

OMPI



OMPI/PIL/01/1

ORIGINAL : français

DATE : le 17 décembre 2000

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

COLLOQUE DE L'OMPI SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Genève, 30 et 31 janvier 2001

ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE
DE LA PROTECTION D'OEUVRES ET D'OBJETS DE DROITS CONNEXES
TRANSMIS PAR RESEAUX NUMERIQUES MONDIAUX

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

N:\ORGDDG\SHARED\privlaw\documents\2000French\ompi_pil_01_1.doc
Last printed 06/25/01 12:10 PM

c:\windows\desktop\lucas2000.doc

TABLE DES MATIÈRES

	<u>paragraphe</u> s
INTRODUCTION	1
I. PRINCIPES APPLICABLES À LA DÉTERMINATION DE LA LOI RÉGISSANT LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS VOISINS	11
Section 1 : Loi du contrat	13
A. <i>Détermination de la loi du contrat</i>	15
B. <i>Domaine de la loi du contrat</i>	19
Section 2 : Loi personnelle	25
Section 3 : Loi du for	29
Section 4 : Loi du pays de protection	34
Section 5 : Loi du pays d'origine	37
Conclusions	59
II. LOCALISATION DU FAIT DOMMAGEABLE DANS LA TRANSMISSION NUMÉRIQUE	62
Section 1 : Compétence juridictionnelle	65
Section 2 : Loi applicable	78
A. <i>Loi du pays d'émission et loi du pays de réception</i>	79
A.1) <i>Application exclusive de la loi du pays d'émission</i>	81
A.2) <i>Application cumulative de la loi du pays d'émission et des lois des pays de réception</i>	87
B. <i>Autres rattachements</i>	91
Conclusions	100
III. CONCLUSIONS GÉNÉRALES	103

INTRODUCTION

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

Le rapport traitera plus du droit d'auteur que des droits voisins, tout simplement parce que c'est à partir du droit d'auteur que la réflexion des internationalistes a été menée et continuée de l'être. Mais la démarche globale adoptée par l'OMPI est cohérente. Ce ne sont pas seulement les œuvres qui circulent sur les réseaux, mais aussi les prestations et enregistrements des titulaires de droits voisins. Et l'extension de la recherche n'est peut-être pas sans conséquence, précisément parce que certaines analyses menées sur le terrain du droit d'auteur, et axées sur le caractère personnel du droit, peuvent se révéler difficiles à transposer pour ceux des droits voisins dont la dimension est essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, économique¹.

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

3. L'autre pilier du droit international privé qu'est la condition des étrangers n'est pas évoqué. Il appelle cependant quelques remarques préalables à cause des confusions auxquelles il a donné lieu et continue de donner lieu en matière de droit d'auteur et de droits voisins, confusions qui brouillent la frontière entre conflits de lois et condition des étrangers, compliquant ainsi une question déjà redoutable en elle-même². En simplifiant quelque peu, on peut dire en effet que bien souvent les raisonnements ont été menés sur la base de l'affirmation, au moins implicite (mais parfois explicite), que l'étranger admis à faire valoir son droit d'auteur dans un pays ne peut se voir appliquer que la loi du juge de ce pays. Ce qui a été critiqué comme la « vieille tentation de l'amalgame entre la condition des étrangers et les conflits de lois »³ a pesé et pèse encore sur le sens à donner à la règle dite du traitement

¹ V. par ex. *infra*, n.28.

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

³ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2^e éd., 2001, n.960.

national contenue dans l'article 5.1 de la Convention de Berne et reprise dans bien d'autres instruments internationaux. Alors que cette règle avait pour objet de faire échapper les auteurs aux discriminations que pouvait leur valoir leur statut d'étrangers, beaucoup ont prétendu y découvrir une règle de conflit de lois applicable aux œuvres⁴, l'assimilation de l'étranger au national ne pouvant selon eux conduire qu'à l'application aux œuvres étrangères de la *lex fori*. C'est ce qui explique que l'on présente souvent comme une entorse au traitement national, désignée comme une règle de « réciprocité », l'application de la loi du pays d'origine parfois prévue par la convention, par exemple dans le principe de comparaison des délais posé par l'article 7.8.

4. L'ambiguïté se retrouve dans l'Accord ADPIC dont l'article 3.1 dispose que le traitement national a pour objet la « protection » de la propriété intellectuelle, en précisant en note que le terme « protection » inclut notamment « les questions concernant l'exercice des droits ». L'assimilation des étrangers aux nationaux relevant en principe de la « jouissance » des droits⁵, la référence à « l'exercice » des droits est de nature à encourager le glissement de la condition des étrangers vers les conflits de lois. Vont dans le même sens le fait que l'article 3.2 tolère des exceptions au traitement national en renvoyant au contenu des règles locales, ainsi que le lien opéré dans l'accord entre le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée (visé dans l'article 4), ce dernier ne pouvant quant à lui être cantonné au seul terrain de la condition des étrangers.

5. Il semble pourtant indispensable pour la clarté des concepts de bien distinguer les deux ordres de préoccupations. Certes, dans les faits, le choix de la loi applicable peut se révéler plus ou moins avantageux pour l'étranger. On conviendra même volontiers que l'application cumulative de la loi du pays de protection et de la loi du pays d'origine, comme dans le mécanisme de comparaison des délais édictée par l'article 7.8 de la Convention de Berne, jouera le plus souvent en pratique contre des auteurs étrangers, ce qui, soit dit en passant, peut justifier qu'elle soit critiquée en tant que discrimination indirecte au sens de l'article 12 du Traité CE, tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Phil Collins* en 1993⁶.

Mais ce constat ne permet pas de mettre sous le boisseau l'un des principes fondamentaux du droit international privé selon lequel la question de la jouissance des droits par un étranger ne commande pas celle du choix de la loi applicable au fond. Une chose est, pour un étranger, d'être admis à faire valoir un droit dans un pays donné, une autre chose est de savoir quelle loi le juge devra appliquer⁷. Il est en effet parfaitement concevable, comme on le verra, que le juge saisi applique une autre loi que la sienne.

⁴ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, n.135 (évoquant « la solution de conflit de lois qui est conservée et consacrée par l'article 5, al.1 »). - E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, Collections Etudes, Série Secteur culturel n.3, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1980, n.17 (visant lui aussi « la règle de conflits de lois contenue dans le principe de traitement national »).

⁵ D. Holleaux, J. Foyer et G. Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, n.149.

⁶ J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.519.

⁷ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.929. V. aussi B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2^e éd., 1997 (« en bonne analyse, les

[Suite de la note page suivante]

6. Une autre ambiguïté, d'ordre terminologique, doit être au préalable levée, au sujet du concept de « territorialité ». Le cadre établi pour la présente étude par M. le Sous-directeur général précise que l'attention doit être portée sur la « coexistence ou non du principe de territorialité du droit d'auteur avec la nature globale des réseaux numériques ». Le mot revient en effet très souvent dans la bouche et sous la plume dans le domaine du droit international de la propriété littéraire et artistique. Or il est susceptible de bien des acceptions, ce qui invite à la circonspection⁸. La territorialité peut s'entendre tout simplement d'un rattachement territorial d'où découle le choix de la loi applicable (lieu de publication, lieu de l'atteinte au droit). En ce sens on a pu dire à juste titre de la loi du pays d'origine qu'elle avait une « assise territoriale »⁹. Dans cette acception, il soulève déjà des difficultés, car certains estiment que l'universalité des réseaux numériques rend artificiel ce type de rattachement¹⁰, mais il est tout à fait compatible avec l'idée d'un conflit de lois.

Le mot est aussi très souvent employé dans le domaine de la propriété intellectuelle pour rendre compte de la tendance à ériger en principe que le juge saisi ne peut appliquer d'autre loi que la sienne. On voit bien alors que l'approche revient à nier purement et simplement le conflit de lois, ce qui permet de faire l'économie de toute réflexion sur ce terrain, mais procède d'une conception nationaliste étriquée qui nous ramène, à l'aube du nouveau millénaire, à l'époque féodale¹¹.

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

[Suite de la note de la page précédente]

dispositions visant la protection des étrangers laissent ouverte la question de savoir selon quelle loi les droits sont exercés »).

⁸ V. en ce sens G. Koumantos, *Sur le droit international privé du droit d'auteur : Il diritto di autore*, avril-sept. 1979, p.619-620. V. aussi l'intervention du même auteur au Congrès ALAI du Centenaire de la Convention de Berne, Compte rendu, p.178 (« je n'ai jamais compris ce qu'on entend par territorialité »). - A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, PUF, Thémis, 1994, p.194, pour qui « c'est l'une de ces fausses notions claires ». - P.E. Geller, *International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet Remedies*, in J.J.C. Kabel et G.J.H.M. Mom (eds), *Liber Amicorum Herman Cohen Jehoram*, La Haye, Kluwer, 1998 (« The ambiguity of territoriality »).

⁹ J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.338.

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

¹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 2, tome 1, 1993, n.13 (« L'époque féodale a connu, sur le terrain du conflit des lois, un système tout opposé à celui de la personnalité et généralement dénommé de la territorialité. Sur chaque territoire une loi et une seule est appliquée quels que soient les personnes en cause, les biens en jeu, les actes en litige »). V. aussi J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.301.

Mais ce qu'on a pu appeler le « soi-disant principe de territorialité »¹² n'exclut pas le conflit de lois. Ainsi, on peut bien dire, et cela est souvent dit, que l'article 5.2 de la Convention de Berne s'inspire d'une approche territorialiste en disposant que « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée », mais cela ne postule pas l'application exclusive de la *lex fori*. En effet, l'expression « législation du pays où la protection est réclamée » est généralement considérée comme désignant la loi du pays pour lequel la protection est réclamée¹³, ce qui montre bien que le juge saisi peut parfaitement avoir, nonobstant la souveraineté de l'État, à appliquer une autre loi que la sienne, autre loi qui, par hypothèse, sera dotée d'une extra-territorialité. Si par exemple le juge français applique le droit italien à la contrefaçon survenue en Italie, on ne voit pas l'intérêt qu'il peut y avoir à dire que le litige sera régi par le principe de territorialité.

7. Sans doute à cause de cette équivoque fondamentale, la science des conflits de lois a été, force est de le constater, quelque peu délaissée dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. La Convention de Berne et celles qui l'ont suivie sont bien discrètes sur ce point, et les rares dispositions qu'elles consacrent au sujet se prêtent au demeurant à des interprétations divergentes¹⁴.

Une telle lacune ne serait pas trop dommageable si ces instruments nationaux contenaient par ailleurs des règles de droit matériel propres à dissiper les incertitudes nées de la dimension internationale de l'exploitation des oeuvres. Mais tel n'est pas le cas.

8. C'est le grand mérite de l'Internet, après les satellites, d'obliger à redécouvrir les aspects internationaux de la discipline, trop longtemps occultés, en dépassant le territorialisme frileux hérité de la tradition régaliennne des privilèges. Comme l'avait dit Batiffol¹⁵, il est vain de prétendre évacuer les problèmes de conflits de lois sous prétexte qu'ils sont trop complexes, car « la réalité se charge de montrer qu'on ne résout pas les problèmes en les ignorant, du moment qu'ils sont réels ».

9. Mais, en même temps, le fait que les réseaux numériques reposent des questions anciennes pas ou mal résolues montre bien qu'il ne faut pas céder trop vite (et que peut-être même il faut résister) à la tentation de croire qu'ils obligent à repenser totalement le système. Non seulement il y a encore place pour des règles de droit, et notamment des règles de droit international, dans l'environnement numérique, n'en déplaise à quelques pionniers de l'Internet inspirés par la tradition libertaire des premiers temps, qui voudraient faire croire que la dimension planétaire des réseaux implique un vide juridique sidéral, mais il n'y a pas de raison d'ériger en principe, comme un postulat relevant de l'évidence, que la nouvelle donne technique implique une rupture totale avec le passé. C'est dans cet esprit de prudence et de « doute scientifique » que sera menée la présente étude.

10. Si on analyse plus concrètement les défis lancés aux internationalistes par les techniques numériques, on pense bien sûr à la question de la localisation du fait dommageable dans la

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

¹³ V. *infra*, n.34-35.

¹⁴ B. Audit, *Droit international privé*, préc., note 7, n.1069 (« Il apparaît en fait que les conflits de lois n'ont pas reçu une attention suffisante dans nombre de conventions »).

¹⁵ *Rev. crit. DIP* 1971, p.273.

transmission numérique qui est depuis déjà quelque temps au cœur des controverses. Elle fera l'objet d'un second chapitre. Mais le champ de l'étude délimité par la lettre de mission de M. le Sous-directeur général impose d'abord de dresser un état des lieux en recherchant en quoi la nouvelle donne numérique affecte les principes applicables à la détermination de la loi régissant le droit d'auteur.

I. PRINCIPES APPLICABLES À LA DÉTERMINATION DE LA LOI RÉGISSANT LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS VOISINS

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

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

Section 1 : Loi du contrat

13. Personne ne conteste que la loi du contrat a un rôle important à jouer en matière de droit d'auteur et de droits voisins. On peut même prédire que ce rôle sera capital dans l'environnement numérique. Sans doute est-il excessif d'annoncer que la conjonction du contrat et des protections techniques rendra le droit exclusif inutile¹⁶. Mais les vertus du contrat, particulièrement célébrées dans la tradition de *common law*, et à travers elle dans la tradition internationale, font naître l'espoir de voir se développer, en même temps que le commerce électronique, des usages conventionnels donnant naissance à une sorte de « *lex mediatica* », nouvel avatar de la *lex mercatoria* bien connue des internationalistes, et de nature comme elle à contourner la difficulté des conflits de lois¹⁷.

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

¹⁶ V. pour la critique de cette thèse A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, n.593.

¹⁷ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.1009 et s.

A. *Détermination de la loi du contrat*

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

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

17. Le concept de prestation caractéristique, inspiré du droit suisse, a déjà suscité bien des controverses pour les contrats comportant cession ou licence de droits d'auteur ou de droits voisins. Si l'on veut mettre l'accent sur le fait que ces contrats sont normalement destinés à organiser l'exploitation d'œuvres ou de prestations, on inclinera à retenir, à défaut d'autre indice, la résidence ou le lieu d'établissement de l'exploitant, sauf à revenir à la loi de la résidence ou du lieu d'établissement du cédant ou du concédant si le contrat n'impose pas d'obligation d'exploiter au cessionnaire ou au licencié¹⁸. Si l'on veut focaliser sur l'objet du droit cédé ou concédé, sans lequel aucune exploitation ne serait possible, on dira que c'est le titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin qui fournit la prestation caractéristique¹⁹.

18. Peut-être serait-il opportun, dans le cadre d'une éventuelle convention internationale traitant des aspects de droit international privé relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, de clarifier la situation pour énoncer quelques lignes directrices. Chaque thèse peut se recommander d'arguments sérieux. Il semble cependant que le lieu d'établissement de l'exploitant corresponde à un centre de gravité plus facile à admettre dans l'ensemble des systèmes juridiques²⁰.

¹⁸ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n.791 bis. - J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Paris, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1990, n.651 et s. V. en ce sens pour la doctrine allemande E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 4, n.76-77. - T. Dreier, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.301. On peut aussi préférer l'indice du lieu d'exploitation. V. en ce sens l'art. 43 de la loi autrichienne sur le droit international privé du 15 juin 1978. Mais l'inconvénient est alors, en cas d'exploitation dans plusieurs pays, d'aboutir à une « fragmentation » incompatible avec les nécessités de la pratique (E. Ulmer, *op. cit.*, n.75).

¹⁹ V. en ce sens l'art. 122 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, posant le principe que « les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'État dans lequel celui qui transfère ou concède le droit de propriété intellectuelle a sa résidence habituelle ». - F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1999, n.1088.

²⁰ V. en ce sens J. C. Ginsburg, *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*, Doc. OMPI GCPIC/2, 30 nov. 1998, p.32.

B. *Domaine de la loi du contrat*

19. La question du domaine d'application du contrat d'exploitation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin donne lieu à de nombreuses controverses. Car s'il est vrai que dans la pratique la loi du contrat et la loi applicable au droit (la loi du droit) se recoupent parfois²¹, cette conjonction ne peut être une règle, et il convient alors de déterminer ce qui relève de chacune d'elles.

20. Personne ne conteste que c'est à la loi du contrat de régir les conditions de formation du contrat et les obligations personnelles des parties. Appliquée au droit d'auteur, l'observation signifie par exemple que seule cette loi devra être interrogée pour savoir comment interpréter le contrat²² ou déterminer le mode de rémunération (proportionnel ou forfaitaire)²³.

21. Échappe également à toute discussion le fait que la loi du contrat ne peut prétendre régir les conditions d'accès à la protection²⁴ ni le contenu du droit²⁵, tant il est vrai qu'il n'appartient pas aux parties de redessiner à leur mesure le droit d'auteur ou le droit voisin. De ce point de vue, le Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information²⁶ va trop loin dans la mesure où il semble n'assigner comme seules limites à la loi du contrat que « certaines conditions d'application » susceptibles d'être posées par la « loi du pays où l'exploitation de l'œuvre a lieu »²⁷.

22. Il subsiste malgré tout des zones d'ombre tenant à la nature particulière des droits de propriété intellectuelle, lesquels ne se prêtent pas facilement à la mise en œuvre de la distinction, classique pour les contrats portant sur des biens corporels, entre les effets réels du contrat²⁸, obéissant à la loi réelle, et les effets personnels, relevant de la loi du contrat²⁹. Ainsi, selon l'opinion dominante³⁰, la cessibilité du droit (ou d'une composante du droit)³¹ participe de sa nature et doit donc être régie par la loi applicable au droit, ce qui est logique.

Mais le tout est de savoir à partir de quand elle est en cause. On peut hésiter par exemple pour les règles gouvernant la cession des droits portant sur des œuvres futures. En

²¹ V. dans le domaine audiovisuel A. Françon, *Les droits sur les films en droit international privé* : RIDA 4/1972, p.3.

²² V. expressément en ce sens l'art.10, § 1, a) de la Convention de Rome précitée.

²³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, préc., note 18, 1978, n.791 bis. - E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 4, n.81-82.

²⁴ H. Desbois, *eod. loc.* - J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., note 18, n.671.

²⁵ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.961.

²⁶ COM (95) 382 final, juill. 1995.

²⁷ P.39. V. aussi, favorables à une conception extensive, A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, Story-Scientia et Bruylant, 1997, n.514 (« on peut conclure que toutes les questions relèvent en principe de la loi du contrat »).

²⁸ Au demeurant, la mise en œuvre du critère supposerait que la frontière entre la cession et la licence soit très nette (V. par ex. J. Raynard, *op. cit.*, n.673, écartant le jeu de la loi réelle pour la simple « concession du droit d'auteur »), ce qui est loin d'être le cas, les systèmes juridiques ayant des traditions juridiques différentes sur ce point (E. Ulmer, *op. cit.*, n.60 et s.).

²⁹ E. Ulmer, *op. cit.*, n.68.

³⁰ E. Ulmer, *op. cit.*, n.68. - J. Raynard, *op. cit.*, n.673. - J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.336.

³¹ On songe au droit moral dans les systèmes dualistes.

faveur de l'application de la loi du droit, on fera valoir que les droits afférents à de telles œuvres sont en quelque sorte retirés du commerce juridique, ce qui touche apparemment à leur statut. L'argument toutefois ne vaut que si la loi du droit prohibe par principe toute cession portant sur une œuvre future. Or ce n'est généralement pas le cas ; ou bien (comme c'est le cas en France³²) elle limite la possibilité d'une cession, ce qui n'est pas la même chose qu'une interdiction, ou bien (comme c'est le cas en Allemagne³³) elle s'attache à protéger les droits de l'auteur cédant en lui permettant de reprendre sa liberté sous certaines conditions, ce qui s'inscrit dans une autre logique totalement étrangère à celle de la cessibilité du droit³⁴.

De la même façon, on peut songer à soumettre le formalisme des cessions, qui impose aux parties de délimiter les droits cédés, à la loi du droit³⁵, en transposant la solution admise pour les biens corporels, selon laquelle c'est à la loi réelle de régir les conditions du transfert de propriété, mais il ne serait pas déraisonnable d'abandonner la question à la loi du contrat³⁶ en constatant que ces règles ne touchent pas à la nature ni à la « teneur »³⁷ des droits³⁸.

23. En toute hypothèse, il faut tenir compte des correctifs classiques que constituent les lois de police ainsi que la réserve de l'ordre public international. Là encore, les conceptions peuvent varier d'un pays à l'autre. Ainsi, en Allemagne, on considère généralement³⁹ que la loi contractuelle ne peut tenir en échec les dispositions de la loi de 1965 sur le droit d'auteur organisant la protection de l'auteur réputé le plus faible, qu'il s'agisse de l'interdiction de concéder un droit d'usage pour des modes d'utilisation inconnus⁴⁰, de la règle selon laquelle la portée d'une cession est limitée aux modes d'utilisation impliqués par la nature et le but de la transaction⁴¹, du droit de l'auteur concédant, au cas où la rémunération convenue est manifestement disproportionnée par rapport aux profits retirés de l'usage de l'œuvre, à obtenir une modification du contrat lui permettant de participer équitablement aux profits compte tenu des circonstances⁴², du droit de l'auteur de dénoncer les contrats comportant concession de droits sur des œuvres futures non déterminées ou déterminées seulement dans leur genre⁴³ ou du droit de retrait pour non-exercice par le concessionnaire⁴⁴ ou pour changement de conviction de l'auteur⁴⁵.

³² Art. L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle.

³³ Art.40.

³⁴ Comp. J. Raynard, *op. cit.*, n.674 (« la compétence de la loi locale pour décider de la licéité du transfert du droit ne se conçoit qu'autant que peuvent être mises en évidence des causes d'inaliénabilité structurelle tenant à la conception même du droit d'auteur considéré en tant que droit réel de propriété »).

³⁵ J. Raynard, *op. cit.*, n.680.

³⁶ M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Etude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, GLN Joly, 1995, p.440 et s.

³⁷ Pour reprendre le mot de Desbois, *Le droit d'auteur en France*, préc., note 18, n.791 bis.

³⁸ V. en ce sens la distinction suggérée par G. Koumantos, *Rapport préc.*, note 12, p. 263 (« la loi applicable au droit d'auteur détermine si celui-ci peut être transféré ou non puisqu'il s'agit là d'une qualité intrinsèque de ce droit. Mais une fois la transférabilité admise, c'est la loi applicable au contrat qui déterminera si un transfert a effectivement eu lieu »).

³⁹ T. Dreier, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.302.

⁴⁰ Art.31.4.

⁴¹ Théorie de la finalité ou *Zweckübertragungstheorie* (art. 31.5).

⁴² Art.36.

⁴³ Art.40.

⁴⁴ Art.41.

⁴⁵ Art.42.

Il est probable que dans d'autres pays, on aboutirait à des solutions moins tranchées. En France, par exemple, Desbois, s'il enseignait que l'ordre public international devait commander de revenir à la loi du for pour une cession globale des œuvres futures « incompatible avec la liberté individuelle »⁴⁶, n'allait pas jusqu'à ériger en principe que la loi du contrat devait être évincée au profit de toutes les dispositions protectrices de la loi française, admettant par exemple que la loi du contrat puisse prévoir une rémunération forfaitaire là où la loi française pose le principe d'une rémunération proportionnelle. On observera au passage que l'article 16 de la Convention de Rome précitée plaide pour une approche mesurée en ne prévoyant l'éviction de la loi désignée que si son application « est manifestement⁴⁷ incompatible avec l'ordre public du for ».

Il reste la question, essentielle en pratique, de savoir si le principe, qu'on retrouve dans la très grande majorité des pays, selon lequel le droit d'auteur ne peut naître que sur la tête de la personne physique ayant effectivement créé l'œuvre, peut être écarté par la loi du contrat. En France, l'arrêt *Huston*⁴⁸ oblige à répondre par la négative pour ce qui concerne le droit moral. La logique, semble-t-il, serait d'en étendre la portée aux droits patrimoniaux⁴⁹, la qualité d'auteur ne se divisant pas. Mais le débat n'a pas encore été tranché par les tribunaux.

24. Ces équivoques mériteraient d'être levées dans le cadre de la convention internationale évoquée ci-dessus. Il est en effet très dommageable pour la sécurité des transactions intéressant la propriété littéraire et artistique qu'un problème aussi crucial que le domaine de la loi du contrat soit abandonné à une jurisprudence fluctuante et une doctrine partagée. La méthode pourrait consister à poser le principe que cette loi aurait vocation à régir toutes les hypothèses où la nature et le contenu du droit ne sont pas en cause, sauf à établir une liste limitative d'exceptions dans lesquelles retour serait fait à la loi du droit, et sous réserve des cas, également exceptionnels, dans lesquels les Etats seraient libres de faire jouer la réserve des lois de police ou celle de l'ordre public international.

Section 2 : Loi personnelle

25. Compte tenu de la dimension personnaliste traditionnellement reconnue au droit d'auteur, la loi personnelle, entendue comme la loi de la nationalité de l'auteur, ou encore la loi de son domicile ou de sa résidence⁵⁰ aurait pu recueillir les faveurs de la jurisprudence et de la doctrine. Il n'en a rien été⁵¹.

⁴⁶ *Le droit d'auteur en France*, préc., note 18, n.791 bis. V. aussi M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, préc., note 36, p.439, qui convient toutefois que la solution serait moins défendable si le contrat portait seulement sur des œuvres futures déterminées ou au moins déterminables. *Contra*, écartant purement et simplement ici l'exception d'ordre public, J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., note 18, n.689.

⁴⁷ Souligné par l'auteur.

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991 : *JCP* 1991, II, 21731, note A. Françon,

⁴⁹ *Contra* J. Raynard, *op. cit.*, n.689.

⁵⁰ Les critères sont souvent utilisés indifféremment par les lois nationales, et l'art. 3 de la Convention de Berne définissant les critères de rattachement à l'Union assimile lui-même la résidence habituelle à la nationalité.

⁵¹ V. quand même CA Paris, 22 nov. 1888 : *S.* 1890, 2, p.121, qui s'assure de l'existence du droit privatif de Chopin selon sa loi nationale.

26. C'est seulement pour les œuvres non publiées que le rattachement à la loi nationale de l'auteur a été proposé, sans enthousiasme le plus souvent, mais plutôt « faute de mieux », comme une conséquence de l'impossibilité de localiser à partir de la publication⁵².
27. L'argument ne saurait à lui seul convaincre ceux qui entendent soumettre l'ensemble du droit d'auteur à la loi du lieu de protection⁵³. Sans doute la proposition est-elle plutôt fondée sur le postulat implicite que les droits patrimoniaux d'auteur ne naissent qu'à compter de la divulgation⁵⁴, ce qui interdirait de recourir aux rattachements ordinaires. Mais une telle pétition de principe, qui ne peut prendre appui sur aucun texte, n'emporte guère la conviction.
28. On ajoutera que la solution de la loi personnelle est bien difficile à mettre en pratique pour les œuvres créées par plusieurs auteurs⁵⁵, qui tendent à devenir plus nombreuses dans l'environnement numérique, et qu'elle n'aurait aucune raison d'être pour les droits voisins, en particulier pour ceux, de nature économique, reconnus aux producteurs et aux organismes de radiodiffusion.

Section 3 : Loi du for

29. La loi du for ou *lex fori* a bien sûr son rôle traditionnel à jouer, que personne ne conteste, pour les questions de procédure et pour les mesures provisoires⁵⁶. On rappellera seulement l'importance décisive de ce que l'Accord ADPIC appelle les « moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle », auxquels ils consacrent un grand nombre de dispositions détaillées⁵⁷.
30. La question essentielle est de savoir si c'est cette loi que vise l'article 5.2 de la Convention de Berne à travers l'expression « législation du pays où la protection est réclamée ».
31. L'opinion dominante est que l'expression « pays où la protection est réclamée » doit s'entendre au sens de « pays pour lequel la protection est réclamée »⁵⁸.
32. Force est cependant d'admettre que, bien souvent, l'article 5.2 est présenté, au moins implicitement, comme désignant la *lex fori*. Cette dérive peut s'expliquer de trois façons. D'abord, elle s'inscrit dans la tendance ancienne et récurrente à ériger en principe que le juge

⁵² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, préc., note 18, n.790. Comp., plus prudents, H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 2, n.531, note 4.

⁵³ V. sur cette thèse, *infra*, n.40 et s.

⁵⁴ Ainsi s'expliquerait la précision de Desbois (*eod. loc.*) selon laquelle elle est « la plus respectueuse du droit moral ».

⁵⁵ V. en ce sens pour les œuvres audiovisuelles A. Françon, *Les droits sur les films en droit international privé*, préc., note 21, p.25.

⁵⁶ F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, SJZ 92 (1996) 285-294, à la p.289.

⁵⁷ Art.41 à 61.

⁵⁸ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, préc., note 4, n.137. - E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 4, n.17. - K. Spöndlin, *La protection internationale de l'auteur*, Rapport général au Congrès ALAI du Centenaire de la Convention de Berne, traduction du texte original allemand, p.102.

n'applique en matière de droit d'auteur que sa propre loi⁵⁹, tendance qui conduit parfois les tribunaux à appliquer la *lex fori* sans aucune explication⁶⁰.

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

Enfin, le « raccourci » prend appui sur la conjonction statistiquement très fréquente entre les deux localisations (l'auteur saisissant le juge du pays où son droit a été méconnu), conjonction qui a précisément conduit les rédacteurs de la Convention de Berne, à évoquer dans la même phrase « l'étendue de la protection » et les « moyens de recours »⁶¹.

33. La confusion n'en doit pas moins être dénoncée. Outre que les moyens de recours visés par l'article 5.2 (comme d'ailleurs ceux énumérés par les ADPIC) ne sont pas exclusivement judiciaires⁶², le texte soumet aussi dans le même souffle à la loi du pays où la protection est réclamée « l'étendue de la protection », ce qui suffit à dissiper l'équivoque.

Quant à la conjonction de fait entre loi du for et loi du pays de protection, elle n'est aucunement inéluctable. L'auteur peut très bien en effet saisir un autre juge que celui du pays de la contrefaçon, par exemple en se prévalant d'un privilège de juridiction, ou en jouant des règles de compétence internationale pour ester dans le pays où le contrefacteur a des biens⁶³. L'application du droit du for n'a plus alors aucune justification. Sans doute facilite-t-elle la tâche du juge. Mais en faire l'alpha et l'oméga du droit international privé de la propriété littéraire et artistique procède d'une conception étriquée du territorialisme qui n'est pas admissible à l'ère des réseaux numériques⁶⁴.

Section 4 : Loi du pays de protection

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

35. Il est courant de fonder la solution sur une approche territorialiste. La remarque est fondée en ce que la détermination de la loi applicable dépend d'une localisation territoriale. Elle ne l'est plus si l'on vise le territorialisme strict qui voudrait que le juge saisi ne puisse jamais appliquer une loi étrangère⁶⁵.

⁵⁹ V. *supra*, n.6.

⁶⁰ V. pour le droit français J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.292 et s.

⁶¹ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.1088.

⁶² K. Spöndlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 58, p.102.

⁶³ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, préc., note 4, n.137.

⁶⁴ F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 56, p.289.

⁶⁵ V. sur l'ambiguïté du concept de territorialité, *supra*, n.6.

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

Section 5 : Loi du pays d'origine

37. La Convention de Berne donne elle-même compétence, dans certains cas, à ce qu'elle appelle « la loi du pays d'origine de l'œuvre », entendue comme la loi du pays de première publication⁶⁶.

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

39. Telle est l'opinion défendue par une certaine doctrine, qui enseigne que l'article 5.2, en soumettant à la loi du pays de protection « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur », n'a pris parti que sur la sanction du droit⁶⁷.

40. Elle paraît tout de même bien difficile à concilier avec la lettre de l'article 5.2, l'expression « étendue de la protection » ne pouvant sans artifice être lue comme visant uniquement les conséquences de la violation du droit exclusif, et encore plus avec son esprit puisque tout donne à penser qu'en dépit de la rédaction maladroite, c'est bien une règle générale de conflit que les rédacteurs ont entendu formuler⁶⁸.

41. La controverse déborde le cadre du droit conventionnel. La thèse selon laquelle la loi du pays de protection a par principe vocation à régir l'ensemble des questions relevant du droit (droit d'auteur ou droit voisin) est consacrée expressément par certaines lois nationales⁶⁹, et elle est bien souvent admise ailleurs, en jurisprudence⁷⁰ aussi bien qu'en doctrine⁷¹.

⁶⁶ Art.2.7 (œuvres d'art appliqué), 7.8 (règle de comparaison des délais), 14 *bis*.2 c (forme de l'engagement souscrit par les auteurs au bénéfice du producteur d'une œuvre cinématographique), 14 *ter*.2 (droit de suite).

⁶⁷ G. Koumantos, *Le droit international privé et la Convention de Berne : Dr. auteur* 1998, p.448. - J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, Hague Academy of International Law, 1998, p.99. - A. Kéréver : *RIDA* 3/1998, p.197. Certaines décisions se sont prononcées en France en ce sens. V. par ex. CA Paris, 4^e ch., 9 fév. 1995 : *RIDA* 4/1995, p.310. - TGI Paris, 3^e ch., 16 mai 1997 : *JCP E* 1998, p.1251, obs. H.-J. Lucas.

⁶⁸ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.1084. V. en ce sens K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 58, p.108. - J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.416.

⁶⁹ V. l'art. 110.1 de la loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé (« les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'État pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée »). V. aussi l'art.34 de la loi autrichienne du 15 juin 1978 (loi de l'État dans lequel a eu lieu un acte d'exploitation ou de violation) et l'art.54 de la loi italienne du 31 mai 1995 (loi de l'État d'utilisation de l'œuvre). Comp. la présomption en

[Suite de la note page suivante]

42. Elle ne fait pas cependant l'unanimité. L'idée en effet est souvent défendue que si la loi du pays de protection doit régir les conséquences de la violation du droit, c'est à la loi du pays d'origine de dire quel est son titulaire et même, pour certains, s'il y a tout simplement un droit. L'article 67 de la loi hellénique de 1993 sur le droit d'auteur va très loin dans ce sens puisqu'il pose le principe que « le droit d'auteur sur les oeuvres publiées est régi par le droit de l'État où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois », en précisant que la loi ainsi applicable régit « la définition du sujet de droit, de son objet, de son contenu, de sa durée et les restrictions qui s'y rapportent ». De nombreux auteurs s'inscrivent dans cette tendance en remettant à la loi du pays d'origine la titularité⁷², solution parfois retenue par la loi⁷³ ou par la jurisprudence⁷⁴, voire l'existence même du droit⁷⁵.

43. Cette dernière approche paraît plus cohérente. Il est difficile en effet de comprendre pourquoi l'interrogation de la loi du pays d'origine serait limitée à la titularité⁷⁶. La logique

[Suite de la note de la page précédente]

faveur de la loi du pays de protection contenue au Royaume-Uni dans la loi de 1995, ou encore l'article L.311-7 du Code français de la propriété intellectuelle qui, dans sa rédaction résultant de la loi du 3 janvier 1995, prévoit que les auteurs pouvant prétendre au bénéfice de la rémunération pour copie privée sont seulement « les auteurs au sens du présent code », ce qui revient à imposer la conception française de la qualité d'auteur pour une question étrangère au droit moral.

⁷⁰ V. par ex en Allemagne BGH 2 oct. 1997, *Spielbankaffaire*, *GRUR Int.* 1998, 427 ; pour la France, v. CA Paris, 13 juin 1985 : *RDP ind.* 1986, n.2, p.116. - TGI Paris, 3^e ch., 23 mai 1990 : *RIDA* 4/1990, p.325.

⁷¹ E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 4, n.15 et n.51 et s. - K. Spöndlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 58, p.106 et s. - T. Dreier, Rapport national allemand, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.300. - F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 56, p.289-290. - P. Katzenberger, in G. Schrickler (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2^e éd., 1999, Vor §§ 120 ff., n.129.

⁷² G. Koumantos et J. Ginsburg, *op. cit.*, supra, note 67. - H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 2, tome 2, n.531. - M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, préc., note 36, n.271. - J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.320 et s. - A. Kéréver, *Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, in *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, sous la direction de J. Frémont et J.-P. Ducasse, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, 1996, p.253-270, à la p.261. - F. Pollaud-Dulian, *J. -Cl. Droit international*, Fasc. 563-60, n. 59 et 67. - J. Seignette, Rapport national néerlandais, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.310.

⁷³ V. en ce sens l'art. 104 A de la loi américaine sur le droit d'auteur, dans la rédaction résultant de la loi de transposition de l'Accord ADPIC. Sur la portée de cette disposition, v. J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., note 67, p.108.

⁷⁴ C'est ainsi qu'est souvent interprété en France l'arrêt dit du *Rideau de fer* (Cass. 1^{re} civ., 22 déc. 1959 : *D.* 1960, p.93, note G. Holleaux) appliquant la loi française aux atteintes portées en France à des œuvres musicales composées par des auteurs russes, dès lors que ceux-ci puisaient dans la loi du pays d'origine un droit privatif sur ces œuvres.

⁷⁵ M. Josselin-Gall, *eod. loc.* - J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.245.

⁷⁶ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.971.

du raisonnement devrait en effet conduire à étendre la solution à la détermination de l'existence d'une œuvre et de son caractère original⁷⁷, et même de la durée des droits⁷⁸.

44. Les arguments avancés à l'appui de la loi du pays d'origine sont bien connus. On se bornera à rappeler le principal, qui est qu'elle favorise une dissémination des œuvres en assurant la sécurité des ayants droits, lesquels pourront par exemple identifier plus facilement le titulaire du droit, en sachant que la question est réglée une fois pour toutes, avant que l'œuvre franchisse les frontières⁷⁹.

45. En réalité, outre que l'existence d'une longue chaîne de contrats peut compliquer la situation en créant des incertitudes, la sécurité liée à la stabilité du rattachement ne serait un avantage que si le pays d'origine pouvait être facilement identifié. Tel n'est pas le cas⁸⁰. S'en remettre à la publication au sens de l'article 3.3 de la Convention de Berne (fabrication d'exemplaires en nombre suffisant pour satisfaire les besoins raisonnables du public) n'est guère satisfaisant⁸¹. Dans le principe déjà, si le rôle capital dévolu à l'acte de publication du point de vue du conflit de lois s'explique par l'idée que « la loi du lieu d'origine du droit d'auteur est identifiée au lieu où l'œuvre a acquis, pour la première fois, une dimension sociale, c'est-à-dire au lieu où elle a rencontré pour la première fois un public »⁸², il est difficile de comprendre pourquoi la simple communication au public serait dépourvue à cet égard de toute portée.

46. Mais surtout la mise en œuvre de la solution va soulever des difficultés pratiques pour la diffusion sur les réseaux numériques. Si l'on s'en tient à la conception matérialiste de la publication de la Convention de Berne, il semble logique de considérer que cette diffusion ne vaut pas publication, puisque la simple mise à disposition ne peut sans abus de langage constituer une fabrication d'exemplaires⁸³. Or cela revient à ériger en postulat qu'une œuvre divulguée pour la première fois sur le réseau n'est pas publiée, alors pourtant qu'elle peut être reçue (et d'ailleurs reproduite) par la planète entière, ce qui, soit dit en passant, est difficile à

⁷⁷ À quoi bon interroger la loi étrangère pour savoir si le demandeur est bien titulaire d'un droit sur une œuvre qui, par hypothèse, ne serait même pas protégée dans ce pays ?

⁷⁸ V. en ce sens J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.247.

⁷⁹ V. sur ce point H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 2, n.531 (« il est expédient que les particuliers qui désirent s'informer des droits de l'auteur puissent s'adresser à la loi du lieu où l'œuvre est entrée dans l'existence quant à eux »). V. aussi A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, préc., note 27, n.510, pour qui la loi du pays d'origine « a l'avantage de la simplicité et de la constance ». – J. C. Ginsburg, *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*, préc., note 20, p.28 (« It makes more sense to conceive of copyright as germinating in a work's source country, subsequently to flower in all other countries in which the work is protected »).

⁸⁰ A. Cruquenaire, *La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives : Auteurs & Media 2000*, p.210-227, à la p.215.

⁸¹ V. cependant J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.279 (« pratiquement, il semble difficile d'échapper à l'application des critères plus restrictifs définis par la Convention de Berne »).

⁸² J.-S. Bergé, *op. cit.*, n.270.

⁸³ V. pour une opinion inverse J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., note 67, p.15. On sait qu'il n'a pas été possible de réunir un consensus sur ce point lors de la Conférence diplomatique de 1996.

comprendre pour le commun des mortels⁸⁴, et qui ne permet pas en toute hypothèse de trouver un pays d'origine. La conséquence est fâcheuse car, comme on l'a dit⁸⁵, c'est alors la loi personnelle qui va s'appliquer dans de très nombreuses hypothèses, ce qui revient à généraliser une solution pourtant généralement présentée comme un « pis-aller »⁸⁶.

47. On peut toujours bien sûr imaginer d'élargir la définition pour y englober la divulgation par l'entremise du réseau⁸⁷. Encore faudra-t-il localiser cette divulgation. Le lieu de l'injection, qui se prête à toutes les manipulations, n'offre pas une sécurité suffisante⁸⁸. Il est plus tentant de désigner le lieu d'établissement de l'opérateur responsable du site⁸⁹. Mais l'Internet n'est pas un réseau structuré, et il y est plus difficile de localiser des opérateurs, qui peuvent être de très petite taille, que de retrouver le siège social du producteur de l'œuvre cinématographique à partir duquel peut être déterminé, par application de l'article 5.4 de la Convention de Berne, le pays d'origine de l'œuvre. Laisser le juge déterminer le pays d'origine en « prenant en compte les circonstances de l'affaire »⁹⁰ exclut toute prévisibilité. Reste le domicile ou la résidence de l'auteur⁹¹, mais la solution n'est pas facile à appliquer au cas, très fréquent, de pluralité d'auteurs⁹².

48. De son côté, la thèse de l'application de la loi du pays de protection à l'ensemble du droit ne crée pas une insécurité aussi grande qu'on l'a dit. D'abord, il faut se garder d'exagérer les différences entre les droits nationaux sur le chapitre de l'originalité ou de la titularité initiale, qui sont sans doute moins grandes que celles touchant au contenu des droits et aux exceptions. Ensuite, la théorie des droits acquis, qui a d'ailleurs dans le passé été expressément invoquée par certains auteurs pour justifier le recours à la loi du pays d'origine⁹³, peut, à défaut de commander le choix de la loi applicable, en corriger les effets⁹⁴. On ne peut certes appliquer les solutions retenues en matière de « conflits mobiles », lorsque les meubles corporels franchissent les frontières, car il n'y a pas à proprement parler de déplacement⁹⁵. Mais on peut, semble-t-il, s'inspirer de la même logique pour reconnaître

⁸⁴ D. Nimmer, *Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age*, 10 *Harvard Journal of Law and Technology* 1-46 (1996), à la p.15.

⁸⁵ V. supra, n.

⁸⁶ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.980.

⁸⁷ V. en ce sens l'article 15.4 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, qui prévoit qu'au regard du droit à rémunération équitable reconnu aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes, « les phonogrammes mis à la disposition du public, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce ».

⁸⁸ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1998, p.149.

⁸⁹ J. Ginsburg, *op. cit.*, p.18.

⁹⁰ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport préc., p.149.

⁹¹ V. en ce sens, comme critère alternatif, J. Ginsburg, *eod. loc.* V. aussi, à titre d'indice, *Internet et les réseaux numériques*, Rapport préc., *eod. loc.*

⁹² Comp. J. Ginsburg, *eod. loc.*, qui propose en ce cas de retenir le pays dans lequel résident le plus grand nombre d'auteurs.

⁹³ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Paris, éd. Pedone et Allier, 1903, n.305, p.549. - J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, tome 4, 1947, n.1313 et s.

⁹⁴ Sur les différences entre les deux approches, v. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.972.

⁹⁵ K. Spöndlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 58, p.109.

dans un pays donné les effets d'une cession intervenue dans un autre, y compris la première cession consentie par l'auteur, et même les effets d'une attribution légale du droit⁹⁶.

49. L'application de la loi du pays d'origine soulève par ailleurs une objection de taille. On a dit que dans la logique qui la fonde, ce n'est pas seulement la titularité qui devrait être remise à cette loi, mais aussi l'existence du droit et sa durée. Seulement, il devient difficile de comprendre alors pourquoi il faudrait s'arrêter en si bon chemin. Pourquoi ne pas appliquer la même loi au contenu même du droit, par exemple aux exceptions ? C'est bien en tout cas la conclusion à laquelle conduit l'affirmation selon laquelle le choix de la loi du pays d'origine est justifiée par l'idée qu'« il est rationnel que l'Etat du lieu de publication règle les droits respectifs de l'auteur et du public »⁹⁷. A ce compte, c'est l'ensemble de la question qui serait régie par cette loi, sous la seule réserve des sanctions. La thèse a été retenue par la loi hellénique de 1993 sur le droit d'auteur⁹⁸. Mais elle n'a pas beaucoup séduit, car les utilisateurs ne sauraient plus à quel saint se vouer si la violation du droit d'auteur ou d'un droit voisin sur un territoire devait être appréciée différemment selon le pays où est né le droit⁹⁹, ce qui, en toute hypothèse, ne pourrait s'imposer au juge pénal¹⁰⁰.

50. En réalité, le dépeçage du droit d'auteur qui résulte de l'analyse proposée est intenable. La titularité du droit, on l'a dit, est inséparable de son existence¹⁰¹, mais elle l'est aussi de son contenu. Quelle serait par exemple la cohérence d'un système dans lequel on appliquerait les règles protectrices de l'auteur, défini comme une personne physique, à une entité légale désignée comme auteur par une loi étrangère ? De même, le droit moral est inséparable des droits patrimoniaux, et l'on imagine mal de les soumettre à des lois différentes.

51. Certes, il arrive que dans d'autres domaines du droit international privé, l'application de la loi matérielle soit précédée par l'interrogation d'une autre loi. Par exemple, on renverra à la loi nationale pour l'établissement de la filiation avant d'appliquer la loi successorale. Mais c'est parce qu'il y a alors deux catégories distinctes de rattachement. Tel n'est pas le cas avec le droit d'auteur, qui se distingue à cet égard des autres droits subjectifs réels ou personnels, sauf à ériger en principe que la jouissance d'un droit relève d'une catégorie différente de son exercice, ce qui n'a jamais été admis pour les autres droits subjectifs, par exemple pour la propriété mobilière¹⁰².

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

⁹⁶ E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 4, n.57-58. - K. Spoendlin, *op. cit.*, p.108-109. *Contra* J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.274.

⁹⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 2, n.531.

⁹⁸ V. *supra*, n.42.

⁹⁹ K. Spoendlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 58, p.107.

¹⁰⁰ V. cependant en faveur de cette solution en droit français J.-S. Bergé, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques, le point de vue d'un juriste français*, Rapport au ministère de la Culture et de la Communication, sept. 1999, n.91.

¹⁰¹ V. *supra*, n.43.

¹⁰² A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.970.

même¹⁰³, tombe à plat avec les réseaux planétaires. Publier une œuvre pour la première fois dans un pays donné et dans une langue donnée peut être interprété comme la volonté de créer un lien avec ce pays. Aller sur l'Internet à la rencontre d'un public indifférencié ne peut plus avoir cette signification. L'approche matérialiste et « nationaliste » est en réalité complètement dépassée.

53. Cela est vrai bien davantage encore sur le terrain des droits voisins, le rattachement à la loi du première fixation apparaissant comme purement arbitraire¹⁰⁴. Or, s'il est vrai que rien n'oblige à retenir les mêmes solutions pour le droit d'auteur et pour les droits voisins¹⁰⁵, force est de reconnaître que la différence de traitement ne facilite pas la lisibilité du droit.

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

55. La thèse renvoyant à la loi du pays d'origine l'existence et la titularité du droit s'inscrivait au départ dans le droit fil de l'exigence d'une « double protection », qui s'est longtemps maintenue dans la Convention de Berne et a servi dans le passé à faire pression sur les États pour les convaincre d'élever le niveau de protection. On peut se demander si cette forme de « réciprocité », qui se nourrit d'un certain protectionnisme et qui prend en quelque sorte les titulaires de droits en « otages », n'est pas dépassée¹⁰⁶.

56. La loi du pays de protection présente, quant à elle, des avantages évidents. Il est plus logique d'appliquer le même droit à toutes les atteintes subies dans un même pays. Cela est également plus simple en pratique lorsque ce droit est en même temps le droit du for, ce qui, on l'a dit, est fréquent. Au contraire, la loi du pays d'origine est souvent difficile à connaître pour le juge, « ce qui laisse beaucoup de champ libre pour le meilleur plaideur »¹⁰⁷.

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

58. La discussion peut sembler théorique. Elle l'était jusqu'à une époque récente. L'avènement des réseaux numériques lui donne une dimension pratique incontestable. C'est

¹⁰³ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., note 18, n.419, qui doute que cette volonté localisatrice soit toujours présente.

¹⁰⁴ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.1024.

¹⁰⁵ J.-S. Bergé, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques*, préc., note 100, n.91, note 145.

¹⁰⁶ V. en ce sens E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 4, n.14.

¹⁰⁷ A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, préc., note 27, n.511.

tout de même un enjeu capital que de savoir quelle loi doit déterminer la titularité des droits portant sur les œuvres et les prestations diffusées sur l'Internet. Il faut donc clarifier, là encore, pour ne pas laisser les opérateurs dans l'incertitude. La thèse remettant à la loi du pays de protection l'ensemble du droit semble être plus facile à généraliser. L'essentiel, en tout cas, est de trancher.

Conclusions

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

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

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

61. Sur le premier point, il pourrait être décidé qu'à défaut de choix par les parties, la loi du contrat soit déterminée par référence au lieu d'établissement de l'exploitant et qu'elle s'applique dans toutes les hypothèses où la nature et le contenu du droit ne sont pas en cause. Peut-être même serait-il possible de cantonner dans des limites étroites les correctifs que constituent les lois de police ou d'application immédiate ainsi que la réserve de l'ordre public international. Sur le second point, il paraîtrait plus conforme à l'évolution du droit international, et notamment de la Convention de Berne, de prendre parti pour l'application de la loi du pays de protection à l'ensemble des questions soulevées par le droit d'auteur ou par les droits voisins, en écartant le recours à la loi du pays d'origine (en dehors des hypothèses expressément prévues par les conventions internationales). Il serait opportun de préciser que devraient être pris en compte les droits régulièrement acquis dans un autre pays que celui du pays de protection, notamment en s'inspirant des suggestions formulées par Ulmer pour les œuvres créées dans le cadre d'un contrat de travail ou de commande¹⁰⁸.

II. LOCALISATION DU FAIT DOMMAGEABLE DANS LA TRANSMISSION NUMÉRIQUE

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

63. C'est un très vieux débat pour les internationalistes. Il n'est pas non plus complètement

¹⁰⁸ *Op. cit.*, Annexe, Proposition de règles concernant les biens immatériels dans le cadre d'une convention relative au droit international privé dans les États membres de la Communauté économique européenne, p.121, article E.

neuf pour les spécialistes de propriété intellectuelle, qui ont déjà eu à exercer leur sagacité avec le satellite. Tout de même, il y a une différence de degré, peut-être de nature. Ce qui est en jeu n'est plus la flèche de l'archer traversant une frontière, ni le satellite arrosant d'un coup plusieurs pays, c'est une diffusion susceptible de causer un dommage dans chacun des pays du monde et de tomber sous le coup de législations très diverses¹⁰⁹. Il faut donc se garder de sous-estimer le changement. Il est vrai qu'il faut aussi se garder de l'excès inverse. Non seulement on doit récuser la pétition de principe selon laquelle l'espace cybernétique est un espace sans droit, et notamment sans droit international privé, mais le postulat qui veut que la dématérialisation qu'impliquent les techniques numériques rendent obsolète tout rattachement territorial ne résiste pas, on le verra, à l'examen. Pour se limiter à un seul exemple, la mise à disposition des oeuvres et des prestations sur le réseau numérique suppose, en l'état de la technique, une fixation préalable qui constitue indiscutablement une reproduction¹¹⁰, susceptible d'être localisée au même titre que n'importe quelle fabrication d'exemplaires¹¹¹.

64. Comme le suggère la lettre de commande de M. le Sous-directeur général, il est nécessaire d'analyser la question du point de vue de la compétence internationale¹¹² (Section 1) et du point de vue des conflits de lois (Section 2), les deux aspects devant être distingués en dépit des liens qu'ils entretiennent.

Section 1 : Compétence juridictionnelle

65. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue entre les États de la Communauté européenne, dont le champ d'application a été étendu par la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 aux États membres de l'Association européenne de libre échange, et qui est applicable en matière de propriété intellectuelle¹¹³, laisse à la victime la possibilité de saisir à son choix une juridiction de l'État du domicile ou du siège du défendeur (compétence générale résultant de l'article 2) ou le tribunal du lieu « où le fait dommageable s'est produit » (compétence en matière délictuelle ou quasi-délictuelle résultant de

¹⁰⁹ V. l'exemple donné par P. E. Geller (*Conflicts of Law in Cyberspace : International Copyright in a Digitally Networked World*, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, P.B. Hugenholtz (ed), Kluwer, 1996, p.27-48, à la p.27) de la diffusion sur le réseau aux États-Unis, en Allemagne et en France de films de Buster Keaton en version colorisée. Les films sont dans le domaine public aux États-Unis. Ils sont encore protégés en Allemagne. Ils ne le sont plus en France (l'exemple ne prend pas en compte l'allongement de la durée de protection résultant de la loi du 27 mars 1997), mais la diffusion en version colorisée y est tenue pour une violation du droit moral, lequel est perpétuel.

¹¹⁰ La qualification prête en revanche à discussion pour les fixations transitoires qui interviennent au cours du processus de transmission numérique, controverses qui d'ailleurs ne sont pas sans incidence du point de vue du droit international privé.

¹¹¹ P. Schønning, *Applicable law in transfrontier on-line transmissions : RIDA 4/1996*, p.21-53, à la p.29.

¹¹² On laissera de côté la question de l'arbitrage, même si des expériences intéressantes sont menées dans le cyberspace. Pour une opinion favorable à cette justice contractuelle, v. J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., note 67, p.137-138.

¹¹³ Sous réserve des règles spéciales de compétence édictées « en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement » (art.16.4).

l'article 5-3°).

66. L'article 5.3° ne fournissant pas d'autre précision sur ce qu'il faut entendre par cette dernière expression, la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*¹¹⁴, a offert à la victime le choix entre le lieu de l'événement causal (ou fait générateur), et le lieu où le dommage est survenu. Restait à préciser comment appliquer la règle en cas de pluralité de dommages dans des pays différents. L'incertitude a été levée dans l'affaire *Fiona Shevill*¹¹⁵, où la Cour a jugé que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit », doit, en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs États contractants, être interprétée en ce sens que « la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie ».

67. La Cour de cassation française s'est prononcée dans le même sens pour une action tendant à l'indemnisation du préjudice né d'une contrefaçon de droit d'auteur. La Cour d'appel de Paris avait décidé que l'action des auteurs contre l'éditeur anglais ne pouvait prospérer qu'en tant qu'elle tendait à la réparation des dommages résultant de la contrefaçon causés en France et elle les avait renvoyés à mieux se pourvoir devant les juridictions anglaises pour obtenir réparation de l'intégralité de ces dommages. Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir ainsi privé la victime du bénéfice de l'option de compétence ouverte par l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles. Pas du tout, répond la Cour de cassation. Cette option doit, en matière de contrefaçon, « s'entendre en ce que la victime peut exercer l'action en indemnisation soit devant la juridiction de l'État du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'État contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon est diffusé, compétente pour connaître seulement des dommages subis dans cet État¹¹⁶.

68. L'idée est d'éviter une compétence universelle de la juridiction saisie lorsque le fait générateur est susceptible de déployer ses effets dans un très grand nombre de pays, sans pour autant sacrifier les droits de la victime, qui peut toujours choisir, si elle entend obtenir d'un coup la réparation de la totalité de son préjudice, d'assigner devant le for du fait générateur¹¹⁷, celui-ci étant localisé au lieu d'établissement de l'éditeur responsable de la diffamation ou de la contrefaçon.

69. La solution permet en pratique au demandeur de saisir un tribunal dans n'importe quel pays puisque le réseau tisse sa toile sur la planète entière¹¹⁸, étant entendu que s'il veut obtenir d'un coup la réparation de la totalité de son préjudice¹¹⁹, il devra saisir le for du fait

¹¹⁴ CJCE, 30 nov. 1976 : *Rec. CJCE*, p. 1735.

¹¹⁵ CJCE, 7 mars 1995 : *D.* 1996, p.61, note G. Parléani.

¹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, *Wegmann* : *JDI* 1998, p.136, obs. A. Huet.

¹¹⁷ Sans parler de la compétence du for du défendeur prévue par l'art.2 de la convention.

¹¹⁸ M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* : *JCP* 1996, I, 3969, n.14.

¹¹⁹ Tel n'est pas forcément le but recherché, même si cela permet de réduire les frais et d'éviter le problème parfois délicat de l'individualisation du préjudice dans chaque pays (v. sur cette objection K. Kerameus, *La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention*

[Suite de la note page suivante]

générateur. Si le for n'est pas celui du pays dans lequel est établi « l'auteur de la contrefaçon »¹²⁰, sa compétence sera limitée au dommage souffert sur son territoire, ce qui « suppose que l'on identifie précisément les connexions individuelles auprès du serveur »¹²¹.

70. Encore cette jurisprudence ne règle-t-elle que le problème de l'indemnisation. Or la victime de la contrefaçon voudra aussi obtenir la cessation de l'atteinte. La question se pose donc de savoir quelles mesures pourra prendre à cet égard chacun des fors compétents. On est tenté de suggérer, par symétrie, qu'à la différence du for du lieu d'établissement du serveur, qui peut certainement interdire la mise à disposition du public, les fors des différents pays où la diffusion a lieu ne devraient pouvoir ordonner que des interdictions limitées à leur territoire. Il n'est pas certain toutefois qu'une telle restriction puisse toujours être mise en œuvre sur le plan technique, au moins actuellement¹²². En tout cas, elle limite pour la victime l'intérêt de l'option qui lui est ouverte.

71. Cet émiettement des procédures n'est pas, il faut le reconnaître, entièrement satisfaisant¹²³. Pour améliorer le dispositif, un rapport officiel français a suggéré de corriger ses effets fâcheux pour les victimes de la contrefaçon en permettant à celles-ci de « saisir un tribunal, autre que celui du lieu d'émission, qui serait reconnu compétent pour réparer l'intégralité du préjudice subi au plan mondial ». Ce tribunal serait « celui qui présente le lien le plus étroit avec le préjudice », une présomption étant posée en faveur de celui dans le ressort duquel la victime a sa résidence habituelle (pour une personne physique) ou son principal établissement (pour une personne morale) ; ladite présomption serait simple et

[Suite de la note de la page précédente]

de Bruxelles, Travaux comité fr. DIP, 1994, p.272). On a en effet remarqué à juste titre (B. Audit, *Droit international privé*, préc., note 7, n.621) que la concentration des compétences, souhaitable en matière patrimoniale, ne l'est plus autant dans le domaine des atteintes à la personnalité où « le fait pour l'intéressé d'obtenir une décision au fond dans chacun des pays où il estime avoir subi une atteinte constitue une réparation plus adéquate que l'obtention d'une décision unique dans un pays donné », et qu'il faudra bien de toute façon saisir les différents fors si l'on veut obtenir des mesures de contrainte telles que des saisies.

¹²⁰ Prise au pied de la lettre, cette formule de la Cour de cassation française (1^{re} civ., 16 juill. 1997, préc.) ne vise que celui qui a pris l'initiative de la reproduction ou de la communication illicites, mais il n'y a en vérité aucune raison de ne pas étendre la solution à tous ceux dont la responsabilité peut être retenue dans la mise à la disposition du public des œuvres ou prestations contrefaisantes, y compris, le cas échéant, les fournisseurs d'accès, en tout cas dans les limites du préjudice causé. L'observation est importante en pratique parce que la victime de la contrefaçon, qui n'a pas toujours la possibilité pratique de saisir le tribunal du lieu d'établissement du serveur, parviendra souvent à localiser dans le pays de réception un autre intervenant susceptible de voir sa responsabilité engagée (A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, préc., note 27, n.509, note 123).

¹²¹ P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire » au titre de l'usage immatériel des œuvres* : D. 1996, chron. p.131, n.6, qui ajoute que les techniques d'identification des œuvres rendent la chose parfaitement possible.

¹²² Comp. aux États-Unis l'affaire *Playboy v. Chuckleberry*, 939 F.Supp. 1032 (SDNY 1996), dans laquelle le juge ordonne au serveur italien d'interdire l'accès du site à partir des États-Unis ou bien alors, à défaut, de « débrancher » complètement le site.

¹²³ G. Kaufmann-Kohler, *Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges ?*, in *Internet, Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, K. Boele-Woelki et C. Kessedjan (eds), Kluwer Law International, 1998, p.89-142, aux p.113 et s.

pourrait être renversée en fonction des « circonstances particulières », notamment « si l'essentiel du préjudice était subi dans un seul pays »¹²⁴.

72. Cette proposition, qui tempère le refus de principe du *forum actoris* contenu dans l'article 3 de la Convention de Bruxelles, rejoint l'opinion des auteurs qui estiment que pour les atteintes à la vie privée commises par voie de presse, le tribunal du domicile de la victime doit être reconnu compétent « en tant que lieu de réalisation du délit pris dans son ensemble »¹²⁵. Elle a également été défendue en matière de droit d'auteur¹²⁶. Elle répond à coup sûr au souci de protection de la victime, qui est un élément à prendre en compte pour la compétence juridictionnelle, même si le souci d'une bonne administration de la justice reste le critère principal¹²⁷.

73. Le même rapport avance l'idée que, dans le cadre de la directive en cours d'élaboration sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ainsi que dans le cadre de la renégociation de la Convention de Bruxelles, on pourrait présumer, dans l'Union européenne (voire l'Espace économique européen), que le pays ayant le lien le plus étroit avec le préjudice est le pays d'émission, entendu comme le pays où l'éditeur du contenu en cause a sa résidence habituelle », et non le pays où réside la victime¹²⁸. Cette règle ne saurait cependant être étendue en dehors du cadre européen, car elle suppose qu'il existe entre les États concernés un niveau d'harmonisation permettant de conjurer le risque de délocalisations.

74. On notera par ailleurs qu'aux termes de l'article 24 de la Convention de Bruxelles, les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant peuvent être ordonnées par le for de cet État même si c'est le for d'un autre État contractant qui est compétent pour connaître du fond du litige. La solution est d'une grande portée pratique,

¹²⁴ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'État, préc., note 88, p.151. V. en ce sens J.C. Ginsburg, *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*, préc., note 20, p.23. V. aussi l'art.10 de l'avant-projet de Convention de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, admettant la compétence du for du lieu des effets de l'acte dommageable pour statuer sur l'ensemble du dommage mondial à la condition que la victime soit résidente habituelle de l'Etat dans lequel se trouve le tribunal saisi. V. sur ce texte C. Kessedjan, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, Document préliminaire n.12, août 2000, à l'intention de la 19^e session de juin 2001.

¹²⁵ P. Bourel, *Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé*, *RCADI* II/1989, tome 214, p.355 et s. V. aussi pour les réseaux numériques F. Dessemontet, *Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé*, in *Le droit au défi d'Internet*, Genève, Librairie Droz, 1997, p.77-101, n.27.

¹²⁶ J. Ginsburg et M. Gauthier, *The celestial jukebox and earthbound courts : judicial competence in the European Union and the United States over copyright infringements in cyberspace : RIDA* 3/1997, p.61-135, à la p.85, tirant argument de ce que l'acte de contrefaçon présente un caractère personnel, surtout pour le droit moral.

¹²⁷ V., faisant de cet impératif le fondement de la règle de compétence spéciale de l'art. 5, 3^o, de la Convention de Bruxelles, CA Paris, 1^{er} ch., 5 nov. 1997 : *D.* 1997, inf. rap. p. 260.

¹²⁸ Rapport préc., p.152, qui précise qu'il s'agirait, là encore, d'une présomption simple.

surtout si l'on admet que le juge puisse ordonner à ce titre des mesures ayant effet en dehors du for, ce qui, en vérité, n'est pas certain¹²⁹.

75. En toute hypothèse, il ne suffit pas pour la victime de la contrefaçon d'obtenir une décision en sa faveur. Encore faudra-t-il pouvoir faire reconnaître et exécuter cette décision dans un autre pays, par exemple pour obtenir la fermeture du site contrefaisant. La Convention de Bruxelles contient à cet égard des dispositions libérales. L'article 26, alinéa 1^{er}, pose en effet le principe que « les décisions rendues dans un État contractant sont reconnues dans les autres États contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure », et l'article 31, alinéa 1^{er}, prévoit que l'*exequatur* est obtenu sur simple requête.

76. Les choses sont évidemment moins simples en droit commun, chaque pays posant ses propres conditions¹³⁰. D'une manière générale, on peut douter de la possibilité pour la victime de la contrefaçon d'obtenir dans le pays d'émission, où réside généralement le contrefacteur, l'*exequatur* d'une décision de condamnation obtenue dans un des pays de réception dès lors que l'acte ne serait pas considéré comme une violation du droit d'auteur ou du droit voisin dans ce pays d'émission¹³¹. De même, des difficultés sont à prévoir lorsque le juge ayant rendu la décision s'est reconnu compétent en vertu d'un privilège de juridiction¹³².

77. Le bilan n'est donc pas très encourageant. Un renforcement de la coopération internationale en matière de contrefaçon, auquel pourrait contribuer l'OMPI, serait le bienvenu, par exemple pour faciliter et accélérer les procédures d'*exequatur*¹³³. On a relevé qu'une convention internationale sur le droit d'auteur ne se prêtait pas à l'examen de ces questions transversales de procédure¹³⁴. Mais il est possible de faire valoir en sens inverse qu'il est urgent de prendre les mesures propres à assurer l'effectivité du droit exclusif dans l'environnement numérique.

Section 2 : Loi applicable

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

A. *Loi du pays d'émission et loi du pays de réception*

¹²⁹ V. par ex., sceptique sur l'efficacité au Royaume-Uni de la procédure néerlandaise de « kort gedind », W. Cornish, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.339.

¹³⁰ Pour un aperçu des difficultés pratiques, v. J. Ginsburg et M. Gauthier, *The celestial jukebox and earthbound courts*, préc., note 126, p.99 et s.

¹³¹ Rapport du Conseil d'Etat, préc., p.150.

¹³² V. par ex. J. Ginsburg et M. Gauthier, *op. cit.*, p.123, observant que le privilège de juridiction du Français demandeur prévu par l'art.14 du Code civil risque d'être considéré comme incompatible avec les exigences de la loi américaine.

¹³³ Rapport du Conseil d'Etat, préc., p.152.

¹³⁴ K. Spöndlin, *La protection internationale de l'auteur*, préc., note 18, p.133-134.

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

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

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

81. La loi du pays d'émission, entendu comme celui dans lequel le signal a été « injecté » dans le réseau, a d'abord eu les faveurs de la Commission des Communautés européennes. Transposant le mécanisme retenu pour la radiodiffusion par satellite par la directive du 27 septembre 1993¹³⁵, le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information suggérait d'ériger en principe, pour des raisons d'« efficacité économique », l'application de « la loi de l'État membre d'origine du service »¹³⁶. Mais cette suggestion a été critiquée. Et la Commission a fait machine arrière, se bornant à annoncer une communication sur le droit applicable¹³⁷, qu'on attend toujours.

La solution est parfois défendue aussi en doctrine¹³⁸.

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

En second lieu, c'est le lieu d'injection qui paraît offrir le point de contact le plus significatif avec le rapport de droit¹³⁹.

¹³⁵ JOCE N° L 248/15, 6 oct. 1993.

¹³⁶ Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM (95) 382 final, juill. 1995, p.41.

¹³⁷ Communication de la Commission des Communautés européennes sur le suivi du Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM (96) 508 final, 20 nov. 1996, p.23.

¹³⁸ V. en ce sens, en faveur de l'application de la loi du « lieu de mise à disposition sur Internet », T. Piette-Coudol et A. Bertrand, *Internet et la loi*, Dalloz, 1997, p.55 et s. V. aussi J. Dieselhorst, *Anwendbares Recht bei internationalen Online-Diensten : ZUM 1998*, p.293-300. – T. Hoeren et D. Thum, *Internet und IPR. Kollisionsrechtliche Anknüpfungen in internationalen Datennetzen*, in R. Dittrich (ed), *Beiträge zum Urheberrecht V*, Vienne, Manz, 1997, p.78-97. Comp. P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, préc., note 121, n.4, écartant certes le rattachement au « lieu où le serveur est établi et injecte les œuvres sur le réseau », mais convenant qu'il est « solide ».

En troisième lieu, si l'on accepte l'idée que la mise à la disposition du public sur le réseau constitue en elle-même l'acte d'exploitation subordonné à l'autorisation du titulaire du droit, on sera également porté à trouver naturel que seul cet acte soit pris en compte pour la détermination de la loi applicable.

Enfin, le choix de la loi du pays d'émission permet aussi d'offrir aux opérateurs des réseaux numériques une plus grande lisibilité du droit, ce qui est essentiel pour le développement harmonieux de la société de l'information. L'impératif de la prévisibilité du rattachement, qui joue un rôle essentiel en matière de droit d'auteur, plaide de manière générale en faveur de l'application de la loi du lieu du fait générateur, parce que « normalement, c'est en contemplation de celle-ci que le défendeur a dû se demander s'il agissait correctement ou non »¹⁴⁰. L'argument a pesé lourd en droit communautaire pour les satellites¹⁴¹. Et il est tentant de l'étendre à l'injection dans le réseau¹⁴².

83. Aucun de ces arguments n'est décisif. Il n'y a rien d'illogique (même si c'est moins simple) à ce qu'un acte unique d'exploitation qui déploie ses conséquences dans plusieurs pays soit régi de façon distributive par les lois de ces pays. C'est d'ailleurs ce qui se passe en matière d'édition traditionnelle, sans que personne trouve à y redire.

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

Quant au constat que la mise sur le réseau est en tant que telle un acte d'exploitation, il ne peut pas davantage suffire à justifier la compétence exclusive de la loi du pays d'émission. Une chose est de qualifier un acte d'un point de vue technique au regard de la définition du droit de communication au public. Une autre est de localiser l'exploitation d'un point de vue économique, comme cela découle de la raison d'être de la loi du pays de protection, dont a vu qu'elle devait être regardée comme la loi applicable à l'exploitation du droit sous toutes ses

[Suite de la note de la page précédente]

¹³⁹ P.-Y. Gautier, *eod. loc.* (« Si l'on se réfère aux tendances actuelles du droit international privé, désignant la loi du pays où se concentre la substance de la situation litigieuse, il est clair que, ici, la "proximité" est celle du point de départ de la transmission en ligne, unique, avant l'éclatement en millions de points »).

¹⁴⁰ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, préc., note 4, n.137.

¹⁴¹ Il est vrai que la directive a moins cherché à résoudre un problème de conflit de lois qu'à créer par un minimum d'harmonisation les conditions propres à faciliter la mise en œuvre de la règle de libre prestation des services dans l'optique du marché intérieur. C'est ce qui explique qu'elle s'inspire d'une démarche unilatéraliste en s'attachant à retenir autant que possible la compétence de la loi de l'un des États membres.

¹⁴² A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.991. - P. Sirinelli, *Internet et droit d'auteur : Droit et Patrimoine*, déc. 1997, p.74-81, à la p.79.

formes¹⁴³. Or il est difficile de contester que la diffusion sur les réseaux corresponde à une exploitation économique dans les différents pays où se connectent des utilisateurs¹⁴⁴.

Enfin, l'idée selon laquelle le diffuseur est mieux à même de connaître le contenu de la loi du pays d'émission et d'adapter son comportement en conséquence n'autorise pas à prétendre qu'il peut se désintéresser complètement des lois des pays dans lesquels l'information est susceptible de causer un dommage, celui-ci pouvant (devant) aussi, après tout, être prévu.

84. Le précédent des satellites ne doit pas abuser. La grande différence est que sur les réseaux numériques la diffusion n'est pas un processus unitaire. Dans la radiodiffusion traditionnelle, l'action déterminante est celle d'émettre¹⁴⁵. Mais cette présentation n'est plus pertinente sur l'Internet. Alors que les programmes diffusés par satellite suivent le même chemin à la même heure pour parvenir à des clients passifs, les œuvres et prestations circulent sur les autoroutes de l'information à la demande des consommateurs, en suivant des itinéraires d'ailleurs impossibles à retracer dans le détail (parce que tel est le mode de fonctionnement du réseau que l'itinéraire est indifférent). En outre, chaque utilisateur est lui-même potentiellement un émetteur¹⁴⁶. Ces particularités rendent « plus difficilement concevable que la réception puisse être déclarée étrangère à l'exploitation »¹⁴⁷.

85. Sur le plan pratique, l'objection la plus sérieuse à l'application exclusive de la loi du pays d'émission est le risque de délocalisation vers des pays d'émission connaissant un niveau de protection moins élevé¹⁴⁸. Ce risque est bien réel compte tenu des différences notables qui existent entre les législations nationales, particulièrement pour les exceptions au droit exclusif, et de l'extrême facilité qu'il y a sur les réseaux numériques à manipuler le lieu d'injection. La directive européenne a pu le conjurer en jouant de l'harmonisation (d'ailleurs incomplète) entre les États membres, mais ce garde-fou disparaît si l'on raisonne à l'échelle de la planète entière.

86. Pour répondre à cette objection, on peut songer à retenir, non pas le lieu d'injection matérielle, mais le lieu d'établissement du responsable de la diffusion, qui se prête moins à de

¹⁴³ V. *supra*, n.57.

¹⁴⁴ V. en ce sens P. Schønning, *Applicable law in transfrontier on-line transmissions*, préc., note 111, p.46, qui relève que la transmission peut fort bien, par ex., remplacer un achat dans le pays de réception.

¹⁴⁵ P. Katzenberger, in G. Schricker, préc., note 71, n.141.

¹⁴⁶ J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.319^{ter}.

¹⁴⁷ A. Kéréver, *Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, préc., note 72, p.266. V. en ce sens la réponse du Gouvernement français au Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, janv. 1996, p.5. - P. Schønning, *Applicable law in transfrontier on-line transmissions*, préc., note 111, p.37.

¹⁴⁸ V. en ce sens la réponse précitée du Gouvernement français, p.5. - F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 56, p.290. - P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, préc., note 121, n.4. - P. Sirinelli, *Internet et droit d'auteur*, préc., note 142, p.79-80. - M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux : JCP 1996, I, 3969, n.9.*

telles manipulations, et qui offre au surplus l'avantage d'être plus facile à déterminer¹⁴⁹. La directive précitée fait elle-même une place à ce critère pour les diffusions par satellite émises à partir d'un État non membre de la Communauté européenne qui n'assure pas un « niveau de protection » suffisant.

La stabilité de ce rattachement le rend assurément séduisant. Mais d'une part, on doit rappeler que la circulation des œuvres sur les réseaux numériques n'est pas, le plus souvent, et sera sans doute de moins le fait de véritables exploitants¹⁵⁰, ce qui met en cause la pertinence de l'approche et complique, en tout cas, la mise en œuvre de la règle. D'autre part, l'application exclusive de la loi du pays dans lequel est installé le responsable de l'émission permet à celui-ci d'exporter dans le monde entier ladite loi¹⁵¹, ce qui est difficile à accepter pour les auteurs et les titulaires de droits voisins, et pour les États jaloux de leur souveraineté, qui savent bien que le système favoriserait les pays développés où seront le plus souvent localisés les diffuseurs¹⁵².

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

87. L'application des lois des pays de réception pour la réparation du dommage local est approuvée par la doctrine dominante¹⁵³. La solution, qui s'inscrit dans la tendance générale du droit international privé à donner la préférence, en matière de responsabilité civile

¹⁴⁹ J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., note 67, p.81. – A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.953. V. aussi, proposant de retenir le pays de la résidence habituelle de l'éditeur de contenu, tout en suggérant de limiter en l'état ce rattachement à la sphère européenne, *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'État, préc., note 88, p.151. Comp., retenant le lieu d'établissement du serveur, P. Deprez et V. Fauchoux, *Lois, contrats et usages du multimédia*, Paris, Dixit, 1997, p.198.

¹⁵⁰ Comp. J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.319ter (« dans le domaine des réseaux, n'importe quel utilisateur est potentiellement émetteur »).

¹⁵¹ Comp. F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 56, p.293, observant que le système centré sur la loi du pays d'émission « s'organise autour des intérêts du défendeur ».

¹⁵² Comp. M. Vivant et C. Le Stanc, *Lamy droit de l'informatique*, 2000, n.2370, pour qui « cela voudrait dire déjà que la loi américaine serait compétente dans l'immense majorité des situations », et qui ajoutent : « Pour qui l'américanisation de la planète n'est pas l'horizon indépassable vers lequel on doit tendre, ce n'est pas un cas de figure souhaitable ».

¹⁵³ B. Audit, *Droit international privé*, préc., note 7, n.777. – A. Bercovitz, *Legislation Applicable to Transnational Relations Between the Operators of Digital Communication Systems*, in *International Unesco Symposium on Copyright and Communication in the Information Society*, Unesco, 1997, p.204-211, à la p.208. – J.-S. Bergé *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., note 2, n.315 et 319ter. – A. Cruquenaire, *La loi applicable au droit d'auteur*, préc., note 80, p.222. – T. Dreier, Rapport national allemand, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.303. – P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, préc., note 121, n.6. – P. Katzenberger, in G. Schricker, préc., note 71, n.145. – A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n.664 et s. – J. Seignette, Rapport national néerlandais, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.316. – M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* : JCP 1996, I, 3969, n.6.

délictuelle, à la loi du lieu où le dommage est subi¹⁵⁴, comme on le vérifie dans le projet d'instrument sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome 2¹⁵⁵, rejoint celle adoptée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Fiona Shevill*¹⁵⁶. Certes, cet arrêt résout une simple question de compétence juridictionnelle, et renvoie expressément pour les conditions d'appréciation du caractère dommageable du fait litigieux et les conditions de preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice au droit matériel désigné par les règles de conflit de lois du droit national de la juridiction saisie, mais il est facile de prévoir que « ce seront des critères similaires qui seront mis en œuvre pour déterminer à la fois la compétence et la loi matérielle »¹⁵⁷, chacun des fors compétents en vertu de l'article 5.3° de la Convention de Bruxelles, appliquant sa propre loi matérielle.

88. L'inconvénient majeur de cette application distributive des lois des différents pays de réception est qu'elle rend possible l'application, non pas seulement de **quelques** lois, comme dans l'environnement analogique, mais potentiellement de **toutes** les lois de la planète.

Certes, il ne faut pas noircir le tableau. Dans la pratique, le dommage ne sera subi que dans un certain nombre de pays¹⁵⁸, dont la législation sera souvent similaire¹⁵⁹. A quoi on peut ajouter que si l'on admet l'idée, développée ci-dessus¹⁶⁰, que le for du domicile de la victime soit reconnu compétent pour réparer la totalité du préjudice subi au plan mondial, ce tribunal pourrait être assez facilement renseigné, moyennant une coopération internationale à laquelle l'OMPI pourrait prêter la main, sur la teneur des diverses lois étrangères qu'il aurait à appliquer¹⁶¹.

Malgré tout, la réparation due à la victime va s'en trouver compliquée et peut-être même compromise par un risque de contradictions et d'inexécution de la décision à l'étranger¹⁶². Et le responsable lui-même fera valoir qu'il n'est pas raisonnable de l'obliger à adapter son comportement à un aussi grand nombre de lois à la fois. Comme on l'a noté à juste titre, « un système juridique n'est pas bon, qui place le sujet de droit dans une situation telle que, sans y pouvoir mais, il soit fautif, sinon même délinquant »¹⁶³.

¹⁵⁴ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.991. V. par ex. TGI Paris, 1^{re} ch., 3 mai 2000 : *RIDA* 3/2000, p.451 (application de la loi française à la violation du monopole des commissaires-priseurs par un site hébergé aux États-Unis). - TGI Paris, réf., 22 mai 2000, *Yahoo : Expertises* 2000, p.211 (« en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo ! Inc. commet une faute sur le territoire français »).

¹⁵⁵ Dont l'article 3 pose le principe de l'application de la « loi du pays où l'action ou l'omission qui a causé le dommage produit un effet préjudiciable ». Il est vrai que l'article 1 h) précise que l'instrument ne s'applique pas aux droits de propriété intellectuelle.

¹⁵⁶ 7 mars 1995, préc., note 94.

¹⁵⁷ G. Parléani, note préc., n.12.

¹⁵⁸ F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 56, p.291 (« lorsqu'on examine la portée économique des actes, le résultat paraît être localisé dans un ou plusieurs pays seulement »).

¹⁵⁹ G. Koumantos, in *Copyright in Cyberspace*, préc., note 12, p.340.

¹⁶⁰ V. *supra*, n.71.

¹⁶¹ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'Etat, préc., note 88, p.151.

¹⁶² *Internet et les réseaux numériques*, p.173.

¹⁶³ M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* : *JCP* 1996, I, 3969, n.29.

89. Pour éviter que l'application de la loi du pays de réception conduise à des résultats inéquitables pour l'émetteur, on peut songer à en subordonner l'application à la condition que l'émetteur ait pu (ou dû) raisonnablement prévoir la survenance d'un dommage dans le pays de réception. La réserve est classique. On la trouve dans des lois nationales¹⁶⁴ ou des conventions internationales¹⁶⁵, et la doctrine lui fait bon accueil dans le domaine général de la responsabilité civile¹⁶⁶. Il n'est donc pas étonnant qu'elle soit ici mise sur le tapis.

90. On peut se demander toutefois quelle serait sa portée dans l'environnement numérique. S'il s'agit seulement de s'assurer que celui qui a pris l'initiative de la diffusion pouvait (devait) savoir que cette diffusion atteindrait un pays donné, il est facile de répondre que l'intéressé sait très bien (en tout cas doit savoir) à l'avance que les réseaux numériques tissent leur toile partout dans le monde¹⁶⁷. S'il s'agit de subordonner sa responsabilité à la démonstration qu'il ait pu (dû) prévoir qu'un droit d'auteur ou un droit voisin serait lésé dans un pays donné, le critère supplémentaire retrouve de l'intérêt. Par exemple, il permettra d'écarter une loi qui récuserait le principe de toute exception au droit exclusif ou qui allongerait la durée de protection au-delà des délais habituellement prévus.

Mais il serait excessif d'aller jusqu'à lier le succès de l'action à la condition que l'acte soit également illicite au regard de la loi du pays d'émission, comme l'admettait autrefois le droit anglais en matière de responsabilité civile avant d'évoluer sur ce point. Tout au plus pourrait-on envisager de demander au juge de tenir compte de ladite loi pour apprécier le « comportement du défendeur »¹⁶⁸, à l'instar de ce que prévoit l'article 7 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière¹⁶⁹.

B. *Autres rattachements*

¹⁶⁴ V. l'art. 139 de la loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé (« ...pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet État »).

¹⁶⁵ V. l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1973 sur la responsabilité du fait des produits, écartant la loi normalement applicable « si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans l'État considéré ». V. aussi l'article 3 *bis*, variante 1, du projet Rome 2 précité (texte soumis par la délégation danoise), qui recommande au juge de tenir compte (lettre e) de « la question de savoir si la partie ayant causé le dommage aurait raisonnablement pu prévoir que son comportement pouvait causer un dommage dans l'État où ce comportement a produit son effet direct ». V. en ce sens en matière de compétence juridictionnelle l'art.10.1 b de l'avant-projet précité (note) de Convention de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale.

¹⁶⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, préc., note 2, n.561 (application de la loi du lieu du dommage sauf « lorsque le défendeur ne pouvait pas prévoir que son acte aurait des effets en ce lieu »).

¹⁶⁷ V. sur ce point les experts cités par C. Kessedjan, *Rapport préc.*, note 124, p.8.

¹⁶⁸ G. Legier, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 553-1, 1993, n.110.

¹⁶⁹ « Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident ». V. aussi l'art.9 de la convention précitée de 1973 sur la responsabilité du fait des produits.

91. Comme souvent en droit international privé, la difficulté d'opter par principe pour un rattachement a conduit à suggérer des rattachements multiples, « en cascade » ou alternatifs. Il est impossible d'analyser de façon exhaustive les nombreux « bouquets » de lois applicables ainsi offerts à la « cueillette »¹⁷⁰.

92. Ces formules, qui s'inspirent de la doctrine de la recherche de la « meilleure loi » et qui se traduisent par l'édition d'une règle de conflit partiellement substantielle, ont leurs mérites, ce qui explique qu'elles aient été retenues dans certaines lois¹⁷¹ et dans certaines conventions internationales¹⁷². On peut toutefois se demander si elles sont bien adaptées à la dimension planétaire et à la complexité des problèmes à résoudre. Les rattachements multiples sont en effet difficiles à manier¹⁷³, défaut qui se révèle particulièrement gênant dans l'environnement numérique, où la lisibilité de la règle est un impératif majeur à la fois pour les opérateurs et pour les titulaires de droits, de sorte qu'il est difficile d'en faire des modèles.

93. En toute hypothèse, il ne paraît pas souhaitable de laisser le titulaire du droit choisir lui-même dans le bouquet la loi qui lui est la plus favorable, car cet arbitraire implique pour les opérateurs une trop grande imprévisibilité. Laisser le juge faire ce choix, comme le proposait la « théorie de Bogsch » pour la détermination de la loi applicable en matière de droit d'auteur à la radiodiffusion par satellite¹⁷⁴, n'est guère satisfaisant non plus. La comparaison peut en effet se révéler très difficile, le concept de « niveau de protection » étant bien flou¹⁷⁵.

Pour la même raison, il semble difficile d'entrer dans la logique d'un système qui prétendrait rompre avec tout rattachement territorial et qui laisserait le juge, au terme d'une analyse fonctionnelle, décider quelle est la loi protégeant le plus efficacement l'œuvre en question en tenant compte de certains principes de préférence¹⁷⁶.

94. Du point de vue de la méthode, on retrouve la controverse classique sur les mérites comparés d'une localisation objective fondée sur des critères abstraits et de la recherche d'une « *proper law* » ayant les liens les plus étroits avec la situation d'espèce. La première approche, qui s'inscrit dans la tradition française, prend mieux en compte l'impératif de prévisibilité, là où la seconde, en vogue aux États-Unis, a l'avantage de la souplesse. Peut-

¹⁷⁰ V. par ex. la proposition commune de F. Dessemontet et J. Ginsburg, en annexe à l'étude du premier nommé, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, préc., note 56, p.293-294. - P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le « village planétaire »*, préc., note 121, n.5. - A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, préc., note 27, n.512-512 bis.

¹⁷¹ V. la loi suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, art. 133 (responsabilité pour actes illicites) et 139 (atteintes à la personnalité). Comp. l'arrêt de la Cour de cassation française (1^{re} civ., 11 mai 1999 : *JCP* 1999, II, 10183, note Muir Watt), approuvant la cour d'appel d'avoir recherché « en raison de la multiplicité des faits générateurs du dommage, le pays qui présente les liens les plus étroits avec le fait dommageable ».

¹⁷² V. par ex. la Convention de la Haye du 2 oct. 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (art.4 à 6). V. aussi le système retenu pour les satellites par la directive européenne précitée de 1993 et les trois variantes de l'article 3 bis du projet Rome 2 soumises respectivement par les délégations danoise, néerlandaise et portugaise.

¹⁷³ M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* : *JCP* 1996, I, 3969, n.10.

¹⁷⁴ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 3, n.942.

¹⁷⁵ P. Schønning, *Applicable law in transfrontier on-line transmissions*, préc., note 111, p.45.

¹⁷⁶ Sur cette thèse, v. P.E. Geller, *Les conflits de lois dans le cyberspace* : *Bull. dr. auteur*, janv.-mars 1997, p.3-15, qui précise qu'il s'agit de faciliter ainsi l'application du traitement national.

être une des solutions de compromis consiste-t-elle à désigner une loi présumée être la plus adaptée, en laissant aux parties le soin de la renverser en démontrant l'existence d'autres points de contact¹⁷⁷.

95. La solution idéale, la plus radicale, consiste bien sûr dans l'adoption d'une réglementation internationale uniforme en matière de droit d'auteur et de droits voisins¹⁷⁸. Les États ont su y parvenir dans le passé pour le droit des transports. On peut imaginer qu'ils sauront faire preuve de la même lucidité pour cette nouvelle forme de communication que constituent les réseaux numériques. Le préambule de la Convention de Berne les y invite, qui met l'accent sur le « désir » des signataires de « protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques ».

Le développement d'une « *lex mediatica* »¹⁷⁹ pourrait de ce point de vue jouer un rôle utile en faisant prendre conscience de la nécessité d'éliminer les distorsions incompatibles avec la circulation des oeuvres et des prestations sur les réseaux numériques. Mais, outre qu'il faut veiller à ce que les intérêts des utilisateurs ne soient pas trop vite sacrifiés par la généralisation de contrats d'adhésion léonins, il n'est pas raisonnable d'espérer que ces normes puissent voir le jour rapidement.

96. À moyen ou à court terme, c'est seulement dans une sphère géographique à l'intérieur de laquelle l'harmonisation des lois nationales est assez poussée qu'il serait réaliste de songer à l'application de la loi du pays d'émission. Telle est la solution que suggère dans le cadre européen le rapport précité du Conseil d'État français¹⁸⁰, en lançant l'idée, qui pourrait prendre corps lorsque le processus d'harmonisation en cours aurait atteint un « niveau satisfaisant » (ce qui signifie que la condition n'est pas remplie aujourd'hui), d'un « espace européen juridique unique en termes de loi applicable ». Il s'agirait d'appliquer la loi du pays d'émission lorsque le « responsable du contenu » est établi dans un pays de l'Union européenne (voire de l'Espace économique européen).

97. On voit bien cependant qu'une solution cantonnée à un espace aussi restreint n'aurait pas un grand intérêt pratique compte tenu de la dimension planétaire des réseaux numériques. Elle a tout de même l'avantage de montrer le chemin, en mettant l'accent sur la condition préalable de progrès substantiels dans le rapprochement des lois nationales. Ce rapprochement devrait aller bien au-delà du minimum résultant de l'Accord ADPIC et des traités de l'OMPI de 1996, qui placent la barre à un niveau encore trop modeste, notamment en ce qu'ils n'abordent pas au fond le problème capital des exceptions au droit exclusif¹⁸¹.

98. Dans l'immédiat, si l'on veut éviter d'entrer dans la logique des rattachements « en cascade » ou alternatifs, la meilleure solution, en tout cas la moins mauvaise, est encore celle consistant à appliquer de façon distributive, pour chacun des préjudices subis, la loi des pays

¹⁷⁷ Comp. pour la localisation du contrat, H. Batiffol, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, Mélanges Maury, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome 1, p.42-43.

¹⁷⁸ T. Hoeren et D. Thum, *Internet und IPR*, préc., note 138, p.96.

¹⁷⁹ V. *supra*, n.13.

¹⁸⁰ Internet et les réseaux numériques, préc., note 70, p.152.

¹⁸¹ V. cependant J.C. Ginsburg, *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*, préc., note 20, p.47), se bornant à subordonner l'application de la loi du pays d'émission à la condition que ce pays soit membre de l'Union de Berne ou de l'Organisation mondiale du commerce.

de réception, sauf à subordonner l'application de la loi du pays de réception à la condition que l'émetteur ait pu (ou dû) raisonnablement prévoir la survenance d'un dommage dans ce pays¹⁸².

99. Enfin, si l'on voulait vraiment s'en tenir à une loi unique, celle du pays dans lequel le titulaire du droit victime de l'atteinte a son domicile, sa résidence ou son établissement aurait, semble-t-il, plus de titre à s'appliquer que la loi du pays dans lequel le signal a été injecté ou dans lequel est établi l'émetteur (toujours sous réserve de la prévisibilité du dommage pour ce dernier). Sans doute n'a-t-elle pas en elle-même de lien direct avec la situation. Mais, outre que le rattachement est pratique, compte tenu de la difficulté de localiser l'atteinte au droit, il peut très bien se justifier par l'idée que le dommage se constate là où se trouve le siège des intérêts lésés par le fait dommageable¹⁸³. C'est ainsi que raisonne une bonne partie de la doctrine en matière d'atteinte aux droits de la personnalité¹⁸⁴. Et l'idée fait aussi son chemin pour le droit d'auteur¹⁸⁵. Littéralement, elle n'est pas incompatible avec la lettre de l'article 5.2 de la Convention de Berne visant le « pays où la protection est réclamée »¹⁸⁶ et elle offre l'avantage de situer le centre de gravité dans la personne du titulaire du droit. Au surplus, elle paraît bien correspondre à l'évolution générale en matière de responsabilité civile¹⁸⁷.

Conclusions

100. Le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin devrait, en cas de violation de son droit, pouvoir saisir le for de chaque pays dans lequel il a subi un préjudice, et, s'il préfère, demander la réparation de la totalité de son préjudice devant le for qui « présente le lien le plus étroit » avec celui-ci, une présomption simple étant posée en faveur de celui dans le ressort duquel il a sa résidence habituelle ou son principal établissement.

¹⁸² V. *supra*, n.89-90.

¹⁸³ Rapport préc., p.174 (« *in fine*, c'est bien au domicile de la personne lésée que l'intégralité du dommage est subi »). - F. Dessemontet, *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, in *Internet, Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, préc., note 123, p.47-64, à la p.60 (« En fin de compte, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle - de l'auteur ou de son ayant droit par exemple - se produit dans un lieu déterminé : celui du dommage patrimonial »).

¹⁸⁴ F. Dessemontet, *Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé*, préc., note 125, n.28. - H. Gaudemet-Tallon : *Rev. crit. DIP* 1983, p.676. - Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1988, n.274.

¹⁸⁵ V. *Internet et les réseaux numériques*, Rapport préc., note 188. V. aussi F. Dessemontet, *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., note 183, p.60 (« En fin de compte, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle - de l'auteur ou de son ayant droit par exemple - se produit dans un lieu déterminé : celui du dommage patrimonial »). V. aussi l'art.3 de la proposition commune de J. Ginsburg et F. Dessemontet, préc., note 170, qui pose le principe que la loi applicable est la loi de l'État « sur le territoire duquel le dommage consécutif à la violation des droits d'auteur est survenu », avant de préciser : « En règle générale, aux fins de l'application du présent article, le dommage est réputé survenu dans l'État dans lequel le lésé possède sa résidence habituelle ou son principal établissement d'affaires ».

¹⁸⁶ V. cependant les réserves d'A. Cruquenaire, *La loi applicable au droit d'auteur*, préc., note 80, p.222.

¹⁸⁷ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport préc., note 88, p.173.

101. En l'état actuel du droit positif et compte tenu des différences notables qui subsistent entre les lois nationales en matière de droit d'auteur et de droits voisins, la loi applicable ne peut être celle du pays d'émission, qui ne constitue pas un rattachement approprié pour localiser le fait dommageable dans la transmission numérique. Le lieu d'établissement du responsable de la diffusion offre un rattachement plus stable, mais la loi correspondante ne peut avoir vocation à régir à elle seule l'atteinte au droit d'auteur ou au droit voisin. La solution la moins discutable consiste dans l'application de la loi du pays d'émission, pour réparer l'intégralité du dommage, et dans l'application distributive des lois des différents pays de réception, pour réparer le dommage subi dans chacun de ces pays, sauf à exiger que l'émetteur ait pu (ou dû) raisonnablement prévoir la survenance d'un dommage dans ce pays.

102. Si l'on devait absolument se résoudre à l'application d'une seule loi, le centre de gravité que constitue le domicile, la résidence ou l'établissement du titulaire du droit lésé offrirait un rattachement plus approprié que le lieu d'émission au sens technique ou le lieu d'établissement de l'émetteur.

III. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

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

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

105. Un instrument international, sous l'égide de l'OMPI, pourrait utilement préciser que la loi du contrat est, à défaut de choix par les parties, déterminée par référence au lieu d'établissement de l'exploitant et qu'elle s'efface devant la loi applicable au droit d'auteur ou au droit voisin lorsque la nature et le contenu de ce droit sont en cause.

106. Le même instrument devrait prévoir que la loi du pays de protection, gouverne l'ensemble des questions soulevées par le droit d'auteur ou par les droits voisins, le recours à la loi du pays d'origine n'étant admis que dans les hypothèses expressément prévues par les conventions internationales, sauf à prendre en compte les droits régulièrement acquis dans un autre pays que celui du pays de protection.

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

[Fin du document]