

DOCTRINE ET OPINIONS

LA LOI APPLICABLE A LA VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR DANS L'ENVIRONNEMENT NUMERIQUE¹

1. L'hypothèse envisagée est exclusivement celle d'une violation du droit d'auteur, les dimensions du travail ne permettant pas d'aborder la question des droits voisins.
2. L'analyse est, par ailleurs, limitée à la question de la loi applicable, à l'exclusion de celle de la compétence juridictionnelle. On se contentera donc, sur ce dernier point, de renvoyer au projet de convention de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale² ainsi qu'aux travaux de l'*American Law Institute*³.
3. Il est également hors de doute que la discussion doit être menée aussi bien sur le terrain du droit conventionnel (ce qui renvoie, en pratique, à la Convention de Berne), que sur celui du droit commun, lequel a vocation à s'appliquer lorsque la situation créée par la violation du droit ne peut être rattachée à un quelconque instrument international.
4. Enfin, il n'est pas inutile de rappeler, à titre de précaution méthodologique, que le droit international privé est une discipline dans laquelle il est souvent difficile d'acquérir des certitudes, et que cela se vérifie tout particulièrement pour Internet, dont la dimension planétaire renouvelle la problématique traditionnelle.
5. Il est frappant de constater que la question des conflits des lois a longtemps été occultée dans le domaine du droit d'auteur. Une première explication, qu'il ne faut pas sous-estimer, est que le sujet est d'une grande complexité. Sans doute aussi a-t-on cru que le conflit de lois pouvait être évité par l'harmonisation des législations et par le principe de l'assimilation de l'étranger au national (le « traitement national »), standard des conventions internationales en

¹ Cette étude a été préparée à la demande du Secrétariat par M. André Lucas, Professeur à la Faculté de droit et de sciences politiques, Université de Nantes (France), pour la 13^e session du Comité intergouvernemental du droit d'auteur. Les opinions qui y sont exprimées ne sont pas nécessairement celles du Secrétariat de l'UNESCO.

² V. en dernier lieu le rapport de la commission spéciale (21-27 avril 2004), <http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/minutes-apr2004/pv2.doc>

³ Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, Preliminary Draft N°3, February 2005. V. aussi pour une réflexion d'ensemble Symposium on Constructing International Intellectual Property Law : The Role of National Courts, 77 *Chicago-Kent Law Review* 991-1412 (2002), sous la direction de G.B. Dinwoodie.

matière de droit d'auteur, sur la base de l'affirmation, au moins implicite, que l'étranger admis à faire valoir son droit d'auteur dans un pays ne peut se voir appliquer que la loi locale.

6. Aucune de ces raisons n'est décisive. Le droit international privé est certes une science difficile. Mais, comme l'a dit le grand internationaliste français Batiffol⁴, 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 ». L'harmonisation du droit substantiel est, en l'état, évidemment trop limitée pour retirer tout intérêt à la question du conflit de lois. Quant à la confusion entre condition des étrangers et conflit des lois, elle doit être évitée. C'est, en effet, un principe fondamental du droit international privé que la question de la jouissance des droits par un étranger ne commande pas celle du choix de la loi applicable au fond. Le traitement national a pour objet de faire échapper les auteurs aux discriminations que peut leur valoir leur statut d'étrangers, et non d'édicter une règle de conflit de lois applicable aux œuvres.

7. Jusqu'à présent, l'attention s'est focalisée sur la question déjà fameuse de la localisation de l'atteinte au droit d'auteur sur les réseaux numériques, chacun prenant parti dans l'incontournable débat sur le choix entre loi du pays d'émission et lois des différents pays de réception. Mais pour prendre l'exacte mesure de toutes les difficultés soulevées par l'environnement numérique (II), il apparaît nécessaire de présenter les principes généraux gouvernant la détermination de la loi applicable au droit d'auteur (I).

I – Principes de détermination de la loi applicable au droit d'auteur

8. Il n'y a pas à insister sur le rôle naturel de la loi du for (la *lex fori*) pour les questions de procédure et pour les mesures provisoires (dont le rôle pour la protection du droit d'auteur est capital)⁵. En revanche, deux controverses majeures retiennent l'attention, portant respectivement sur le choix entre loi du pays d'origine et loi du pays de protection (A), et entre loi du contrat et loi du droit (B).

A – Loi du pays d'origine et loi du pays de protection

9. Les concepts de pays d'origine et de pays de protection ont été popularisés par la Convention de Berne. Pour simplifier, le pays d'origine s'entend du pays de première publication de l'œuvre, et le pays de protection de celui où se produit l'atteinte au droit. Personne ne conteste que la loi du pays de protection (la *lex loci protectionis*) ait un rôle à jouer. Le débat, qui n'est pas neuf, porte sur l'étendue de ce rôle, certains soutenant que la titularité initiale, voire l'existence et la durée du droit, doivent rester soumis à la loi du pays d'origine (la *lex loci originis*). Les données de ce débat sont différentes selon que l'on se situe sur le terrain du droit conventionnel ou sur celui du droit commun.

⁴ *Rev. crit. DIP* 1971, p. 273.

⁵ F. Dessemontet, « Internet, le droit d'auteur et le droit international privé », *SJZ* 92 (1996) 285-294, à la p. 289.

1 – Droit conventionnel

10. L'article 5.2 de la Convention de Berne pose le principe 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 ».

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 »⁶. Cependant, l'article 5.2 est parfois présenté 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 raisonner comme si le juge n'appliquait en matière de droit d'auteur que sa propre loi, tendance qui conduit parfois les tribunaux à appliquer la *lex fori* sans aucune explication. 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 »⁷.

11. La confusion n'en doit pas moins être dénoncée. Outre que les moyens de recours visés par l'article 5.2 ne sont pas exclusivement judiciaires⁸, 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 biens. L'application du droit du for n'a plus alors aucune justification.

12. Cette interprétation a été consacrée par la jurisprudence dans certains pays⁹, et la proposition de règlement communautaire européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit Rome II)¹⁰ la fait sienne en posant le principe que « la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ».

13. Telle est également la solution qui se déduit de la Convention de Genève du 6 septembre 1952, révisée à Paris le 24 juillet 1971, dite Convention universelle. La formulation, il est vrai, est moins précise. L'article II, en particulier, est moins explicite dans la mesure où il

⁶ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, n° 137. - 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. - 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.

⁷ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2^e éd., 2001, n° 1088.

⁸ K. Spöndlin, « La protection internationale de l'auteur », préc., p. 102.

⁹ V. par ex. en France Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002 : JCP G 2002, II, 10082, note H. Muir Watt.

¹⁰ COM (2003) 427 final.

mélange la question de la condition des étrangers et celle de la loi applicable, en disposant, par exemple, que « les œuvres publiées des ressortissants de tout Etat contractant ainsi que les œuvres publiées pour la première fois sur le territoire d'un tel Etat jouissent, dans tout autre Etat contractant, de la protection que cet autre Etat accorde aux œuvres de ses ressortissants publiées pour la première fois sur son propre territoire ». La doctrine s'accorde cependant à considérer que ce texte contient bien une règle de conflit désignant la loi du pays de protection¹¹. Le point, en tout cas, échappe à toute discussion pour l'article IV.1, qui prévoit que « la durée de la protection de l'œuvre est réglée par la loi de l'Etat contractant où la protection est demandée conformément aux dispositions de l'article II et aux dispositions ci-dessous ».

14. La compétence de la loi du pays de protection étant admise, quel est le rôle assigné à la loi du pays d'origine ? Il n'est pas contesté que certaines dispositions de la Convention de Berne prévoient, de manière dérogatoire, son interrogation¹². Mais il est parfois soutenu qu'il faut aller plus loin et lui remettre par principe l'existence et/ou la titularité du droit. S'agissant de l'existence du droit, la thèse contredit ouvertement l'article 5.2, qui précise que la jouissance et l'exercice des droits « sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre ». S'agissant de la titularité, l'article 14 *bis*.2.a exclut expressément cette solution 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 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 initiale du droit. 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 droit¹³. Elle paraît tout de même bien difficile à concilier avec la lettre du texte, 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 formuler¹⁴.

¹¹ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., n°1129. – F. Siirainen, *Convention universelle sur le droit d'auteur : Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1935, 2002, n° 8.

¹² 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). Pour la Convention de Genève, on peut seulement citer l'article IV.4, 5 et 6, qui reprend la règle de comparaison des délais.

¹³ 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.

¹⁴ V. en ce sens K. Spoendlin, « La protection internationale de l'auteur », préc., p.108. – J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1996, n° 416. – S. Plenter, « Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story ? », [2000] *EIPR* 313-320, à la p. 317.

2 – Droit commun

15. Même si la Convention de Berne a vocation à régir la plupart des situations internationales, on ne peut exclure cependant qu'en l'absence de tout rattachement, seul soit applicable le droit international privé commun qui, comme chacun sait, est, par nature, national. Le jeu est alors plus ouvert, rien n'interdisant le « dépeçage » entre l'existence et/ou la titularité du droit et le contenu de celui-ci.

16. Quand le législateur ne prend pas parti, ce qui est le cas le plus fréquent¹⁵, il faut consulter la jurisprudence. Il est évidemment impossible d'en faire une recension complète. On se bornera à relever que dans certains pays, la loi du pays de protection règle la totalité des questions relevant du droit d'auteur. Citons en ce sens les arrêts du *Bundesgerichtshof* allemand¹⁶ et du *Hoge Raad* néerlandais¹⁷. En France, en revanche, une partie de la doctrine lit l'arrêt dit du *Rideau de fer*¹⁸ comme posant le principe qu'en droit commun, l'existence du droit d'auteur et sa titularité initiale doivent être remises à la loi du pays d'origine de l'œuvre, la loi locale devant seulement être interrogée pour déterminer le contenu de la protection. Il est vrai qu'un arrêt plus récent s'est prononcé en sens inverse à propos des droits de l'artiste-interprète¹⁹. Aux Etats-Unis, un arrêt de la Cour d'appel a décidé que la question de savoir qui, de l'entreprise de presse ou des journalistes, était titulaire du *copyright*, devait être tranchée par la loi du pays d'origine, en l'espèce la loi russe²⁰.

17. Quant à la doctrine, elle est elle-même divisée, comme c'est souvent le cas en droit international privé²¹.

18. Il est bien difficile de prendre parti. Les tenants de la loi du pays d'origine mettent surtout en avant le mérite d'un rattachement unique qui permet d'éviter que la question soit tranchée différemment selon chaque loi locale. La solution, disent-ils, est plus simple, plus lisible, et donc plus sûre.

¹⁵ V. cependant l'art. 34 de la loi autrichienne du 15 juin 1978 (loi de l'Etat dans lequel a eu lieu un acte d'exploitation ou de violation), l'art. 110.1 de la loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé (« droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée »), l'art. 67 de la loi hellénique de 1993 (« droit de l'Etat où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois »), l'art. 54 de la loi italienne du 31 mai 1995 (loi de l'Etat d'utilisation de l'œuvre).

¹⁶ 2 oct. 1997, *Spielbankaffaire* : *GRUR Int.* 1998, p. 427.

¹⁷ 13 févr. 1936 et 24 févr. 1989, cités par M. Van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights*, Information Law Series – 12, Kluwer, 2003, p. 110.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 22 déc. 1959 : *D.* 1960, p. 93, note G. Holleaux. appliquant la loi française à la diffusion en France d'un film accompagné d'œuvres musicales de divers compositeurs russes sans l'autorisation de ces derniers, tout en prenant soin de noter que les demandeurs « puisaient dans la législation de l'Union soviétique, pays d'origine des œuvres litigieuses, un droit privatif sur celles-ci ».

¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003 : *RIDA* 2/2004, p.305 ; *JCP G* 2004, II, 10133, note A. et H.-J. Lucas, écartant expressément la loi belge, bien que la prestation de l'artiste-interprète ait été fixée à Bruxelles.

²⁰ *Itar-Tass Russian News Agency v Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d (2d Cir 1998).

²¹ Pour une présentation d'ensemble, v. A. Lucas, « Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », [Doc. OMPI/PIL/01/1](#), déc. 2000, n.41-42 et les réf. cit.

L'argument ne serait décisif que si le pays d'origine pouvait être facilement identifié. C'est de moins en moins le cas, comme nous le verrons plus loin.

19. Au demeurant, les tenants de la thèse se séparent sur le domaine d'application de la *lex loci originis*. Certains se bornent à lui remettre la détermination du titulaire initial du droit, d'autres défendent l'idée qu'il devrait lui revenir aussi de prendre parti sur l'existence d'une œuvre et son caractère original, ainsi que sur la durée du droit, ce qui, en vérité, semble plus cohérent. A quoi bon en effet aller rechercher dans le pays d'origine le titulaire initial d'un droit qui n'est pas reconnu localement ? A quoi bon continuer à se référer au titulaire initial du droit dans un pays où le droit n'existe plus en raison de l'arrivée du terme ? Si l'on se réfère à la loi du pays d'origine pour l'une de ces questions, il faut à l'évidence le faire pour les autres. Mais on voit bien que la même logique peut (doit ?) conduire plus loin. Pourquoi admettre que le titulaire initial du droit puisse faire valoir son droit exclusif dans le pays de protection s'il existe dans la loi du pays d'origine, dont il tient, par hypothèse, son droit, une exception qui paralyse ce droit ? Bref, on voit que tout y passe et que la loi du pays d'origine a, dans cette approche, vocation à tout régir, ce qui contredit l'objectif affiché.

20. Plus fondamentalement, l'interrogation de la loi du pays d'origine sur certaines questions préalables comme celle de la titularité initiale conduit à un dépeçage du droit d'auteur qui retire toute cohérence à la matière²². La titularité du droit est en effet inséparable 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 différentes²³.

21. La Cour de cassation française l'a bien compris, dans l'affaire *Huston*²⁴, où les ayants droit du réalisateur américain John Huston invoquaient le droit moral de celui-ci pour demander en France l'interdiction de la diffusion, dans une version colorisée, du film *Asphalt Jungle*, créé en noir et blanc, puisqu'elle a préféré se référer à la seule loi française pour éviter l'incohérence de la solution mixte retenue par la cour d'appel, qui avait cru pouvoir attribuer au producteur de film, titulaire du *copyright* selon la loi américaine (loi du pays d'origine), le droit moral attribué aux créateurs par la loi française (loi du pays de protection), au mépris finalement des deux lois, la première ignorant le droit moral et la seconde le refusant au producteur !

B – Loi du contrat et loi du droit

22. Les contrats emportant cession ou licence de droits d'auteur sont, comme tous les autres contrats, soumis au droit international privé commun. Mais on ne peut se contenter de ce renvoi, car, d'une part, la détermination de la loi applicable au contrat (la *lex contractus*) soulève des difficultés propres à la matière, d'autre part cette loi ne peut tout régler, et il faut

²² V. en ce sens C. Mettraux Kauthen, *La loi applicable entre droit d'auteur et droit des contrats, Etude des rattachements en matière de droit d'auteur et de droits voisins y compris la titularité des droits*, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2003, p. 46.

²³ V. aussi S. Plenter, « Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure », préc., p. 316-317, établissant un lien entre le niveau d'originalité exigé (élevé en Allemagne, bas au Royaume-Uni) et le niveau de la protection (élevé en Allemagne, bas au Royaume-Uni).

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991 : *JCP G* 1991, II, 21731, note A. Françon.

notamment se demander si le rôle dévolu à la loi du droit²⁵ ne doit pas tenir compte de la nature propre des droits en cause.

1 – Détermination de la loi du contrat

23. C'est, bien entendu, aux parties qu'il revient de choisir la loi applicable à leur contrat. Ce principe de la loi d'autonomie, mis en avant par Dumoulin dès le XVI^e siècle, a presque valeur universelle. Sa portée doit être déterminée par référence aux solutions généralement admises en droit international privé, y compris pour la limite traditionnelle au principe d'autonomie de la volonté qu'est la fraude à la loi.

24. Le projet précité de l'*American Law Institute* suggère une autre limite consistant, pour assurer un minimum d'équité, à évincer la loi désignée par les parties dans les contrats qui apparaissent ne pas avoir été négociés. Plus précisément, il prévoit qu'en pareille hypothèse, cette loi ne devrait être appliquée que si elle « raisonnable » au regard d'un certain nombre de critères, faute de quoi la loi applicable au contrat serait celle du pays où réside la partie « plus faible ». Les critères à prendre en compte seraient l'existence de points de contact substantiels avec les parties ou avec l'objet du contrat, le lieu où se trouve la partie plus faible, la « sophistication » des parties, en particulier de la partie plus faible, l'accessibilité et la lisibilité des termes de l'accord, la compatibilité des stipulations contractuelles avec les dispositions d'ordre public de la loi du pays de résidence ou de principal établissement de la partie plus faible²⁶.

25. En l'absence de choix, exprès ou implicite, par les parties, la loi compétente peut être désignée par référence au critère de la prestation caractéristique, comme le décide, par exemple, l'article 4.2 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (en passe d'être transformée en règlement communautaire), qui édicte une présomption générale selon laquelle « 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, ou personne morale, son administration centrale ».

A la suite du grand spécialiste allemand Eugen Ulmer²⁷, la doctrine dominante enseigne que la prestation caractéristique doit être réputée fournie par le cessionnaire ou licencié lorsque celui-ci contracte une obligation d'exploiter et par le titulaire du droit en l'absence d'une telle obligation²⁸. Sans s'embarasser de cette distinction, l'article 122, alinéa 1^{er}, de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 pose le principe que « les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat dans lequel celui qui transfère ou concède le droit de propriété intellectuelle a sa résidence habituelle ».

²⁵ *Lex loci protectionis* ou *lex loci originis*, on ne reviendra pas ici sur cette concurrence.

²⁶ Pour une analyse détaillée de ces différents critères, v. F. Dessemontet, « Copyright contracts and choice of law », in *Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann*, Munich, C.H. Beck, 2004, p. 415-427, aux p. 420 et s.

²⁷ La propriété intellectuelle et le droit international privé, préc., n° 76-77.

²⁸ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 791 bis. - T. Dreier, in *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, p. 301. - J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Paris, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1990, n° 651 et s.

26. Le lieu d'établissement de l'exploitant correspond à un centre de gravité probablement plus facile à admettre dans l'ensemble des systèmes juridiques²⁹. Cela, toutefois, ne suffit peut-être pas à fonder logiquement la solution. L'argument selon lequel l'exploitant a besoin d'organiser son activité en fonction d'une loi qu'il connaît³⁰ se retourne facilement, tant il est vrai que l'auteur cédant a, lui aussi, besoin de prévisibilité³¹. Que le contrat vise à permettre l'exploitation, en aval, de l'œuvre est incontestable, mais il n'est pas certain que ce constat suffise à faire de l'exploitant le débiteur de la prestation caractéristique. On a, en effet, objecté que la prestation caractéristique devait être déterminée au regard du transfert du droit, sans lequel aucune exploitation ne serait possible, et non des effets de ce transfert³². Dans cette optique, il serait naturel de braquer le projecteur sur l'obligation de celui qui transmet le droit, même si sa prestation n'est pas plus importante que celle de son partenaire professionnel sur le plan « socio-économique »³³.

27. En tout état de cause, la détermination de la loi du contrat peut être perturbée par le correctif traditionnel de la loi de police. On citera par exemple l'arrêt de la Cour de cassation française dans l'affaire *Huston* précitée, qui a regardé les dispositions de la loi française relatives au droit moral de l'auteur comme étant « d'application impérative », ainsi que la loi allemande du 22 mars 2002 qui précise expressément que les dispositions nouvelles destinées à garantir aux auteurs une rémunération équitable sont d'application impérative « 1) lorsque, en l'absence de choix par les parties, le droit allemand serait applicable au contrat d'utilisation, ou 2) dans la mesure où le contrat a pour objet des actes d'utilisation substantiels dans le domaine d'application territorial de cette loi »³⁴.

2 – Domaine de la loi du contrat

28. Ce serait une illusion de croire que la loi du contrat va tout régler et permettre en quelque sorte de faire l'économie de tout conflit de lois. La vérité est que l'exploitant, même s'il a acquis les droits d'un seul coup à l'échelle planétaire, n'en devra pas moins tenir compte des différentes lois locales applicables au droit pour toutes les questions qui ne sont pas soumises à la loi du contrat.

29. La question du domaine d'application de la loi applicable au contrat d'exploitation d'un droit d'auteur se pose donc bel et bien. Certes, dans la pratique la loi du contrat et la loi applicable au droit (la loi du droit) se recoupent parfois, mais une telle conjonction ne peut être une règle, et il convient alors de déterminer ce qui relève de chacune d'elles.

²⁹ 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.

³⁰ M. Walter, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois » : *RIDA* 1/1976, p. 44-87, à la p. 61. - J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., n° 653.

³¹ T. Azzi, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005, n°598.

³² T. Azzi, *op. cit.*, n° 596. - F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1999, n° 1088.

³³ M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights*, préc., p. 198.

³⁴ Traduction officieuse. Sur cette disposition, v. A. Dietz, "Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers", 33 *IIC* (2002) 828-842, à la p. 840.

Il va de soi que la loi du contrat ne peut prétendre régir les conditions d'accès à la protection ni le contenu du droit. On en déduira par exemple que la durée du droit ou les exceptions doivent être remises à la loi du droit et non à la loi du contrat. Personne ne conteste, en revanche, que c'est à cette dernière qu'il revient de régir les conditions de formation du contrat et les obligations personnelles des parties. Elle seule, notamment, devra être interrogée pour savoir comment interpréter le contrat ou déterminer le mode de rémunération (proportionnel ou forfaitaire)³⁵.

30. Pour le reste, le terrain est mouvant. Par exemple, à la suite d'Ulmer³⁶, la doctrine dominante enseigne que la cessibilité du droit (ou d'une composante du droit)³⁷ participe de sa nature et doit donc être régie par la loi applicable au droit³⁸. Le projet de l'*American Law Institute* se prononce en ce sens. La thèse se justifie par l'idée que les droits affectés d'incessibilité sont en quelque sorte retirés du commerce juridique, ce qui paraît bien relever de leur statut. On peut cependant hésiter sur sa portée. Il est difficile de contester qu'elle trouve à s'appliquer pour l'inaliénabilité du droit moral et du droit de suite³⁹. La question, en revanche, est plus délicate pour les règles gouvernant la cession des droits portant sur des œuvres futures. Dans la logique de sa thèse, Ulmer est conduit à considérer qu'elles relèvent de la loi du droit, puisqu'il n'hésite pas à ériger en principe que « les limites fixées à la cession et à la concession de droits par le pays protecteur apparaissent en même temps comme des limites aux obligations qui peuvent être souscrites dans les contrats relatifs aux droits d'auteur »⁴⁰. Mais il est tentant de répondre que les droits ne sont frappés d'incessibilité que si la loi du droit prohibe par principe toute cession portant sur une œuvre future, ce qui n'est généralement pas le cas.

31. L'hésitation est également possible pour le formalisme des cessions, qui n'est pas sans rapport avec le fond, puisqu'il vise avant tout à éclairer le cédant, ce qui peut incliner à le soumettre à la loi du droit. La Cour de cassation française⁴¹ s'est prononcée en ce sens à propos du droit voisin de l'artiste-interprète (mais on ne voit pas ce qui interdit de transposer au droit d'auteur). On rapprochera de cette décision celle rendue par la Cour d'appel des Etats-Unis (2^{ème} circuit) en 1993⁴², soumettant à la loi américaine le formalisme exigé pour l'acte de renouvellement du *copyright* d'un auteur brésilien.

II – Application à l'environnement numérique

32. C'est le grand mérite d'Internet, après les satellites, d'obliger à redécouvrir les aspects internationaux du droit d'auteur, trop longtemps occultés, en dépassant le territorialisme frileux hérité de la tradition régaliennne des privilèges. Mais il ne faut pas perdre de vue que les réseaux numériques reposent, pour l'essentiel, des questions anciennes pas ou mal

³⁵ E. Ulmer, La propriété intellectuelle et le droit international privé, préc., n° 81-82. - H. Desbois, Le droit d'auteur en France, préc., n° 791 bis.

³⁶ *Op. cit.*, n° 68.

³⁷ On songe au droit moral dans les systèmes dualistes.

³⁸ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, préc., n° 673. - G. Koumantos, in *Copyright in Cyberspace*, préc., p. 263. - N. Bouche, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2002, n° 834.

³⁹ E. Ulmer, *op. cit.*, n° 70.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, préc.

⁴² *Corcovado Music Corp. v. Hollis Music, Inc.*, 981 F.2d 679.

résolues, en sorte qu'il ne faut pas céder trop vite à la tentation de croire qu'ils obligent à repenser totalement le système.

33. L'environnement numérique ne remet pas en cause ce qui a été dit sur la loi du contrat, sauf pour relever qu'elle est appelée à jouer un rôle capital, en conjonction avec les mesures techniques de protection, ce qui rend nécessaire de dissiper les équivoques mentionnées plus haut⁴³. En revanche, il renouvelle peut-être la controverse sur la loi du pays d'origine, qui devient plus difficile à déterminer et dont le rôle est moins facile à justifier (A). Et surtout, il pose le problème, crucial pour l'effectivité de la protection, de la localisation de l'atteinte au droit d'auteur (B).

A – Détermination et justification du rôle de la loi du pays d'origine

34. Les tenants de la loi du pays d'origine, on l'a dit, mettent surtout en avant les avantages pratiques de ce rattachement, et ils en défendent la pertinence en faisant valoir que la première publication de l'œuvre constitue un moment clé qu'il est naturel de privilégier pour « localiser » la situation.

35. On peut se demander si ces deux arguments ne perdent pas de leur force lorsque l'œuvre est divulguée pour la première fois sur les réseaux numériques.

36. D'abord, la simplicité du rattachement n'est pas avérée. Le pays d'origine, en effet, fait l'objet dans la Convention de Berne d'une définition d'une redoutable complexité et, ce qui est plus grave pour la sécurité qu'on en attend, d'une instabilité congénitale, patente depuis 1971 (le pays d'origine n'est pas le même avant et après publication, mais il peut en plus changer avec la nationalité et même la résidence de l'intéressé !). Or, ces difficultés redoublent dans l'environnement numérique⁴⁴. 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 satisfaisant⁴⁵. L'analyse conduirait en effet à décider que la seule mise à disposition sur les réseaux numériques, hypothèse qui deviendra de plus en plus fréquente dans l'avenir, ne vaut pas publication⁴⁶.

37. Pour éviter ce résultat difficile à comprendre pour le commun des mortels⁴⁷, on peut toujours bien sûr imaginer d'élargir la définition pour y englober la divulgation par l'entremise du réseau. Mais, outre que ce « toilettage » passe par une révision de la Convention de Berne, encore faudra-t-il localiser cette divulgation. Le lieu de l'injection, qui

⁴³ V., suggérant de saisir l'occasion de la modernisation de la Convention de Rome de 1980 pour y introduire des dispositions spécifiques de droit international privé concernant le droit contractuel d'auteur, L. Guibault et P. B. Hugenholtz, « Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Union », Etude commandée par la Commission européenne, Institute for Information Law, Amsterdam, mai 2002, p. 150.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ V. cependant J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., n° 279.

⁴⁶ V. pour une opinion inverse J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, Hague Academy of International Law, 1998, p. 15.

⁴⁷ D. Nimmer, "Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age", 10 *Harvard Journal of Law and Technology* 1-46 (1996), à la p. 15.

se prête à toutes les manipulations, n'offre pas une sécurité suffisante. Il est plus tentant de désigner le lieu d'établissement de l'opérateur responsable du site⁴⁸. 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. Reste le domicile ou la résidence de l'auteur⁴⁹. La solution, toutefois, n'est pas facile à appliquer au cas, très fréquent (qu'il suffise de penser aux œuvres audiovisuelles), de pluralité d'auteurs⁵⁰.

38. De telles incertitudes ne militent pas, c'est le moins qu'on puisse dire, en faveur de la loi du pays d'origine, et l'utilisateur, contrefacteur potentiel, aura bien du mal à s'y retrouver⁵¹.

39. Au demeurant, c'est même le principe du recours à la loi du pays d'origine qui peut être discuté dans l'environnement numérique. 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 tombe à plat avec internet. Publier une œuvre pour la première fois dans un pays donné (éventuellement dans une langue donnée) peut être interprété comme la volonté de créer un lien avec ce pays. Aller sur le réseau à la rencontre d'un public indifférencié ne peut plus avoir cette signification. L'objection vaut tout autant pour la thèse identifiant le lieu d'origine « 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 »⁵².

40. 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 responsable du site web, elle contredit d'ailleurs ouvertement la dimension personnaliste du droit d'auteur.

41. Mais il est vrai que, d'un autre côté, la dimension planétaire d'Internet fait naître un doute sur la possibilité d'appliquer de façon distributive les lois de chacun des pays de protection.

B – Localisation de l'atteinte au droit d'auteur

42. Le phénomène de l'éclatement de la *lex loci delicti* est bien connu des internationalistes. Il n'est pas non plus complètement neuf pour les spécialistes de propriété intellectuelle, qui ont déjà eu à exercer leur sagacité avec le satellite. Tout de même, il y a une différence de degré, peut-être de nature. Ce qui est en jeu n'est plus la flèche de l'archer traversant une frontière, ni le satellite arrosant d'un coup plusieurs pays, c'est une diffusion susceptible de causer un dommage dans chacun des pays du monde et tombant sous le coup de législations très diverses. Il faut donc se garder de sous-estimer le changement. Il est vrai qu'il faut aussi se garder de l'excès inverse. Le postulat qui veut que la dématérialisation qu'impliquent les techniques numériques rend obsolète tout rattachement territorial ne résiste pas à l'examen. Pour se limiter à un seul exemple, la mise à disposition des œuvres sur le réseau numérique

⁴⁸ J. Ginsburg, *The private international law of copyright in an era of technological change*, préc., p.18.

⁴⁹ V. en ce sens, comme critère alternatif, J. Ginsburg, *eod. loc.*

⁵⁰ Comp. J. Ginsburg, *eod. loc.*, qui propose en ce cas de retenir le pays dans lequel résident le plus grand nombre d'auteurs.

⁵¹ S. Plenter, "Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure", préc., p. 316.

⁵² J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préc., n° 270.

suppose, en l'état de la technique, une fixation préalable qui constitue indiscutablement une reproduction, susceptible d'être localisée au même titre que n'importe quelle fabrication d'exemplaires⁵³.

43. On sait que la controverse oppose les tenants de ce qu'il est convenu d'appeler la loi du pays d'émission et ceux qui militent pour l'application de ce qu'il est convenu d'appeler les lois des 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 peuvent se réclamer d'arguments sérieux. Mais on peut aussi songer à des solutions de compromis.

1 - Loi du pays d'émission et lois des pays de réception

44. Dans une première approche, technique, le pays d'émission est déterminé à partir de la définition même de la communication au public ou, pour les systèmes juridiques qui en font une prérogative distincte, de la mise à disposition du public, telle qu'elle résulte des traités de l'OMPI de 1996. Le raisonnement est simple : puisque le droit exclusif s'exerce dès cette mise à disposition, l'acte de violation doit être considéré comme accompli au lieu où elle se réalise. Les partisans de la loi du pays d'émission ainsi entendu soutiennent que seule cette loi doit régir les questions laissées à la *lex loci protectionis*.

45. Les partisans de l'application des différentes lois des pays de réception répondent que tout acte d'exploitation, en droit d'auteur, est orienté vers le public, et qu'il est donc normal de localiser à partir de cette cible le centre de gravité d'une exploitation donnée. Ils font valoir que cette analyse se justifie d'autant plus en cas de diffusion sur les réseaux numériques qu'on est en présence d'un « consommateur » actif qui prend l'initiative de chaque utilisation, ce qui n'est pas le cas, par exemple, pour la radiodiffusion par satellite. Et surtout, ils objectent que l'application exclusive de la loi du pays d'émission à partir d'une localisation technique permet toutes les manipulations. Ce qui est en cause concrètement est le risque de délocalisation vers des pays d'émission connaissant un niveau de protection moins élevé, risque 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.

46. Cette objection est assez sérieuse pour avoir conduit la plupart des partisans de la loi du pays d'émission à changer leur fusil d'épaule et retenir, non pas le lieu d'injection matérielle dans le réseau, mais le lieu d'établissement du responsable de la diffusion, qui se prête moins à de telles manipulations, et qui offre au surplus l'avantage d'être plus facile à déterminer.

47. La stabilité de ce rattachement le rend assurément séduisant. Mais, outre qu'il ne conjure pas totalement le danger de manipulations, on doit rappeler que la circulation des œuvres sur les réseaux numériques n'est pas, le plus souvent, et sera sans doute de moins en moins le fait de véritables exploitants professionnels, ce qui met en cause la pertinence de l'approche et complique, en tout cas, la mise en œuvre de la règle.

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

48. Ensuite et surtout, le débat se déplace du terrain de la technique juridique vers celui de l'opportunité. Les arguments sont bien connus. Les partisans de la loi du pays d'émission mettent en avant la sécurité juridique du diffuseur, en faisant valoir qu'il ne saurait être contraint de respecter quasiment toutes les lois de la planète, comme cela résulterait de l'application des différentes lois des pays de réception. Les partisans de ce dernier système répondent qu'il est parfaitement arbitraire de préférer la sécurité juridique du diffuseur à celle du titulaire du droit et que si la solution ne peut passer que par le choix d'une loi unique, la loi de la résidence de ce titulaire⁵⁴ (ou de la société de gestion collective à laquelle il adhère, plus facile à connaître pour le diffuseur) pourrait tout aussi bien faire l'affaire. Jouent également en ce sens la territorialité traditionnelle de la loi pénale, laquelle s'imbrique étroitement avec la loi civile en matière de droit d'auteur, et le fait que l'application exclusive de la loi du pays dans lequel est installé le responsable de l'émission permettrait à celui-ci d'exporter dans le monde entier ladite loi, ce qui est difficile à accepter pour les Etats jaloux de leur souveraineté, qui savent bien que le système favoriserait les pays développés où seront le plus souvent localisés les diffuseurs.

49. Tous ces arguments paraissent s'équilibrer. C'est dire que le choix de faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre est bien politique (au sens large).

On comprend donc la circonspection des tribunaux, dont un exemple frappant est fourni par une décision de la Cour suprême du Canada rendue le 30 juin 2004 dans l'affaire *Société canadienne des auteurs, compositeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*⁵⁵. Il s'agissait de savoir si les activités des intermédiaires ouvraient droit à redevances dès lors qu'elles concernaient des œuvres musicales téléchargées au Canada à partir d'un serveur localisé dans autre pays. La Cour suprême, par la plume du Juge Binnie, estime que le critère faisant dépendre l'existence d'une communication au Canada de la localisation du serveur dans ce pays est « trop mécanique et trop rigide ». Pour elle, « l'applicabilité de la *Loi sur le droit d'auteur* à une communication à laquelle participent des ressortissants d'autres pays dépend de l'existence entre le Canada et la communication d'un lien suffisant »⁵⁶. Dans cette optique, « le lieu de réception peut constituer un facteur de rattachement tout aussi "important" que le lieu d'origine (sans compter l'emplacement physique du serveur hôte, qui peut se trouver dans un pays tiers) »⁵⁷. Pour les communications sur Internet, « le facteur de rattachement pertinent est le situs du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l'utilisateur final », étant précisé que « l'importance à accorder au situs de l'un d'eux en particulier varie selon les circonstances de l'affaire et la nature du litige »⁵⁸. Force est de reconnaître que les pistes ainsi ouvertes restent trop vagues pour donner aux opérateurs la sécurité à laquelle ils aspirent légitimement.

⁵⁴ F. Dessemontet, « Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé », in *Internet, Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, K. Boele-Woelki et C. Kessedjian (eds), Kluwer Law International, 1998, p. 47-64, à la p. 60.

⁵⁵ 2004 CSC 45.

⁵⁶ N°57.

⁵⁷ N°59.

⁵⁸ N°61.

2 - Solutions de compromis

50. Du point de vue de la méthode, on doit peser les avantages et les inconvénients 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 prend mieux en compte l'impératif de prévisibilité (voire de lisibilité), essentiel dans l'environnement numérique, là où la seconde a l'avantage de la souplesse, ce qui explique sans doute le succès qu'elle rencontre aujourd'hui. Peut-être une des solutions de compromis consiste-t-elle à désigner une loi présumée être la plus adaptée, en laissant aux parties le soin de renverser cette présomption en démontrant l'existence d'autres points de contact.

51. Sur le fond, on peut songer à des correctifs de portée limitée à travers des rattachements alternatifs ou en cascade : par exemple, les partisans de la loi du pays d'émission diront que cette loi devra être écartée si elle n'est pas assez protectrice, et les partisans des lois des pays de réception diront que la loi en cause sera écartée si elle ne pouvait être raisonnablement prévue par l'opérateur.

52. Le premier correctif séduira tous ceux pour qui le seul défaut de la loi du pays d'émission est de faire courir le risque de délocalisations. Le tout est de savoir à quel niveau situer l'exigence. Si le test doit être considéré comme satisfait par le seul constat que le pays d'émission est signataire de l'Accord ADPIC et des traités de l'OMPI de 1996⁵⁹, le rattachement *in favorem auctoris* est sans réelle portée, et la garantie pour les auteurs illusoire, tant est modeste l'harmonisation réalisée par ces instruments internationaux sur le terrain du droit substantiel, tout particulièrement en ce qui concerne les exceptions au droit d'auteur.

53. Le second correctif a des précédents dans d'autres domaines⁶⁰. Il permettrait sans doute, s'il était mis en œuvre, de montrer que la diversité des lois nationales sur le droit d'auteur est moins grande qu'on ne le laisse souvent entendre. Mais on lui reprochera de ne pas être à la hauteur des angoisses suscitées chez les opérateurs par la perspective d'une application des lois de chacun des pays de réception. En tout cas, 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.

54. De manière générale, les rattachements multiples sont difficiles à manier⁶¹, défaut qui se révèle particulièrement gênant dans l'environnement numérique, où la lisibilité de la règle est

⁵⁹ V. en ce sens I. Garrote Fernández-Díez, *El derecho de autor en internet*, Editorial Comares, Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, 2001, p.137. - P. Raynaud, *Droit d'auteur, droit international privé et Internet*, thèse, Strasbourg III, 2002, n° 695.

⁶⁰ V. l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1973 sur la responsabilité du fait des produits, écartant la loi normalement applicable « si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans l'Etat considéré ». V. aussi l'art. 139 de la loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé (« ...pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat »). En transposant dans le domaine du droit d'auteur, on pourrait par exemple 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.

⁶¹ M. Vivant, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux » : *JCP G* 1996, I, 3969, n° 10.

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.

55. Peut-être ne faut-il pas écarter trop vite les « localisations juridictionnelles », conduisant à lier compétence législative et compétence juridictionnelle. On partira par exemple de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Fiona Shevill*⁶², permettant à la victime d'une diffamation d'intenter une action en réparation « soit devant les juridictions de l'Etat contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'Etat de la juridiction saisie », pour en déduire que chacun des fors ainsi compétents appliquera sa propre loi matérielle. Cette solution a tous les avantages pratiques d'un compromis. Elle a évidemment le défaut, que beaucoup d'internationalistes trouveront décisif, de mélanger des questions (compétence juridictionnelle, compétence législative) qui ne relèvent pas de la même logique. De plus, elle confère une portée mondiale à la loi du pays d'émission, ce qui peut se révéler redoutable si ce pays ne garantit qu'un très faible niveau de protection.

56. Une autre solution de compromis consisterait à écarter la compétence des pays de réception qui ne sont pas « ciblés » par l'émetteur⁶³. Elle permettrait de répondre à l'objection selon laquelle il est impossible d'exiger des opérateurs qu'ils se conforment à la totalité des lois de la planète. Mais le critère du « ciblage » est bien difficile à mettre en œuvre, en dehors des cas-limites dans lesquels une œuvre littéraire est diffusée dans une langue peu utilisée. La vérité est que la langue est de moins en moins, notamment pour les œuvres musicales et cinématographiques, un élément de segmentation des marchés. Plus fondamentalement, il est difficile d'admettre que le critère de destination principale de l'exploitation d'une œuvre conduise à exonérer totalement les exploitants de leurs responsabilités pour toutes celles de leurs activités qui ont un caractère accessoire. Tout au plus pourrait-on considérer que si l'exploitation ne dépasse pas, dans un pays donné, un « seuil de sensibilité », au sens du droit de la concurrence, les règles auxquelles elle est soumise n'ont pas à être celles de ce pays mais celles du pays d'exploitation principale. Dans ce système, il appartiendrait au juge de déterminer au cas par cas si l'exploitation a un caractère significatif ou non en tenant compte de différents critères : la stratégie de l'exploitant, les investissements consentis, la part de chiffre d'affaires réalisée. Il lui reviendrait également de déterminer quel est le pays principal d'exploitation dont la loi doit être appliquée, par défaut, étant entendu que si, dans un pays donné, l'exploitation s'avérait vraiment infime, il conserverait, comme c'est le cas actuellement, la possibilité de considérer qu'il n'y a pas de préjudice, ce qui le dispenserait de rechercher quelle est la loi applicable.

57. Toutes ces pistes, et bien d'autres, méritent d'être davantage explorées. Mais, répétons-le, la règle uniforme de conflit ne verra le jour que si les Etats prennent conscience de sa nécessité.

⁶² 7 mars 1995 : *Rec.* p. I-450.

⁶³ V. en ce sens en matière de compétence juridictionnelle TGI Paris, 11 févr. et 11 mars 2003 : *JDI* 2004, p. 491, note crit. J.-S. Bergé.