

OMPI



GCPIC/2

ORIGINAL : anglais

DATE : 30 novembre 1998

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

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

par
Jane C. Ginsburg,
Professeur de droit de
la propriété littéraire et artistique
Faculté de droit de l'Université de Columbia
New York

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	4
II.	PAYS D'ORIGINE ET PUBLICATION EN TANT QUE POINT DE RATTACHEMENT DANS UN UNIVERS NUMÉRIQUE.....	4
	A. "Publication" sur un réseau numérique	5
	B. "Pays d'origine" et impact de la "publication" sur l'Internet.....	6
	<i>Recommandation concernant le "pays d'origine"</i>	8
III.	CHOIX DU FOR ET RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS AUX ÉTATS-UNIS ET DANS L'UE	8
	A. Compétence judiciaire aux États-Unis pour des plaintes concernant des sites Web étrangers.....	8
	1. Compétence générale.....	9
	2. Compétence spéciale	9
	a. Mise à disposition d'une œuvre dans le for sur la base du critère des "liens minimums".....	11
	b. Mise à disposition d'une œuvre dans le for en vertu d'un critère plus rigoureux.....	13
	3. Portée territoriale de la poursuite.....	15
	4. <i>Forum non conveniens</i>	16
	B. Compétence judiciaire dans l'UE	17
	1. Compétence à l'égard d'un défendeur résidant dans l'UE	17
	2. Compétence à l'égard de défendeurs non domiciliés dans l'UE	19
	C. Reconnaissance et exécution des jugements.....	20
	1. Par les tribunaux de l'UE dans le cas des jugements prononcés par d'autres tribunaux de l'UE	20
	2. Par des tribunaux de l'UE pour des jugements prononcés par des tribunaux extérieurs à l'UE.....	21
	3. Par les tribunaux américains de jugements rendus par des tribunaux étrangers	21
	<i>Recommandation concernant le choix du for</i>	22
IV.	CHOIX DE LA LOI: TITULAIRE DU DROIT D'AUTEUR.....	23
	A. Paternité et titulaire du droit d'auteur dans la Convention de Berne	23
	B. Règles relatives au choix de la loi en droit international privé.....	26
	1. Titulaire initial du droit d'auteur	27
	2. Cession du droit d'auteur.....	29
	a. Principe fondamental: <i>lex contractus</i>	29

b.	Dérogations à la <i>lex contractus</i>	31
i.	Cession considérée comme relevant de la loi sur le droit d’auteur plutôt que de la loi sur les contrats	32
ii.	Exceptions pour motif d’ordre public	33
	<i>Recommandation concernant le choix de la loi: titulaire du droit d’auteur</i>	34
V.	CHOIX DE LA LOI: VIOLATION DU DROIT D’AUTEUR.....	35
A.	Primauté de la territorialité?	36
B.	Solutions autres que la territorialité	37
1.	L’exemple américain de l’exemplaire initial.....	37
2.	Autres points de rattachement	41
a.	Fait générateur	41
b.	Résidence de l’auteur.....	43
c.	Points de rattachement multiples.....	44
3.	Territorialité <i>bis</i> : présomption d’application de la <i>lex fori</i>	46
	<i>Recommandation concernant le choix de la loi: Violation.....</i>	46
	Remerciements	48

I. INTRODUCTION

La présente étude traite de plusieurs problèmes du droit international privé du droit d'auteur et des droits voisins, ci-après appelés collectivement "droit d'auteur", dont les méthodes de résolution traditionnelles ont été remises en question par l'Internet. Une des principales prémisses du droit d'auteur international, illustrée par l'interprétation traditionnelle de l'article 5.2 de la Convention de Berne, est que la protection du droit d'auteur se fait sur une base territoriale: chaque pays détermine, dans le cadre des règles de fond minimales qu'impose la Convention, quelle est la portée de la protection du droit d'auteur (y compris les exceptions et les limitations visant les droits exclusifs) et quels sont les moyens de recours disponibles en cas de violation. Par conséquent, la Convention de Berne impose un minimum, mais les pays membres peuvent faire varier le maximum. Maintenant que les médias numériques permettent une transmission instantanée dans le monde entier des œuvres protégées par le droit d'auteur, l'approche territoriale du droit d'auteur international est soumise à des tensions considérables.

Un fait divers peut aider à illustrer le problème. L'ancien Président français François Mitterrand est mort en janvier 1996. Dans les jours qui ont suivi sa mort, son ancien médecin personnel a publié un livre de souvenirs, intitulé *Le Grand Secret*, dans lequel il a divulgué des renseignements qui, selon la famille de Mitterrand, violaient le droit à la protection de la vie privée après la mort du Président tel qu'il est prévu par la loi française. La famille a obtenu une décision de justice interdisant la diffusion du livre, qui a été rapidement retiré de la vente. Toutefois, avant que tous les exemplaires aient été retirés des étagères des librairies, le propriétaire d'un cybercafé dans une ville de province française en a acheté un exemplaire, l'a intégralement scanné et a affiché une image numérisée sur un site Internet, mettant ainsi l'œuvre à la disposition de tous ceux qui disposent d'un accès à l'Internet dans le monde entier. Menacé par la famille Mitterrand, il a retiré l'ouvrage du serveur français, mais *Le Grand Secret* a pu rapidement être consulté sur des sites Web aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni¹. Supposons maintenant que l'éditeur du Docteur Gubler cherche à faire respecter le droit d'auteur en ce qui concerne *Le Grand Secret*. Contre qui doit-il ester? Devant quelle juridiction? Quelles seraient les lois relatives au droit d'auteur applicables?

II. PAYS D'ORIGINE ET PUBLICATION EN TANT QUE POINT DE RATTACHEMENT DANS UN UNIVERS NUMÉRIQUE

La Convention de Berne prévoit des critères larges pour déterminer qui a droit à la protection qu'elle institue. Il existe deux points de rattachement principaux: 1) l'auteur est un national ou un résident d'un pays partie à la Convention de Berne ou 2) le pays de première publication ou de publication "simultanée" (dans les 30 jours de la première publication) est partie à la Convention de Berne². La Convention incite donc à manipuler les points de rattachement, de façon à améliorer les possibilités pour les auteurs d'être protégés par elle. En

¹ Voir Michel Alberghanti et Hervé Morin, *Internet contourne la censure du livre du Docteur Gubler*, LE MONDE, 25 janvier 1996; Paul-André Tavoillot, *Le droit de l'Internet existe et personne ne l'a rencontré*, LA TRIBUNE, 25 janvier 1996, page 6, colonne 1; David Dufresne, *Besançon, site sismique*, LE CAHIER MULTIMEDIA DE LIBÉRATION, 26 janvier 1996, pages I-II.

² Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (texte de 1971) 1161 U.N.T.S. 3 article 3 [ci-après Convention de Berne].

conséquence, les auteurs de pays n'ayant pas ratifié la Convention peuvent néanmoins être protégés par celle-ci dans la mesure où ils publient leur œuvre dans un pays partie dans les 30 jours de la première publication effective³. Ainsi, durant la longue période pendant laquelle les États-Unis n'étaient pas membre de l'Union de Berne⁴, il était néanmoins possible de revendiquer la protection prévue par la Convention pour une œuvre des États-Unis au moyen d'une publication "simultanée" au Canada.

La manipulation du point de rattachement n'était toutefois pas un moyen accessible à tous les auteurs de pays non membres de l'Union, du moins pas à ceux qui ne pouvaient pas se permettre de fixer leur résidence dans un de ces pays ou d'y réaliser une publication simultanée. Toutefois, l'Internet pourrait grandement faciliter l'accès à des points de rattachement, puisqu'il apparaît que l'affichage d'une œuvre sur l'Internet pourrait bien être équivalente à une publication simultanée dans tous les pays dans lesquels les utilisateurs ont accès à l'Internet. J'arrive à cette conclusion en me fondant sur la définition de la Convention de Berne d'"œuvres publiées", énoncée à l'article 3.3, selon laquelle une œuvre serait considérée comme "publiée" si des exemplaires sont mis à la disposition du public d'une manière qui réponde à ses besoins raisonnables. Une représentation ou exécution ou un affichage publics ne constituent pas une publication⁵.

A. "Publication" sur un réseau numérique

Si l'on considère que la définition du terme "exemplaire" inclut la reproduction temporaire dans la mémoire vive d'un ordinateur, l'affichage d'une œuvre sur un site Web met des exemplaires à la disposition de tous ceux qui accèdent à ce site⁶. Même si l'on considère que le terme exemplaire au sens de l'article 3.3 désigne des incarnations plus permanentes, le fait de mettre une œuvre à la disposition du public sur un site Web pourrait néanmoins constituer une publication car ceux qui accèdent au site peuvent télécharger l'œuvre et la reproduire sur un support plus permanent, comme un disque dur ou une disquette, ou même l'imprimer. Cela signifierait qu'il y a publication "simultanée" dans tous les pays du monde dans lesquels il existe un accès à l'Internet. Comme plus de 130 de ces pays sont membres de

³ La notion de publication simultanée existait dans le texte de 1886 de la Convention de Berne, mais elle n'a pas été définie avant la Révision de Bruxelles de 1948, lors de laquelle une proposition finlandaise d'une tolérance de 30 jours a été adoptée. Voir SAM RICKETSON, *THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986* 193 (1987) [ci-après RICKETSON].

⁴ Les États-Unis ont envoyé un représentant à la Conférence de 1886, mais n'ont adhéré à l'Union de Berne qu'en 1989. Voir *id.* p. 922-23.

⁵ Historiquement, l'exclusion des modes de communication éphémères de la définition du terme "publication" s'expliquait par la difficulté d'apporter des preuves. On a soutenu qu'il serait difficile de déterminer dans quel pays la première représentation ou exécution publique d'une œuvre avait effectivement eu lieu. On a aussi soutenu que, par principe, si l'accès à la protection donnée par la Convention était rendu trop facile pour les auteurs de pays non membres de l'Union, grâce à une définition large de la "publication", rien n'inciterait les États à adhérer à l'Union. Pour une évaluation de ces différents arguments, voir RICKETSON, *supra* note 3, pages 191-192.

⁶ Voir par exemple 17 U.S.C. § 117 (1994); *MAI v. Peak*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993); Directive du Conseil 91/250 1991 J.O. (L. 122) 42, article 5; Mihály Ficsor, *Copyright for the Digital Era: The WIPO "Internet" Treaties*, 21 COLUM.-VLA J.L. & THE ARTS 197, 203-07 (1997).

l'Union de Berne⁷, Une œuvre divulguée pour la première fois sur l'Internet devrait automatiquement bénéficier de la protection de la Convention de Berne, quelle que soit la nationalité de son auteur.

Le second aspect de la définition de l'acte de "publication", à savoir l'exigence que des exemplaires soient mis à la disposition du public d'une manière qui réponde à ses besoins raisonnables, est aussi de la plus grande importance dans le contexte de la transmission numérique. L'Internet est le point culminant du passage d'un modèle de communication des œuvres à un public recevant passivement une distribution ou une exécution à un modèle dans lequel des réseaux offrent une possibilité de consultation interactive des œuvres à l'initiative de ce même public⁸. Les questions relatives à l'efficacité de l'acte consistant à mettre les œuvres à la disposition du public et de ce qui constitue un seuil raisonnable pour répondre aux besoins du public, précédemment soulevées lors de l'apparition des œuvres cinématographiques⁹, prennent un nouveau sens dans l'univers numérique, dans lequel les intermédiaires sont supprimés et l'accès devient immédiat, individuel et instantané. En fait, l'affichage d'une œuvre sur un site Web peut répondre à l'exigence de satisfaction des besoins raisonnables, critère de la publication, et peut donc permettre à l'œuvre de bénéficier de la protection prévue par la Convention de Berne. Mais si la disponibilité en ligne constitue une "publication", quel est le point de rattachement? Où se fait la publication lorsque l'œuvre est affichée sur un site? Dans le pays à partir duquel l'auteur a affiché l'œuvre? Dans le pays dans lequel le serveur est situé? Dans le pays dans lequel l'utilisateur télécharge l'œuvre? Dans les trois? La détermination du lieu de publication dans un réseau numérique pourrait bien nécessiter un choix clair entre les multiples points de rattachement que crée la diffusion numérique.

La notion de "publication" et la spécification du ou des points de rattachement ne servent pas seulement à déterminer si une œuvre sera protégée en vertu de la Convention de Berne. La "publication" joue aussi un rôle essentiel par rapport à la notion de "pays d'origine", telle qu'elle figure dans le Traité, qui est pertinente pour plusieurs aspects de la protection internationale des œuvres relevant du droit d'auteur.

B. "Pays d'origine" et impact de la "publication" sur l'Internet

L'impact de la publication sur l'Internet sur la large définition du pays d'origine donnée dans la Convention de Berne est particulièrement pertinent pour deux aspects, celui des œuvres nationales et celui de la durée de la protection. Premièrement, on rappellera que la Convention de Berne dispense expressément les membres de l'Union d'accorder la protection qu'elle

⁷ En octobre 1998, 131 États étaient parties à la Convention de Berne. Voir *Parties contractantes des traités administrés par l'OMPI, Convention de Berne* <<http://www.wipo.org/fr/ratific/e-berne.htm>> (site visité le 13 octobre 1998).

⁸ Pour une illustration du nouvel environnement de la communication créé par le développement de l'Internet, voir Pierre Trudel, *Quel droit pour le cyberspace?*, LÉGIPRESSE, mars 1996, n° 129, II, page 10.

⁹ La satisfaction de l'exigence de publication dans le cas des œuvres cinématographiques a suscité un important débat concernant leur mode de distribution et ce qui constituait un seuil raisonnable dans de telles circonstances. La communication d'une copie au distributeur suffisait-elle ou fallait-il aller jusqu'au stade de la projection pour qu'il y ait publication du film? Comme le libellé de la définition semble indiquer que ce qui compte c'est la disponibilité, les commentateurs ont répondu à cette question en se prononçant en faveur du stade de la projection. Voir RICKETSON, *supra* note 3, page 184; S. Durrande, *La notion de publication dans les conventions internationales*, 111 RIDA 73, 106 (1982).

prévoit aux œuvres *nationales* de ses membres¹⁰. Un membre de l'Union respecte ses obligations en vertu de la Convention de Berne s'il accorde une protection compatible avec le minimum prévu par la Convention aux œuvres des autres pays membres de l'Union. On peut soutenir qu'avec une publication universelle et simultanée via l'Internet, toute œuvre protégée par le droit d'auteur pourrait être considérée comme une œuvre nationale dans chaque pays de l'Union de Berne. En pareil cas, paradoxalement, les normes minimales de protection prévues par la Convention de Berne pourraient fort bien ne jamais s'appliquer car il n'y aurait plus d'œuvres étrangères.

Toutefois, on pourrait aussi appliquer l'article 5.4 de la Convention pour conclure que, malgré la multiplicité des pays de première publication, le "pays d'origine" est le pays dans lequel la durée de la protection est la plus courte. Cependant, comme nous le verrons, cela aussi crée des problèmes, qui découlent de la règle limitant la durée de protection qui figure à l'article 7.8. D'après cette règle, si la durée de protection dans le pays d'origine est moins longue que dans le pays de protection, c'est la durée du pays d'origine qui prévaut, et non celle du pays de protection. Toutefois, s'il faut appliquer la règle de l'article 5.4, selon laquelle, lorsqu'il y a plusieurs pays de première publication, le pays d'origine est celui dont la durée de protection est la moins longue, cette durée la moins longue s'appliquera à toutes les œuvres.

Ces anomalies donnent à penser que la notion de "publication" sur l'Internet doit être limitée à un seul pays de l'Union de Berne, mais lequel? On pourrait considérer comme pays de première publication celui à partir duquel l'auteur a communiqué l'œuvre au serveur, mais cette définition présente certains inconvénients. Premièrement, il se peut que ce pays ait peu de relations avec l'œuvre, puisque l'auteur peut injecter l'œuvre à partir d'un ordinateur muni d'un modem situé n'importe où dans le monde (y compris à partir d'un pays dans lequel l'auteur n'est que de passage). Deuxièmement, l'œuvre n'est pas encore à la disposition du public tant qu'elle n'est pas arrivée à son lieu de stockage sur le site Web auquel les membres du public se raccorderont. Cela donne à penser que le pays de première publication serait celui à partir duquel l'œuvre est pour la première fois mise à la disposition du public, en d'autres termes, le pays dans lequel il est possible de localiser le site Web par l'intermédiaire duquel les membres du public (où qu'ils se trouvent) peuvent accéder à l'œuvre.

Toutefois, ce choix n'est pas sans poser de problème. Contrairement aux pays de première publication matérielle traditionnelle, dans lesquels les auteurs ou éditeurs organisent délibérément le centre économique d'exploitation de leur œuvre, le pays dans lequel se trouve le serveur qui abrite le site Web peut être complètement indifférent à l'auteur. De plus, l'utilisateur du Web qui télécharge une œuvre peut ne même pas savoir où se trouve le site ou son serveur. Outre que le critère de l'emplacement physique du serveur est sans importance, l'emplacement de l'établissement commercial de l'exploitant du site peut ne pas être un des critères de sélection appliqués par l'auteur pour choisir ce site afin de diffuser son œuvre. En d'autres termes, si les conditions de publication sont les mêmes quel que soit l'emplacement géographique de l'établissement commercial de l'exploitant du site, la relation entre ce pays et la publication semble purement fortuite. En revanche, lorsqu'il existe un lien entre les conditions de publication sur un site Web donné et le lieu de l'établissement commercial exploitant ce site, le choix de ce site implique le même genre de raisonnement que celui que font les auteurs dans l'édition traditionnelle; le pays de "première publication" devrait dans ce cas être le pays dans lequel l'exploitant du site est effectivement établi.

¹⁰ Convention de Berne, articles 5.1, 5.3.

Recommandation concernant le “pays d’origine”

Lorsqu’un auteur affiche sur la page Web d’un tiers dont l’exploitant joue un rôle analogue à celui d’un éditeur traditionnel, il convient de considérer que le pays dans lequel se trouve l’établissement commercial de l’exploitant du site est le pays d’origine. Lorsque ce genre de relation entre l’auteur et l’exploitant du site n’existe pas, on pourrait néanmoins toujours considérer que le pays de l’établissement commercial de l’exploitant du site est le pays d’origine si l’auteur est aussi résident de ce pays ou a un lien important avec ce pays. De fait, pour déterminer le pays d’origine, nous cherchons à déterminer quel est le pays qui a le lien le plus significatif avec l’acte consistant à mettre l’œuvre à la disposition du public¹¹.

Toutefois, comme il pourrait être difficile de déterminer quel est ce pays, on pourrait s’intéresser au pays de résidence de l’auteur (ou, en cas d’auteurs multiples, le pays dans lequel le plus grand nombre de coauteurs résident). Malheureusement, ce critère n’existe pas actuellement dans la Convention de Berne; le texte de 1971 ne propose comme point de rattachement que la nationalité de l’auteur¹². Néanmoins, cette façon de définir le point de rattachement peut nécessiter un ajout au texte, plutôt qu’une simple interprétation; dans un environnement numérique, la résidence de l’auteur peut souvent offrir un point de rattachement qui a un lien plus significatif avec l’exploitation de l’œuvre que les critères traditionnels.

III. CHOIX DU FOR ET RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS AUX ÉTATS-UNIS ET DANS L’UE

Dans l’exemple de l’affichage du *Grand Secret* à partir de la France sur des sites Web situés aux États-Unis et au Royaume-Uni, l’objectif du titulaire du droit d’auteur lorsqu’il intente une action en violation est d’amener autant de parties et de revendications que possible devant une seule juridiction. Devant quel tribunal les éditeurs français peuvent-ils intenter une action personnelle contre le citoyen français qui est à l’origine de la communication? L’exploitant du site Web aux États-Unis? L’exploitant du site Web au Royaume-Uni? Le service commercial en ligne éventuel qui donne accès au site Web?¹³ Nous examinerons ces questions sous l’angle des principes appliqués aux États-Unis et dans l’UE en matière de compétence judiciaire, afin d’illustrer le problème du choix du for que pose l’utilisation de l’Internet.

A. Compétence judiciaire aux États-Unis pour des plaintes concernant des sites Web étrangers

Les affaires qui ont eu lieu aux États-Unis concernent des litiges entre différents États de l’Union plutôt que des litiges internationaux: la juridiction détermine si elle est compétente dans le cas d’un défendeur résidant dans un autre État des États-Unis. Néanmoins, les principes qu’ont appliqués les tribunaux dans ces affaires régiraient aussi les procès faisant

¹¹ Cf. 17 U.S.C. § 104A h) C) ii) (lorsque l’œuvre a été simultanément publiée dans deux pays ou plus, le “pays source” est celui “qui a les liens les plus importants avec l’œuvre”).

¹² Voir Convention de Berne, article 5.4 (toutefois, la Convention inclut la “résidence habituelle” du producteur d’œuvre cinématographique).

¹³ La question de savoir si, quant au fond, l’exploitant du site Web ou du service en ligne pourrait être poursuivi pour violation directe ou secondaire du droit d’auteur est tout autre.

intervenir des sites Web situés à l'extérieur des États-Unis. Dans l'ensemble, les tribunaux américains ont conclu que les principes existants en matière d'action personnelle sont suffisants pour régler les différends concernant la compétence d'une juridiction s'agissant de convoquer un défendeur d'un autre État lorsque la relation entre ce défendeur et l'État concerné découle de ses activités sur l'Internet.

1. Compétence générale

Quels sont ces principes? La Cour suprême des États-Unis a soutenu que la clause de la Constitution relative au respect de la légalité exige qu'il y ait entre le défendeur et le tribunal un lien suffisant pour justifier l'exercice du pouvoir judiciaire de l'État sur un défendeur d'un autre État¹⁴. Cette exigence se fonde sur des considérations concernant tant l'équité envers les défendeurs que le respect de la souveraineté des autres États. De façon générale, un tribunal aura une compétence générale pour un défendeur qui réside dans le for ou y fait des affaires de façon systématique et continue¹⁵. La compétence générale habilite le tribunal à connaître des plaintes adressées contre le défendeur, sans se demander si la plainte découle d'une activité liée au for¹⁶. Si, dans notre cas hypothétique, les éditeurs français intentaient une action en droit d'auteur contre l'exploitant du site Web aux États-Unis ou contre un service en ligne tel que America Online (AOL) en Virginie, le tribunal fédéral de Virginie aurait une compétence générale à l'égard de cette partie, car la Virginie est l'État dans lequel le défendeur est enregistré ou possède son principal établissement commercial. Par conséquent, ce tribunal serait habilité à connaître non seulement des plaintes découlant de la distribution aux États-Unis de l'œuvre protégée par le droit d'auteur, mais aussi celles découlant de la distribution de l'œuvre dans d'autres pays. Mais qu'en est-il de l'exploitant du site Web au Royaume-Uni et du citoyen français?

2. Compétence spéciale

Lorsque les liens du défendeur avec l'État sont moins forts que ceux d'un défendeur qui "fait des affaires" dans le for, un tribunal disposera d'une compétence spéciale lui permettant de connaître uniquement des plaintes découlant des rapports du défendeur avec des actes liés à l'État du for, du moment que ce défendeur a certains rapports minimums avec le for, de telle façon que la poursuite de la procédure ne soit pas contraire aux notions traditionnelles d'équité et de justice¹⁷. Il y aura des rapports minimums avec l'État du for s'il existe un acte par lequel le défendeur utilise délibérément le privilège de mener des activités dans cet État, invoquant

¹⁴ Voir par exemple *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Au sujet des principes américains en matière d'action personnelle appliqués dans les affaires de propriété intellectuelle, voir par exemple Peter Trooboff, *Intellectual Property*, in CAMPBELL MCLACHLAN & PETER NYGH, *TRANSNATIONAL TORT LITIGATION: JURISDICTIONAL PRINCIPLES* 125, 141-54 (1996).

¹⁵ Voir par exemple *Haelan Prods. Inc. c. Beso Biological Research, Inc.*, 43 U.S.P.Q.2d 1672 (E.D. La. 1997).

¹⁶ Voir CHARLES ALAN WRIGHT & ARTHUR R. MILLER, *FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE* §§ 1065-67 (deuxième édition 1987). Cette base de la compétence judiciaire est généralement reconnue aussi en dehors des États-Unis. Voir aussi *Exécution judiciaire des décisions en matière civile et commerciale*, sec. 2, article 5.2, 1978 O.J. 1978 (L 304) 77; RUDOLF B. SCHLESINGER, *COMPARATIVE LAW: CASES, TEXTS, MATERIALS* 383 (1988); Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 8 I.L.M. 229, articles 2, 5.3 [ci-après Convention de Bruxelles] (compétence judiciaire au sein de l'Union européenne).

¹⁷ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

ainsi la jouissance et la protection de ses lois¹⁸. Pour ce qui est des actions en violation du droit d'auteur, bien que la compétence en matière de droit d'auteur soit exclusivement fédérale¹⁹, les tribunaux fédéraux commencent par examiner le droit de l'État du for afin de déterminer les règles relatives à la compétence à l'égard des parties²⁰.

Appliquant ces principes aux parties britannique et française, le tribunal mettrait l'accent sur le lieu du dol. Le lieu du dol peut être considéré comme étant soit le lieu où l'acte préjudiciable a pris son origine, soit celui où il a eu ses effets. Dans le premier cas, les défendeurs non résidents pourraient être poursuivis au lieu d'origine de la communication²¹. Cela soulève le problème de la localisation de l'origine de la communication. Selon certains observateurs, la communication du *Grand Secret* a eu son origine à Besançon (France), lieu d'où le propriétaire du cybercafé l'a envoyée aux sites Web aux États-Unis et au Royaume-Uni. Toutefois, du point de vue économique, ce point d'origine semble plutôt fortuit; la communication ne devient accessible (et ne constitue une menace économique) que lorsqu'elle a été reçue au site Web. Le préjudice allégué est causé par la possibilité pour le public d'accéder à l'œuvre et de la télécharger depuis le site Web et non à partir de l'ordinateur situé dans le logement ou le café du ressortissant français (qui, de toute façon, l'a effacée de son serveur)²². Du point de vue des membres du public qui cherchent à obtenir *Le Grand Secret*, le site Web situé aux États-Unis est le centre de distribution de l'œuvre²³. Par conséquent, il serait justifié qu'un tribunal américain situé dans la partie des États-Unis où se trouve le serveur soit compétent à l'égard de l'exploitant du site Web américain et de l'étranger qui a délibérément envoyé l'œuvre à ce site. La portée territoriale de la plainte concernerait non seulement la distribution de l'œuvre à des utilisateurs américains, mais aussi la distribution à des utilisateurs étrangers qui se connectent au site américain et téléchargent l'œuvre à partir de ce site.

Cela nous amène au dernier fondement de la compétence judiciaire des États-Unis: le for est le lieu où le préjudice a ses effets. Dans notre hypothèse, la partie à l'égard de laquelle le titulaire du droit d'auteur invoquerait ce fondement pour intenter une action personnelle devant

¹⁸ *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 253 (1958).

¹⁹ 28 U.S.C. § 1338 (1994).

²⁰ *Voir* FED. R. CIV. P. 4. Bien qu'il ne l'ait encore jamais fait, le Congrès pourrait promulguer des règles nationales en matière de compétence judiciaire. Toutefois, lorsque l'action relève du droit fédéral et qu'il n'existe de liens minimums avec aucun État, un tribunal fédéral aura compétence en ce qui concerne un défendeur dont l'ensemble des rapports avec les États-Unis répondent aux critères constitutionnels permettant d'intenter une action personnelle. *Voir id.* 4 k) 2).

²¹ Le point de vue qui prévaut aux États-Unis et à l'étranger est que le plaignant peut intenter des actions en responsabilité soit là où le préjudice a eu son origine, soit là où il a eu son effet. *Voir par exemple* *WRIGHT & MILLER*, *supra* note 16, § 1069; *SCHLESINGER*, *supra* note 16, page 391; *DOMINIQUE HOLLEAUX, JACQUES FOYER, GÉRAUD DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ* §§ 713-26 (1987); *Convention de Bruxelles*, *supra* note 16, article 5.3; *case 68/93, Shevill v. Presse Alliance, S.A.*, 1995 E.C.R. 289 ¶ 20.

²² *Cf. Summers v. The Washington Times*, 21 Med. L. Rep. 2127 (D.D.C. 1993), *cité dans* *Givens v. Quinn*, 877 F Supp. 485, 491 (W.D. Mo. 1994) (dans un procès en diffamation, on considère que la publication intervient non pas lorsque la source du journal lui a envoyé les déclarations prétendument diffamatoires, mais lorsque celles-ci sont devenues accessibles au grand public).

²³ *Cf. CompuServe, Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996) (la compétence en matière d'action personnelle de l'Ohio en ce qui concerne le jugement déclaratoire d'un défendeur non résident est justifiée notamment parce que le défendeur envoyait régulièrement des logiciels à CompuServe pour distribution sur son réseau Shareware).

un tribunal américain serait l'exploitant du site Web au Royaume-Uni. Là, contrairement au cas de l'exploitant du site Web situé aux États-Unis, il n'y a pas de "centre de distribution" aux États-Unis, mais il peut y avoir réception aux États-Unis, à supposer que des utilisateurs américains se connectent au site britannique plutôt qu'au site américain pour obtenir l'œuvre. Quoi qu'il en soit, dès lors qu'une œuvre est disponible sur le Web, elle est disponible dans le monde entier, quel que soit l'endroit où se trouve le serveur.

a. Mise à disposition d'une œuvre dans le for sur la base du critère des "liens minimums"

La disponibilité d'un contenu suffit-elle à justifier une action personnelle à l'égard de l'exploitant d'un site Web situé hors des États-Unis? La jurisprudence américaine, en pleine évolution, concernant la compétence à l'égard des défendeurs étrangers qui se livrent au commerce par le biais de l'Internet (pas seulement dans les cas de violation du droit d'auteur) n'a pas, en général, soutenu que la simple accessibilité de sites Web implantés en dehors de l'État à partir du for suffit pour permettre d'intenter une action personnelle à l'égard de leurs exploitants. Les décisions ont plutôt tendance à analyser la relation entre le site Web et la plainte et le degré d'interactivité avec les résidents du for que permet le site Web. On a soutenu que dans ces affaires, les défendeurs qui emploient des moyens électroniques pour faire des affaires dans le for²⁴, ou qui utilisent le site Web pour solliciter d'éventuels clients résidant dans le for (ou sur un marché national et sans chercher à exclure le for de leurs sollicitations à l'échelle nationale), relèvent d'une juridiction spéciale²⁵. En revanche, les tribunaux ont rejeté des actions personnelles concernant des exploitants de sites Web qui ne sont que des publicités "passives"²⁶.

²⁴ Voir par exemple *Patterson*, 89 F.3d 1257 (le fait que le défendeur du Texas utilise systématiquement et depuis longtemps le serveur du plaignant situé dans l'Ohio pour distribuer des logiciels justifie une décision de l'Ohio selon laquelle les logiciels que le plaignant distribue par l'intermédiaire de son réseau ne portent pas atteinte au droit conféré par la marque ou au droit d'auteur du défendeur); voir aussi *Resuscitation Technologies, Inc. v. Continental Health Care Corp.*, 1997 U.S. D. LEXIS 3523 (S.D. Ind. 24 mars 1997) (la correspondance par courrier électronique en provenance ou à destination du for au sujet de l'investissement dans une société implantée en dehors de l'État suffit à satisfaire le critère d'un lien minimum consistant à effectuer des transactions commerciales).

²⁵ Voir par exemple *Hasbro, Inc. v. Clue Computing, Inc.*, 994 F. Supp. 34 (D. Mass. 1997) (le défendeur cherche à conclure des affaires sur un marché d'échelle nationale, ne fait rien pour décourager les clients résidant dans le for et sollicite un client important qui est une entreprise implantée dans le for); *Humphrey v. Granite Gate*, 568 N.W2d 715 (Minn. Ct. App. 1997) (le Procureur général de l'État a porté plainte contre une entreprise implantée au Belize et au Nevada qui proposait des jeux d'argent sur l'Internet, soutenant que les publicités sur le site Web qui qualifiaient ces opérations de légales étaient trompeuses; le tribunal a constaté l'existence d'une affirmation délibérée dans le fait que le défendeur avait l'intention de solliciter des clients dans une zone géographique très large).

²⁶ Voir par exemple *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997) (plainte concernant une marque: le site Web d'une société de conseil locale implantée en Floride a fait de la publicité pour des services professionnels pour le World Wide Web, invitant les clients à appeler à un numéro de téléphone local en Floride ou à se mettre en rapport avec le défendeur par courrier électronique; le tribunal soutient qu'un site Web passif ne suffit pas à satisfaire le critère des contacts minimums; des décisions antérieures faisaient une distinction dans la mesure où il fallait quelque chose de plus pour montrer que le défendeur orientait délibérément (même si c'est par des moyens électroniques) son activité de façon substantielle vers l'État du for. Le défendeur n'a rien fait pour encourager les habitants de l'Arizona à accéder à son site et n'a eu apparemment aucun client en Arizona ni même aucun message émanant de l'Arizona (si ce n'est ceux du plaignant)); *Transcraft Corp. v. Doonan Trailer Corp.*, 45 U.S.P.Q.2d 1097 (N.D. Ill. 1997) (bien que le site Web invite les

Une affaire jugée dans le district sud de New York donne un exemple de l'utilisation purement passive d'un site Web pour un affichage sur l'Internet. L'affaire concernait un site Web situé dans le Missouri qui faisait de la publicité pour un club de jazz local appelé le Blue Note. Le site Web était accessible à New York, où le plaignant, le club de jazz Blue Note mieux connu, est situé. Le juge a soutenu que la création d'un site, de même que le lancement d'un produit dans les circuits commerciaux, peut avoir des effets à l'échelle nationale, voire mondiale, mais s'il n'y a rien de plus, ce n'est pas un acte visant délibérément l'État du for²⁷. Dans cette affaire, le tribunal a souligné que les utilisateurs Internet ne pouvaient pas acheter sur le site Web de billets pour accéder au spectacle du Blue Note du Missouri. Pour acheter des billets ou voir le spectacle, ils devaient se rendre dans cet État. Par conséquent, le site Web faisait de la publicité à l'intention des habitants de New York (et de toute autre personne ayant un accès Internet), mais n'amorçait pas de transaction avec ces utilisateurs.

Au contraire, dans une des premières décisions relatives à la compétence dans les affaires Internet, un tribunal de district fédéral du Connecticut a soutenu que le critère des contacts minimums était satisfait lorsque le site Web d'un producteur de logiciels situé en dehors de l'État permettait non seulement de se mettre en rapport avec les habitants du Connecticut, mais les invitait en outre à composer un numéro 800 pour passer commande²⁸. Le tribunal du Connecticut n'a pas demandé s'il y avait eu des transactions par l'intermédiaire du numéro 800 ni même si des habitants du Connecticut ayant un accès à l'Internet s'étaient raccordés au site du défendeur. Apparemment, il suffisait qu'il y ait la possibilité d'un accès au for et d'une transaction à partir de celui-ci.

Malgré leur contradiction apparente, les décisions *Blue Note* et *Inset* peuvent être conciliées. Dans le premier cas, les habitants de l'État du for prenaient connaissance de l'existence de l'entreprise du défendeur, mais ne pouvaient pas conclure des transactions avec celui-ci *à partir du for*; pour cela, ils devaient se rendre jusqu'à l'endroit où était implanté l'établissement du défendeur. Dans le deuxième cas, le défendeur invitait apparemment les habitants de l'État du for à conclure des transactions, mais il n'est pas certain qu'une transaction ait effectivement été conclue. Les affaires de violation du droit d'auteur basées sur l'Internet ressemblent davantage au second cas. Lorsque l'exploitant d'un site Web situé en dehors de l'État met une œuvre à la disposition du public pour téléchargement à partir du site Web, il ne se contente pas d'informer les habitants du for de la disponibilité de l'œuvre; il leur permet de recevoir l'œuvre *dans le for*. Comme l'a récemment soutenu un tribunal de

[Suite de la note de la page précédente]

clients à adresser des demandes par courrier électronique, rien ne permettait de prétendre que les résidents du for envoyaient des courriers électroniques au site Web, ni que ce site était expressément conçu pour atteindre les résidents du for, ni encore que le défendeur a encouragé les clients à établir des liens avec le for).

²⁷ *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295, 301 (S.D.N.Y. 1996), *aff'd. on other grounds*, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997).

²⁸ Voir *Inset Sys., Inc. v. Instruction Set, Inc.*, 937 F Supp. 161 (D. Conn. 1996). Mais voir aussi Richard S. Zembek, Commentaire, *Jurisdiction and the Internet: Fundamental Fairness in the Networked World of Cyberspace*, 6 ALB. L.J.SCI. & TECH. 339, 367-75 (1996) (l'établissement d'une analogie avec des affaires dans lesquelles il y avait de la publicité inter-États et l'utilisation de numéros 800 et dans lesquelles on a soutenu que ni la publicité, ni le numéro gratuit à lui seul ne suffisaient à satisfaire le critère des contacts minimums); accord Dan L. Burk, *Federalism in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 1095, 1111 n.70 (1996) (qui critique *Inset* au motif que cette affaire pourrait permettre d'intenter des actions personnelles à l'égard d'utilisateurs éloignés qui se connectent à des sites Web situés dans d'autres États).

district fédéral du Texas dans une affaire concernant un site Web implanté en dehors de l'État qui offrait un service de jeux d'argent, l'exploitant du site se trouvait peut-être bien en Californie, mais le client du Texas jouait à partir de son domicile: "le plaignant résidant au Texas jouait à des jeux d'argent tout en se trouvant au Texas et comme si la table de jeu se trouvait effectivement au Texas..."²⁹ De même, ceux qui consultent ou téléchargent des œuvres protégées par le droit d'auteur à partir de sites Web situés en dehors de l'État reçoivent l'exemplaire ou affichent l'œuvre chez eux comme si l'œuvre se trouvait physiquement dans le for (d'ailleurs, si le résident imprime ou enregistre l'exemplaire sous une autre forme, l'œuvre sera bien physiquement présente dans le for).

b. Mise à disposition d'une œuvre dans le for en vertu d'un critère plus rigoureux

Cette analyse montre que les tribunaux des États dans lesquels s'applique parallèlement aux normes constitutionnelles une loi élargissant les compétences pourront connaître des actions personnelles concernant des défendeurs étrangers qui mettent des œuvres protégées par le droit d'auteur à la disposition des habitants du for au moyen d'un site Web situé à l'étranger. Toutefois, dans certains États, les normes constitutionnelles ne sont peut-être pas les seules dispositions qui limitent la compétence des tribunaux; malgré l'existence d'une loi élargissant la compétence de l'État dans lequel le tribunal fédéral siège, il se peut que l'État refuse d'exercer son pouvoir sur les défendeurs étrangers dans toute la mesure autorisée par la constitution fédérale³⁰. Le fait de mettre une œuvre à la disposition des habitants du for satisfait-il les normes juridictionnelles plus rigoureuses de ces États, parmi lesquels on trouve New York, for important pour les affaires de droit d'auteur?

Les lois d'élargissement de la compétence qui sont plus restrictives exigent généralement que le plaignant démontre que le défendeur a soit commis un délit dans l'État, soit commis un délit en dehors de l'État mais qui a eu un impact à l'intérieur de l'État. Dans ce dernier cas, le plaignant doit aussi démontrer que le préjudice subi dans l'État était prévisible et que le défendeur a réalisé des recettes substantielles grâce au commerce inter-États³¹. Lorsque des utilisateurs résidant dans l'État se connectent à un site Web étranger et téléchargent des copies d'œuvres prétendument en violation du droit d'auteur, un délit a-t-il été commis dans l'État, ce qui satisferait au premier critère régissant les actions personnelles? Ou bien le délit (copie ou distribution non autorisée) a-t-il son origine en dehors de l'État, mais uniquement un effet (les copies) dans l'État, ce qui satisferait au deuxième critère régissant la compétence judiciaire?

La position prédominante aux États-Unis en ce qui concerne la communication d'œuvres par des réseaux numériques est que des copies sont réalisées lorsque l'œuvre est enregistrée, même temporairement, dans la mémoire d'un ordinateur³². En conséquence, lorsque

²⁹ *Thompson v. Handa-Lopez, Inc.*, 998 F Supp. 738 (W.D. Tex. 1998).

³⁰ *Comparer* R.I. GEN. LAWS § 9-5-33 (1956), CAL. CIV. CODE § 410.10 (West 1973), N.J. STAT. ANN. § 4:4-4 (West 1996), TEX. REV. CIV. STAT. ANN. article 2031b (West 1996), *et* TENN. CODE ANN. § 20-2-214 (1994) (élargissement de la compétence de l'État dans toute la mesure autorisée par la constitution) *avec* MD. CODE ANN., CTS. & JUD. PROC. §§ 6-102, 6-103 (1995), FLA. STAT. ANN. § 48.193 1) g) (West 1997), *et* GA. CODE ANN. § 9-10-91 (1996) (élargissement de la compétence de l'État plus limité).

³¹ *Voir* N.Y.C.P.L.R. § 302 a) 3) ii) (McKinney 1996).

³² La distribution électronique implique la fabrication de copies au sens de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, 17 U.S.C. § 101. *Voir* FINAL REPORT OF THE NATIONAL COMMISSION ON NEW

l'utilisateur résidant dans l'État consulte ou télécharge *Le Grand Secret* sur son ordinateur personnel, il a créé une copie non autorisée et un acte délictueux a donc été commis dans l'État. Mais par qui? L'exploitant du site Web implanté à l'étranger n'a pas fait de copie dans l'État, il a simplement donné à des résidents de l'État la possibilité d'en faire. Avec un tel raisonnement, l'exploitant peut être considéré comme un complice plutôt que comme l'auteur direct d'une atteinte³³. Néanmoins, un important corpus de jurisprudence (qui concerne en grande partie Playboy Enterprises) relatif aux sites Web qui mettent des œuvres à la disposition des clients pour qu'ils puissent les télécharger sur leur ordinateur personnel a qualifié la mise à disposition d'œuvres sur un site Web ou un BBS de "distribution d'exemplaires", ce qui engage la responsabilité directe de l'exploitant du site Web ou du BBS pour atteinte au droit d'auteur³⁴. Selon ce point de vue, l'exploitant d'un site Web étranger s'exposerait à des poursuites personnelles pour avoir commis une infraction, à savoir une violation du droit d'auteur, dans le for dans lequel les exemplaires ont été reçus.

Si un tribunal considère néanmoins que l'infraction a été constituée par la mise à disposition d'une œuvre à partir d'un site Web étranger³⁵, la violation du droit d'auteur n'aurait pas son origine dans le for, mais la réception d'exemplaires y aurait une incidence. Si l'on applique cette conception à notre exploitant de site Web hypothétique implanté au Royaume-Uni, le titulaire du droit d'auteur devrait aussi démontrer que celui-ci aurait dû prévoir qu'il y aurait des téléchargements aux États-Unis et que le défendeur britannique a obtenu des recettes substantielles d'un commerce inter-États ou international. Pour ce qui est de la source des recettes du défendeur, on peut penser que le titulaire du droit d'auteur ne cherchera pas à faire admettre la compétence des tribunaux des États-Unis en ce qui concerne l'exploitant du site Web britannique si celui-ci n'a pas aux États-Unis d'actifs pouvant être saisis pour assurer l'exécution de la sentence. Mais cette conclusion est peut-être un peu trop rapide. Supposons que le plaignant cherche à obtenir une injonction visant à interdire l'accès des utilisateurs américains au site Web britannique³⁶. (Le plaignant pourrait bien entendu poursuivre l'exploitant britannique au Royaume-Uni, mais il préférera couvrir un champ aussi large que possible au moyen d'une seule action.) En pareil cas, la restriction concernant l'obtention de recettes substantielles pourrait entraver les poursuites contre l'exploitant

[Suite de la note de la page précédente]

TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS (1978), *cité dans* ROBERT A. GORMAN & JANE C. GINSBURG, *COPYRIGHT FOR THE NINETIES* 692 et n.164 (4^{ème} édition 1993). Ce point de vue est la prémisse de l'article 117 de la Loi américaine sur le droit d'auteur et il a été repris dans l'Union européenne. Voir Directive du Conseil 91/250, article 4 a), 1991 J.O. (L 122) 42. Les tribunaux américains ont aussi appliqué ce principe. Voir par exemple *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 517 (9th Cir. 1993).

³³ Voir par exemple *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996); *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971); *Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314 (D. Mass. 1994).

³⁴ Voir par exemple *Playboy v. Hardenburgh*, 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997); *Playboy v. Webworld*, 991 F. Supp. 543 (N.D. Tex. 1997); *Marobie Fla. v. NAFED*, 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill. 1997).

³⁵ Cf. Directive 93/83/CEE du Conseil, 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, J.O.1993 (n° L 248) 15, article 2 b) [ci-après "Directive sur les satellites"].

³⁶ Les tribunaux des États-Unis peuvent prendre des injonctions suffisamment larges pour inclure des actes commis en dehors des États-Unis qui ont une incidence notable sur le commerce américain. *Nintendo of America, Inc. v. Aeropower Co.*, 34 F.3d 246, 249 (4th Cir. 1994).

étranger. Pour ce qui est de la prévisibilité, il devrait être clair que dès lors qu'un document est affiché sur un site Web, on peut prévoir qu'il est possible d'y accéder depuis n'importe quel point du monde (à supposer que l'exploitant n'ait pas limité l'accès à son site).

3. Portée territoriale de la poursuite

Si l'on suppose que le for américain est habilité à engager des poursuites personnelles contre notre exploitant britannique hypothétique, il faut alors se demander quelle est la portée territoriale de la plainte. Si la plainte est fondée sur les effets à l'intérieur des États-Unis d'une atteinte ayant son origine à l'extérieur des États-Unis, le défendeur non résident ne serait normalement obligé de se défendre que dans le cas des actes qui peuvent être localisés aux États-Unis³⁷. Le plaignant ne pourra pas rattacher des actes extraterritoriaux, comme la distribution d'exemplaires au Royaume-Uni ou dans un autre pays, à sa plainte déposée aux États-Unis. Dans le cas contraire, il n'y aurait plus aucune différence entre la compétence spéciale exercée à l'égard d'un défendeur non résident dans le cadre d'une loi élargissant la compétence et la compétence générale qui s'appliquerait à un défendeur résident.

Ce raisonnement est sain en théorie, et malheureux dans la pratique pour le plaignant qui doit faire face à une violation à l'échelle mondiale par le biais de transmissions numériques simultanées et instantanées: il signifie que le plaignant pourrait être obligé de se défendre contre la violation de ses droits partout dans le monde, dans chaque pays de réception ou d'accès. Bien entendu, le plaignant pourrait s'adresser uniquement au pays d'origine de la violation ou de domicile de l'auteur de la violation, mais cette option pose au moins deux problèmes. Premièrement, comme l'a montré le cas de l'entrepreneur qui a copié *Le Grand Secret* puis l'a injecté dans des sites implantés aux États-Unis, au Royaume-Uni et au Canada, il peut y avoir plus d'un pays d'origine. Deuxièmement, même si l'on suppose qu'il n'y a qu'une source, une règle limitant les procès à l'acte commis dans le pays d'origine ou dans le pays de domicile du défendeur pourrait bien susciter une délocalisation opportuniste des serveurs et des domiciles d'entreprises vers des pays qui seraient l'équivalent des îles Caïmanes pour le droit d'auteur.

Existe-t-il une autre solution que celle consistant à poursuivre soit partout, soit nulle part? La règle de la publication unique dans le droit américain de la diffamation pourrait fournir une analogie utile: elle considère qu'une communication "agrégée" comme l'édition d'un journal ou une émission de radio est une publication unique. Le plaignant peut toujours choisir parmi plusieurs fors éventuellement compétents, mais il ne peut en choisir qu'un seul³⁸. En outre, la réparation accordée dans toute action comprendra tous les dommages-intérêts correspondant au préjudice subi par le plaignant dans toutes les juridictions³⁹. L'objet de cette règle est d'éviter une multiplication des procès ainsi qu'un harcèlement des défendeurs et, le

³⁷ *Accord Case 68/93, Shevill v. Presse Alliance, S.A.*, 1995 E.C.R. 289 33 (Dans une action en diffamation, l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles autorise la victime à demander des dommages et intérêts à l'éditeur soit devant les tribunaux de l'État contractant dans lequel l'éditeur de la publication diffamatoire est établi, qui sont compétents pour attribuer des dommages et intérêts pour tout préjudice causé par la diffamation, soit devant les tribunaux de tous les États contractants dans lesquels la publication a été distribuée et dans lesquels la victime peut prétendre avoir été diffamée, mais qui seront compétents uniquement pour le préjudice causé dans l'État du tribunal saisi. *Id.*). Voir discussion *infra*, partie B.

³⁸ Voir RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 577A (1977).

³⁹ UNIF. SINGLE PUBLICATION ACT § 1, 14 U.L.A. 377 (1990).

cas échéant, un épuisement du plaignant lui-même⁴⁰. En fait, la règle de la publication unique rend obligatoire une synthèse des poursuites que le plaignant aurait pu engager contre le défendeur dans d'autres juridictions. Je n'ai pas connaissance de décisions américaines en matière de diffamation qui attribueraient des dommages-intérêts pour des publications extraterritoriales⁴¹, le RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS établit clairement que le plaignant peut obtenir une telle réparation.

Si les tribunaux adaptaient la règle de la publication unique aux affaires d'atteinte au droit d'auteur dans le cyberspace, un tribunal américain habilité à engager des poursuites personnelles contre notre hypothétique exploitant britannique de site Web pourrait attribuer des dommages-intérêts non seulement pour les téléchargements réalisés aux États-Unis, mais pour tous les téléchargements, où qu'ils soient réalisés (à supposer qu'il soit possible de calculer ou d'estimer leur nombre)⁴². Cette règle pourrait donc utilement simplifier la tâche du plaignant et réduire le risque pour le défendeur d'être exposé à des poursuites ultérieures.

4. *Forum non conveniens*

Supposons pour le moment qu'un tribunal américain soit habilité à intenter une action personnelle contre les parties et soit invité à se prononcer sur l'intégralité d'une plainte multinationale. Supposons en outre que ce tribunal adopte une approche territoriale et établisse que les lois sur le droit d'auteur de chacun des pays dans lesquels les exemplaires illicites sont accessibles ou reçus sont d'application. Même en admettant qu'un tribunal fédéral des États-Unis ait une compétence matérielle à l'égard des plaintes relevant de lois étrangères⁴³, le principe du *forum non conveniens* peut justifier l'irrecevabilité de tout ou partie d'une plainte lorsque le tribunal conclut qu'un autre for sera plus pratique et servira mieux les intérêts de la justice⁴⁴. Nombre des aspects que les tribunaux prennent en considération dans l'application du principe du *forum non conveniens* concernent la commodité pour les parties et les aspects pratiques du procès, tels que l'accès aux preuves et la disponibilité des témoins dans le for. Les autres facteurs sont notamment la difficulté d'appliquer des lois étrangères et le fait que

⁴⁰ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 38, § 577A, cmt. d.

⁴¹ Cf. *Watt v. Longsdon*, 1 K.B. 130 (1930) (calcul des dommages-intérêts de façon à tenir compte de la distribution d'une publication anglaise au Maroc).

⁴² On peut se demander s'il y a eu "publication unique" lorsque l'œuvre est "distribuée" non pas par communication aux utilisateurs qui reçoivent les exemplaires ou l'exécution au même moment, mais plutôt par l'action des utilisateurs eux-mêmes, dont l'accès à l'œuvre sera intermittent et étalé dans le temps. Néanmoins, puisque chaque utilisateur, peut-on présumer, reçoit la même communication à partir du même site Web, l'unicité de la publication devrait persister. Voir RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 38, § 577A, cmt. d.

⁴³ Si l'affaire oppose un citoyen étranger à un citoyen des États-Unis, un tribunal fédéral est compétent en raison de la diversité des parties. Voir 28 U.S.C. § 1332 a) 2) (1994). Si le plaignant et le défendeur sont tous deux des étrangers, il n'y a pas de diversité, mais la compétence du tribunal fédéral pourrait compléter la revendication découlant de la loi américaine sur le droit d'auteur (à supposer que l'affaire soit plaidée en vertu du droit américain). *Id.* § 1367. Pour ce qui est de la substance de la plainte, le point de vue dominant aux États-Unis est qu'une action relevant d'une loi étrangère sur le droit d'auteur est une action transitoire (par opposition à une action locale) sur laquelle les tribunaux fédéraux ou les tribunaux d'État des États-Unis peuvent se prononcer. Voir par exemple *London Film Prods. Ltd. v. Intercontinental Communications, Inc.*, 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984); III PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW & PRACTICE § 16.2 (deuxième édition 1996).

⁴⁴ Voir par exemple *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947); *Boosey & Hawkes v. Disney*, 145 F.3d 481 (2d Cir. 1998).

l'éventuel for étranger pourrait souhaiter appliquer son propre droit. Cette considération pourrait entraîner un rejet systématique des plaintes en droit étranger, mais elle est compensée par un autre élément important: un tribunal des États-Unis ne doit pas considérer une action comme irrecevable sauf s'il peut désigner un for étranger devant lequel le défendeur pourrait être traduit et qui serait mieux placé pour rendre une décision⁴⁵. Lorsque le for américain est le seul devant lequel toutes les affaires de droit d'auteur peuvent être jugées, le tribunal ne doit pas déclarer les plaintes étrangères irrecevables simplement au motif qu'elles l'obligeraient à déterminer quel est le droit étranger applicable et à l'appliquer⁴⁶.

B. Compétence judiciaire dans l'UE

La Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁴⁷ donne des règles obligatoires en matière de compétence juridictionnelle, ainsi que de reconnaissance et d'application des décisions, qui s'appliquent aux tribunaux des États parties dans l'Union européenne dans le cas des affaires civiles et commerciales visant des défendeurs domiciliés dans un État partie. Le Titre II traite des poursuites personnelles et ses dispositions priment les règles juridictionnelles que le tribunal de l'État partie appliquerait dans une affaire purement nationale, ou une affaire transnationale dans laquelle le défendeur n'est pas domicilié dans un État partie. Comme notre affaire hypothétique oppose un résident français (l'éditeur) à des défendeurs situés tant à l'intérieur (Royaume-Uni) qu'à l'extérieur (États-Unis) de l'UE, les restrictions que la Convention de Bruxelles impose à la compétence des tribunaux des États parties limiteront les poursuites devant les tribunaux français ou britanniques contre le défendeur britannique, mais ne s'appliqueront pas aux plaintes dont seraient saisis les tribunaux de l'un ou l'autre pays et visant le défendeur américain⁴⁸.

1. Compétence à l'égard d'un défendeur résidant dans l'UE

L'article 2 de la Convention de Bruxelles dispose que les tribunaux du pays de domicile du défendeur constituent la juridiction principale. Le domicile du défendeur n'est pas le seul for qui puisse être saisi d'une plainte pour atteinte au droit d'auteur ou rupture de contrat visant des défendeurs domiciliés dans l'UE, mais ce critère supplante les autres critères de choix de la juridiction dans les États parties, tels que les règles de juridiction "exorbitantes" fondées uniquement sur les contacts existant entre le plaignant et le for⁴⁹.

⁴⁵ Voir par exemple *Boosey*, 145 F.3d 481; *Overseas Programming Companies Ltd. v. Cinematographische Commerzanstalt*, 684 F.2d 232 (2d Cir. 1982).

⁴⁶ Voir *Boosey*, 145 F.3d p. 492 (à elle seule, la réticence à appliquer le droit étranger ne justifie pas une déclaration d'irrecevabilité); mais voir *ISTI TV Productions, Inc. v. California Authority of Racing Fairs*, 785 F. Supp. 854 (C.D. Cal. 1992) (qui soutient que la difficulté d'appliquer le droit mexicain en matière de droit d'auteur justifiait la déclaration d'irrecevabilité au nom du principe *forum non conveniens*).

⁴⁷ Convention 72/454, J.O 1972. (n° L 299) 32. Voir aussi Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Convention 88/592, J.O. 1988 (n° L 319) 9. Aux fins de l'analyse de l'atteinte au droit d'auteur dans le présent article, les Conventions de Bruxelles et de Lugano se recoupent.

⁴⁸ Voir Convention de Bruxelles, article 4 (en ce qui concerne les défendeurs non résidents, les tribunaux des États parties appliquent les règles juridictionnelles nationales, y compris celles qui autorisent une juridiction exorbitante).

⁴⁹ Voir Convention de Bruxelles, article 3.1. Pour un exemple de ce genre de règle, voir France, Code civ. art 14, analysé plus loin. La Convention n'élimine pas toutes les règles favorables aux

En matière délictuelle, l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles désigne les tribunaux "du lieu où le fait dommageable s'est produit". Toutefois, pour les actions en responsabilité transnationales, il peut exister plusieurs de ces lieux. Reprenons notre cas hypothétique: en affichant *Le Grand Secret* sur son site Web, le défendeur du Royaume-Uni a rendu possible l'atteinte en permettant le téléchargement de l'œuvre dans tous les pays dans lesquels les utilisateurs ont accès au site Web. L'atteinte a donc son origine au Royaume-Uni, mais est transmise par l'Internet et culmine partout où des copies sont reçues, c'est-à-dire, potentiellement, dans tous les pays de l'UE et au-delà. Les tribunaux du lieu dans lequel le préjudice trouve son origine et du lieu dans lequel il se manifeste sont tous deux compétents au titre de l'article 5.3, mais ils ne sont pas compétents au même degré. Dans *Shevill and Others v. Presse Alliance S.A.*⁵⁰, la Cour européenne de justice a soutenu que les tribunaux de chacun des États parties dans lesquels une publication diffamatoire était reçue et dans lesquels le plaignant subissait un préjudice ne pouvaient attribuer des dommages-intérêts que pour le préjudice subi à l'intérieur des frontières de cet État. Par conséquent, le tribunal anglais appelé à se prononcer sur la plainte de Ms. Shevill pouvait attribuer des dommages-intérêts correspondant aux exemplaires de France-Soir reçus en Angleterre, mais non pour les exemplaires distribués dans d'autres États parties. En revanche, la Cour européenne de justice a aussi affirmé que, lorsque l'action est intentée contre l'éditeur dans l'État contractant dans lequel il est établi, cet État est compétent pour attribuer des dommages-intérêts correspondant à l'intégralité du préjudice causé par la déclaration diffamatoire, tant dans cet État lui-même que dans les autres États contractants.

Appliquant ces principes aux plaintes pour atteinte transnationale, un titulaire de droit d'auteur aurait donc le choix de la juridiction lorsque les exemplaires constituant une atteinte sont distribués ou que des transmissions constituant une atteinte sont reçues dans plusieurs pays de l'UE. Le titulaire du droit d'auteur peut intenter une action à la source de l'atteinte (le siège de la partie qui est à l'origine de la violation), ou dans chaque pays dans lequel l'atteinte a trouvé son aboutissement. Toutefois, le seul tribunal compétent pour connaître de tout l'éventail des actes constituant une atteinte est celui dont relève l'établissement du défendeur. Si un nombre relativement peu élevé d'exemplaires ou de transmissions ont été reçus dans le pays d'origine du plaignant, celui-ci devra intenter soit des actions dans plusieurs pays de réception, soit une action unique au siège du défendeur afin d'obtenir une réparation significative. Pour reprendre notre cas hypothétique, l'auteur et l'éditeur français peuvent donc poursuivre l'exploitant du site Web britannique devant les tribunaux du Royaume-Uni pour le montant intégral des dommages-intérêts, mais ne pourront chercher à obtenir réparation devant les tribunaux français que pour les transmissions ou exemplaires du *Grand Secret* reçus en France⁵¹.

On peut critiquer cette situation puisque l'atteinte au droit d'auteur et, en particulier, aux droits moraux, fait intervenir des droits personnels; le "lieu où le préjudice s'est produit" en ce qui concerne les droits personnels, serait le lieu où le titulaire du droit d'auteur ou l'auteur subit le préjudice, c'est-à-dire le lieu de son domicile. En outre, la règle *Shevill* risque

[Suite de la note de la page précédente]

plaignants ; toutefois, par exemple, elle leur permet de saisir certains autres tribunaux auxquels les défendeurs n'ont pas accès. Voir *infra*.

⁵⁰ Affaire 68/93, 1995 E.C.R. 415, 123 J. DR. INT. 543 (1996) [ci-après CLUNET], note A. Huet; D.1996.63, note G. Parléani.

⁵¹ Voir Cour de cassation, première chambre civile, Décision du 16 juillet 1997, JCP.1997.IV.No. 1993; 1998 J. DR. INT. 136, note A. Huet.

d'entraîner une fragmentation des poursuites; si le pays d'origine est un paradis du droit d'auteur, il ne servira à rien d'intenter des poursuites dans le pays qui est compétent pour entendre l'intégralité de la plainte. Le plaignant devra chercher une réparation *seriatim*, en s'adressant à autant de tribunaux nationaux qu'il y a de pays de réception⁵². Compte tenu de ce problème, le Conseil d'État français, dans un rapport récemment publié sur les problèmes juridiques que posent les réseaux numériques, conclut qu'un tribunal national, en plus de celui du pays d'origine de l'atteinte (pays qui pourrait fort bien être un paradis du droit d'auteur), devrait être compétent pour réparer le dommage intervenu à l'échelle mondiale⁵³. Ce tribunal, peut-on présumer, serait celui de la résidence ou du principal lieu d'activité commerciale du plaignant et aurait une compétence générale lui permettant d'entendre l'intégralité de la plainte⁵⁴.

2. Compétence à l'égard de défendeurs non domiciliés dans l'UE

Les restrictions de la Convention de Bruxelles en ce qui concerne la compétence des tribunaux nationaux de l'UE ne régissent pas les litiges entre des plaignants domiciliés dans l'UE et des défendeurs non domiciliés dans l'UE. C'est au contraire la procédure civile nationale et les règles de conflit de chaque pays qui s'appliquent⁵⁵. Par conséquent, si les règles juridictionnelles nationales permettent de poursuivre un non-résident pour l'intégralité d'une plainte qui ne trouve pas son origine dans le for, la Convention de Bruxelles n'est pas un obstacle. Toutefois, dans notre exemple, l'objectif de rassembler toutes les poursuites engagées par l'éditeur français dans une seule et même juridiction de l'Union européenne semble difficile à atteindre, du moins tant que *Shevill* reste la règle, car la Convention de Bruxelles empêchera d'intenter une action pour l'intégralité de la plainte à la fois contre les résidents de l'UE et les non-résidents devant un tribunal de l'UE autre que celui du pays de résidence du défendeur domicilié dans l'UE. Dans notre cas de figure, ce pays est l'Angleterre. Toutefois, si le défendeur domicilié au Royaume-Uni peut être poursuivi en Angleterre pour l'intégralité du préjudice découlant de la violation des droits ayant son origine au Royaume-Uni, sur la base de l'article 5.3 ainsi que de l'article 2 (domicile du défendeur) de la

⁵² Catherine Kessedjian, *Private International Law Aspects of Cyberspace: Global Communication, Universal Jurisdiction?*, document présenté à la quatrième Conférence commune de La Haye de l'ASIL/NVIL le 5 juillet 1997, disponible auprès de l'auteur, n° 5.1. Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Internet: Mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?*, in CATHERINE KESSEDJIAN & KATHARINA BOELE-WOELKI, SOUS LA DIRECTION DE, INTERNET, QUEL TRIBUNAL DÉCIDE QUEL EST LE DROIT APPLICABLE? 89, 115-18 (1998).

⁵³ France, Conseil d'État, INTERNET ET LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES 151 (1998).

⁵⁴ En l'absence de compétence générale, il suffirait aux défendeurs de se relocaliser dans un pays dans lequel la protection est laxiste.

⁵⁵ Voir par exemple Civ. 1^{ère} 19 novembre 1985, (Société des cognacs et brandies de France c. Société Orliac) Bull. civ. I, n° 306; 1986 REV. CRIT. DR. INT. PR. 712, note d'Yves Lequette (qui examine la compétence des tribunaux civils français s'agissant d'entendre des affaires relatives à des préjudices dont l'incidence est perçue en France); Cour de cassation, première chambre civile, Décision du 31 janvier 1995, Bull. Civ. 1995.I n° 56 (dans une poursuite engagée par un ressortissant français contre un défendeur américain pour le règlement d'un contrat exécuté en Floride: "la compétence internationale des tribunaux français conférée par l'article 14 est fondée non pas sur les droits découlant des actes ou faits contestés dans l'affaire, mais sur la nationalité française du plaignant ..."); DICEY & MORRIS, THE CONFLICT OF LAWS (12^{ème} ed. 1993), règle 24 (qui énonce l'exigence anglaise générale de l'existence d'un rapport pour conférer la compétence, compétence qui, une fois qu'elle est conférée, couvre toutes les actions intentées contre le défendeur); mais voir *id.* règle 76 (qui traite de la compétence discrétionnaire lorsqu'un préjudice est subi en Angleterre).

Convention de Bruxelles, le défendeur domicilié au États-Unis, s'il n'est pas "présent" en Angleterre, ne pourra être poursuivi en Angleterre que pour les exemplaires ou transmissions reçus dans ce pays. Pour ce qui est de la France, même si la partie américaine peut être poursuivie pour l'intégralité de la plainte, la partie britannique ne peut être poursuivie que pour les exemplaires ou transmissions reçus en France.

C. Reconnaissance et exécution des jugements

1. Par les tribunaux de l'UE dans le cas des jugements prononcés par d'autres tribunaux de l'UE

Le Titre III de la Convention de Bruxelles régit la reconnaissance et l'exécution par les États parties des décisions rendues par d'autres États parties. La reconnaissance du jugement rendu par un autre État partie est automatique, sous réserve de certaines exceptions, en particulier en cas de conflit avec l'ordre public de l'État dans lequel la reconnaissance est recherchée⁵⁶. Par conséquent, pour revenir à l'affaire du *Grand Secret*, supposons qu'un tribunal anglais accorde au titulaire français du droit d'auteur des dommages-intérêts pour l'atteinte au droit d'auteur commise par la partie britannique, mais qu'il n'existe pas d'actifs suffisants pour exécuter le jugement en Angleterre. L'éditeur français peut demander des mesures d'application à des tribunaux d'un autre pays de l'UE dans lequel le défendeur dispose d'actifs suffisants. Supposons en outre que ce pays soit le Luxembourg et que le créancier créé par le jugement français cherche satisfaction au Luxembourg. Le tribunal luxembourgeois peut vérifier que le jugement n'a pas été rendu en violation d'une des bases du Traité justifiant la non-reconnaissance et le refus d'exécution; il doit alors ordonner des mesures d'application du jugement rendu par le tribunal anglais. Toutefois, le tribunal chargé des mesures d'application ne peut pas réexaminer le jugement anglais quant au fond, ni réexaminer les données objectives sur lesquelles le tribunal qui a rendu le jugement s'est appuyé pour affirmer sa compétence⁵⁷.

Les mêmes principes s'appliquent lorsqu'un tribunal d'un État partie a rendu un jugement contre un défendeur d'un État non partie, même si ce tribunal a exercé sa compétence d'une façon incompatible avec les restrictions imposées par la Convention à la compétence judiciaire des États parties. Ces restrictions s'appliquent aux actions entre résidents des États parties et ne lient pas les tribunaux de l'UE pour ce qui est de leur compétence judiciaire concernant des non-résidents. Ainsi, si un tribunal français devait exercer sa compétence pour juger l'exploitant du site Web américain sur la base de la notion d'acte exorbitant énoncée à l'article 14 du Code civil (qui permet à un ressortissant français d'intenter une action en violation de contrat ou en responsabilité devant les tribunaux français même si le seul lien entre le for et la plainte est la nationalité du plaignant), les autres tribunaux de l'UE devraient reconnaître et faire exécuter ce jugement⁵⁸.

⁵⁶ Convention de Bruxelles, articles 26 et 27. Les autres exceptions sont les suivantes: le jugement a été rendu par contumace et n'a pas été dûment notifié au défendeur; le jugement est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis; le jugement concerne des questions relatives à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions et est en conflit avec le droit international privé de l'État requis; le jugement est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un État non contractant entre les mêmes parties dans le même litige. *Id.*

⁵⁷ *Id.* articles 28, 34.

⁵⁸ Voir *id.* article 4.1 (préservation des règles de juridiction internes des États contractants et son application à des non-résidents de l'UE).

Les conséquences pratiques peuvent être importantes. Supposons par exemple que le défendeur américain dans l'affaire du *Grand Secret* possède des actifs au Royaume-Uni mais pas en France. Nous savons déjà que le tribunal français, agissant en vertu de l'article 14 du Code civil, peut affirmer sa compétence pour les prétendues violations qui se sont produites hors de France, tandis que la compétence du tribunal anglais serait très probablement limitée au jugement d'affaires concernant des atteintes commises ou aboutissant en Angleterre. Le titulaire français du droit d'auteur pourrait néanmoins choisir d'ester en France, sachant que le tribunal anglais serait ensuite tenu d'exécuter le jugement prononcé en France, même s'il n'avait pas lui-même accordé des dommages-intérêts pour un éventail d'actes aussi large que ne l'aurait fait le tribunal français.

2. Par des tribunaux de l'UE pour des jugements prononcés par des tribunaux extérieurs à l'UE

Jusqu'à présent, le débat a concerné la reconnaissance par des tribunaux de l'UE de jugements prononcés par d'autres tribunaux de l'UE. Supposons maintenant que l'éditeur français ait choisi de poursuivre tant l'exploitant du site Web ou du service en ligne du Royaume-Uni que l'exploitant du site Web ou du service en ligne américain aux États-Unis, puis qu'ayant obtenu un jugement favorable, il cherche à le faire appliquer en France ou en Angleterre contre le défendeur britannique. La Convention de Bruxelles ne régit pas la reconnaissance par les États contractants de jugements rendus par des États non contractants. Cette question relève du droit international privé de chacun des pays de l'UE dans lequel la reconnaissance est recherchée.

3. Par les tribunaux américains de jugements rendus par des tribunaux étrangers

Aux États-Unis, la Constitution exige qu'on respecte intégralement les jugements rendus par les tribunaux des différents États, mais il n'existe pas de disposition constitutionnelle concernant les jugements rendus par des pays étrangers. À défaut, la notion de common law de "comity"⁵⁹ et, dans près de la moitié des États, les critères énoncés par le Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act⁶⁰, appuient la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers tant que l'exercice de la compétence du tribunal étranger à l'égard de défendeurs américains est conforme à la notion américaine de procédure régulière, et tant que le jugement n'est pas contraire à l'ordre public des États-Unis et n'a pas été influencé par une fraude ou un parti pris.

Si l'on applique cette norme à l'affaire du *Grand Secret*, certains aspects du jugement du tribunal français pourraient poser problème. Dans la mesure où l'exercice de la compétence du tribunal était fondé sur des actes liés au territoire français⁶¹, cet aspect du jugement devrait être

⁵⁹ Voir par exemple *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

⁶⁰ Voir § 2, 3, 13 U.L.A. 261 (1962). Vingt-deux des 50 États de l'Union ont adopté cette loi. Voir en général Friedrich K. Juenger, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, XXXVI AM. J. COMP. L. 1 (1988) (aperçu des principes appliqués par les États-Unis et d'autres pays); Jeremy Maltby, Note, *Juggling Comity and Self-Government: the Enforcement of Foreign Libel Judgments in U.S. Courts*, 94 COLUM. L. REV. 1978, 1983-87, et n.31 (1994) (qui explique les règles des États-Unis pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et donne la liste des États qui ont adopté le Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act).

⁶¹ Voir Nouv. c. proc. civ. art. 46.3.

exécuté, puisqu'il est similaire à la notion américaine de contact minimum justifiant l'exercice d'une compétence élargie⁶². En revanche, l'exercice de la juridiction exorbitante prévu à l'article 14 du Code civil pourrait être jugé incompatible avec la notion américaine de procédure régulière et, par conséquent, une compétence exercée uniquement sur la base de la nationalité française du plaignant pourrait ne pas être reconnue⁶³. Lorsque les liens entre le défendeur américain, la plainte et le for étranger sont insuffisants, le tribunal américain pourrait considérer que le for étranger était incompétent et donc refuser de reconnaître et de faire exécuter le jugement⁶⁴.

Les bases sur lesquelles s'appuient les tribunaux anglais pour affirmer leur compétence à l'égard de parties étrangères sont similaires à celles qu'emploient les tribunaux des États-Unis. En conséquence, vu l'absence d'une disposition similaire à l'article 14 du Code civil, les jugements des tribunaux anglais seront probablement conformes à la conception américaine de la compétence judiciaire et ont donc des chances d'être appliqués aux États-Unis. En outre, l'atteinte au droit d'auteur n'est pas un domaine dans lequel les principes d'ordre public appliqués par l'Angleterre (ou la France) risquent d'être en conflit avec ceux appliqués aux États-Unis. Il semble donc improbable que les motifs de non-reconnaissance liés à l'ordre public empêchent le plaignant, s'il a obtenu gain de cause dans l'Union européenne, de chercher à obtenir une reconnaissance outre-Atlantique.

Recommandation concernant le choix du for

Il sera indispensable de simplifier le choix du for pour assurer une protection efficace du droit d'auteur dans l'environnement numérique. Même un auteur qui dispose d'un solide dossier pour faire valoir ses droits s'apercevra que la protection du droit d'auteur est illusoire s'il doit ester dans plusieurs fors. En conséquence, la règle *Shevill* dans l'Union européenne et la limitation de la compétence spéciale aux actes qui sont commis dans le for aux États-Unis devraient être modifiées. Aux États-Unis, il conviendrait d'appliquer aux plaintes pour atteinte au droit d'auteur la règle de la publication unique, qui est bien établie dans le cadre de la diffamation multijuridictionnelle, afin de permettre à un seul tribunal d'examiner toutes les plaintes déposées dans le monde entier pour une seule et même atteinte (par exemple l'affichage sur l'Internet). Le tribunal unique devrait être un tribunal qui a un lien étroit avec l'affaire; par exemple ce pourrait être un tribunal situé non seulement là où des exemplaires ont été reçus ou auraient pu être reçus, mais aussi au lieu de résidence du plaignant (si le for se trouve dans le pays de résidence de l'auteur). Dans l'idéal, la juridiction compétente devrait être celle du pays ayant la relation la plus significative avec l'œuvre. La même norme devrait s'appliquer aux atteintes multiterritoriales jugées dans l'UE. Je souscris à la recommandation du Conseil d'État français selon laquelle il convient de réinterpréter la règle *Shevill* pour donner une compétence générale au pays qui a la relation la plus significative avec l'œuvre,

1.⁶² Voir par exemple *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Voir Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act, § 5 (liste des critères à employer pour déterminer si le for étranger est compétent à l'égard des défendeurs).

⁶³ Voir par exemple *Nippon Emo-Trans Co. v. Emo-Trans, Inc.*, 744 F. Supp. 1215, 1229 (S.D.N.Y. 1990) (qui indique que l'article 14 du Code civil ne répond pas aux normes juridictionnelles énoncées au § 421 du RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES).

⁶⁴ Voir Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act, § 4 b) 6).

plutôt que seulement au pays de résidence du défendeur ou au pays d'origine de l'atteinte. Les décisions de ce tribunal devraient être exécutées automatiquement par les tribunaux non seulement des parties à la Convention de Bruxelles, mais aussi des autres pays.

IV. CHOIX DE LA LOI: TITULAIRE DU DROIT D'AUTEUR

A. *Paternité et titulaire du droit d'auteur dans la Convention de Berne*

Que prévoit la Convention de Berne en ce qui concerne la paternité d'une œuvre et la propriété du droit d'auteur? La réponse est décevante: la Convention de Berne et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 traitent principalement *de la façon* dont il convient de protéger une œuvre; les instruments internationaux offrent peu d'indications s'agissant de savoir *qui* est protégé. De façon générale, la Convention de Berne n'énonce ni règle de fond, ni règle relative au choix de la loi pour déterminer le titulaire du droit d'auteur. En vertu de l'article 5.2, la législation applicable pour déterminer l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours est celle du pays dans lequel la protection est réclamée, mais cette disposition vise les actions en atteinte et non les revendications de propriété⁶⁵. La Convention de Berne ne donne pas d'indications suffisantes pour ce qui est de la loi applicable aux contrats de cession de droits d'auteur⁶⁶ et en particulier à la désignation du titulaire initial du droit d'auteur et à la paternité⁶⁷.

Dans la Convention de Berne, l'attribution du droit d'auteur initial est ambiguë, de même que l'identification de l'"auteur". La convention présume de façon générale que l'auteur est la personne sous le nom de laquelle l'œuvre est diffusée⁶⁸. Comme cette personne est habilitée à engager des poursuites en cas d'atteinte, elle est implicitement titulaire du droit d'auteur (ne sont habilités à ester que ceux qui ont des droits à faire valoir). Toutefois, cette présomption ne semble pas être adaptée à toutes les catégories d'œuvres. Premièrement, elle paraît supposer qu'il n'y aura que des œuvres créées par un seul auteur (ou un nombre d'auteurs très restreint), comme les œuvres traditionnelles de la littérature, de la musique ou des arts visuels. Or, les

⁶⁵ De même, l'article 5.2 dispose que la jouissance et l'exercice de la protection sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine. Le texte ne dit pas "indépendants de la propriété de droits dans le pays d'origine".

⁶⁶ Plusieurs universitaires ont examiné le fait que les conventions ne réglaient pas les questions de validité des contrats et de cession. Voir par exemple Nimmer, *Who is the Copyright Owner When the Laws Conflict?*, 5 IIC 62, 63 (1974) ("aucune des conventions ne nous dit qui peut prétendre être le successeur en titre de l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur à la place de l'auteur."); Françon, *Les droits sur les films en droit international privé*, in TRAVAUX DU COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 1971-73 39, 53 (les contrats concernant l'exploitation de films, c'est-à-dire la relation entre producteurs, distributeurs et salles de cinéma, ne sont pas du tout régis par les conventions internationales sur le droit d'auteur). Voir aussi EUGEN ULMER, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE CONFLICT OF LAWS* (1978) (étude réalisée pour la CEE, comprenant un projet de traité international qui fournirait des règles pour résoudre les conflits concernant la propriété initiale et les cessions du droit d'auteur).

⁶⁷ Cf. Jane Ginsburg, *Les conflits de lois relatifs au titulaire initial du droit d'auteur*, 5 REVUE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE 26, 27-29 (1986) (les traités ne règlent pas de façon satisfaisante la désignation du titulaire initial du droit d'auteur).

⁶⁸ Convention de Berne, article 15.1.

œuvres audiovisuelles et en particulier les œuvres multimédias ont plusieurs créateurs, de même que les œuvres littéraires ou graphiques résultant de la collaboration de plusieurs auteurs par l'intermédiaire d'un réseau numérique.

Deuxièmement, la paternité et la propriété des droits sur les œuvres audiovisuelles et les produits multimédias pourraient même échapper à cette présomption: la Convention de Berne établit une règle spéciale pour les œuvres cinématographiques. En vertu de cette règle, la personne ou l'entreprise dont le nom apparaît sur une œuvre cinématographique de façon usuelle sera, en l'absence de preuve du contraire, présumée être le producteur de ladite œuvre⁶⁹. Dans son traité exhaustif sur la Convention de Berne, le Professeur Ricketson indique que la mention du producteur d'une œuvre cinématographique suppose une distinction entre les auteurs (créateurs effectifs), qui sont normalement considérés comme les titulaires initiaux du droit d'auteur, et les personnes morales qui, dans ce contexte, peuvent être réputées détentrices de droits normalement conférés à des personnes physiques⁷⁰. La Convention de Berne ne définit pas une œuvre cinématographique mais l'assimile à une œuvre exprimée par un procédé analogue à la cinématographie. Cette formulation peut être assez large pour couvrir un vaste éventail d'œuvres audiovisuelles, y compris les œuvres multimédias⁷¹. Dans ces conditions, et vu le poids croissant des œuvres audiovisuelles et multimédias dans l'ère numérique, la règle spéciale concernant la propriété des œuvres cinématographiques pourrait sensiblement limiter la portée de la présomption générale concernant la paternité et la titularité des droits.

En revanche, s'il est vrai que la Convention permet aux signataires (en particulier le Royaume-Uni et les États-Unis) qui attribuent la propriété initiale aux producteurs d'œuvres audiovisuelles de maintenir cette désignation, elle comporte une autre disposition qui fait de la propriété du droit d'auteur sur les œuvres cinématographiques un objet de la *lex protectionis*⁷². Par conséquent, la détermination du titulaire du droit d'auteur sur ces œuvres variera selon le pays de protection.

⁶⁹ Convention de Berne, article 15.2.

⁷⁰ RICKETSON, *supra* note 3, p. 158.

⁷¹ Pour une analyse exhaustive de la notion d'œuvre cinématographique dans la Convention de Berne, voir RAQUEL XALABARDER, *LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA OBRA AUDIOVISUAL* (Thèse, Barcelone, 1997).

⁷² Convention de Berne, article 14bis.2 a). Toutefois, cette même disposition énonce certaines présomptions de cession des droits économiques des auteurs au producteur.

Le Professeur Ricketson (*supra* note 3, page 556) a conclu "qu'en l'absence de toute définition conventionnelle du terme "auteur", la question de savoir qui est le créateur d'une œuvre cinématographique relève en dernière analyse de la législation nationale".

Les auteurs d'une autre analyse de premier plan de la Convention de Berne sont d'accord sur le fait que celle-ci ne règle pas la question du statut d'auteur d'œuvres cinématographiques. Les Professeurs Desbois et Françon et le Juge Kéréver soutiennent que l'ambiguïté de la convention est le résultat d'une tentative maladroite de réaliser un compromis entre les pays qui confèrent aux producteurs de films le droit d'auteur initial et ceux qui le confèrent aux auteurs eux-mêmes. Ils soutiennent que, alors que la convention aurait dû fournir une règle de fond supranationale, ou du moins une règle unique pour régler les conflits, elle a simplement créé la confusion. Voir HENRI DESBOIS, ET AL., *LES CONVENTIONS INTERNATIONALES DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS* 216-21 (1976).

Si les pays membres sont libres de considérer que les producteurs d'œuvres audiovisuelles et multimédias sont les *titulaires* initiaux du droit d'auteur, sont-ils aussi libres de les considérer comme *auteurs*? La Convention n'exige pas que les autres pays membres acceptent comme titulaire du droit d'auteur la personne désignée par le pays d'origine, pas plus qu'elle ne semble les obliger à accepter la détermination de la paternité établie par ce pays. D'ailleurs, les rédacteurs de dispositions relatives aux œuvres cinématographiques pensaient qu'il était si évident que chaque pays membre était libre de considérer les producteurs comme auteurs ou non qu'une disposition expresse à cet effet était superflue⁷³.

La Convention de Berne suscite donc plusieurs interprétations quelque peu divergentes du statut d'auteur et de la propriété initiale des droits:

1. Pour ce qui est de la qualité d'auteur: L'auteur n'est pas nécessairement le créateur effectif de l'œuvre. Cela vaut en particulier pour les œuvres cinématographiques, catégorie qui pourrait s'élargir considérablement avec les œuvres multimédias. Le droit du pays dans lequel la protection est recherchée peut déterminer qui jouit de la qualité d'auteur. L'auteur peut donc être une personne ou une entité différente selon le pays où les poursuites sont engagées. En conséquence, les droits et le statut du créateur pourraient varier selon le pays d'exploitation membre de l'Union.
2. Pour ce qui est des droits économiques sur des œuvres autres que les œuvres cinématographiques: Bien que l'article 14bis.2 dispose que c'est la *lex protectionis* qui s'applique aux œuvres cinématographiques, la convention ne donne pas de règle explicite concernant la propriété initiale des autres types d'œuvres. Par induction négative, la *lex protectionis* ne permet pas de déterminer qui est le titulaire initial du droit d'auteur pour ces dernières. Chaque pays membre de l'Union de Berne est libre d'appliquer ses règles de résolution des conflits pour déterminer le titulaire initial.
3. En ce qui concerne la détermination de l'auteur et du titulaire des droits économiques: La notion d'auteur et celle de titulaire initial du droit d'auteur sont distinctes. La Convention de Berne ne donne de définition supranationale claire ni de l'une ni de l'autre; elle contient une règle relative au choix de la loi pour ce qui concerne la propriété initiale des œuvres cinématographiques, mais elle n'indique pas quelle loi régit la détermination de la qualité d'auteur de ces œuvres ni de toute autre catégorie d'œuvres. En outre, l'article 15.1 dispose que le fait d'assimiler l'auteur au titulaire du droit n'est qu'une simple présomption mais n'offre aucune règle concernant le choix de la loi qui régit la réfutation du statut d'auteur.

Compte tenu de cette incertitude, il convient peut-être d'interpréter de façon plus large la règle figurant à l'article 5.2 de la Convention de Berne selon laquelle il faut choisir le droit du pays de protection pour traiter les plaintes en violation, en faisant de cette règle la règle résiduelle en matière de choix de la loi pour toutes les autres questions de droit d'auteur, y compris celle du titulaire du droit. Cela serait compatible avec une conception très

⁷³ Voir BUREAU INTERNATIONAL POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE [CI-APRÈS BIRPI], CONFÉRENCE DE STOCKHOLM DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, 1967, PROPOSITIONS DE RÉVISION DES DISPOSITIONS RELATIVES AU DROIT D'AUTEUR 58 (1966).

territorialiste du droit d'auteur international. Mais il existe beaucoup d'éléments, dans la Convention de Berne elle-même, montrant que la territorialité rigoureuse n'est pas la règle générale. En fait, la convention abandonne ou affaiblit le principe de la territorialité pour diverses dispositions qui établissent plusieurs obligations supranationales ou prévoient l'application du droit du pays d'origine⁷⁴. Ainsi, s'il est vrai en général que la Convention de Berne ne règle pas la question du droit applicable en ce qui concerne le titulaire du droit d'auteur, il est aussi vrai que, dans son ensemble, elle ne consacre pas un principe de territorialité strict qui assimilerait le droit applicable à la portée de la protection à celui applicable à la détermination du titulaire⁷⁵.

B. Règles relatives au choix de la loi en droit international privé

En l'absence, dans les traités, d'une règle relative au choix de la loi, la question relève des règles des pays membres. Les règles relatives aux conflits des pays parties à des traités qui pourraient être appliquées peuvent varier selon l'enjeu. Par exemple, les règles nationales relatives au choix de la loi peuvent identifier un point de rattachement pour la loi déterminant le titulaire initial du droit d'auteur et un autre pour les cessions.

Pour déterminer l'attribution initiale du droit d'auteur lorsque les créateurs sont des salariés, toutes les lois suivantes peuvent être prises en considération:

1. La loi du pays de résidence, de nationalité ou de domicile du créateur effectif;
2. La loi du pays de résidence, de nationalité, de domicile, d'établissement principal (si l'employeur est une personne morale) de l'employeur;
3. La loi régissant le contrat d'emploi (si le contrat prévoit un choix de loi) ou la loi du pays dans lequel le contrat est "situé";
4. La loi du pays d'origine (première publication); ou
5. La loi du for, généralement en tant que choix résiduel.

⁷⁴ Pour les règles supranationales, voir par exemple Convention de Berne, articles 2.1, 2.3, 2.5, 2.6, 2bis.3, 5.2 al.1, 6bis.1, 6bis.2, 7.1, 7.3, 7.4.2, 7.5, 8, 9.1, 9.2 .2, 9.3, 10.1, 10.3, 10bis.1 al.2, 11, 11bis.1, 11bis.2.2, 11bis.3.1, 11ter, 12, 14, 14bis.1, 15.1, 15.2, 15.3, 16.1, 16.2. À propos de l'application de la loi du pays d'origine, voir par exemple Convention de Berne, articles 2.7.2, 7.8, 18.1. Pour une analyse de l'importance du pays d'origine dans la Convention de Berne, voir par exemple Georges Koumantos, *Private International Law and the Berne Convention*, 24 COPYRIGHT 415 (octobre 1988); Georges Koumantos, *Copyright and Private International Law in the Face of the International Diffusion of Works*, in WIPO WORLDWIDE SYMPOSIUM ON THE FUTURE OF COPYRIGHT AND THE NEIGHBORING RIGHTS 233 (1994) (Publication de l'OMPI n° 731 (E)).

⁷⁵ Voir aussi MURIEL JOSSELIN-GALL, LES CONTRATS D'EXPLOITATION DE DROIT DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE 231-63 (1995) (pour une analyse approfondie de l'incapacité des conventions internationales de résoudre les conflits de lois concernant le titulaire initial du droit exclusif d'exploitation).

Pour ce qui est de la cession du droit d'auteur, les règles pouvant être appliquées au choix de la loi sont les suivantes:

1. Si le for considère que les questions de cession relèvent de la loi sur le droit d'auteur, la *lex protectionis*;
2. Si le for considère que les questions de cession relèvent du droit des contrats, la *lex contractus*; celle-ci sera
 - a. La loi choisie par les parties au contrat
 - b. La loi du pays dans lequel le contrat peut être localisé (ou, lorsque la Convention de Rome s'applique, la loi du pays de résidence de la partie qui doit fournir la "prestation caractéristique")⁷⁶.

1. Titulaire initial du droit d'auteur

L'adoption d'une règle relative au choix de la loi pour la détermination du titulaire du droit d'auteur devrait servir un objectif général de la Convention de Berne, celui de promouvoir la diffusion internationale des œuvres protégées par le droit d'auteur⁷⁷. L'application d'une règle de territorialité stricte pourrait avoir pour effet de multiplier les lois déterminant le titulaire du droit d'auteur; cela pourrait perturber le commerce international des œuvres protégées par le droit d'auteur au point d'empêcher la réalisation d'un des principaux objectifs de la convention. En outre, si l'on considère depuis longtemps que le "droit d'auteur international" est plus précisément une collection de droits conférés à l'auteur (ou au titulaire initial du droit d'auteur) en vertu de traités bilatéraux et multilatéraux⁷⁸, cette description s'applique mieux à la détermination des objets pouvant être protégés et de la portée des droits qu'à celle du titulaire du droit. Il est plus judicieux de concevoir le droit d'auteur comme ayant sa source dans le pays d'origine de l'œuvre, pour se déployer ensuite dans tous les autres pays dans lesquels l'œuvre est protégée. Les pays qui accueillent l'œuvre ultérieurement veillent à son épanouissement, mais leur accueil ne déracine pas l'œuvre de son pays d'origine. Le pays d'origine de l'œuvre (pays de première publication ou pays de résidence, de domicile ou de nationalité de l'auteur) devrait donc déterminer qui est le titulaire initial du droit. Au lieu de rechercher différents points de rattachement pour identifier la loi à appliquer afin de déterminer le titulaire du droit d'auteur, "il est plus simple et plus juste de s'appuyer sur la règle de fond énoncée dans le droit national du pays dans lequel l'œuvre a sa source"⁷⁹.

Pourquoi est-il plus simple et plus juste d'adopter la loi du pays d'origine pour déterminer le titulaire initial du droit d'auteur? C'est parce que cela permet d'éviter que l'œuvre change de titulaire par l'effet de la loi chaque fois qu'elle traverse une frontière

⁷⁶ Convention 80/934 du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.O 1980 (L 266)1.

⁷⁷ Voir par exemple CLAUDE MASOUYÉ, GUIDE DE LA CONVENTION DE BERNE 5 (1978).

⁷⁸ Voir par exemple Jon Baumgarten, *Primer on the Principles of International Copyright*, in FOURTH ANNUAL U.S. COPYRIGHT OFFICE SPEAKS: CONTEMPORARY COPYRIGHT AND INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES 470, 471 (1992) (Prentice-Hall Law & Business): "L'expression "droit d'auteur international" est quelque peu trompeuse car il n'existe ni code unique régissant la protection du droit d'auteur à travers les frontières nationales ni droit unique de la propriété multinationale. Ce qui existe, c'est tout un ensemble de *relations* concernant le droit d'auteur entre États souverains, dont chacun a sa propre loi sur le droit d'auteur applicable aux actes accomplis sur son territoire." (Souligné dans l'original.)

⁷⁹ Jugement du 29 avril 1970, Cass.civ. (Soc. Lancio v. Soc. Editrice Fotoromanzi Internazionali), 1971 REV. CRIT. DR. INT. PR. 270, note de H. Batiffol.

internationale. De plus, les preneurs de licences dans tous les pays sauront qu'ils ont acquis les droits de leur titulaire. Cela ne signifie pas que la loi locale ne peut pas modifier ou même contester la détermination du titulaire établie dans le pays d'origine, par exemple en appliquant l'exception d'ordre public du pays d'accueil. Néanmoins, en principe, le recours à la loi du pays d'origine renforce la sécurité des contrats internationaux et il semble donc qu'il devrait promouvoir l'échange international d'œuvres protégées.

En outre, dans le cadre des relations d'emploi, le pays d'origine correspondra aussi souvent au moins à l'un des autres points de rattachement évoqués ci-dessus. Le pays de première publication est généralement aussi le pays dans lequel l'employeur/éditeur a son principal établissement commercial; ce peut aussi être le pays de résidence ou de nationalité des salariés. Si l'un de ces autres points de rattachement est retenu, il est probable que le pays d'origine sera aussi le pays dans lequel le contrat d'emploi est situé. En d'autres termes, le pays d'origine sera probablement celui qui a la relation la plus significative avec l'œuvre.

Une récente modification de la loi américaine sur le droit d'auteur adopte l'approche du "pays d'origine". L'article 104A, ajouté pour donner effet aux obligations assumées par les États-Unis en vertu de l'Accord sur les ADPIC⁸⁰, rétablit la protection du droit d'auteur pour les œuvres étrangères qui répondent aux conditions prescrites⁸¹. La Cour d'appel des États-Unis du deuxième circuit a depuis statué que l'article 104A reflète l'approche générale des États-Unis en ce qui concerne les conflits de lois relatives à la détermination du titulaire du droit d'auteur. Dans *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*⁸², qui est le premier jugement en appel examinant la question de la loi applicable pour déterminer le titulaire initial du droit d'auteur, le tribunal a décidé que les tribunaux des États-Unis appliqueraient la loi du pays ayant la relation la plus significative avec l'œuvre. Dans cette affaire, ce pays était le pays de première publication, qui était aussi le pays de résidence des auteurs et éditeurs des œuvres contestées. En outre, la règle du pays d'origine relative à la détermination du titulaire du droit d'auteur était différente de celle des États-Unis: aux États-Unis, le droit d'auteur pour des œuvres créées par des salariés appartient à l'employeur, alors que dans la loi russe sur le droit d'auteur, d'après le tribunal, les journalistes salariés conservent leur droit d'auteur. L'application de la règle du pays d'origine signifiait que l'éditeur russe ne détenait pas automatiquement les droits qu'il revendiquait aux États-Unis.

⁸⁰ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1C, instruments juridiques – Résultats du Cycle d'Uruguay, vol. 31, 33 I.L.M. 81 (1994).

⁸¹ L'article 104A b) est libellé comme suit: "Protection du droit d'auteur rétablie. Le droit d'auteur rétabli appartient initialement à l'auteur ou au titulaire initial du droit d'auteur sur l'œuvre tel qu'il est déterminé par le droit du pays d'origine de l'œuvre." Ainsi, en rétablissant la protection du droit d'auteur pour les œuvres étrangères qui l'avaient perdue, les tribunaux des États-Unis et l'Office du droit d'auteur se baseront sur la personne ou l'entité que la loi du pays de première publication partie au traité désigne comme titulaire du droit d'auteur. Lorsque plusieurs pays parties au traité sont pays de première publication, le pays d'origine est celui qui a les relations les plus significatives avec l'œuvre. Dans le cas d'œuvres créées par des salariés ou commandées, ce pays sera probablement celui dans lequel le contrat d'emploi ou de commande de l'œuvre est situé.

⁸² 1998 U.S. App. LEXIS 21016 (2d Cir. 1998).

Supposons que l'analyse du droit du pays d'origine montre que ce pays attribue *bien* au plaignant les droits que celui-ci revendique dans un autre pays. L'affaire s'arrête-t-elle là ou le droit du pays d'exploitation détermine-t-il aussi les droits de propriété sur son territoire? Par exemple, supposons qu'un employeur américain qui, en vertu de la loi nationale, est le titulaire initial de l'intégralité du droit d'auteur sur une œuvre, cherche à exploiter celle-ci dans un pays où les employeurs ne sont pas titulaires initiaux du droit d'auteur. Voyons l'analyse du Professeur Ulmer. Dans son ouvrage influent sur les conflits de lois et la propriété intellectuelle, cet éminent spécialiste allemand du droit d'auteur formule l'opinion suivante: "si par exemple une œuvre créée par un salarié aux États-Unis doit être exploitée en Allemagne, le principe est que le droit d'auteur appartient à l'employeur. Toutefois, en Allemagne l'acquisition du droit d'auteur ne peut être interprétée que comme résultant d'un accord [par opposition à un effet automatique de la loi]. Par conséquent, elle n'est valable que dans les limites dans lesquelles l'octroi d'un droit d'utilisation est admis en vertu du droit allemand: le droit moral de l'auteur et les droits relatifs à des modes d'utilisations qui étaient encore inconnus à l'époque de la conclusion du contrat restent propriété de l'auteur"⁸³. En d'autres termes, la définition de la loi américaine selon laquelle l'employeur est le titulaire initial du droit d'auteur permet à celui-ci de faire valoir cette qualité en Allemagne, mais c'est la loi allemande qui détermine la portée de ce qui est détenu. Les droits que l'employeur peut revendiquer en Allemagne n'incluent ni le droit moral, ni les modes d'exploitation inconnus à l'époque de la conclusion du contrat avec l'auteur. La position d'Ulmer implique une règle de double propriété:⁸⁴

1. Le plaignant doit être le titulaire du droit d'auteur dans le pays d'origine de l'œuvre; et
2. Le plaignant doit aussi avoir été le titulaire du droit d'auteur dans le pays dans lequel il cherche à obtenir une protection.

Ce principe ne semble pas favoriser le commerce international des œuvres protégées. Néanmoins, comme nous le verrons, si le deuxième élément de la règle de la double propriété impose un critère inapproprié pour déterminer qui est le titulaire du droit d'auteur, certaines limitations locales visant la propriété du droit d'auteur peuvent réapparaître dans le cadre d'une enquête sur les objections d'ordre public à l'application du droit normalement applicable.

2. Cession du droit d'auteur

a. Principe fondamental: *lex contractus*

La loi du pays d'origine fournit aussi un point de départ approprié pour déterminer quelle loi devrait s'appliquer à la cession du droit d'auteur. Supposons que cette loi n'attribue pas automatiquement le droit d'auteur à l'employeur, mais que celui-ci (ou son preneur de licence

⁸³ EUGEN ULMER, *INTELLECTUAL PROPERTY AND THE CONFLICT OF LAWS* 39 (1978).

⁸⁴ Cette expression est inspirée par la règle anglaise de la double recevabilité, en vertu de laquelle une action concernant un préjudice allégué commis en dehors du Royaume-Uni ne pourra être recevable par les tribunaux anglais que si le comportement était préjudiciable tant en vertu de la loi du pays où l'acte a été commis qu'en vertu de la loi anglaise. Voir W.R. Cornish, *Intellectual Property Infringement and Private International Law - Changing the Common Law Approach*, 1996 GRUR INT. 285. Voir aussi Graeme W. Austin, *The Infringement of Foreign Intellectual Property Rights*, 113 L.Q. REV.321 (1997).

local) soutient que les droits pertinents lui ont été cédés. Le tribunal devrait d'abord voir s'il existe dans le pays d'origine une disposition légale expresse attribuant les droits particuliers que l'éditeur revendique. Par exemple, le droit du pays d'origine peut permettre une présomption plus ou moins limitée de cession des droits.

Au contraire, une licence obligatoire ne devrait pas avoir d'effets extraterritoriaux; le bénéficiaire d'une licence obligatoire dans un pays A ne devrait pas avoir la possibilité, en vertu de cette licence, de revendiquer des droits dans le pays B⁸⁵. Contrairement aux bénéficiaires d'une présomption de cession, qui ont une relation contractuelle (emploi ou commande) avec le créateur, les bénéficiaires d'une licence obligatoire n'ont aucun rapport avec le titulaire du droit d'auteur; la licence obligatoire les dispense de conclure un contrat avec celui-ci⁸⁶.

Si l'on admet que les droits ont été légitimement acquis dans le pays d'origine, il faut alors se demander quelle est la loi qui régit l'octroi de droits par le donneur de licences pour un territoire étranger : la *lex contractus* ou la *lex protectionis* (sans oublier que pour un contrat couvrant plusieurs territoires, ce qui serait le cas d'une diffusion à travers un réseau numérique, il peut y avoir plusieurs *leges protectionum*)? On peut soutenir que dans les pays qui considèrent le champ d'application de l'octroi d'une licence comme une question qui relève de la loi sur le droit d'auteur, la *lex protectionis* limiterait ce champ d'application (voir analyse *infra*). Toutefois, la cession résultant de la *lex protectionis* ne devrait pas être plus large que celle réalisée en vertu de la *lex contractus*. Ainsi, le tribunal devrait d'abord consulter la *lex contractus*, puis se demander si la *lex protectionis* exige que la portée de la concession soit *rétrécie*. Par exemple, supposons qu'un contrat de publication dans la presse imprimée relève du droit d'un pays appliquant le principe de l'objectif de la concession⁸⁷, dans lequel on considère que les droits électroniques n'entrent pas dans la portée de la concession⁸⁸. Si l'éditeur veut maintenant obtenir une licence pour l'exploitation des droits sur un média

⁸⁵ La Convention de Berne permet aux parties d'imposer des licences obligatoires pour la fabrication de phonogrammes, (voir article 13), mais cela signifie que le pays A peut imposer, pour une composition musicale du pays B, l'octroi d'une licence autorisant la fabrication et la distribution de phonogrammes sur son territoire. Le traitement national s'applique aux licences obligatoires: si les compositions musicales de A font l'objet de licences obligatoires nationales, cela pourrait être valable aussi pour les compositions de B sur le territoire de A.

⁸⁶ Voir par exemple 17 U.S.C. § 115 (licence obligatoire pour la fabrication et la distribution de phonogrammes; la licence s'obtient auprès de l'Office du droit d'auteur).

⁸⁷ Voir par exemple article 31 5) de la Loi allemande du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur [*Urheberrechtsgesetz*] (publié dans *Bundesgesetzblatt*, I, p. 1273, n° 51 du 16 septembre 1965) (traduction en anglais dans 1 COPYRIGHT 251 (1965)) analysé dans P. Bernt Hugenholtz, *Comment: Electronic Rights and Wrongs in Germany and the Netherlands*, 22 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 151 (1998).

⁸⁸ Voir par exemple Tribunal de district d'Amsterdam, décision du 24 septembre 1997 (Heg, Mulder and Stam v. De Volkskrant), *appel en instance* (traduction anglaise dans 22 COLUM.-VLA J. L. & Arts 181 (1998)); Cour d'appel de Bruxelles, décision du 28 octobre 1997 et Haute Cour de Bruxelles, décision du 10 octobre 1996 (Association générale des journalistes professionnels de Belgique v. S.C.R.L. Central Station) (traduction anglaise dans 22 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 195, 191 (1998)); Tribunal de grande instance de Strasbourg, décision du 3 février 1998 (Syndicat des journalistes français c. SDV Plurimedia) (traduction anglaise dans 22 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 199 (1998)) (toutes ces décisions soutiennent que l'exploitation en ligne et sur disque compact ROM d'articles écrits pour des périodiques imprimés n'entre pas dans le champ d'application de toute licence implicitement accordée par les journalistes aux éditeurs de journaux).

numérique dans un pays étranger et que les auteurs s'y opposent, le tribunal du territoire étranger doit d'abord examiner la loi régissant le contrat des auteurs pour déterminer s'il convient de considérer que les droits concernant des médias numériques sont visés par ce contrat.

Qu'est-ce que la *lex contractus*? C'est la loi choisie par les parties ou, en l'absence d'une clause relative au choix de la loi, la loi déterminée par la localisation du contrat. Aux États-Unis, un tribunal recherchera le territoire avec lequel le contrat a la relation la plus significative, par exemple le pays de résidence des parties ou le lieu de formation ou d'exécution du contrat⁸⁹. Dans l'Union européenne, la Convention de Rome concernant la loi applicable aux obligations contractuelles désigne de même (à moins que les parties n'aient choisi une loi) la loi du pays auquel le contrat est le plus étroitement lié. On présume que ce pays est celui dans lequel la partie qui a effectué l'exécution caractéristique a sa résidence habituelle⁹⁰. Dans le cas des cessions de droit d'auteur, il n'est pas toujours évident de déterminer à qui il convient d'attribuer l'exécution caractéristique, en particulier s'il s'agit d'un contrat pour la diffusion sur l'Internet⁹¹. Néanmoins, nous considérerons que l'exécutant caractéristique est la partie qui exploite l'œuvre, car les actions de cette partie produiront des recettes pour l'auteur⁹². Dans ces conditions, la loi du contrat serait celle du pays de résidence habituel de l'exploitant. Cette loi déterminera aussi les obligations de forme applicables au contrat, par exemple s'il doit être écrit et signé par l'auteur, ainsi que la substance de la concession⁹³.

b. Dérogations à la *lex contractus*

Il existe deux circonstances principales dans lesquelles un tribunal s'appuiera sur une loi autre que celle du contrat. Premièrement, en vertu des règles du pays relatives au choix de la loi, la possibilité de cession peut être considérée comme une question relevant de la loi sur le droit d'auteur. Sans aller jusque-là, certains types de cessions peuvent être réputées relever des règles de fond relatives au droit d'auteur. Deuxièmement, même lorsque c'est normalement la loi des contrats qui prévaut, le pays d'accueil peut interposer sa propre loi (*lex protectionis*) si, en vertu de celle-ci, l'effet de l'application de la loi étrangère entraine en conflit avec des règles d'ordre public solidement établies. Toujours au nom de l'ordre public, certaines interdictions locales peuvent être considérées comme s'appliquant automatiquement à tous les contrats, quelle que soit la loi dont ils relèvent par ailleurs⁹⁴. Par exemple, si la loi d'un pays dispose qu'un droit ne peut être cédé, toute cession dans ce pays sera invalide, quelle que soit la loi

⁸⁹ Voir par exemple RESTATEMENT (SECOND) OF THE LAW OF CONFLICTS OF LAW § 188(2).

⁹⁰ Traité 80/934 du 19 juin 1980 sur la Loi applicable aux obligations contractuelles, articles 4 1) 2), 1980 J.O. (L 266)1 [ci-après Convention de Rome].

⁹¹ Voir par exemple Mario Fabiani, *Conflicts of Law in International Copyright Assignments*, 1998 ENT. L. REV. 157, 161; Pierre-Yves Gautier, *Private International Law Aspects: France*, in ALAI STUDY DAYS: COPYRIGHT IN CYBERSPACE 298-99 (Amsterdam 1996).

⁹² Fabiani, *supra* note 91.

⁹³ Voir Convention de Rome, article 9.

⁹⁴ Cette approche traite l'interdiction locale comme une loi d'application immédiate ou loi de police, c'est-à-dire une loi locale que le tribunal applique sans même se demander quelle loi étrangère pourrait être d'application. Voir par exemple F. JUENGER, *GENERAL COURSE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 201-02 (1983) (extrait de 193 RECUEIL DES COURS (1985-IV)).

régissant le contrat⁹⁵. Par conséquent, dans toutes ces circonstances, la loi du pays d'origine détermine ce qu'un auteur peut *concéder*, mais la loi du pays d'accueil peut aussi déterminer ce que le concessionnaire a le droit de *recevoir* dans ce pays.

i. Cession considérée comme relevant de la loi sur le droit d'auteur plutôt que de la loi sur les contrats

Supposons que l'examen du droit du pays d'origine montre que le plaignant a acquis dans ce pays les droits qu'il revendique à l'étranger. Mais supposons aussi que le plaignant puisse acquérir davantage de droits des auteurs dans le pays d'origine qu'il ne le pourrait en vertu de la loi du pays d'accueil. Si l'on applique le principe du traitement national, en vertu duquel "l'étendue de la protection ... [garantie] à l'auteur pour sauvegarder ses droits"⁹⁶ est régie par la loi sur le droit d'auteur du pays dans lequel la protection est recherchée, certains pays considèrent que la portée de la concession relève de la loi sur le droit d'auteur; cette portée serait donc limitée à ce qui est autorisé par la loi locale⁹⁷. Ainsi, un contrat de 1950 établi en droit américain cédant les droits d'exploitation au moyen de tous les médias connus à l'époque ou mis au point ultérieurement serait valable aux États-Unis⁹⁸ mais pas en Allemagne pour ce qui est des médias inconnus en 1950⁹⁹. Considérons que les médias en ligne étaient inconnus en 1950. Si la loi du contrat est la seule à s'appliquer, le concessionnaire peut offrir l'œuvre en ligne dans le monde entier, y compris en Allemagne. Si le droit allemand s'applique aux exploitations en Allemagne, l'auteur (ou ses héritiers) peut contester l'offre de l'œuvre en ligne par le concessionnaire à des utilisateurs résidant en Allemagne.

Le fait de considérer que les questions relatives à la possibilité de cession et à la portée sont systématiquement régies par la *lex protectionis* est compatible avec une conception selon laquelle le droit d'auteur international est une collection de droits nationaux. Selon ce point de vue, la règle du traitement national signifie qu'un auteur d'un pays membre de l'Union de Berne ou de l'OMC est protégé au même degré qu'un auteur local dans chaque pays de l'Union. Par conséquent, lorsqu'un auteur cède son droit d'auteur pour le monde entier, il cède en fait les droits que chaque pays membre de l'Union de Berne ou de l'OMC l'autorise à céder.

En revanche, si l'on interprète le principe du traitement national énoncé à l'article 5.2 de la Convention de Berne comme une règle qui vise la portée des droits exclusifs relevant du droit d'auteur dans le cas des contrefacteurs plutôt que dans celui des concessionnaires, il est possible d'éviter la perturbation de la diffusion internationale des œuvres protégées qu'entraînerait l'approche fortement territorialiste évoquée plus haut.

Cela dit, certaines limitations territoriales visant les cessions contractuelles pourraient être toujours opportunes. Par exemple, lorsque le droit contesté est propre à un pays donné, les conditions ou limitations que ce pays impose à l'exercice de ce droit devraient aussi s'appliquer. Ainsi, l'ancienne loi des États-Unis sur le droit d'auteur prévoyait une durée de

⁹⁵ Voir par exemple 17 U.S.C. § 203 a) 5) (le droit de mettre fin à la concession de droits exclusifs relevant d'une protection de 35 ans du droit d'auteur après la conclusion du contrat ne peut pas être cédé ou abandonné à l'avance).

⁹⁶ Convention de Berne, article 5.2.

⁹⁷ Voir par exemple Ulmer, *supra* note 83.

⁹⁸ Voir par exemple *Platinum Records Co. v. Lucasfilm, Ltd.*, 566 F. Supp. 216 (D.N.J. 1983); *Rooney v. Columbia Pictures, inc.*, 538 F. Supp. 211 (S.D.N.Y.), *aff'd.*, 714 F.2d 117 (2d Cir. 1982).

⁹⁹ Loi allemande sur le droit d'auteur, article 31 4).

protection de 28 ans renouvelable pour une seconde période de 28 ans¹⁰⁰. La seconde période était considérée comme entièrement nouvelle, conférant à l'auteur des droits libres de toute cession antérieure. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis a considéré que l'auteur pouvait céder la période de reconduction avant son début¹⁰¹. Reconnaisant que cette position privait l'auteur de ses droits "renouvelés" (puisqu'en fin de compte de nombreux auteurs céderaient les deux périodes de protection), certains tribunaux inférieurs ont exigé que, pour être valable, la cession de la période de reconduction soit explicite¹⁰². Deuxièmement, on s'est demandé si cette exigence concernant la forme de la cession de la période de renouvellement des droits s'appliquait uniquement aux contrats régis par la loi des États-Unis ou à tout contrat de cession de la période de reconduction aux États-Unis, quelle que soit par ailleurs la loi applicable à ce contrat.

Dans *Corcovado Music Corp. v. Hollis Music, Inc.*¹⁰³, un contrat de droit brésilien conclu entre un compositeur brésilien et un éditeur brésilien cédait les droits mondiaux pour toute la durée de la protection. Néanmoins, le compositeur a annulé les droits de l'éditeur brésilien aux États-Unis à l'échéance de la première période de protection et a accordé les droits pour la seconde période à un éditeur des États-Unis. L'éditeur brésilien a protesté, disant que c'était la loi brésilienne qui régissait l'octroi des droits et qu'en vertu de celle-ci, le compositeur ne disposait d'aucun droit résiduel qu'il pourrait céder à un autre éditeur. Le deuxième circuit a reconnu que la loi brésilienne régissait le contrat, mais a considéré que la question de la forme de la concession des droits renouvelés relevait de la loi américaine sur le droit d'auteur. Comme le contrat brésilien ne contenait pas les clauses requises, il ne pouvait pas avoir pour effet de céder les droits sur la période de reconduction aux États-Unis. Cette position n'est pas incompatible avec une règle générale relative à l'application de la *lex contractus*, car elle ne s'applique qu'aux droits que la loi locale elle-même définit comme propres au droit d'auteur tel qu'il est appliqué dans le pays. Ainsi, la loi des États-Unis sur le droit d'auteur dispose que l'expiration des droits n'affecte en rien les droits découlant de toute loi étrangère¹⁰⁴.

ii. Exceptions pour motif d'ordre public

Le droit du pays d'accueil peut, en vertu de la loi nationale sur le droit d'auteur, interdire la cession de certains types de droits. Par exemple, en Allemagne, un contrat ne peut pas céder des droits concernant de nouveaux modes d'utilisation inconnus à l'époque de sa conclusion¹⁰⁵ et en France les droits moraux sont inaliénables¹⁰⁶. Les tribunaux du pays d'accueil peuvent considérer que ces interdictions sont d'une telle importance du point de vue de l'ordre public qu'elles s'appliquent sur le territoire national, en dépit du caractère international du contrat ou de l'origine étrangère de l'œuvre. Ainsi, les tribunaux français ont rejeté les prétentions d'un producteur américain de cinéma selon lequel le fait que le metteur en scène américain ait renoncé par contrat à ses droits moraux devrait l'empêcher d'invoquer en France le droit moral d'intégrité pour empêcher la diffusion en France d'une version colorisée du film¹⁰⁷. En

¹⁰⁰ Voir 17 U.S.C. § 24 (*abrogé*).

¹⁰¹ Voir *Fred Fisher Music Co. v. M. Whitmark & Sons*, 318 U.S. 643 (1943).

¹⁰² Voir par exemple *Corcovado Music Pub. v. Hollis Music, Inc.*, 981 F.2d 679 (2d Cir. 1993).

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ 17 U.S.C. § 203 b) 5).

¹⁰⁵ Loi allemande sur le droit d'auteur, article 31 4).

¹⁰⁶ France, Code de la propriété intellectuelle, article L. 121-1 3).

¹⁰⁷ Voir Jugement du 28 mai 1991 (*Turner Ent. v. Huston*), Cass. Civ. 1re, 1991 JCP.II.21731, note de A. Françon; Jugement du 19 décembre 1994, Cour d'appel de Versailles, chambres civiles

revanche, les tribunaux français ont refusé d'appliquer l'exception d'ordre public dans le cas d'un auteur français qui avait écrit un livre dans le cadre d'un contrat de droit américain pour le compte d'un tiers et qui revendiquait la paternité, car le livre en question avait été écrit aux États-Unis et distribué dans plusieurs pays, y compris les États-Unis, et le contrat prévoyait l'application de la loi américaine¹⁰⁸.

Recommandation concernant le choix de la loi: titulaire du droit d'auteur

Le principe de la territorialité du droit d'auteur est ou devrait être notablement atténué pour la détermination du titulaire du droit d'auteur, tant initial que par cession. En règle générale, la constance des règles déterminant le titulaire du droit d'auteur à travers les frontières internationales devrait faciliter le commerce international d'œuvres protégées, en particulier dans une ère de communication numérique instantanée et universelle. La loi servant à désigner le titulaire initial devrait donc être la loi du pays ayant la relation la plus significative avec l'œuvre. On peut présumer que ce pays est le pays d'origine.

Toutefois, l'objectif de réduire les obstacles au mouvement transfrontières des œuvres protégées ne devrait pas supplanter l'objectif premier du droit d'auteur international, tel qu'il est énoncé dans la Convention de Berne, qui consiste à "protéger, d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible, les droits des *auteurs* sur leurs œuvres littéraires et artistiques"¹⁰⁹. L'uniformité des approches retenues en matière de choix de la loi pour déterminer le titulaire du droit d'auteur ne devrait pas réduire l'efficacité de la protection des droits des auteurs. De même qu'une application rigide de la loi du pays d'accueil déterminant le titulaire du droit d'auteur pourrait perturber plus qu'il n'est nécessaire la diffusion internationale des œuvres protégées, le recours systématique à la loi du pays d'origine pourrait promouvoir l'apparition – par la manipulation des points de rattachement à l'"origine" – d'un nouveau type de paradis du droit d'auteur¹¹⁰, un paradis non pas pour les pirates, mais pour certains éditeurs et producteurs. Il importe donc de faire en sorte que le pays d'origine soit bien le pays ayant la relation la plus significative avec l'œuvre.

Par conséquent, si le point de départ de l'analyse du choix de la loi déterminant le titulaire du droit d'auteur devrait être la loi du pays d'origine, pour le titulaire initial, ou la loi des contrats pour les cessions, lorsque la législation ou la jurisprudence du pays d'accueil reflète des principes d'ordre public qui protègent fortement les auteurs, le pays d'accueil peut

[Suite de la note de la page précédente]

combinées, 164 RIDA 389 (1995). Voir aussi Jugement du 30 mai 1984 (Marius Constant v. Ste. Warner Bros.), Tribunal de grande instance de Paris, 122 RIDA 220 (1984) (Fr.) (confirmant le droit d'attribution d'un compositeur français de musique de film à l'égard d'un film américain lors de sa distribution en France).

¹⁰⁸ Voir Jugement du 1^{er} février 1989 (Bragance v. de Grèce), Cour d'appel de Paris, 142 RIDA 301, 307, note Sirinelli.

¹⁰⁹ Convention de Berne, préambule, 1^{ère} phrase (c'est nous qui soulignons). Cet objectif fondamental de la Convention de Berne donne à penser que, lorsque celle-ci ne fournit pas de règle pour le choix de la loi, mais laisse les pays membres déterminer la loi applicable, les décisions de ces pays devraient être régies par le principe *favor auctoris*: en cas de doute, retenir la solution qui produit un résultat favorable à l'auteur.

¹¹⁰ Cette expression a été employée par la Commission européenne pour désigner les pays dont le laxisme en matière de loi sur le droit d'auteur incite les pirates à s'implanter dans ces pays, Commission européenne, Proposition de Directive du Conseil concernant les transmissions par câble et par satellite, Mémoire explicatif, COM(91)276 Final, p. 4.

substituer sa propre loi à celle qui serait normalement applicable. Cela signifie par exemple que le pays d'accueil qui cherche à protéger les auteurs contre des cessions imprudentes peut ne reconnaître que la cession d'une partie des droits que l'auteur a cédés en vertu de la loi du pays d'origine ou du contrat¹¹¹. En revanche, même dans les pays d'accueil dont les règles relatives au choix de la loi prescrivent l'application de la loi nationale sur le droit d'auteur aux affaires de cession de droits, les tribunaux devraient examiner la loi du contrat pour faire en sorte que l'application de la loi du pays d'accueil n'ait pas pour effet de donner aux cessionnaires plus de droits que le contrat ne peut en concéder au cocontractant de l'auteur.

V. CHOIX DE LA LOI: VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR

Quelle est la loi à appliquer pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'auteur?

En vertu de l'article 5.2 de la Convention de Berne,

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.

Certains spécialistes considèrent que ce texte annonce une règle relative au choix de la loi et d'autres qu'il s'agit simplement d'une règle de non-discrimination¹¹². Dans le second cas, le pays dans lequel la protection est réclamée n'est pas obligé d'appliquer sa propre loi à un auteur d'un pays de l'Union, dès lors qu'il appliquerait la même loi étrangère à un auteur national dans les mêmes circonstances. Pour ce qui nous concerne, il suffit de suggérer que l'article 5.2 exprime à la fois un principe de non-discrimination et une règle de choix de la loi: il est certain que le passage "se règle exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée" a toute l'apparence d'une règle de compétence législative. C'est pourquoi nous rejeterons aussi une autre interprétation possible de l'article 5.2, selon laquelle cet article prescrirait le recours à tout le droit, y compris les règles applicables en cas de conflit, du pays "où la protection est réclamée". Si l'article 5.2 visait aussi les règles de ce pays relatives au choix de la loi, les parties au litige pourraient être renvoyées d'une loi à l'autre. Cela pourrait entraîner un refus du traitement national: les œuvres étrangères pourraient ne pas recevoir le même traitement de fond que les œuvres locales si le pays appliquait non pas sa loi de fond, mais sa loi sur les conflits et, en conséquence, la loi d'un autre pays à la plainte d'un auteur étranger pour violation du droit d'auteur. Nous postulerons donc que la Convention de Berne désigne la loi de fond du pays concerné.

¹¹¹ L'intensité des principes d'ordre public du pays d'accueil peut varier. Un pays d'accueil peut être très protecteur pour ses propres auteurs et plus tolérant en ce qui concerne les arrangements entre auteurs étrangers et concessionnaires, qui, s'ils avaient été des contrats de droit national, auraient été jugés invalides. *Voir par exemple* 1 HENRI BATIFFOL, *TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ* 580 (1993) (au sujet de la différence entre "ordre public", "ordre public international" et "effet atténué d'ordre public").

¹¹² *Comparer* ROBERTO MASTROIANNI, *DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO D'AUTORE* (1997) et EUGEN ULMER, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE CONFLICT OF LAWS* (1978).

A. *Primauté de la territorialité?*

Mais quel est ce pays? On peut soutenir que le pays compétent est celui dans lequel le titulaire du droit d'auteur réclame une protection, puisque c'est devant les tribunaux de ce pays que le plaignant a choisi d'ester. La plupart des commentateurs de la Convention de Berne rejettent toutefois cette interprétation, soutenant au contraire qu'il faut entendre par "pays où la protection est réclamée" le pays *pour lequel* une protection est demandée contre des atteintes commises dans ce pays¹¹³. Souvent, ce pays sera le même que celui qui est considéré comme compétent, mais on peut supposer qu'un plaignant choisisse d'ester dans un autre pays, par exemple un pays dans lequel le défendeur possède des actifs importants¹¹⁴.

Par conséquent, on peut conclure que l'expression "pays où la protection est réclamée" désigne le pays dans lequel la violation est commise. Mais si tel est le cas, nous devons choisir entre une multiplicité de lois possibles. En particulier dans le cadre des médias numériques, la violation peut se produire dans de nombreux pays à la fois: dans le pays dans lequel la violation alléguée a son origine, ainsi que dans tous les pays dans lesquels la contrefaçon a été communiquée. La Convention de Berne prescrit-elle une approche strictement territoriale, consistant à appliquer successivement la loi de chaque pays de réception, ou suffira-t-il d'appliquer la loi du pays dans lequel la violation a son origine?¹¹⁵

L'application de la loi de chaque pays de réception serait compatible avec une conception généralement admise de la loi internationale sur le droit d'auteur, à savoir qu'il n'existe pas de loi internationale sur le droit d'auteur en tant que telle, mais plutôt une juxtaposition de lois nationales, reliées par la Convention de Berne dans le cadre d'un accord multilatéral de non-discrimination (traitement national)¹¹⁶. En d'autres termes, pour reprendre notre exemple, l'auteur du *Grand Secret* n'est pas seulement titulaire du droit d'auteur en France, mais, en vertu de la Convention de Berne, il l'est aussi au Royaume-Uni, aux États-Unis, au Japon, etc. Chaque marché national pour les œuvres protégées est distinct et - dans le cadre des contraintes minimales de la Convention de Berne - définit le périmètre de la protection locale. Par conséquent, en appliquant moins que l'ensemble des lois de tous les pays dans lesquels la violation alléguée s'est produite, on ne tiendrait pas compte de la nature fondamentale du droit d'auteur international en vertu de la Convention de Berne¹¹⁷.

¹¹³ Voir par exemple A. LUCAS & H.-J. LUCAS, *TRAITÉ DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE*, pages 1066-1074 (1994); H. DESBOIS ET AL., *LES CONVENTIONS INTERNATIONALES DU DROIT D'AUTEUR ET DU DROIT VOISIN*, pages 135-39 (1976); Stefania Bariatti, *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, 1996 AIDA 59, 70.

¹¹⁴ Voir CLAUDE MASOUYÉ, *GUIDE DE LA CONVENTION DE BERNE*, § 5.7 (1978).

¹¹⁵ Comparer P-Y Gautier, *Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage immatériel des œuvres*, D.1996.131 (qui recommande une application distributive de la loi des pays de réception), et A. Kéréver, *Droit d'auteur et satellites spatiaux*, 121 RIDA 27, 51-53 (1984) (qui préconise l'application de la loi du pays d'émission vers le satellite en cas de violation par l'intermédiaire d'un satellite) et LUCAS & LUCAS, *supra* note 113, p. 1074 (qui affirme qu'il est compatible avec l'article 5.2 de généraliser aux actions en violation multiterritoriale la compétence du pays dans lequel le fait générateur s'est produit); voir aussi *id.* p. 980 (préconisant l'application de la loi du pays du fait générateur en vertu du droit international privé français).

¹¹⁶ Voir par exemple Jon Baumgarten, *Primer on the Principles of International Copyright*, in *FOURTH ANNUAL U.S. COPYRIGHT OFFICE SPEAKS: CONTEMPORARY COPYRIGHT AND INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES* 470, 471 (1992).

¹¹⁷ Voir par exemple Graeme W. Austin, *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Laws in Transnational Litigation*, 23 COLUM.-VLA J. L. & ARTS (parution en 1998).

Toutefois, l'application d'une telle approche territoriale aux violations très étendues et simultanées que l'Internet rend possibles semble rendre la tâche de juger une plainte pour violation multiterritoriale presque impossible, d'où les tentatives de faire une autre interprétation de la disposition "pays où la protection est réclamée". Si nous considérons que le pays dans lequel la violation alléguée a son origine est le pays envisagé par l'article 5.2 de la Convention de Berne, la tâche paraît quelque peu plus simple. Dans un contexte similaire, celui des transmissions par satellite – nouvelle technologie antérieure qui permettait de diffuser instantanément des œuvres dans plusieurs pays – la Commission européenne a déterminé que le pays à partir duquel l'acte de "communication au public" qui déclenche la violation du droit d'auteur se produit est le pays à partir duquel le signal est transmis au satellite¹¹⁸. La Directive sur les satellites offre donc des arguments importants pour considérer que le "pays où la protection est réclamée" est le pays dans lequel la violation multiterritoriale a son origine. Dans le cas du *Grand Secret*, cette approche signifierait que les plaintes des éditeurs français concernant les actes du défendeur britannique seraient régies par la loi anglaise sur le droit d'auteur, tandis que les plaintes visant des violations ayant leur origine sur le site Web des États-Unis seraient régies par la loi américaine sur le droit d'auteur¹¹⁹. Mais l'objectif du choix de la loi n'est pas simplement de réduire le nombre de lois qui pourraient être appliquées; il est ou devrait être de déterminer la règle qui désignera le pays le mieux placé pour accorder une réparation internationale efficace¹²⁰. Cet objectif guidera l'analyse des solutions autres que la territorialité.

B. Solutions autres que la territorialité

1. L'exemple américain de l'exemplaire initial

Revenons sur notre exemple du *Grand Secret* et supposons que la communication constituant la violation alléguée a son origine sur un site Web situé aux États-Unis. Dans le cadre d'une approche purement territoriale, la loi américaine sur le droit d'auteur s'appliquerait à tous les cas d'accès à l'œuvre aux États-Unis, et le tribunal devrait être en mesure de prononcer une injonction visant le fonctionnement global du site américain, à supposer que le principal établissement commercial de l'exploitant du serveur ou du site Web soit implanté sur

¹¹⁸ Voir Directive du Conseil 93/83, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, J.O.1993 (L 248) 15, article 2 b). Cette directive localise l'acte de communication "uniquement dans l'État membre dans lequel, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, les signaux porteurs de programmes sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication ..."

¹¹⁹ Pour le moment, nous considérons que l'exploitant du site Web a son établissement commercial dans le même pays que le serveur qui accueille le site. En fait, il est fort possible que le site Web soit installé sur un serveur situé dans un pays autre que celui de l'exploitant.

¹²⁰ Voir par exemple Paul Edward Geller, *Conflict of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World*, 20 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 571, 597 (1996) (qui formule un argument similaire dans le contexte des violations pour lesquelles il n'est pas facile d'identifier le point d'origine); Michel Vivant, *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, JCP 1996.I.3969, p. 6 (qui soutient que ce pays pourrait être le pays compétent lorsqu'il est aussi le pays du siège de l'émetteur de la communication numérique); Mihály Ficsor, *Choice of Law and the Internet: Getting Rid of False Dreams and Misleading Metaphors*, communication présentée à la sixième Conférence annuelle sur le droit et la politique internationaux du droit d'auteur, Fordham Law School (avril 1998).

le territoire des États-Unis. Mais quelle est la loi applicable aux exemplaires réalisés hors des États-Unis, lorsque des utilisateurs étrangers se connectent au site américain? Est-ce toujours la loi des États-Unis ou est-ce celle des pays d'utilisation finale?

Dans une série de décisions qui remontent à 1939, le deuxième circuit s'est prononcé en faveur de l'application de la loi américaine à la distribution d'exemplaires à l'étranger, lorsque ces exemplaires étaient des reproductions ultérieures d'une contrefaçon initialement réalisée aux États-Unis¹²¹. D'autres tribunaux ont aussi appliqué la règle de l'exemplaire initial à l'application extraterritoriale de la loi américaine sur le droit d'auteur¹²². Toutefois, le deuxième circuit applique différemment la règle de l'exemplaire initial lorsque le plaignant cherche à obtenir réparation pour l'*exécution* à l'étranger d'une œuvre protégée. Lorsqu'une exécution non autorisée se fait à l'étranger, on considère que le lien matériel avec les États-Unis que constitue une reproduction initiale non autorisée manque¹²³.

Une récente décision du neuvième circuit reprend les deux volets de la doctrine appliquée par le deuxième circuit en ce qui concerne la portée extraterritoriale de la loi américaine sur le droit d'auteur. Dans *Los Angeles News Service v. Reuters Television International*¹²⁴, le plaignant a filmé des scènes des émeutes de 1992 à Los Angeles qui ont suivi l'acquittement des policiers qui avaient tabassé Rodney King. Il a autorisé NBC à diffuser ces scènes aux États-Unis. Sans la permission du plaignant, NBC a aussi transmis des extraits du film à des bureaux d'agences de presse étrangères à New York. Des copies vidéo ont été faites à New York à partir de ces transmissions et ces copies ont ensuite été transmises en Europe et en

¹²¹ Voir par exemple *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures, Corp.*, 106 F.2d 45 (2d Cir. 1939), *aff'd* 309 U.S. 390 (1940) (la distribution d'un film au Canada a été considérée comme une violation des droits du plaignant sur son œuvre théâtrale); *Update Art Inc. v. Modiin Publ'g Ltd.*, 843 F.2d 67 (2d Cir. 1988) (publication en Israël d'une photographie d'une affiche, la photographie initiale ayant été prétendument faite aux États-Unis et envoyée en Israël pour reproduction et distribution); *Famous Music Corp. v. Seeco Records, Inc.*, 201 F. Supp. 560 (S.D.N.Y. 1961) (disques pirates vendus en Europe et prétendument fabriqués à partir d'une bande magnétique illicitement reproduite aux États-Unis); voir aussi *Fun-Damental Too, Ltd. v. Gemmy Indus. Corp.*, 41 U.S.P.Q.2d 1427 (S.D.N.Y. 1996) (non-lieu dans une affaire de violation de droit d'auteur parce que le plaignant "n'a pas allégué une violation commise aux États-Unis entraînant une violation extraterritoriale").

¹²² Voir *P & D Int'l v. Halsey Publ'g Co.*, 672 F. Supp. 1429 (S.D. Fla. 1987) (projection non autorisée sur un bateau de croisière d'une copie de film réalisée sans autorisation à Miami).

¹²³ Voir *Robert Stigwood Group Ltd. v. O'Reilly*, 530 F.2d 1096, 1100 (2d Cir. 1976) (qui fait une distinction avec *Sheldon*, 106 F.2d 45, au motif que cette affaire concernait une reproduction américaine reproduite à nouveau au Canada, alors que l'affaire jugée concernait des interprétations ou des exécutions en direct au Canada); *Gasté v. Kaiserman*, 683 F. Supp. 63, 65 (S.D.N.Y.), *aff'd*, 863 F.2d 1061 (2d Cir. 1988) (pas de réparation pour des exécutions à l'étranger constituant une atteinte, sauf si le plaignant peut montrer que ces interprétations ou exécutions résultaient de la reproduction d'enregistrements initialement réalisés aux États-Unis). *Accord*, *Allarcom Pay TV Ltd. v. General Instrument Corp.*, 69 F.3d 381, 387 (9th Cir. 1995) (dans une controverse concernant le détournement d'un signal transmis par câble vers des spectateurs canadiens, la cour a soutenu qu'il était indifférent que le défendeur américain ait autorisé les Canadiens à utiliser le signal ou l'ait lui-même diffusé des États-Unis vers le Canada. Dans les deux cas, l'atteinte éventuelle n'a été menée à terme au Canada qu'une fois le signal reçu et visualisé).

¹²⁴ *L.A. News Serv. v. Reuters Television*, 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998).

Afrique. D'après une décision antérieure du neuvième circuit¹²⁵, les transmissions à partir de New York vers l'Europe et l'Afrique n'étaient pas des atteintes commises aux États-Unis et ne relevaient donc pas de la loi américaine. En revanche, les actes non autorisés qui ont débouché sur ces transmissions relevaient bien de la loi américaine sur le droit d'auteur. Puisque la transmission entre la Californie et New York a eu lieu au États-Unis et que des copies des bandes ont été faites à New York, le tribunal a appliqué la théorie du fait générateur, permettant au plaignant d'obtenir réparation pour tous les actes, nationaux ou étrangers, découlant de la transmission non autorisée initiale, à l'intérieur des États-Unis, de la bande vidéo vers les bureaux des agences de presse étrangères à New York et de la copie non autorisée de cette transmission sur des bandes vidéo.

L'affaire *Reuters* illustre la distinction artificielle que la jurisprudence américaine a faite entre l'origine aux États-Unis d'une exécution reçue à l'étranger, et la création aux États-Unis d'un exemplaire à partir duquel des exemplaires ultérieurs ont été produits à l'étranger. Dans ce dernier cas, le fait qu'une violation ait été commise à l'intérieur des frontières des États-Unis autorise le tribunal à sanctionner les autres violations commises hors des États-Unis. En revanche, les tribunaux ont soutenu que le droit d'exécution public n'est pas violé aux États-Unis sauf si l'exécution est reçue aux États-Unis. Cette approche est en contradiction totale avec celle de la Commission européenne qui considère que l'acte de communication au public constituant une violation du droit d'auteur est réalisé lorsque l'œuvre est mise à disposition (au moins par satellite¹²⁶) et non lorsqu'elle est effectivement reçue. Si l'on compare ces deux doctrines, il est possible qu'une transmission non autorisée ayant son origine dans les États-Unis mais étant reçue en Europe ne viole aucun droit, car la loi du pays d'origine considère qu'il n'y a pas eu d'atteinte au droit d'auteur à l'intérieur de ses frontières, et les lois des pays de réception ne s'appliquent pas à la réception de la transmission.

L'Internet pourrait éviter cette impasse, car toute transmission implique aussi la création de copies dans l'ordinateur du récepteur¹²⁷. Toutefois, en ce qui concerne un site Web implanté aux États-Unis, même si les seuls utilisateurs qui téléchargent l'œuvre sont situés en dehors des États-Unis, la présence d'un exemplaire non autorisée de l'œuvre sur un serveur situé aux États-Unis suffirait à constituer une violation. De même, si le défendeur américain met des exemplaires à la disposition de participants étrangers par l'intermédiaire du courrier électronique, il y aura eu copie initiale aux États-Unis lorsque la partie américaine qui est à l'origine de la diffusion à l'étranger injecte le document dans un serveur américain à partir duquel il sera transmis à l'étranger. En d'autres termes, pour envoyer un document par courrier électronique, l'émetteur ne se défait pas de sa copie; il réalise une nouvelle copie lorsqu'il exécute l'ordre d'annexer au courrier électronique le fichier contenant le document. En conséquence, lorsque les États-Unis sont le centre névralgique de la distribution à l'étranger, des actes nationaux de planification et d'exécution de la diffusion, même s'ils ne consistent qu'à envoyer une transmission numérique vers un site Web situé à l'étranger par l'intermédiaire d'un serveur situé aux États-Unis, justifieraient l'application de la loi des

¹²⁵ Voir *Allarcom Pay T.V. Ltd. v. General Instrument Corp.*, 69 F.3d 381 (9th Cir. 1995) (pas de violation aux États-Unis lorsque le détournement de signaux satellites a son origine aux États-Unis mais que les émissions sont reçues au Canada).

¹²⁶ Voir Directive sur les satellites, article 2 b).

¹²⁷ Voir décision citée *supra*, note 32.

États-Unis aux communications étrangères, non seulement parce qu'un exemplaire initial est produit aux États-Unis, mais aussi parce que les États-Unis sont le pays ayant la relation la plus étroite avec le préjudice qui en résulte¹²⁸.

Certains auteurs, notamment le Professeur Graeme Austin, ont critiqué énergiquement la théorie de l'exemplaire initial et ses conséquences. L'application du droit des États-Unis devrait être limitée au territoire des États-Unis; les exemplaires ou transmissions reçus en dehors des États-Unis devraient relever de la loi des pays de réception¹²⁹. De même, le Professeur Curtis Bradley a soutenu que l'application des lois américaines relatives au droit d'auteur à des actes qui se sont produits en dehors des États-Unis va à l'encontre du système de la Convention de Berne consistant à tolérer une divergence internationale des régimes de droit d'auteur (sous réserve que les minimums prévus par la Convention soient respectés): l'imposition unilatérale des lois d'un pays sur le territoire d'un autre pays ne respecte pas le choix offert par la Convention de Berne de façon à permettre une certaine diversité entre les lois nationales sur le droit d'auteur¹³⁰.

On peut faire une autre objection à la méthode américaine consistant à déterminer le point de rattachement par l'exemplaire initial ou par le fait générateur: les tribunaux américains ne traitent pas cette doctrine comme une véritable règle bilatérale de choix de la loi. Au contraire, ils paraissent y recourir avant tout lorsqu'elle justifie l'application de la loi américaine par les tribunaux des États-Unis¹³¹. Les tribunaux des États-Unis semblent beaucoup plus enclins à appliquer le principe de la territorialité lorsque l'application de la loi du pays dans lequel s'est produit le fait générateur entraînerait l'application par un tribunal américain d'une loi *étrangère* qui ne sanctionnerait pas un acte que la loi des États-Unis considérerait comme une atteinte¹³².

¹²⁸ Cf. Conseil d'État (France), INTERNET ET RÉSEAUX NUMÉRIQUES, *supra* note 53, p. 148-51 (la loi régissant l'intégralité de la plainte pour violation est celle du pays ayant la relation la plus étroite avec le préjudice; ce pays est présumé être le pays de résidence ou d'établissement principal de l'entité qui injecte l'œuvre lorsqu'il est membre de l'Union européenne; on pourrait élargir ce principe au-delà des pays de l'UE aux pays ayant un niveau aussi élevé de protection du droit d'auteur).

¹²⁹ Pour un développement de cet argument, voir Graeme Austin, *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation*, 23 COLUM.-VLA J. L. & ARTS (parution en 1998).

¹³⁰ Curtis Bradley, *Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism*, 37 VA. J. INT'L L. 505, 549 (1997).

¹³¹ On peut trouver une exception dans *Creative Technology v. Aztech Sys.*, 61 F.3d 696 (9th Cir. 1996), affaire dans laquelle un producteur de logiciels de Singapour avait accusé un autre producteur de Singapour de reconstituer son programme à Singapour et de le distribuer aux États-Unis. La loi des États-Unis s'appliquait à la distribution aux États-Unis, mais la majorité du groupe d'experts du neuvième circuit a jugé la plainte irrecevable pour des motifs de *forum non conveniens*, affirmant qu'il serait préférable d'ester dans le pays dans lequel les actes qui ont abouti à la distribution aux États-Unis avaient leur origine.

¹³² Cf. *Playboy Ents. v. Chuckleberry*, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996) (application de la loi des États-Unis plutôt que celle de l'Italie à la réception aux États-Unis d'une page Web transmise depuis un serveur situé en Italie; le tribunal italien avait précédemment, et contrairement à la détermination rendue dans la procédure américaine en vertu de la loi des États-Unis, considéré que l'utilisation de "Playmen" pour un magazine "pour adultes" ne portait pas atteinte à la marque appartenant à Playboy).

En résumé, l'approche américaine du choix de la loi pour les plaintes concernant des violations transnationales du droit d'auteur (que le médium soit analogique ou numérique) paraît favoriser la loi du pays dans lequel s'est produit le fait générateur (du moins lorsqu'un exemplaire matériel est réalisé à l'intérieur des frontières des États-Unis), lorsque ce fait s'est produit aux États-Unis, mais favoriser la loi du pays de réception, lorsque ce pays est les États-Unis et que le fait générateur s'est produit ailleurs. En d'autres termes, il se pourrait bien que les tribunaux des États-Unis privilégient la *lex fori* dans les affaires de droit d'auteur transnationales.

2. Autres points de rattachement

a. Fait générateur

La Directive sur les satellites de l'Union européenne contient une approche similaire à celle de l'exemplaire initial. Toutefois, dans ce cas l'acte qui constitue une violation du droit d'auteur n'est pas la réalisation d'un exemplaire, mais la communication au public¹³³. Mais surtout, lorsque la Directive est d'application, le seul acte qui viole le droit d'auteur est l'envoi du signal au satellite. La réception du signal ne fait pas intervenir le droit d'exécution publique. Le motif de l'approche retenue dans la Directive était de simplifier l'obtention d'une autorisation par l'exploitant du satellite¹³⁴. La même préoccupation pourrait aussi s'appliquer à l'exploitant d'un média numérique cherchant à organiser la gestion de son site Web et à prévoir quelles pourraient être ses responsabilités¹³⁵. Toutefois, ce dernier aspect semble favoriser les entrepreneurs numériques au détriment des titulaires de droits d'auteur. Il est certain que l'application de la loi du pays d'origine ne permettrait pas d'obtenir une réparation efficace si l'instigateur de la transmission a, par opportunisme, relocalisé son entreprise dans un pays dont la législation sur le droit d'auteur offre une protection réduite¹³⁶. Il y a d'autres considérations qui pourraient aussi militer en faveur de l'application de la loi des pays de réception plutôt que de celle du pays d'origine¹³⁷. Par exemple, on pourrait soutenir qu'il convient d'appliquer le principe du point d'origine lorsque, comme dans le cas des transmissions par satellite, le point d'origine est unique; toutefois, dans le cas des communications numériques il peut y avoir plusieurs points d'origine¹³⁸. En outre, dans le cas des communications numériques, le lieu

¹³³ Voir Directive sur les satellites, article 2 b).

¹³⁴ Voir *id.* Recitals 5-7, 13-15.

¹³⁵ Accord, LUCAS & LUCAS, *supra* note 113, p. 980 ("une des justifications essentielles de l'application de la *lex loci delicti* dans les affaires de violation du droit d'auteur renvoie logiquement à la loi du lieu d'origine de la violation, car c'est dans le pays dans lequel il a ses activités que l'exploitant devrait pouvoir organiser son exploitation").

¹³⁶ Dans sa communication donnant suite au Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, la Commission européenne a exprimé certains doutes quant à la transposition à l'Internet de la démarche retenue dans le cadre de la Directive sur les satellites. Elle a indiqué que, d'une part, il serait difficile d'identifier un point d'origine unique pour la transmission et d'autre part le point d'origine pourrait se trouver dans un pays qui refuse toute protection efficace. COM(96)568 final, 20 novembre 1996, p. 23-24 et note 35.

¹³⁷ Pour une analyse plus approfondie, voir par exemple Peter Schønning, *Applicable Law in Transfrontier On-Line Transmissions*, 170 RIDA 21 (1996); P-Y Gautier, *Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage immatériel des œuvres*, D.1996.131.

¹³⁸ Voir Peter Schønning, *supra* note 137, p. 37.

d'implantation des serveurs peut être sans intérêt et il est souvent fortuit dans la chaîne de transmission; au contraire, les effets d'une communication non autorisée sont ressentis dans les pays de réception¹³⁹.

Il est vrai que la communication numérique pourrait devenir disponible depuis plusieurs points (comme dans le cas du *Grand Secret*). Si chaque site Web est un point d'origine, convient-il d'appliquer plusieurs lois? Dans l'affirmative, l'application de la loi du pays d'origine de la communication pourrait ne pas être moins complexe que l'application de la loi des pays de réception. Néanmoins, l'application de la loi du pays d'origine pourrait toujours simplifier le traitement des affaires. Le problème que pose la multiplicité des sites Web est qu'il peut y avoir multiplicité des défendeurs, puisque chaque exploitant de sites met l'œuvre à la disposition du public. Les autres défendeurs pourraient être les services en ligne par l'intermédiaire desquels les sites Web deviennent accessibles, du moins lorsque le service en ligne a connaissance du contenu du site ou exerce une influence sur ce contenu¹⁴⁰. Pour ce qui est d'une action en dommages-intérêts, le titulaire du droit d'auteur ne peut pas poursuivre tous ceux qui sont soupçonnés de violation, car il est probable que beaucoup d'entre eux seront à l'abri de tout jugement. Il limitera ses poursuites aux acteurs commerciaux, y compris, le cas échéant, les services en ligne. En outre, ces acteurs sont plus susceptibles que des particuliers de faire l'objet d'une action personnelle dans des pays autres que celui de leur domicile. Surtout, en ce qui concerne une action visant à faire ordonner la cessation de la communication de l'œuvre à partir du site Web, la réparation du préjudice subi par le titulaire du droit d'auteur sera plus efficace si la communication peut être arrêtée à sa source (en particulier à l'emplacement du serveur), mais il est peu probable que cela se produise si la loi du pays d'origine ne s'applique pas (et, bien sûr, si la communication est illicite en vertu de cette loi).

Il reste le problème du choix de la juridiction la plus favorable: qu'en est-il si le pays dans lequel les actes ont leur origine prévoit une protection très faible du droit d'auteur? Face à la perspective d'un refus de protection par l'application d'une loi étrangère, lorsque la loi locale aurait accordé une protection, le tribunal local sera-t-il tenté de ne pas appliquer la loi étrangère, en particulier si le for est le domicile du plaignant? Toute règle relative au choix de la loi doit tolérer des résultats divergents, mais la règle est sérieusement mise à mal si elle finit par promouvoir la manipulation des facteurs établissant la relation de façon que le résultat le moins protecteur soit toujours obtenu. Dans le cas d'une règle prescrivant l'application de la

¹³⁹ Voir *id.*, p. 47. L'implantation du serveur peut toutefois être importante dans plusieurs situations, par exemple lorsque le serveur d'accueil est aussi l'exploitant du site Web ou lorsque le défendeur a choisi un serveur particulier en raison de sa capacité de traitement supérieure.

¹⁴⁰ Le degré auquel les services en ligne qui ne sont pas eux-mêmes l'origine du contenu qu'ils transmettent sont responsables pour avoir mis ce contenu à la disposition du public a fait l'objet d'un débat considérable aux États-Unis. *Comparer Playboy v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993) (qui retient la responsabilité directe de l'exploitant d'un service d'affichage pour la communication de photographies scannées par les abonnés à BBS sans autorisation du magazine *Playboy*) et *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995) (rejetant la responsabilité directe du service en ligne pour le simple transit de contenus injectés par des abonnés, mais retenant la possibilité d'une responsabilité accessoire si, une fois qu'il a été avisé du fait que la communication n'était pas autorisée, le service en ligne ne l'a pas retirée du serveur). La Loi des États-Unis sur le droit d'auteur à l'âge numérique (U.S. Digital Millennium Copyright Act) maintient la responsabilité en matière de droit d'auteur des fournisseurs de services en ligne qui ont connaissance du fait que le contenu qu'ils accueillent constitue une violation, ou qui retirent un avantage financier direct du fait d'accueillir ce contenu alors qu'ils ont le droit et la possibilité de contrôler le contenu de leur site. Voir 17 U.S.C. § 512 c) 1).

loi du pays d'origine, cela signifie que la règle posera un problème si elle encourage la diffusion (que ce soit par satellite ou par moyen numérique) d'œuvres à partir de paradis du droit d'auteur, c'est-à-dire de pays n'accordant guère de protection du droit d'auteur¹⁴¹. Ce problème n'est pas nouveau dans le contexte des transmissions numériques. Face à des préoccupations similaires, la Directive sur les satellites reconnaît que le principe du point d'origine ne fonctionnera que si les pays participants ont tous un niveau suffisant de protection du droit d'auteur. Par conséquent, elle prévoit un autre point de rattachement lorsque le siège de l'entité d'origine de la transmission se trouve dans un État membre¹⁴². Si l'on applique par analogie ce principe aux transmissions numériques, le fait générateur devrait être réputé avoir eu lieu là où se trouve le serveur qui accueille le site Web responsable de la violation. Mais si ce serveur est situé dans un paradis du droit d'auteur, le fait générateur devrait alors être réputé avoir eu lieu dans le pays de résidence ou d'activité commerciale principale du défendeur. Si toutefois ces deux pays sont des paradis du droit d'auteur, le principe consistant à fonder le point de rattachement sur le fait générateur ne s'appliquera pas. Nous envisagerons donc d'autres possibilités.

b. Résidence de l'auteur

Revenons sur la formule de l'article 5.2 de la Convention de Berne, "la législation du pays où la protection est réclamée". Dans la section précédente, nous avons traité cette expression comme une variante de la règle du droit relatif aux quasi-délits régissant le choix de la loi qui désigne le lieu du préjudice, mais nous avons considéré que ce lieu était le pays d'origine plutôt que le pays d'effet du préjudice. Voyons maintenant le cas de la désignation contraire, la *lex loci delicti* au sens du lieu où le préjudice est subi. Nous avons précédemment formulé la crainte que cette approche n'entraîne une complexité excessive, car si l'auteur a subi un préjudice dans chaque marché national de l'œuvre, il pourrait y avoir trop de lieux d'effet du préjudice. Mais il y a une autre façon de considérer l'effet de la violation: le préjudice concerne tant la personnalité de l'auteur (violation du droit moral) que son portefeuille (violation des droits économiques). Ces préjudices sont subis là où l'auteur réside (ou, lorsque le titulaire du droit d'auteur est une personne morale, là où elle a son principal établissement commercial)¹⁴³.

Cette solution présente certainement l'avantage de la simplicité, mais elle peut être *trop* simple¹⁴⁴. Elle tend à compromettre le rôle d'une règle sur le choix de la loi pour ce qui est de permettre aux acteurs commerciaux de prévoir leurs responsabilités. En outre, elle pourrait être en contradiction avec la loi d'un pays qui a exercé sa juridiction sur la base d'un lien

¹⁴¹ Voir Commission européenne, Proposition de Directive du Conseil concernant les transmissions par câble et par satellite, Mémoire explicatif, COM (91)276 final p. 4.

¹⁴² Voir *id.*

¹⁴³ Voir François Dessemontet, *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, dans KATHARINA BOELE-WOELKI & CATHERINE KESSEDJIAN, SOUS LA DIR. DE, INTERNET, WHICH COURT DECIDES, WHICH LAW APPLIES? 47(1998) (qui se prononce en faveur de ce point de rattachement); voir Stefania Bariatti, *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, AIDA 1996.59, 80-81. Voir Conseil d'État (France), INTERNET ET RÉSEAUX NUMÉRIQUES, *supra* note 53, p. 151 (préconisant l'application de la loi du pays à partir duquel l'œuvre est transmise, si ce pays est un pays de l'Union européenne et sinon, la loi du pays ayant la relation la plus significative avec le préjudice; ce pays est présumé être celui où réside l'auteur).

¹⁴⁴ Sauf lorsque l'œuvre a plusieurs auteurs qui résident dans différents pays, situation qu'on peut tout à fait envisager dans la mesure où l'Internet rend de plus en plus facile la création d'œuvres par plusieurs collaborateurs éloignés les uns des autres.

territorial entre le pays et la plainte. D'une part, l'auteur demande au pays d'exercer sa compétence sur le défendeur parce que le défendeur a envoyé l'œuvre depuis ce pays ou l'a mise à la disposition du public dans ce pays. Il demandera aussi au tribunal d'interdire la diffusion de l'œuvre depuis le pays ou à l'intérieur de celui-ci et d'accorder des dommages-intérêts pour tous les exemplaires déjà diffusés. Mais d'autre part, il ne demandera pas au tribunal de déterminer si l'acte du défendeur était *illicite* en vertu de la loi du pays, si ce pays n'est pas celui dans lequel il réside.

Une réponse évidente à cette objection est la suivante: l'objet du droit international privé est justement d'appliquer une loi autre que celle du for. Mais, dans ce cas, la loi du pays de l'auteur peut être en contradiction avec celle du for. On pourrait néanmoins toujours désigner la loi du pays de résidence de l'auteur comme la loi généralement applicable, mais reconnaître que certains pays pourraient déterminer que les conséquences de l'application de cette loi sont en contradiction avec des principes importants d'ordre public. Ces pays finiraient donc par appliquer la loi locale, du moins à la partie de la plainte multiterritoriale qui peut être localisée sur leur territoire. Il y a là une possibilité, mais il faut aussi reconnaître qu'une règle relative au choix de la loi qui est susceptible d'être fréquemment subordonnée à des considérations d'ordre public mérite d'être réexaminée. Nous envisagerons donc d'autres points de rattachement.

c. Points de rattachement multiples

La difficulté qu'on rencontre lorsqu'on cherche à déterminer une règle satisfaisante pour le choix de la loi est peut-être due au fait qu'on cherche à sélectionner un point de rattachement unique. Le point de rattachement constitué par la résidence de l'auteur est peut-être une simplification excessive; notamment, il ne tient pas suffisamment compte du fait que les défendeurs ont besoin d'organiser leurs affaires en s'appuyant sur des normes de responsabilité prévisibles. Le point de rattachement désigné par le fait générateur peut être trop facilement manipulé. On pourrait peut-être préserver les avantages, en termes de prévisibilité pour les défendeurs, de l'application de la loi du pays du défendeur, et éviter les conséquences néfastes de la manipulation du point de rattachement, si la règle régissant le choix de la loi désignait plusieurs points de rattachement, dont le pays de résidence ou d'activité commerciale principale du défendeur¹⁴⁵.

La conception des conflits qui désigne la loi du pays ayant la relation la plus significative avec le préjudice identifie aussi diverses lois nationales potentiellement applicables¹⁴⁶. Plusieurs auteurs ont proposé des "points de rattachement en cascade" pour déterminer le droit applicable aux violations commises par l'Internet¹⁴⁷. Plus récemment, Andreas Reindl a

¹⁴⁵ La technique consistant à désigner un point de rattachement principal, mais non exclusif, n'est pas nouvelle. Voir par exemple Conférence de La Haye sur le droit international, Recueil de conventions (1951-1996), n° XIX, Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, article 3 (le point de rattachement dominant est l'État dans lequel l'accident a eu lieu); 4 (autres points de rattachement qui priment sur l'État dans lequel l'accident a eu lieu); *id.*, n° XX, Convention sur la responsabilité du fait des produits, articles 4-6 (énonçant des combinaisons de points de rattachement).

¹⁴⁶ Voir American Law Institute, Restatement (Second) of Conflict of laws ch. 7 § 145 (1988).

¹⁴⁷ Voir par exemple François Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, 1996 SJZ 92 (n° 15) 285-94 (droit du pays de résidence de l'auteur, combiné avec d'autres critères); Jane Ginsburg, *Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure*, 42 J. Copyr. Soc. 318, 337-38 (1995) (loi du for, si c'est aussi la loi

proposé de considérer le lieu d'activité commerciale du défendeur comme le principal point de rattachement, mais tout en offrant au plaignant la possibilité d'appliquer la loi des pays de réception, lorsque l'usage fait par le défendeur obéissait à des fins commerciales. Lorsque l'usage n'est pas commercial, le plaignant ne pourrait appliquer que la loi des pays dans lesquels le préjudice causé à ses intérêts économiques est substantiel. Dans les deux cas, l'option du plaignant dépend de la prévisibilité du préjudice dans les pays dont il cherche à faire appliquer la loi¹⁴⁸.

Pour ce qui est des fournisseurs d'accès dont les serveurs accueillent le site Web responsable de l'atteinte, mais qui ne participent pas directement à la sélection du contenu et n'en retirent aucun avantage financier, seule la loi du pays du fournisseur d'accès s'appliquera, car le critère de prévisibilité ne sera probablement pas satisfait. Ce résultat présente l'avantage de la simplicité, mais son intérêt dépendra du contenu de la loi du pays du fournisseur d'accès. Pour ce qui est des exploitants de sites Web qui affichent les copies constituant de prétendues violations, le titulaire du droit d'auteur a souvent le choix entre la loi du pays du défendeur et celle des pays de réception ou des pays dans lesquels se produit un préjudice économique substantiel. Lorsque la loi du pays du défendeur offre un niveau de protection suffisant, le titulaire du droit d'auteur peut préférer appliquer cette loi, d'une part car elle simplifie la tâche du tribunal (en particulier si le for est aussi celui du défendeur) et aussi parce que, dans certains cas, cette loi peut en fait assurer une *meilleure* protection que la loi de certains des pays de réception. Ce dernier aspect rend la proposition de Reindl intéressante pour les plaignants dans les affaires de droit d'auteur. Est-elle équitable pour les défendeurs? On peut soutenir que les défendeurs ont, de fait, déjà cherché à obtenir l'application de la loi la plus favorable en implantant leur résidence ou leur activité commerciale dans un pays donné. Si un défendeur souhaite être assujéti à une loi plus faible, il peut relocaliser ses activités. Par conséquent, il ne peut pas être inéquitable d'assujettir un défendeur à l'application mondiale d'une loi qu'il a lui-même choisie¹⁴⁹.

En revanche, cette approche abandonne la prémisse fondamentale de la territorialité qui sous-tend l'article 5.2 de la Convention de Berne. Elle ignore le fait que les pays souverains pourraient avoir intérêt à ce que leur loi soit appliquée à des violations qui peuvent être localisées sur leur territoire. On peut soutenir que l'article 5.2 est suffisamment souple pour que le principe de la territorialité permette d'atteindre un autre objectif principal de la Convention de Berne, à savoir une défense efficace du droit d'auteur. Plus l'action est simple, plus il est probable que l'auteur pourra atteindre cet objectif. En revanche, une défense efficace du droit d'auteur présuppose que l'auteur *jouit* de ce droit dans chacun des territoires où il cherche à obtenir que son droit soit respecté. La territorialité reste donc un aspect dérangerant qui provoque un certain malaise même avec des solutions qui, grâce à l'utilisation d'autres points de rattachement, peuvent au moins dans certains cas permettre d'obtenir des résultats qui offrent une réparation acceptable aux titulaires de droits, tout en préservant l'équité à l'égard des défendeurs.

[Suite de la note de la page précédente]

du pays de résidence ou d'établissement commercial du défendeur, ou loi du pays dans lequel la violation a son origine).

¹⁴⁸ Voir Andreas Reindl, *Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks*, 19 Mich. J. Int'l. L. 799, 852 (1998).

¹⁴⁹ Cet argument pourrait avoir pour conséquence involontaire d'accélérer la fuite vers des paradis du droit d'auteur.

3. Territorialité bis: présomption d'application de la *lex fori*

Revenons donc sur l'interprétation territorialiste de l'article 5.2 de la Convention de Berne. Elle présente l'avantage de préserver la cohérence avec la règle du traitement national et de respecter la souveraineté nationale dans la définition du périmètre de chaque marché national du droit d'auteur. Son inconvénient est que son application pourrait être très complexe. Toutefois, il est peut-être possible de réduire cette complexité. Rappelons que, outre qu'elle exige la non-discrimination, la Convention de Berne impose certains minima pour ce qui est des objets et des droits protégés. De plus, 131 pays sont maintenant parties à la Convention de Berne et plusieurs autres sont membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'adhésion à l'OMC exige la ratification de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), lequel reprend les minima de la Convention de Berne)¹⁵⁰. Par conséquent, les lois de ces pays, du moins sur le plan formel, respectent ces minima. À l'avenir, le seuil de protection commun pourrait encore être relevé grâce aux normes énoncées dans les nouveaux traités de l'OMPI négociés en décembre 1996¹⁵¹. Ainsi, un des moyens de surmonter la difficulté que pose l'application distributive de la loi des pays de réception des communications constituant une violation pourrait consister à présumer que les lois de tous ces pays ont intégré les minima de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC, et à laisser au défendeur la charge de prouver le contraire¹⁵².

En résumé, la solution qui paraît respecter le principe de la territorialité tout en diminuant la complexité consiste à appliquer la *lex fori* (lorsque le for est membre de l'Union de Berne ou de l'OMC), sauf preuve de l'existence de divergences territoriales spécifiques. Cette interprétation est compatible tant avec le libellé de l'article 5.2 de la Convention de Berne (pays où la protection est réclamée) qu'avec le *lex loci delicti*, puisque nous présumons que la teneur de la loi du for est compatible avec celle de toutes les *leges locorum delictorum*. En outre, vu les bases de la compétence judiciaire, le for sera soit le pays d'origine du préjudice, soit un pays dans lequel le préjudice est ressenti.

Recommandation concernant le choix de la loi: Violation

Dans l'analyse de la territorialité et des autres solutions, les démarches les plus satisfaisantes sur le plan conceptuel mettent l'accent sur la relation entre la loi potentiellement applicable et le préjudice. Ces approches ne garantissent pas l'unanimité en ce qui concerne la règle qui en résulte en matière de choix de la loi, car les opinions concernant le pays dont la relation avec le préjudice est la plus significative peuvent différer. Si l'on considère que le droit d'auteur international recouvre simplement un ensemble de marchés nationaux, dont chacun est assujéti à une définition locale, les pays ayant la relation la plus significative avec

¹⁵⁰ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon, MTN/FA II-A1C. Toutefois, l'Accord sur les ADPIC ne reprend pas l'article 6bis de la Convention de Berne (protection des droits moraux).

¹⁵¹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adopté par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996, CRNR/DC/89; Traité de l'OMPI sur les exécutions et interprétations et les phonogrammes, adopté par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996.

¹⁵² Cf. *Pearce v. Ove Arup* [1997] 3 All E.R. 31 (Ch.) (qui présume une similitude entre les lois néerlandaise et anglaise sur le droit d'auteur); RICHARD FENTIMAN, *FOREIGN LAW: PLEADING AND PROOF* 147-53 (1998) (qui analyse la présomption des tribunaux anglais selon laquelle la teneur des lois étrangères est la même que celle de la loi anglaise).

le préjudice sont ceux dont le marché est perturbé par la communication numérique non autorisée. Cette position aboutit à l'application de la loi des pays de réception, éventuellement atténuée par une présomption concernant la similitude de leur contenu avec celui de la loi sur le droit d'auteur du for. Si en revanche on considère que le pays dans lequel la violation a son origine, que ce soit sur le plan matériel ou sur le plan intellectuel, est le pays ayant la relation la plus significative avec le préjudice qui en résulte, on aura probablement tendance à privilégier l'application de la loi du pays de résidence ou du pays d'activité commerciale principale du serveur ou de l'instigateur, du moins si ce pays n'est pas un paradis du droit d'auteur.

Je recommande l'adoption d'une approche combinant certains aspects de la Directive sur les satellites avec d'autres points de rattachement:

1. La loi applicable à l'intégralité de la violation prétendument commise par le défendeur via l'Internet est la loi du pays dans lequel le serveur qui accueille le contenu constituant une violation alléguée est situé, à condition que la loi de ce pays sur le droit d'auteur soit compatible avec les normes de la Convention de Berne et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur;
2. Si la loi du pays indiquée au paragraphe 1 est insuffisante, la loi applicable à l'intégralité de la violation prétendument commise par le défendeur via l'Internet est celle du pays dans lequel l'exploitant du site Web diffusant le contenu constituant une violation alléguée a sa résidence ou son activité commerciale principale, à condition que la loi de ce pays sur le droit d'auteur soit compatible avec les normes de la Convention de Berne et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur;
3. Si les lois indiquées aux paragraphes 1 et 2 sont insuffisantes, la loi applicable à l'intégralité de la violation prétendument commise par le défendeur via l'Internet est la loi du for, à condition que ce dernier soit membre de l'Union de Berne ou de l'OMC [ou ait adhéré au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur], mais les parties ont la faculté de démontrer que pour certains pays dans lesquels des prétendues violations ont été commises, la loi nationale assure une protection soit plus poussée soit moins poussée que la loi du for en matière de droit d'auteur ou de droits connexes.

REMERCIEMENTS

De nombreux collègues de la Faculté de droit de l'Université de Columbia et d'autres universités m'ont aidé à formuler les idées et les arguments exprimés dans la présente étude. Je voudrais en particulier remercier Graeme W. Austin, Professeur ordinaire de droit, Université d'Auckland; Eleonore Dailly, Faculté de droit de l'Université de Columbia, LLM 1998; le Professeur François Dessemontet, Université de Lausanne; Maître Yves Gaubiac, avocat à la cour, Paris; Myriam Gauthier, Faculté de droit de l'Université de Columbia LLM 1997; le Professeur Catherine Kessedjian, agrégée des facultés de droit, détachée à la Conférence de La Haye sur le droit international; Pippa Rogerson, Fellow du Caius College, Université de Cambridge; le Professeur Pierre Sirinelli, Université de Paris I; et Deirdre von Dornum, Faculté de droit de l'Université de Columbia JD 1997. Pour son aide d'ensemble sur le plan rédactionnel, je remercie Andrew Thompson, Faculté de droit de l'Université de Columbia, JD 1999.