. Certaines décisions se sont prononcées en France en ce sens. V. par ex. CA Paris, 4^e ch, 9 fév. 1995 : RIDA oct. 1995, n.166, p.310. - TGI Paris, 3^e ch, 16 mai 1997 : JCP E 1998, p.1251, obs. H.-J. Lucas.

puisque tout donne à penser qu'en dépit de la rédaction maladroite, c'est bien une règle générale de conflit que les rédacteurs ont entendu formuler⁵⁴.

45. La controverse déborde le cadre du droit conventionnel. La thèse selon laquelle la loi du pays de protection a par principe vocation à régir l'ensemble des questions relevant du droit (droit d'auteur ou droit voisin) est consacrée expressément par certaines lois nationales⁵⁵, et elle est bien souvent admise ailleurs, en jurisprudence⁵⁶ aussi bien qu'en doctrine⁵⁷.

46. Elle ne fait pas cependant l'unanimité. L'idée en effet est souvent défendue que si la loi du pays de protection doit régir les conséquences de la violation du droit, c'est à la loi du pays d'origine de dire quel est son titulaire et même, pour certains, s'il y a tout simplement un droit. L'article 67 de la loi hellénique de 1993 sur le droit d'auteur va très loin dans ce sens puisqu'il pose le principe que « le droit d'auteur sur les oeuvres publiées est régi par le droit de l'Etat où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois », en précisant que la loi ainsi applicable régit « la définition du sujet de droit, de son objet, de son contenu, de sa durée et les restrictions qui s'y rapportent ». De nombreux auteurs s'inscrivent dans cette tendance en remettant à la loi du pays d'origine la titularité⁵⁸, solution parfois retenue par la loi⁵⁹ ou par la jurisprudence⁶⁰, voire l'existence même du droit⁶¹.

⁵⁴ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 4, n.1068. V. en ce sens K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 19, p.108. - J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 3, n.416.

⁵⁵ V. l'art. 110.1 de la loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé (« les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée »). V. aussi l'art.34 de la loi autrichienne du 15 juin 1978 (loi de l'Etat dans lequel a eu lieu un acte d'exploitation ou de violation) et l'art.54 de la loi italienne du 31 mai 1995 (loi de l'Etat d'utilisation de l'œuvre). Comp. la présomption en faveur de la loi du pays de protection contenue au Royaume-Uni dans la loi de 1995, ou encore l'article L.311-7 du Code français de la propriété intellectuelle qui, dans sa rédaction résultant de la loi du 3 janvier 1995, prévoit que les auteurs pouvant prétendre au bénéfice de la rémunération pour copie privée sont seulement « les auteurs au sens du présent code », ce qui revient à imposer la conception française de la qualité d'auteur pour une question étrangère au droit moral.

⁵⁶ V. par ex en Allemagne BGH 2 oct. 1997, *Spielbankaffaire* : GRUR Int. 1998, 427 ; pour la France, v. CA Paris, 13 juin 1985 : RDP ind. 1986, n.2, p.116. - TGI Paris, 3^e ch., 23 mai 1990 : RIDA oct. 1990, n.146, p.325. V. aussi, appliquant la loi américaine à la titularité des droits, *Aldon Accessories Ltd v. Spiegel Inc.*, 738 F.2d 548 (2d Cir.), cert. denied, 469 US 982 (1984). - *Syema Photo News Inc. v. Globe Int'l. Inc.*, 616 F.Supp. 1153 (SDNY 1985), cités par J. Ginsburg, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.325. Comp. en France Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *Huston* : JCP 1991, II, 21731, note A. Françon, regardant la législation sur le droit moral comme étant d'application impérative.

⁵⁷ E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 5, n.15 et n.51 et s. - K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 19, p.106 et s. - Th. Dreier, *Rapport national allemand*, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.300. - A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia*, préc., note 27, n.511. - F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 41, p.289-290. - P. Katzenberger, in G. Schricker (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2^e éd., à paraître, 1999, Vor §§ 120 ff., n.129.

⁵⁸ G. Koumantos et J. Ginsburg, *op. cit.*, *supra*, note 53. - H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 3, tome 2, n.531. - M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation*

47. Cette dernière approche paraît plus cohérente. Il est difficile en effet de comprendre pourquoi l'interrogation de la loi du pays d'origine serait limitée à la titularité⁶². La logique du raisonnement devrait en effet conduire à étendre la solution à la détermination de l'existence d'une œuvre et de son caractère original⁶³, et même de la durée des droits⁶⁴.

48. Les arguments en faveur de la loi du pays d'origine sont bien connus. On se bornera à rappeler le principal, qui est qu'elle favorise une dissémination des œuvres en assurant la sécurité des ayants droits, lesquels pourront par exemple identifier plus facilement le titulaire du droit, en sachant que la question est réglée une fois pour toutes, avant que l'œuvre franchisse les frontières⁶⁵.

49. En réalité, outre que l'existence d'une longue chaîne de contrats peut compliquer la situation en créant des incertitudes, la sécurité liée à la stabilité du rattachement ne serait un avantage que si le pays d'origine pouvait être facilement identifié. Tel n'est pas le cas. S'en remettre à la publication au sens de l'article 3.3 de la Convention de Berne (fabrication d'exemplaires en nombre suffisant pour satisfaire les besoins raisonnables du public) n'est guère satisfaisant⁶⁶. Dans le principe déjà, si le rôle capital dévolu à l'acte de publication du point de vue du conflit de lois s'explique par l'idée que « la loi du lieu d'origine du droit d'auteur est identifiée au lieu où l'œuvre a acquis, pour la première fois, une dimension sociale, c'est-à-dire au lieu où elle a rencontré pour la première fois un public »⁶⁷, il est

[Suite de la note de la page précédente]

- du droit de propriété littéraire et artistique, préc., note 20, n.271. - J.-S. Bergé, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc., note 3, n.320 et s. - A. Kéréver, Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées, in Les autoroutes de l'information : enjeux et défis, sous la direction de J. Frémont et J.-P. Ducasse, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 1996, p.253-270, à la p.261. - F. Pollaud-Dulian, J. -Cl. Droit international, Fasc. 563-60, n. 59 et 67. - J. Seignette, Rapport national néerlandais, in Copyright in Cyberspace, préc., note 12, p.310.
- 59 V. en ce sens l'art. 104 A de loi américaine sur le droit d'auteur, dans la rédaction résultant de la loi de transposition des ADPIC. Sur la portée de cette disposition, v. J. Ginsburg, The private international law of copyright in an era of technological change, préc., note 53, p.108.
- 60 C'est ainsi qu'est souvent interprété en France l'arrêt dit du Rideau de fer (Cass. 1^{re} civ., 22 déc. 1959 : D. 1960, p.93, note G. Holleaux) appliquant la loi française aux atteintes portées en France à des œuvres musicales composées par des auteurs russes, dès lors que ceux-ci puisaient dans la loi du pays d'origine un droit privatif sur ces œuvres.
- 61 M. Josselin-Gall, *eod. loc.* - J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.245.
- 62 A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, préc., note 4, n.963.
- 63 A quoi bon interroger la loi étrangère pour savoir si le demandeur est bien titulaire d'un droit sur une œuvre qui, par hypothèse, ne serait même pas protégée dans ce pays ?
- 64 V. en ce sens J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.247.
- 65 V. sur ce point H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, préc., note 3, n.531 (« il est expédient que les particuliers qui désirent s'informer des droits de l'auteur puissent s'adresser à la loi du lieu où l'œuvre est entrée dans l'existence quant à eux »). V. aussi A. Strowel et J.-P. Triaille, Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia, préc., note 27, n.510, pour qui la loi du pays d'origine « a l'avantage de la simplicité et de la constance ».
- 66 V. cependant J.-S. Bergé, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc., note 3, n.279 (« pratiquement, il semble difficile d'échapper à l'application des critères plus restrictifs définis par la Convention de Berne »).
- 67 J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.270.

difficile de comprendre pourquoi la simple communication au public serait dépourvue à cet égard de toute portée.

50. Mais surtout la mise en œuvre de la solution va soulever des difficultés pratiques pour la diffusion sur les réseaux numériques. Si l'on s'en tient à la conception matérialiste de la publication de la Convention de Berne, il semble logique de considérer que cette diffusion ne vaut pas publication, puisque la simple mise à disposition ne peut sans abus de langage constituer une fabrication d'exemplaires⁶⁸. Or cela revient à ériger en postulat qu'une œuvre divulguée pour la première fois sur le réseau n'est pas publiée, alors pourtant qu'elle peut être reçue (et d'ailleurs reproduite) par la planète entière, ce qui, soit dit en passant, est difficile à comprendre pour le commun des mortels⁶⁹, et qui ne permet pas en toute hypothèse de trouver un pays d'origine.

On peut toujours bien sûr imaginer d'élargir la définition pour y englober la divulgation par l'entremise du réseau. Encore faudra-t-il localiser cette divulgation. Le lieu de l'injection, qui se prête à toutes les manipulations, n'offre pas une sécurité suffisante⁷⁰. Il est plus tentant de désigner le lieu d'établissement de l'opérateur responsable du site⁷¹. Mais l'Internet n'est pas un réseau structuré, et il y est plus difficile de localiser des opérateurs, qui peuvent être de très petite taille, que de retrouver le siège social du producteur de l'œuvre cinématographique à partir duquel peut être déterminé, par application de l'article 5.4 de la Convention de Berne, le pays d'origine de l'œuvre. Laisser le juge déterminer le pays d'origine en « prenant en compte les circonstances de l'affaire »⁷² exclut toute prévisibilité. Reste le domicile ou la résidence de l'auteur⁷³, mais la solution n'est pas facile à appliquer au cas, très fréquent, de pluralité d'auteurs⁷⁴.

51. De son côté, la thèse de l'application de la loi du pays de protection à l'ensemble du droit ne crée pas une insécurité aussi grande qu'on l'a dit. La théorie des droits acquis, qui a d'ailleurs dans le passé été expressément invoquée par certains auteurs pour justifier le recours à la loi du pays d'origine⁷⁵, peut, à défaut de commander le choix de la loi applicable, en corriger les effets⁷⁶. On ne peut certes appliquer les solutions retenues en matière de « conflits mobiles », lorsque les meubles corporels franchissent les frontières, car il n'y a pas à proprement parler de déplacement⁷⁷. Mais on peut, semble-t-il, s'inspirer de la même

⁶⁸ V. pour une opinion inverse J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., note 53, p.15.

⁶⁹ D. Nimmer, *Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age*, 10 *Harvard Journal of Law and Technology* 1-46 (1996), à la p.15.

⁷⁰ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, 1998, p.149.

⁷¹ J. Ginsburg, *op. cit.*, p.18.

⁷² *Internet et les réseaux numériques*, Rapport préc., p.149.

⁷³ V. en ce sens, comme critère alternatif, J. Ginsburg, *eod. loc.* V. aussi, à titre d'indice, *Internet et les réseaux numériques*, Rapport préc., *eod. loc.*

⁷⁴ Comp. J. Ginsburg, *eod. loc.*, qui propose en ce cas de retenir le pays dans lequel résident le plus grand nombre d'auteurs.

⁷⁵ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Paris, éd. Pedone et Allier, 1903, n.305, p.549. - J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, tome 4, 1947, n.1313 et s.

⁷⁶ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 4, n.978.

⁷⁷ K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 19, p.109.

logique pour reconnaître dans un pays donné les effets d'une cession intervenue dans un autre, y compris la première cession consentie par l'auteur, et même les effets d'une attribution légale du droit⁷⁸.

52. L'application de la loi du pays d'origine soulève par ailleurs une objection de taille. On a dit que dans la logique qui la fonde, ce n'est pas seulement la titularité qui devrait être remise à cette loi, mais aussi l'existence du droit et sa durée. Seulement, il devient difficile de comprendre alors pourquoi il faudrait s'arrêter en si bon chemin. Pourquoi ne pas appliquer la même loi au contenu même du droit, par exemple aux exceptions ? C'est bien en tout cas la conclusion à laquelle conduit l'affirmation selon laquelle le choix de la loi du pays d'origine est justifiée par l'idée qu'« il est rationnel que l'Etat du lieu de publication règle les droits respectifs de l'auteur et du public »⁷⁹. A ce compte, c'est l'ensemble de la question qui serait régie par cette loi, sous la seule réserve des sanctions. La thèse a été retenue par la loi hellénique de 1993 sur le droit d'auteur⁸⁰. Mais elle n'a pas beaucoup séduit, car les utilisateurs ne sauraient plus à quel saint se vouer si la violation du droit d'auteur ou d'un droit voisin sur un territoire devait être appréciée différemment selon le pays où est né le droit⁸¹, ce qui, en toute hypothèse, ne pourrait s'imposer au juge pénal.

En réalité, le dépeçage du droit d'auteur qui résulte de l'analyse proposée est intenable. La titularité du droit, on l'a dit, est inséparable de son existence⁸², mais elle l'est aussi de son contenu. Quelle serait par exemple la cohérence d'un système dans lequel on appliquerait les règles protectrices de l'auteur, défini comme une personne physique, à une entité légale désignée comme auteur par une loi étrangère ? De même, le droit moral est inséparable des droits patrimoniaux, et l'on imagine mal de les soumettre à des lois différentes.

Certes, il arrive que dans d'autres domaines du droit international privé, l'application de la loi matérielle soit précédée par l'interrogation d'une autre loi. Par exemple, on renverra à la loi nationale pour l'établissement de la filiation avant d'appliquer la loi successorale. Mais c'est parce qu'il y a alors deux catégories distinctes de rattachement. Tel n'est pas le cas avec le droit d'auteur, qui se distingue à cet égard des autres droits subjectifs réels ou personnels, sauf à ériger en principe que la jouissance d'un droit relève d'une catégorie différente de son exercice, ce qui n'a jamais été admis pour les autres droits subjectifs, par exemple pour la propriété mobilière⁸³.

53. Plus concrètement, il faut se poser la question de savoir si cela a encore un sens, dans l'environnement numérique, de faire jouer un rôle à la loi du pays d'origine. La tentation d'y recourir repose sur le postulat que le choix du lieu de publication traduit la volonté de l'auteur de « naturaliser » son œuvre. Mais le raisonnement, qui a d'ailleurs été critiqué en lui-

⁷⁸ E. Ulmer, La propriété intellectuelle et le droit international privé, préc., note 5, n.57-58. - K. Spoendlin, *op. cit.*, p.108-109.

⁷⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, préc., note 3, n.531.

⁸⁰ V. *supra*, n.46.

⁸¹ K. Spoendlin, La protection internationale de l'auteur, préc., note 19, p.107.

⁸² V. *supra*, n.47.

⁸³ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, préc., note 4, n.962.

même⁸⁴, tombe à plat avec les réseaux planétaires. Publier une œuvre pour la première fois dans un pays donné et dans une langue donnée peut être interprété comme la volonté de créer un lien avec ce pays. Aller sur l'Internet à la rencontre d'un public indifférencié ne peut plus avoir cette signification. L'approche matérialiste et « nationaliste » est en réalité complètement dépassée.

54. Quant à la solution de repli qu'offre la résidence ou le lieu d'établissement de l'opérateur ou de l'auteur, elle rompt totalement avec cette logique traditionnelle, mais sans offrir une autre base permettant de justifier le rattachement proposé. S'agissant de l'opérateur, elle contredit d'ailleurs ouvertement la dimension personnaliste du droit d'auteur.

55. La thèse renvoyant à la loi du pays d'origine l'existence et la titularité du droit s'inscrivait au départ dans le droit fil de l'exigence d'une « double protection », qui s'est longtemps maintenue dans la Convention de Berne et a servi dans le passé à faire pression sur les Etats pour les convaincre d'élever le niveau de protection. On peut se demander si cette forme de « réciprocité », qui se nourrit d'un certain protectionnisme et qui prend en quelque sorte les titulaires de droits en « otages », n'est pas dépassée⁸⁵.

56. La loi du pays de protection présente, quant à elle, des avantages évidents. Il est plus logique d'appliquer le même droit à toutes les atteintes subies dans un même pays. Cela est également plus simple en pratique lorsque ce droit est en même temps le droit du for, ce qui, on l'a dit, est fréquent. Au contraire, la loi du pays d'origine est souvent difficile à connaître pour le juge, « ce qui laisse beaucoup de champ libre pour le meilleur plaideur »⁸⁶.

57. L'objection majeure qui lui est opposée est qu'elle se ramène en réalité à la *lex loci delicti*, laquelle ne prendrait en compte que l'atteinte au droit. Or ce droit existe avant toute violation et il est indispensable de savoir dès l'origine quelle loi va le régir, sans avoir à attendre qu'il soit méconnu. On peut répondre que l'expression « loi du pays de protection » permet précisément de dissiper cette équivoque. Il ne s'agit pas seulement de la loi applicable à l'action en responsabilité civile consécutive à la violation, mais bien de la loi applicable à l'exploitation du droit sous toutes ses formes, même si, dans la pratique, c'est le droit d'interdire et non le droit d'autoriser (pour reprendre une formulation classique, et d'ailleurs critiquable) qui va susciter des difficultés.

58. La discussion peut sembler théorique. Elle l'était jusqu'à une époque récente. L'avènement des réseaux numériques lui donne une dimension pratique incontestable. C'est tout de même un enjeu capital que de savoir quelle loi doit déterminer la titularité des droits portant sur les oeuvres et les prestations diffusées sur l'Internet. Il faut donc clarifier, là encore, pour ne pas laisser les opérateurs dans l'incertitude. La thèse remettant à la loi du pays de protection l'ensemble du droit semble être plus facile à généraliser. L'essentiel, en tout cas, est de trancher.

⁸⁴ J. Raynard, Droit d'auteur et conflits de lois, préc., note 19, n.419, qui doute que cette volonté localisatrice soit toujours présente.

⁸⁵ V. en ce sens E. Ulmer, La propriété intellectuelle et le droit international privé, préc., note 5, n.14.

⁸⁶ A. Strowel et J.-P. Triaille, Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia, préc., note 27, n.511.

Conclusions

59. La difficulté rencontrée pour adopter le droit international privé à l'environnement numérique dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins vient sans doute moins de la rupture qu'impliquerait cet environnement avec un territorialisme d'ailleurs impossible à définir, que de l'incapacité des juristes à s'accorder sur des bases conceptuelles claires.

60. De ce point de vue, il paraît opportun de prendre parti, le cas échéant dans un instrument international, sur au moins deux séries de questions fondamentales :

- la détermination de la loi du contrat et son rôle par rapport à la loi régissant le droit
- l'opportunité de remettre à la loi du pays d'origine certaines questions telles que l'existence du droit, sa titularité, sa durée

61. Sur le premier point, il pourrait être décidé qu'à défaut de choix par les parties, la loi du contrat soit déterminée par référence au lieu d'établissement de l'exploitant et qu'elle gouverne uniquement les conditions de formation du contrat et les obligations personnelles des parties, à l'exclusion des conditions d'acquisition propres au droit et de son contenu. Peut-être même serait-il possible d'envisager une règle mettant l'accent sur la nécessité de cantonner dans des limites étroites les correctifs que constituent les lois de police ou d'application immédiate ainsi que la réserve de l'ordre public international. Sur le second point, il paraîtrait plus conforme à l'évolution du droit international, et notamment de la Convention de Berne, de prendre parti pour l'application de la loi du pays de protection à l'ensemble des questions soulevées par le droit d'auteur ou par les droits voisins, en écartant le recours à la loi du pays d'origine (en dehors des hypothèses expressément prévues par les conventions internationales). Il serait opportun de préciser que devraient être pris en compte les droits régulièrement acquis dans un autre pays que celui du pays de protection, notamment en s'inspirant des suggestions formulées par Ulmer pour les oeuvres créées dans le cadre d'un contrat de travail ou de commande⁸⁷.

Chapitre 2. Localisation du fait dommageable dans la transmission numérique

62. Quel que soit le domaine respectif de la loi du pays de protection et de la loi du pays d'origine, il reste à s'interroger sur la localisation du fait dommageable en cas de diffusion planétaire sur les réseaux numériques. C'est actuellement la question la plus « chaude » du droit international de la propriété littéraire et artistique, qui a d'ailleurs quelque peu occulté les autres.

63. C'est un très vieux débat pour les internationalistes. Il n'est pas non plus complètement neuf pour les spécialistes de propriété intellectuelle, qui ont déjà eu à exercer leur sagacité avec le satellite. Tout de même, il y a une différence de degré, peut-être de nature. Ce qui est

⁸⁷ *Op. cit.*, Annexe, Proposition de règles concernant les biens immatériels dans le cadre d'une convention relative au droit international privé dans les Etats membres de la Communauté économique européenne, p.121, article E.

en jeu n'est plus la flèche de l'archer traversant une frontière, ni le satellite arrosant d'un coup plusieurs pays, c'est une diffusion susceptible de causer un dommage dans chacun des pays du monde et tombant sous le coup de législations très diverses⁸⁸. Il faut donc se garder de sous-estimer le changement. Il est vrai qu'il faut aussi se garder de l'excès inverse. Non seulement on doit récuser la pétition de principe selon laquelle l'espace cybernétique est un espace sans droit, et notamment sans droit international privé, mais le postulat qui veut que la dématérialisation qu'impliquent les techniques numériques rendent obsolète tout rattachement territorial ne résiste pas, on le verra, à l'examen. Pour se limiter à un seul exemple, la mise à disposition des oeuvres et des prestations sur le réseau numérique suppose, en l'état de la technique, une fixation préalable qui constitue indiscutablement une reproduction⁸⁹, susceptible d'être localisée au même titre que n'importe quelle fabrication d'exemplaires⁹⁰.

64. Comme le suggère la lettre de commande de M. le Sous-directeur général, il est nécessaire d'analyser la question du point de vue de la compétence internationale⁹¹ (Section 1) et du point de vue des conflits de lois (Section 2), les deux aspects devant être distingués en dépit des liens qu'ils entretiennent.

Section 1. Compétence juridictionnelle

65. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue entre les Etats de la Communauté européenne, dont le champ d'application a été étendu par la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 aux Etats membres de l'Association européenne de libre échange, et qui est applicable en matière de propriété intellectuelle⁹², laisse à la victime la possibilité de saisir à son choix une juridiction de l'Etat du domicile ou du siège du défendeur (compétence générale résultant de l'article 2) ou le tribunal du lieu « où le fait dommageable s'est produit » (compétence en matière délictuelle ou quasi-délictuelle résultant de l'article 5-3°).

⁸⁸ V. l'exemple donné par P. E. Geller (Conflicts of Law in Cyberspace : International Copyright in a Digitally Networked World, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, P.B. Hugenholtz (ed), Kluwer, 1996, p.27-48, à la p.27) de la diffusion sur le réseau aux Etats-Unis, en Allemagne et en France de films de Buster Keaton en version colorisée. Les films sont dans le domaine public aux Etats-Unis. Ils sont encore protégés en Allemagne. Ils ne le sont plus en France (l'exemple ne prend pas en compte l'allongement de la durée de protection résultant de la loi du 27 mars 1997), mais la diffusion en version colorisée y est tenue pour une violation du droit moral, lequel est perpétuel.

⁸⁹ La qualification prête en revanche à discussion pour les fixations transitoires qui interviennent au cours du processus de transmission numérique, controverses qui d'ailleurs ne sont pas sans incidence du point de vue du droit international privé.

⁹⁰ P. Schönnig, *Applicable law in transfrontier on-line transmissions* : RIDA oct. 1996, n.170, p.21-53, à la p.29.

⁹¹ On laissera de côté la question de l'arbitrage, même si des expériences intéressantes sont menées dans le cyberspace. Pour une opinion favorable à cette justice contractuelle, v. J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., note 53, p.137-138.

⁹² Sous réserve des règles spéciales de compétence édictées « en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement » (art.16.4).

66. L'article 5.3° ne fournissant pas d'autre précision sur ce qu'il faut entendre par cette dernière expression, la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*⁹³, a offert à la victime le choix entre le lieu de l'événement causal (ou fait générateur), et le lieu où le dommage est survenu. Restait à préciser comment appliquer la règle en cas de pluralité de dommages dans des pays différents. L'incertitude a été levée dans l'affaire *Fiona Shevill*⁹⁴, où la Cour a jugé que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit », doit, en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs Etats contractants, être interprétée en ce sens que « la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'Etat contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'Etat de la juridiction saisie ».

67. La Cour de cassation française s'est prononcée dans le même sens pour une action tendant à l'indemnisation du préjudice né d'une contrefaçon de droit d'auteur. La Cour d'appel de Paris avait décidé que l'action des auteurs contre l'éditeur anglais ne pouvait prospérer qu'en tant qu'elle tendait à la réparation des dommages résultant de la contrefaçon causés en France et elle les avait renvoyés à mieux se pourvoir devant les juridictions anglaises pour obtenir réparation de l'intégralité de ces dommages. Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir ainsi privé la victime du bénéfice de l'option de compétence ouverte par l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles. Pas du tout, répond la Cour de cassation. Cette option doit, en matière de contrefaçon, « s'entendre en ce que la victime peut exercer l'action en indemnisation soit devant la juridiction de l'Etat du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'Etat contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon est diffusé, compétente pour connaître seulement des dommages subis dans cet Etat »⁹⁵.

68. L'idée est d'éviter une compétence universelle de la juridiction saisie lorsque le fait générateur est susceptible de déployer ses effets dans un très grand nombre de pays, sans pour autant sacrifier les droits de la victime, qui peut toujours choisir, si elle entend obtenir d'un coup la réparation de la totalité de son préjudice, d'assigner devant le for du fait générateur⁹⁶, celui-ci étant localisé au lieu d'établissement de l'éditeur responsable de la diffamation ou de la contrefaçon.

69. La solution permet en pratique au demandeur de saisir un tribunal dans n'importe quel pays puisque le réseau tisse sa toile sur la planète entière⁹⁷, étant entendu que s'il veut obtenir d'un coup la réparation de la totalité de son préjudice⁹⁸, il devra saisir le for du fait générateur.

⁹³ CJCE, 30 nov. 1976 : Rec. CJCE, p. 1735.

⁹⁴ CJCE, 7 mars 1995 : D. 1996, p.61, note G. Parléani.

⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, *Wegmann* : JDI 1998, p.136, obs. A. Huet.

⁹⁶ Sans parler de la compétence du for du défendeur prévue par l'art.2 de la convention.

⁹⁷ M. Vivant, *Cybermonde* : Droit et droits des réseaux : JCP 1996, I, 3969, n.14.

⁹⁸ Tel n'est pas forcément le but recherché, même si cela permet de réduire les frais et d'éviter le problème parfois délicat de l'individualisation du préjudice dans chaque pays (v. sur cette

Si le for n'est pas celui du pays dans lequel est établi « l'auteur de la contrefaçon »⁹⁹, sa compétence sera limitée au dommage souffert sur son territoire, ce qui « suppose que l'on identifie précisément les connexions individuelles auprès du serveur »¹⁰⁰.

70. Encore cette jurisprudence ne règle-t-elle que le problème de l'indemnisation. Or la victime de la contrefaçon voudra aussi obtenir la cessation de l'atteinte. La question se pose donc de savoir quelles mesures pourra prendre à cet égard chacun des fors compétents. On est tenté de suggérer, par symétrie, qu'à la différence du for du lieu d'établissement du serveur, qui peut certainement interdire la mise à disposition du public, les fors des différents pays où la diffusion a lieu ne devraient pouvoir ordonner que des interdictions limitées à leur territoire. Il n'est pas certain toutefois qu'une telle restriction puisse toujours être mise en œuvre sur le plan technique, au moins actuellement¹⁰¹. En tout cas, elle limite pour la victime l'intérêt de l'option qui lui est ouverte.

71. Cet émiettement des procédures n'est pas, il faut le reconnaître, entièrement satisfaisant. Pour améliorer le dispositif, un rapport officiel français a suggéré de corriger ses effets fâcheux pour les victimes de la contrefaçon en permettant à celles-ci de « saisir un tribunal, autre que celui du lieu d'émission, qui serait reconnu compétent pour réparer l'intégralité du préjudice subi au plan mondial ». Ce tribunal serait « celui qui présente le lien le plus étroit avec le préjudice », une présomption étant posée en faveur de celui dans le ressort duquel la victime a sa résidence habituelle (pour une personne physique) ou son principal établissement (pour une personne morale) ; ladite présomption serait simple et pourrait être renversée en

[Suite de la note de la page précédente]

objection K. Kerameus, La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles, Travaux comité fr. DIP, 1994, p.272) . On a en effet remarqué à juste titre (B. Audit, Droit international privé, préc., note 8, n.621) que la concentration des compétences, souhaitable en matière patrimoniale, ne l'est plus autant dans le domaine des atteintes à la personnalité où « le fait pour l'intéressé d'obtenir une décision au fond dans chacun des pays où il estime avoir subi une atteinte constitue une réparation plus adéquate que l'obtention d'une décision unique dans un pays donné », et qu'il faudra bien de toute façon saisir les différents fors si l'on veut obtenir des mesures de contrainte telles que des saisies.

⁹⁹ Prise au pied de la lettre, cette formule de la Cour de cassation française (1^{re} civ., 16 juill. 1997, préc.) ne vise que celui qui a pris l'initiative de la reproduction ou de la communication illicites, mais il n'y a en vérité aucune raison de ne pas étendre la solution à tous ceux dont la responsabilité peut être retenue dans la mise à la disposition du public des oeuvres ou prestations contrefaisantes, y compris, le cas échéant, les fournisseurs d'accès, en tout cas dans les limites du préjudice causé. L'observation est importante en pratique parce que la victime de la contrefaçon, qui n'a pas toujours la possibilité pratique de saisir le tribunal du lieu d'établissement du serveur, parviendra souvent à localiser dans le pays de réception un autre intervenant susceptible de voir sa responsabilité engagée (A. Strowel et J.-P. Triaille, Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia, préc., note 27, n.509, note 123).

¹⁰⁰ P.-Y. Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », préc., note 29, n.6, qui ajoute que les techniques d'identification des oeuvres rendent la chose parfaitement possible.

¹⁰¹ Comp. aux Etats-Unis l'affaire *Playboy v. Chuckleberry*, 939 F.Supp. 1032 (SDNY 1996), dans laquelle le juge ordonne au serveur italien d'interdire l'accès du site à partir des Etats-Unis ou bien alors, à défaut, de « débrancher » complètement le site.

fonction des « circonstances particulières », notamment « si l'essentiel du préjudice était subi dans un seul pays »¹⁰².

72. Cette proposition, qui tempère le refus de principe du *forum actoris* contenu dans l'article 3 de la Convention de Bruxelles, rejoint l'opinion des auteurs qui estiment que pour les atteintes à la vie privée commises par voie de presse, le tribunal du domicile de la victime doit être reconnu compétent « en tant que lieu de réalisation du délit pris dans son ensemble »¹⁰³. Elle a également été défendue en matière de droit d'auteur¹⁰⁴. Elle répond à coup sûr au souci de protection de la victime, qui est un élément à prendre en compte pour la compétence juridictionnelle, même si le souci d'une bonne administration de la justice reste le critère principal¹⁰⁵.

73. Le même rapport avance l'idée que, dans le cadre de la directive en cours d'élaboration sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ainsi que dans le cadre de la renégociation de la Convention de Bruxelles, on pourrait présumer, dans l'Union européenne (voire l'Espace économique européen), que le pays ayant le lien le plus étroit avec le préjudice est le pays d'émission, entendu comme le pays où l'éditeur du contenu en cause a sa résidence habituelle », et non le pays où réside la victime¹⁰⁶. Cette règle ne saurait cependant être étendue en dehors du cadre européen, car elle suppose qu'il existe entre les Etats concernés un niveau d'harmonisation permettant de conjurer le risque de délocalisations.

74. On notera par ailleurs qu'aux termes de l'article 24 de la Convention de Bruxelles, les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant peuvent être ordonnées par le for de cet Etat même si c'est le for d'un autre Etat contractant qui est compétent pour connaître du fond du litige. La solution est d'une grande portée pratique, surtout si l'on admet que le juge puisse ordonner à ce titre des mesures ayant effet en dehors du for, ce qui, en vérité, n'est pas certain¹⁰⁷.

75. En toute hypothèse, il ne suffit pas pour la victime de la contrefaçon d'obtenir une décision en sa faveur. Encore faudra-t-il pouvoir faire reconnaître et exécuter cette décision dans un autre pays, par exemple pour obtenir la fermeture du site contrefaisant. La Convention de Bruxelles contient à cet égard des dispositions libérales. L'article 26, alinéa

¹⁰² Internet et les réseaux numériques, Rapport du Conseil d'Etat, préc., note 70, p.151.

¹⁰³ P. Bourel, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, RCADI II/1989, tome 214, p.355 et s. V. aussi pour les réseaux numériques F. Dessemontet, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in Le droit au défi d'Internet, Genève, Librairie Droz, 1997, p.77-101, n.27.

¹⁰⁴ J. Ginsburg et M. Gauthier, The celestial jukebox and earthbound courts : judicial competence in the European Union and the United States over copyright infringements in cyberspace : RIDA juill. 1997, n.173, p.61-135, à la p.85, tirant argument de ce que l'acte de contrefaçon présente un caractère personnel, surtout pour le droit moral.

¹⁰⁵ V., faisant de cet impératif le fondement de la règle de compétence spéciale de l'art. 5, 3°, de la Convention de Bruxelles, CA Paris, 1^{re} ch., 5 nov. 1997 : D.1997, inf. rap. p. 260

¹⁰⁶ Rapport préc., p.152, qui précise qu'il s'agirait, là encore, d'une présomption simple.

¹⁰⁷ V. par ex., sceptique sur l'efficacité au Royaume-Uni de la procédure néerlandaise de « kort gedind », W. Cornish, in Copyright in Cyberspace, préc., note 12, p.339.

1^{er}, pose en effet le principe que « les décisions rendues dans un Etat contractant sont reconnues dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure », et l'article 31, alinéa 1^{er}, prévoit que l'exequatur est obtenu sur simple requête.

76. Les choses sont évidemment moins simples en droit commun, chaque pays posant ses propres conditions¹⁰⁸. D'une manière générale, on peut douter de la possibilité pour la victime de la contrefaçon d'obtenir dans le pays d'émission, où réside généralement le contrefacteur, l'exequatur d'une décision de condamnation obtenue dans un des pays de réception dès lors que l'acte ne serait pas considéré comme une violation du droit d'auteur ou du droit voisin dans ce pays d'émission¹⁰⁹. De même, des difficultés sont à prévoir lorsque le juge ayant rendu la décision s'est reconnu compétent en vertu d'un privilège de juridiction¹¹⁰.

77. Le bilan n'est donc pas très encourageant. Un renforcement de la coopération internationale en matière de contrefaçon, auquel pourrait contribuer l'OMPI, serait le bienvenu, par exemple pour faciliter et accélérer les procédures d'exequatur¹¹¹. On a relevé qu'une convention internationale sur le droit d'auteur ne se prêtait pas à l'examen de ces questions transversales de procédure¹¹². Mais il est possible de faire valoir en sens inverse qu'il est urgent de prendre les mesures propres à assurer l'effectivité du droit exclusif dans l'environnement numérique.

Section 2. Loi applicable

78. Le problème de la loi applicable au droit d'auteur ou aux droits voisins n'est pas sans lien avec celui de la compétence juridictionnelle, mais les deux n'en doivent pas moins être soigneusement distingués. L'attention s'est focalisée sur deux lois qui se font concurrence, et qu'il est d'usage de désigner comme la loi du pays d'émission et loi du pays de réception (1). Mais le regard doit se porter plus loin, car d'autres rattachements ont été proposés (2).

1. Loi du pays d'émission et loi du pays de réception

79. La loi du pays de protection qui devrait, selon une opinion largement répandue à laquelle adhère la présente étude, gouverner l'ensemble du droit d'auteur et des droits voisins, représente en pratique une forme de *lex loci delicti*. Or on connaît la controverse classique qui, pour la détermination de cette dernière loi, oppose ceux qui tiennent pour la loi du fait générateur et ceux qui défendent l'application de celle du lieu de réalisation du dommage. Il n'est pas étonnant de la retrouver pour la question particulière de la localisation du fait dommageable dans la transmission numérique, à ceci près qu'au lieu de parler de fait générateur et de réalisation du dommage, on évoque l'émission et la réception.

¹⁰⁸ Pour un aperçu des difficultés pratiques, v. J. Ginsburg et M. Gauthier, *The celestial jukebox and earthbound courts*, préc., note 104, p.99 et s.

¹⁰⁹ Rapport du Conseil d'Etat, préc., p.150.

¹¹⁰ V. par ex. J. Ginsburg et M. Gauthier, *op. cit.*, p.123, observant que le privilège de juridiction du Français demandeur prévu par l'art.14 du Code civil risque d'être considéré comme incompatible avec les exigences de la loi américaine.

¹¹¹ Rapport du Conseil d'Etat, préc., p.152.

¹¹² K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 19, p.133-134.

80. Encore les données du débat doivent-elles être précisées. L'accord est unanime sur le fait que la loi du pays d'émission a un rôle à jouer. La querelle porte principalement sur le point de savoir si ce rôle doit être exclusif ou s'il convient de faire une place à la loi du pays de réception, étant entendu que, dans l'affirmative, le pluriel (**les** lois **des** pays de réception) s'impose puisque le propre des réseaux numériques est de diffuser dans le monde entier. Les deux thèses seront successivement examinées.

1. Application exclusive de la loi du pays d'émission

81. La loi du pays d'émission a d'abord eu les faveurs de la Commission des Communautés européennes. Transposant le mécanisme retenu pour la radiodiffusion par satellite par la directive du 27 septembre 1993¹¹³, le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information suggérait d'ériger en principe, pour des raisons d'« efficacité économique », l'application de « la loi de l'Etat membre d'origine du service »¹¹⁴. Mais cette suggestion a été critiquée. Et la Commission a fait machine arrière, se bornant à annoncer une communication sur le droit applicable¹¹⁵, qu'on attend toujours.

La solution est parfois défendue aussi en doctrine¹¹⁶.

82. Elle peut s'appuyer sur plusieurs arguments. D'abord, il semble logique que l'acte d'exploitation unique effectué par un diffuseur unique soit régi par une loi unique.

En second lieu, c'est le lieu d'injection qui paraît offrir le point de contact le plus significatif avec le rapport de droit¹¹⁷.

En troisième lieu, si l'on accepte l'idée que la mise à la disposition du public sur le réseau constitue en elle-même l'acte d'exploitation subordonné à l'autorisation du titulaire du droit,

¹¹³ JOCE N° L 248/15, 6 oct. 1993.

¹¹⁴ Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM (95) 382 final, juill. 1995, p.41.

¹¹⁵ Communication de la Commission des Communautés européennes sur le suivi du Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM (96) 508 final, 20 nov. 1996, p.23.

¹¹⁶ V. en ce sens, en faveur de l'application de la loi du « lieu de mise à disposition sur Internet », Th. Piette-Coudol et A. Bertrand, *Internet et la loi*, Dalloz, 1997, p.55 et s. V. aussi J. Dieselhorst, *Anwendbares Recht bei internationalen Online-Diensten* : ZUM 1998, p.293-300. V. aussi, mais limitant la solution à la diffusion effectuée à l'intérieur de l'Union européenne, Internet et les réseaux numériques, Rapport du Conseil d'Etat, préc., note 70, p.152. - Th. Hoeren et D. Thum, *Internet und IPR. Kollisionsrechtliche Anknüpfungen in internationalen Datennetzen*, in R. Dittrich (ed), *Beiträge zum Urheberrecht V*, Vienne, Manz, 1997, p.78-97. Comp. P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, préc., note 29, n.4, écartant certes le rattachement au « lieu où le serveur est établi et injecte les oeuvres sur le réseau », mais convenant qu'il est « solide ».

¹¹⁷ P.-Y. Gautier, *eod. loc.* (« Si l'on se réfère aux tendances actuelles du droit international privé, désignant la loi du pays où se concentre la substance de la situation litigieuse, il est clair que, ici, la "proximité" est celle du point de départ de la transmission en ligne, unique, avant l'éclatement en millions de points »).

on sera également porté à trouver naturel que seul cet acte soit pris en compte pour la détermination de la loi applicable.

Enfin, le choix de la loi du pays d'émission permet aussi d'offrir aux opérateurs des réseaux numériques une plus grande lisibilité du droit, ce qui est essentiel pour le développement harmonieux de la société de l'information. L'impératif de la prévisibilité du rattachement, qui joue un rôle essentiel en matière de droit d'auteur, plaide de manière générale en faveur de l'application de la loi du lieu du fait générateur, parce que « normalement, c'est en contemplation de celle-ci que le défendeur a dû se demander s'il agissait correctement ou non »¹¹⁸. L'argument a pesé lourd en droit communautaire pour les satellites¹¹⁹. Et il est tentant de l'étendre à l'injection dans le réseau¹²⁰.

83. Aucun de ces arguments n'est décisif. Il n'y a rien d'illogique (même si c'est moins simple) à ce qu'un acte unique d'exploitation qui déploie ses conséquences dans plusieurs pays soit régi de façon distributive par les lois de ces pays.

Affirmer que le lieu de l'injection dans le réseau a la relation la plus significative avec la situation créée par la transmission numérique relève également de la pétition de principe. On pourrait en effet tout aussi bien estimer que ce lieu est indifférent et que la raison d'être de la diffusion est le dialogue avec l'utilisateur en aval du processus.

Quant au constat que la mise sur le réseau est en tant que telle un acte d'exploitation, il ne peut pas davantage suffire à justifier la compétence exclusive de la loi du pays d'émission. Une chose est de qualifier un acte d'un point de vue technique au regard de la définition du droit de représentation (ou de communication au public). Une autre est de localiser l'exploitation d'un point de vue économique, comme cela découle de la raison d'être de la loi du pays de protection, dont a vu qu'elle devait être regardée comme la loi applicable à l'exploitation du droit sous toutes ses formes¹²¹. Or il est difficile de contester que la diffusion sur les réseaux corresponde à une exploitation économique dans les différents pays où se connectent des utilisateurs¹²².

Enfin, l'idée selon laquelle le diffuseur est mieux à même de connaître le contenu de la loi du pays d'émission et d'adapter son comportement en conséquence n'autorise pas à prétendre

¹¹⁸ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, préc., note 5, n.137.

¹¹⁹ Il est vrai que la directive a moins cherché à résoudre un problème de conflit de lois qu'à créer par un minimum d'harmonisation les conditions propres à faciliter la mise en œuvre de la règle de libre prestation des services dans l'optique du marché intérieur. C'est ce qui explique qu'elle s'inspire d'une démarche unilatéraliste en s'attachant à retenir autant que possible la compétence de la loi de l'un des Etats membres.

¹²⁰ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, préc., note 4, n.980. - P. Sirinelli, Internet et droit d'auteur : Droit et Patrimoine, déc. 1997, p.74-81, à la p.79.

¹²¹ V. *supra*, n.57.

¹²² V. en ce sens P. Schønnig, Applicable law in transfrontier on-line transmissions, préc., note 90, p.46, qui relève que la transmission peut fort bien, par ex., remplacer un achat dans le pays de réception.

qu'il peut se désintéresser complètement des lois des pays dans lesquels l'information est susceptible de causer un dommage, celui-ci pouvant (devant) aussi, après tout, être prévu.

84. Le précédent des satellites ne doit pas abuser. La grande différence est que sur les réseaux numériques la diffusion n'est pas un processus unitaire. Dans la radiodiffusion traditionnelle, l'action déterminante est celle d'émettre¹²³. Mais cette présentation n'est plus pertinente sur l'Internet. Alors que les programmes diffusés par satellite suivent le même chemin à la même heure pour parvenir à des clients passifs, les oeuvres et prestations circulent sur les autoroutes de l'information à la demande des consommateurs, en suivant des itinéraires d'ailleurs impossibles à retracer dans le détail (parce que tel est le mode de fonctionnement du réseau que l'itinéraire est indifférent). En outre, chaque utilisateur est lui-même potentiellement un émetteur¹²⁴. Ces particularités rendent « plus difficilement concevable que la réception puisse être déclarée étrangère à l'exploitation »¹²⁵.

85. Sur le plan pratique, l'objection la plus sérieuse à l'application exclusive de la loi du pays d'émission est le risque de délocalisation vers des pays d'émission connaissant un niveau de protection moins élevé¹²⁶. Ce risque est bien réel compte tenu des différences notables qui existent entre les législations nationales, particulièrement pour les exceptions au droit exclusif, et de l'extrême facilité qu'il y a sur les réseaux numériques à manipuler le lieu d'injection. La directive européenne a pu le conjurer en jouant de l'harmonisation (d'ailleurs incomplète) entre les Etats membres, mais ce garde-fou disparaît si l'on raisonne à l'échelle de la planète entière.

86. Pour répondre à cette objection, on peut songer à retenir, non pas le lieu d'injection matérielle, mais le lieu d'établissement du responsable de la diffusion, qui se prête moins à de telles manipulations, et qui offre au surplus l'avantage d'être plus facile à déterminer¹²⁷. La

¹²³ P. Katzenberger, in G. Schricker, préc., note 57, n.141.

¹²⁴ J.-S. Bergé, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc., note 3, n.319 *ter*.

¹²⁵ A. Kéréver, Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées, préc., note 58, p.266. V. en ce sens la réponse du Gouvernement français au Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, janv. 1996, p.5. - P. Schønnig, Applicable law in transfrontier on-line transmissions, préc., note 90, p.37.

¹²⁶ V. en ce sens la réponse préc. du Gouvernement français, p.5. - F. Dessemontet, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, préc., note 41, p.290. - P.-Y. Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », préc., note 29, n.4. - P. Sirinelli, Internet et droit d'auteur, préc., note 120, p.79-80. - M. Vivant, Cybermonde : Droit et droits des réseaux : JCP 1996, I, 3969, n.9.

¹²⁷ J. Ginsburg, The private international law of copyright in an era of technological change, préc., note 53, p.81. V. aussi, proposant de retenir le pays de la résidence habituelle de l'éditeur de contenu, tout en suggérant de limiter en l'état ce rattachement à la sphère européenne, Internet et les réseaux numériques, Rapport du Conseil d'Etat, préc., note 70, p.151. Comp., retenant le lieu d'établissement du serveur, P. Deprez et V. Fauchoux, Lois, contrats et usages du multimédia, Paris, Dixit, 1997, p.198. Sur la difficulté de localiser le « lieu d'origine de la transmission », v. A. Kéréver, Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées, préc., note 58, p.267. - S. Fraser, The Copyright Battle : Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure, 15 The John

directive précitée fait elle-même une place à ce critère pour les diffusions par satellite émises à partir d'un Etat non membre de la Communauté européenne qui n'assure pas un « niveau de protection » suffisant.

La stabilité de ce rattachement le rend assurément séduisant. Mais il faut bien voir qu'il s'inscrit dans une logique un peu différente de celle qui justifie le choix de la loi du pays d'émission dans la problématique traditionnelle de la *lex loci delicti*. C'est en effet en tant que loi du lieu du fait générateur que la loi du pays d'émission a vocation à régir l'action en responsabilité. La localisation à partir de l'établissement du responsable de l'émission s'inscrit dans une autre démarche, certes parfaitement cohérente, mais dont on ne voit pas très bien pourquoi elle devrait exclure tout autre rattachement. On peut admettre que le pays où se trouve établi le décideur soit assimilé au pays d'émission, il est plus difficile de comprendre pourquoi seule la loi de ce pays aurait vocation à régir l'atteinte au droit. L'auteur ou le titulaire du droit voisin peut, à la rigueur, se voir imposer l'application exclusive d'une loi correspondant à une localisation technique de l'exploitation, pas d'une loi qui rattache arbitrairement la situation au centre des intérêts de l'exploitant¹²⁸.

2. Application cumulative de la loi du pays d'émission et des lois des pays de réception

87. L'application des lois des pays de réception pour la réparation du dommage local est approuvée par la doctrine dominante¹²⁹. La solution, qui s'inscrit dans la tendance générale du droit international privé à donner la préférence à la loi du lieu où le dommage est subi¹³⁰, et qui ne peut que susciter la sympathie des Etats prompts à défendre leur souveraineté, rejoint celle adoptée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Fiona Shevill*¹³¹. Certes, cet arrêt résout une simple question de compétence juridictionnelle, et renvoie expressément pour les conditions d'appréciation du caractère dommageable du fait litigieux et les conditions de preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice au droit matériel désigné par les règles de conflit de lois du droit national de la juridiction saisie, mais

[Suite de la note de la page précédente]

Marshall Journal of Computer & Information Law, 759-818 (1997), à la p.785. V. cependant, plus optimistes, G. Koumantos, Rapport général, in *Le droit d'auteur en cyberspace*, préc., note 12, p.264. - A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia*, préc., note 27, n.512.

¹²⁸ Comp. F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 41, p.293, observant que le système centré sur la loi du pays d'émission et la loi du domicile du défendeur « s'organise autour des intérêts du défendeur ».

¹²⁹ B. Audit, *Droit international privé*, préc., note 8, n.777. - A. Bercovitz, *Legislation Applicable to Transnational Relations Between the Operators of Digital Communication Systems*, in *International Unesco Symposium on Copyright and Communication in the Information Society*, Unesco, 1997, p.204-211, à la p.208. - J.-S. Bergé *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 3, n.314. - Th. Dreier, *Rapport national allemand*, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.303. - P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, préc., note 29, n.6. - P. Katzenberger, in G. Schricker, préc., note 57, n.145. - A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n.664 et s. - J. Seignette, *Rapport national néerlandais*, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.316. - M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* : JCP 1996, I, 3969, n.6.

¹³⁰ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 4, n.980.

¹³¹ 7 mars 1995, préc., note 94.

il est facile de prévoir que « ce seront des critères similaires qui seront mis en oeuvre pour déterminer à la fois la compétence et la loi matérielle »¹³², chacun des fors compétents en vertu de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles, appliquant sa propre loi matérielle.

S'agissant des réseaux numériques, un jugement français s'est prononcé nettement en faveur de l'application de la loi française en tant que loi du pays de réception, dans un litige relatif au droit des marques¹³³.

88. L'inconvénient majeur de cette application distributive des lois des différents pays de réception est qu'elle rend possible l'application, non pas seulement de **quelques** lois, comme dans l'environnement analogique, mais potentiellement de **toutes** les lois de la planète. Certes, il ne faut pas noircir le tableau. Dans la pratique, le dommage ne sera subi que dans un certain nombre de pays¹³⁴, dont la législation sera souvent similaire¹³⁵. A quoi on peut ajouter que si l'on admet l'idée, développée ci-dessus¹³⁶, que le for du domicile de la victime soit reconnu compétent pour réparer la totalité du préjudice subi au plan mondial, ce tribunal pourrait être assez facilement renseigné, moyennant une coopération internationale à laquelle l'OMPI pourrait prêter la main, sur la teneur des diverses lois étrangères qu'il aurait à appliquer¹³⁷. Malgré tout, la réparation due à la victime va s'en trouver compliquée et peut-être même compromise par un risque de contradictions et d'inexécution de la décision à l'étranger¹³⁸. Et le responsable lui-même fera valoir qu'il n'est pas raisonnable de l'obliger à adapter son comportement à un aussi grand nombre de lois à la fois. Comme on l'a noté à juste titre, « un système juridique n'est pas bon, qui place le sujet de droit dans une situation telle que, sans y pouvoir mais, il soit fautif, sinon même délinquant »¹³⁹.

C'est ce qui explique que d'autres rattachements aient été proposés.

Section 2. Autres rattachements

89. Comme souvent en droit international privé, la difficulté d'opter par principe pour un rattachement a conduit à suggérer des rattachements multiples, « en cascade » ou alternatifs. Il est impossible d'analyser de façon exhaustive les nombreux « bouquets » de lois applicables ainsi offerts à la cueillette¹⁴⁰.

¹³² G. Parléani, note préc., n.12.

¹³³ TGI Draguignan 21 août 1997 : Cahiers Lamy droit de l'informatique, déc. 1997, p.25, obs. A.-S. Nardon (« les moyens tirés de l'hébergement d'informations et du lieu de leur émission ne peuvent prospérer en ce qu'ils impliquent nécessairement une réception de renseignements offerts au public dans une sphère territoriale soumise à l'application de la loi nationale en vigueur »).

¹³⁴ F. Dessemontet, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, préc., note 41, p.291 (« lorsqu'on examine la portée économique des actes, le résultat paraît être localisé dans un ou plusieurs pays seulement »).

¹³⁵ G. Koumantos, in Copyright in Cyberspace, préc., note 12, p.340.

¹³⁶ V. *supra*, n.71.

¹³⁷ Internet et les réseaux numériques, Rapport du Conseil d'Etat, préc., note 70, p.151.

¹³⁸ Internet et les réseaux numériques, p.173.

¹³⁹ M. Vivant, Cybermonde : Droit et droits des réseaux : JCP 1996, I, 3969, n.29.

¹⁴⁰ V. par ex. la proposition commune de F. Dessemontet et J. Ginsburg, en annexe à l'étude du premier nommé, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, préc., note 41, p.293-

90. La formule, qui s'inspire de la doctrine de la recherche de la « meilleure loi » et qui se traduit par l'édiction d'une règle de conflit partiellement substantielle, a ses mérites, ce qui explique qu'elle ait été retenue dans certaines lois¹⁴¹ et dans certaines conventions internationales¹⁴². On peut toutefois se demander si elle est bien adaptée à la dimension planétaire et à la complexité des problèmes à résoudre. Les rattachements multiples sont en effet difficiles à manier¹⁴³, défaut qui se révèle particulièrement gênant dans l'environnement numérique, où la lisibilité de la règle est un impératif majeur à la fois pour les opérateurs et pour les titulaires de droits, de sorte qu'il est difficile d'en faire des modèles.

91. En toute hypothèse, il ne paraît pas souhaitable de laisser le titulaire du droit choisir lui-même dans le bouquet la loi qui lui est la plus favorable, car cet arbitraire implique pour les opérateurs une trop grande imprévisibilité. Laisser le juge faire ce choix, comme le proposait la « théorie de Bogsch » pour la détermination de la loi applicable en matière de droit d'auteur à la radiodiffusion par satellite¹⁴⁴, n'est guère satisfaisant non plus. La comparaison peut en effet se révéler très difficile, le concept de « niveau de protection » étant bien flou¹⁴⁵.

Pour la même raison, il semble difficile d'entrer dans la logique d'un système qui prétendrait rompre avec tout rattachement territorial et qui laisserait le juge, au terme d'une analyse fonctionnelle, décider quelle est la loi protégeant le plus efficacement l'œuvre en question en tenant compte de certains principes de préférence¹⁴⁶.

92. Du point de vue de la méthode, on retrouve la controverse classique sur les mérites comparés d'une localisation objective fondée sur des critères abstraits et de la recherche d'une « *proper law* » ayant les liens les plus étroits avec la situation d'espèce. La première approche, qui s'inscrit dans la tradition française, prend mieux en compte l'impératif de prévisibilité, là où la seconde, en vogue aux Etats-Unis, a l'avantage de la souplesse. Peut-être une des solutions de compromis consiste-t-elle à désigner une loi présumée être la plus adaptée, en laissant aux parties le soin de la renverser en démontrant l'existence d'autres points de contact¹⁴⁷.

[Suite de la note de la page précédente]

294. - P.-Y. Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », préc., note 29, n.5. - A. Strowel et J.-P. Triaille, Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia, préc., note 27, n.512-512 bis.

¹⁴¹ V. la loi suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, art. 133 (responsabilité pour actes illicites) et 139 (atteintes à la personnalité).

¹⁴² V. par ex. la Convention de la Haye du 2 oct. 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (art.4 à 6). V. aussi le système retenu pour les satellites par la directive européenne précitée de 1993.

¹⁴³ M. Vivant, Cybermonde : Droit et droits des réseaux : JCP 1996, I, 3969, n.10.

¹⁴⁴ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, préc., note 4, n.942.

¹⁴⁵ P. Schönnig, Applicable law in transfrontier on-line transmissions, préc., note 90, p.45.

¹⁴⁶ Sur cette thèse, v. P.E. Geller, Les conflits de lois dans le cyberspace : Bull. dr. auteur, janv.-mars 1997, p.3-15, qui précise qu'il s'agit de faciliter ainsi l'application du traitement national.

¹⁴⁷ Comp. pour la localisation du contrat, H. Batiffol, Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, Mélanges Maury, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome 1, p.42-43.

93. La solution idéale, la plus radicale, consiste bien sûr dans l'adoption d'une réglementation internationale uniforme en matière de droit d'auteur et de droits voisins¹⁴⁸. Les Etats ont su y parvenir dans le passé pour le droit des transports. On peut imaginer qu'ils sauront faire preuve de la même lucidité pour cette nouvelle forme de communication que constituent les réseaux numériques. Le préambule de la Convention de Berne les y invite, qui met l'accent sur le « désir » des signataires de « protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs oeuvres littéraires et artistiques ».

Le développement d'une « *lex mediatica* »¹⁴⁹ pourrait de ce point de vue jouer un rôle utile en faisant prendre conscience de la nécessité d'éliminer les distorsions incompatibles avec la circulation des oeuvres et des prestations sur les réseaux numériques. Mais, outre qu'il faut veiller à ce que les intérêts des utilisateurs ne soient pas trop vite sacrifiés par la généralisation de contrats d'adhésion léonins¹⁵⁰, il n'est pas raisonnable d'espérer que ces normes puissent voir le jour rapidement.

94. A moyen ou à court terme, c'est seulement dans une sphère géographique à l'intérieur de laquelle l'harmonisation des lois nationales est assez poussée qu'il serait réaliste de songer à l'application de la loi du pays d'émission. Telle est la solution que suggère dans le cadre européen le rapport précité du Conseil d'Etat français¹⁵¹, en lançant l'idée, qui pourrait prendre corps lorsque le processus d'harmonisation en cours aurait atteint un « niveau satisfaisant » (ce qui signifie que la condition n'est pas remplie aujourd'hui), d'un « espace européen juridique unique en termes de loi applicable ». Il s'agirait d'appliquer la loi du pays d'émission lorsque le « responsable du contenu » est établi dans un pays de l'Union européenne (voire de l'Espace économique européen). Dans les autres cas, on en resterait à la loi du pays présentant « le lien le plus étroit avec le préjudice », qui serait présumé être celui dans lequel la victime a sa résidence habituelle ou son principal établissement, présomption simple susceptible d'être renversée eu égard aux « circonstances particulières de l'affaire ».

95. On voit bien cependant qu'une solution cantonnée à un espace aussi restreint n'aurait pas un grand intérêt pratique compte tenu de la dimension planétaire des réseaux numériques. Elle a tout de même l'avantage de montrer le chemin, en mettant l'accent sur la condition préalable de progrès substantiels dans le rapprochement des lois nationales. Ce rapprochement devrait aller bien au-delà du minimum résultant des ADPIC et des traités de l'OMPI de 1996, qui placent la barre beaucoup trop bas, notamment en ce qu'ils n'abordent pas au fond le problème capital des exceptions au droit exclusif.

¹⁴⁸ Th. Hoeren et D. Thum, Internet und IPR, préc., note 116, p.96.

¹⁴⁹ V. *supra*, n.13.

¹⁵⁰ V. les directives européennes du 5 avril 1993 sur la protection des consommateurs et du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. La première règle le conflit de lois par une démarche unilatéraliste (art.5.2), dont s'inspire aussi aux Etats-Unis le projet d'art.2B-107(c) de l'Uniform Commercial Code (avril 1998). S'agissant du copyright, ce projet a été critiqué en ce qu'il paraîtrait légitimer les pratiques contractuelles limitant le « reverse engineering » et le « fair use », au risque de bouleverser l'équilibre des droits et intérêts.

¹⁵¹ Internet et les réseaux numériques, préc., note 70, p.151-152.

96. Dans l'immédiat, si l'on veut s'évader du système consistant à appliquer de façon distributive les lois des pays de réception, le meilleur choix semble être celui de la loi du pays dans lequel le titulaire du droit victime de l'atteinte a son domicile, sa résidence ou son établissement. On est tenté d'objecter qu'elle n'a pas en elle-même de lien direct avec la situation. Mais, outre que le rattachement est pratique, compte tenu de la difficulté de localiser l'atteinte au droit, il peut très bien se justifier par l'idée que le dommage se constate là où se trouve le siège des intérêts lésés par le fait dommageable¹⁵². C'est ainsi que raisonne une bonne partie de la doctrine en matière d'atteinte aux droits de la personnalité¹⁵³. Et l'idée fait aussi son chemin pour le droit d'auteur¹⁵⁴.

Elle mérite d'être encouragée. Littéralement, elle n'est pas incompatible avec la lettre de l'article 5.2 de la Convention de Berne visant le « pays où la protection est réclamée » et elle offre l'avantage de situer le centre de gravité dans la personne du titulaire du droit. Au surplus, elle paraît bien correspondre à l'évolution générale en matière de responsabilité civile¹⁵⁵.

97. Pour éviter que l'application de cette loi conduise à des résultats inéquitables pour l'émetteur, on peut songer à en subordonner l'application à la condition que l'émetteur ait pu (ou dû) raisonnablement prévoir la survenance d'un dommage dans le pays de réception. La réserve est classique. On la trouve dans des lois nationales¹⁵⁶ ou des conventions

¹⁵² Rapport préc., p.174 (« *in fine*, c'est bien au domicile de la personne lésée que l'intégralité du dommage est subi »). - F. Dessemontet, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, in F. Boele-Woelki et C. Kessedjan (eds), Internet, Which Court Decides ? Which Law Applies ?, Kluwer, 1998, p.47-64, à la p.60 (« En fin de compte, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle - de l'auteur ou de son ayant droit par exemple - se produit dans un lieu déterminé : celui du dommage patrimonial »).

¹⁵³ F. Dessemontet, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, préc., note 100, n.28. - H. Gaudemet-Tallon : Rev. crit. DIP 1983, p.676. - Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, Paris, Dalloz, 1988, n.274.

¹⁵⁴ V. Internet et les réseaux numériques, Rapport préc. V. aussi F. Dessemontet, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, in F. Boele-Woelki et C. Kessedjan (eds), Internet, Which Court Decides ? Which Law Applies ?, Kluwer, 1998, p.47-64, à la p.60 (« En fin de compte, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle - de l'auteur ou de son ayant droit par exemple - se produit dans un lieu déterminé : celui du dommage patrimonial »). V. aussi l'art.3 de la proposition commune de J. Ginsburg et F. Dessemontet, préc., note 140, qui pose le principe que la loi applicable est la loi de l'Etat « sur le territoire duquel le dommage consécutif à la violation des droits d'auteur est survenu », avant de préciser : « En règle générale, aux fins de l'application du présent article, le dommage est réputé survenu dans l'Etat dans lequel le lésé possède sa résidence habituelle ou son principal établissement d'affaires ».

¹⁵⁵ Internet et les réseaux numériques, Rapport préc., p.173, qui relève que les travaux internationaux actuels sur les règles de droit international privé en la matière, qui doivent conduire à l'élaboration d'une nouvelle Convention de Rome (appelée Rome 2), retiennent le principe de l'application de « la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec le dommage, une présomption désignant celui de la résidence habituelle de la victime », et précise que les mêmes règles s'appliqueraient pour le choix du tribunal compétent, le tribunal du lieu du domicile étant en outre compétent pour réparer l'intégralité du préjudice subi.

¹⁵⁶ V. l'art. 139 de la loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé (« ...pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat »).

internationales¹⁵⁷, et la doctrine lui fait bon accueil dans le domaine général de la responsabilité civile¹⁵⁸. Il n'est donc pas étonnant qu'elle soit ici mise sur le tapis.

98. On peut se demander toutefois quelle serait sa portée dans l'environnement numérique. S'il s'agit seulement de s'assurer que celui qui a pris l'initiative de la diffusion pouvait (devait) savoir que cette diffusion atteindrait un pays donné, il est facile de répondre que l'intéressé sait très bien (en tout cas doit savoir) à l'avance que les réseaux numériques tissent leur toile partout dans le monde. S'il s'agit de subordonner sa responsabilité à la démonstration qu'il ait pu (dû) prévoir qu'un droit d'auteur ou un droit voisin serait lésé dans un pays donné, le critère supplémentaire retrouve de l'intérêt. Par exemple, il permettra d'écarter une loi qui récuserait le principe de toute exception au droit exclusif ou qui allongerait la durée de protection au-delà des délais habituellement prévus.

Mais il serait excessif d'aller jusqu'à lier le succès de l'action à la condition que l'acte soit également illicite au regard de la loi du pays d'émission, comme l'admettait autrefois le droit anglais en matière de responsabilité civile avant d'évoluer sur ce point. Tout au plus pourrait-on envisager de demander au juge de tenir compte de ladite loi pour apprécier le « comportement du défendeur »¹⁵⁹, à l'instar de ce que prévoit l'article 7 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière¹⁶⁰.

Conclusions

99. En l'état actuel du droit positif et compte tenu des différences notables qui subsistent entre les lois nationales en matière de droit d'auteur et de droits voisins, le pays d'émission ne constitue pas un rattachement approprié pour localiser le fait dommageable dans la transmission numérique. Le lieu d'établissement du responsable de la diffusion offre un rattachement plus stable, mais la loi correspondante ne peut avoir vocation à régir à elle seule l'atteinte au droit d'auteur ou au droit voisin. La seule solution consiste donc dans l'application cumulative de la loi du pays d'émission et des lois des différents pays de réception.

100. Dans l'avenir, la solution la meilleure pour favoriser la dissémination des oeuvres et des prestations sur les réseaux numériques serait l'adoption d'une réglementation internationale uniforme propre à éliminer les distorsions entre les législations nationales. En attendant, le centre de gravité que constitue le domicile, la résidence ou l'établissement du titulaire du droit

¹⁵⁷ V. l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1973 sur la responsabilité du fait des produits, écartant la loi normalement applicable « si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans l'Etat considéré ».

¹⁵⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 3, n.561 (application de la loi du lieu du dommage sauf « lorsque le défendeur ne pouvait pas prévoir que son acte aurait des effets en ce lieu »).

¹⁵⁹ G. Legier, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 553-1, 1993, n.110.

¹⁶⁰ « Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident ». V. aussi l'art.9 de la convention précitée de 1973 sur la responsabilité du fait des produits.

lésé pourrait offrir un rattachement adapté, sauf à ajouter la condition que le responsable de la diffusion ait pu raisonnablement prévoir que cette lésion se produirait dans le pays considéré.

Conclusions générales

101. Il ne serait pas réaliste de nier que les réseaux numériques renouvellent la réflexion sur la loi applicable au droit d'auteur et aux droits voisins. La conception territorialiste du siècle dernier, qui a été mise au service d'un nationalisme sourcilieux à travers l'incessante confusion entre condition des étrangers et conflit de lois, et qui a conduit à ériger en postulat, au moins implicite, que le juge national ne pouvait appliquer que sa propre loi, est désormais dépassée.

102. Ce serait verser dans l'excès inverse que de croire que l'ubiquité des oeuvres et des prestations dans le nouvel environnement technique interdit tout rattachement territorial. Ce n'est pas d'aujourd'hui que les oeuvres se jouent des frontières. Et même s'il y a une différence de degré, voire, sur certains points, de nature, entre la radiodiffusion classique et la transmission numérique, force est de constater que ce qui intéresse le public n'est pas une réalité virtuelle et impalpable, mais bien des oeuvres et des enregistrements qui, à un moment ou à un autre, s'incarnent dans une réalité sensible et donc matérielle. Il n'est donc pas absurde, quoi qu'on ait pu dire, de songer à des rattachements par rapport au lieu d'émission ou au lieu de réception. A quoi il faut ajouter que l'émission est le fait d'un opérateur et que la réception peut léser le droit exclusif d'un auteur ou d'un titulaire de droit voisin, toutes personnes qui peuvent très bien les unes et les autres être localisées au lieu de leur domicile, de leur résidence ou de leur établissement.

103. L'application de la loi du pays de protection, telle qu'elle est formulée par l'article 5.2 de la Convention de Berne, reste un point de départ approprié. Un instrument international, sous l'égide de l'OMPI, pourrait clarifier le rôle de cette loi, en précisant, d'une part que la loi du contrat régit uniquement les conditions de formation de ce contrat et les obligations personnelles des parties, à l'exclusion des conditions d'acquisition propres au droit et de son contenu, d'autre part que la loi du pays de protection gouverne l'ensemble des questions soulevées par le droit d'auteur ou par les droits voisins, le recours à la loi du pays d'origine n'étant admis que dans les hypothèses expressément prévues par les conventions internationales, sauf à prendre en compte les droits régulièrement acquis dans un autre pays que celui du pays de protection.

104. S'agissant de localiser l'atteinte au droit, ce n'est pas l'impossibilité d'un rattachement territorial qui fait problème, mais plutôt la difficulté d'opérer un choix entre des rattachements dont chacun a sa propre logique, et qui peuvent se combiner sans fin. En dépit de ses avantages, la loi du pays d'émission doit être écartée, que l'émission soit considérée d'un point de vue technique (lieu d'injection matérielle) ou d'un point de vue juridique (lieu d'établissement de l'émetteur). La solution la plus respectueuse des principes, tenant compte de la spécificité du droit d'auteur et des droits voisins, consiste dans l'application de la loi du pays d'émission, pour réparer l'intégralité du dommage, et dans l'application distributive des lois des différents pays de réception, pour réparer le dommage subi dans chacun de ces pays. L'instrument international évoqué plus haut pourrait apporter cette précision.

105. En attendant une hypothétique harmonisation internationale, à laquelle l'OMPI pourrait continuer d'oeuvrer, l'adoption d'une réglementation internationale uniforme, qui pourrait se bâtir sur la « *lex mediatica* », la meilleure solution alternative, pour pallier les inconvénients de ce rattachement, serait d'appliquer le droit du pays où se trouve situé le domicile, la résidence ou l'établissement du titulaire du droit lésé, sous réserve de la prévisibilité pour le diffuseur du dommage dans ce pays.

[Fin du document]