

DROIT D'AUTEUR SANS FRONTIÈRES?

Compétence judiciaire et législative en matière de contrefaçon internationale

Jane C. Ginsburg*

Introduction

La contrefaçon des oeuvres de l'esprit devient de plus en plus internationale; sa poursuite en justice le devient-elle aussi? La question acquiert une nouvelle importance dans un monde de plus en plus lié par des réseaux numériques. En effet, comment encadrer la contrefaçon commise grâce aux réseaux numériques qui sont, par nature, indifférents aux frontières, lorsque les régimes juridiques sont essentiellement territoriaux?

Commençons par un fait divers qui a defrayé la chronique au début de l'année 1996. Peu après la mort de l'ex-président François Mitterrand, son ex-médecin a publié un livre, intitulé "Le grand secret," dans lequel il soutenait que le cancer dont le président était atteint avait déjà progressé lors du commencement de son premier septennat, et qu'à la fin du second, Mitterrand n'était plus en mesure d'exercer ses fonctions.

La publication du livre a provoqué une action en justice de la part de la famille du feu le président, pour atteinte à sa vie privée *post-mortem*. La famille a obtenu le retrait du livre des librairies. Mais avant la disparition totale du "Grand secret", un entrepreneur d'un cybercafé à Besançon, un certain Pascal Bourbaud, s'en est procuré un exemplaire, l'a *scannérisé* et l'a affiché sur un site Web à partir de son cybercafé. Son exploit fut la meilleure publicité dont l'Internet aurait pu bénéficier en France. Des milliers d'utilisateurs - jusqu'à 30 000 - ont essayé de se brancher sur le site de Besançon, provoquant ainsi un "crash" du service téléphonique dans l'Est de la France.

Menacé de poursuites de la part de la famille Mitterrand, Bourbaud déclarait que s'il devait effacer le livre de son site au cybercafé, il l'enverrait à un site situé aux États-Unis.

Et l'éditeur du "Grand secret," quelle part prenait-il? Celle du silence. En effet, le problème de l'éditeur vis à vis Bourbaud n'était pas juridique, malgré les déclarations de celui-ci à l'effet qu'il agissait dans un "vide juridique." En revanche, la difficulté était politique: s'étant opposé à la censure effectuée par la famille Mitterrand, l'éditeur était mal placé pour s'opposer à la diffusion, même irrégulière, des révélations de l'ex-médecin.

Mais supposons que Bourbaud ait envoyé le dossier numérique du "Grand secret" à des sites à l'étranger (en fait, "Le grand secret" a été retrouvé sur des sites Web aux États-Unis, au Royaume Uni et au Canada). Présumons également que l'éditeur français ait voulu mettre fin à ces diffusions (ainsi que, si possible, toucher des dommages-intérêts). Qui poursuivre? Où? Devant quelles juridictions nationales? Et quelle sera (seront) la loi (ou les lois) applicable(s)?

Cette histoire remet en cause un lieu commun du droit international du droit d'auteur, à savoir la territorialité des droits. Selon la règle de la *Convention de Berne* prévoyant le traitement national, chaque pays où une contrefaçon a eu lieu applique sa propre loi à la détermination et à la sanction de la contrefaçon, quel qu'ait été le pays d'origine de l'oeuvre. Une telle construction conventionnelle peut avoir un sens si l'on suppose que les contrefaçons traverseront doucement les frontières, leur acheminement étant ralenti par la nécessité de la traduction et les technologies de communication. En revanche, la communication par réseau s'effectue instantanément, et partout. Il s'ensuivrait que le moment de modifier, sinon d'abandonner, le principe de la territorialité serait arrivé.

Ceci dit, la poursuite de la contrefaçon doit néanmoins se dérouler devant une juridiction . . . territoriale. Comment, donc, concilier la sanction éventuellement extraterritoriale avec la compétence judiciaire nationale? Tenter une réponse à cette question est le but de cet article.

Cette enquête se distingue de certaines études déjà publiées aux tats-Unis et en Europe. D'une part, certains adeptes de l'Internet (notamment aux États-Unis) soutiennent que le caractère pluriterritorial (ou ce qu'on pourrait appeler "tout-terrorial") du cyberspace défie l'application des régimes juridiques nationaux. Dans cette vision utopique (dans le sens propre du terme), il faut créer un droit du cyberspace, avec ses propres règles et ses propres juges - les "magistrats virtuels".

D'autre part, notamment en Europe, on se penche directement sur la question de la loi applicable, sans beaucoup s'attarder sur l'identification du tribunal qui sera compétent pour connaître l'ensemble de l'action contre les participants à la contrefaçon par réseau numérique. J'évoquerai également la question de la loi applicable, mais seulement après avoir, dans un premier temps, tenté de poser des principes de compétence judiciaire. Il s'agira d'une analyse basée sur le droit judiciaire américain, mais dont certains principes sont généralement reconnus, notamment par la *Convention de Bruxelles*. Dans la mesure où certains aspects du droit américain ne seraient pas compatibles avec cette convention, j'indiquerai où se trouvent les divergences.

I. Compétence judiciaire (choix du *for*)

Le but des ayants droit du droit d'auteur sur le livre "Le grand secret" est de pouvoir résoudre dans une seule action, devant un seul tribunal, l'ensemble des demandes découlant de l'histoire de la mise non autorisée du livre sur le réseau.

Quels sont les défendeurs éventuels de cette action?

- Le citoyen français qui a envoyé le dossier numérique vers des sites aux États-Unis et au Canada;
- les opérateurs de ces sites; et,
- le cas échéant, les services en ligne par l'intermédiaire desquels le public accède aux sites.

A. Compétence du *for* basée sur la résidence du défendeur ou sur le lieu d'origine du dommage

Rappelons quelques principes de la compétence judiciaire aux États-Unis.

En premier lieu, bien que la compétence judiciaire en matière de droit d'auteur soit exclusivement fédérale, les juridictions fédérales renvoient à la loi de l'État fédéré du *for* afin de déterminer la compétence du tribunal pour contraindre les parties à comparaître. En règle générale, le défendeur doit comparaître devant le tribunal de son domicile (résidence habituelle)(ou, en cas d'une personne morale, résidence de son siège ou son établissement effectif), même si le fait litigieux n'y est pas survenu. Ainsi, par exemple, si l'éditeur français agissait contre CompuServe devant un tribunal fédéral dans l'Ohio, ou contre America Online (AOL) en Virginie, le tribunal fédéral serait compétent. De plus, puisque le tribunal aurait une compétence générale ("general jurisdiction") en ce qui concerne cette partie, le tribunal sera compétent pour entendre non seulement la cause en ce qu'elle concerne la diffusion aux États-Unis de l'oeuvre litigieuse, mais aussi en ce qu'elle concerne la diffusion à l'étranger. (La compétence législative est une question distincte, sur laquelle je reviendrai ultérieurement.) Mais, qu'en est-il des opérateurs des sites Web (au cas où ceux-ci seraient différents de CompuServe et d=America Online et ne seraient pas résidents de l'Ohio ou de la Virginie), ainsi que le ressortissant français qui a déclenché la communication?

Deuxièmement, le tribunal est compétent s'il est situé au lieu du dommage. Celui-ci peut être soit le lieu du fait générateur, sinon celui de la réalisation du dommage. Selon la compétence du *for* du fait générateur, les défendeurs non résidents devront comparaître devant le *for* du lieu d'origine de la communication.

Mais comment localise-t-on l'origine d'une communication Internet? On pourrait estimer que la communication du "Grand secret" a eu son origine à Besançon, en France, d'où l'entrepreneur du cybercafé l'a envoyée aux sites situés aux États-Unis et au Canada. Économiquement, cependant, ce point de départ serait plutôt fortuit: la communication ne devient pas accessible (et n'acquiert pas de conséquence commerciale) avant qu'elle ne soit reçue au site Web. Le dommage dont se plaint l'éditeur est causé par la mise à la disposition du public de l'oeuvre sur le site Web, ce qui rend possible l'accès à l'oeuvre et son téléchargement. Ces actes de la part du public ne peuvent être accomplis depuis la maison ou le café de l'entrepreneur du cybercafé (qui, en tout cas, a effacé l'oeuvre de son propre serveur). Du point de vue du public qui recherche l'accès au "Grand secret," le site Web est le point de diffusion de l'oeuvre.

Ainsi, le *for* américain correspondant au lieu du serveur serait compétent pour entendre l'action contre l'opérateur du site Web et l'étranger qui aurait fait exprès d'envoyer l'oeuvre au site en question. L'étendue de l'action couvrirait non seulement les diffusions reçues aux États-Unis, mais aussi les diffusions reçues à l'étranger par ceux qui auraient accédé à l'oeuvre et l'auraient téléchargée depuis ce site. (Rappelons que, pour l'instant, nous ne traitons pas de la loi applicable à ces diffusions.)

B. Compétence en cas d'un défendeur non résident lorsque le *for* est le lieu de la réalisation du dommage

Il s'agit maintenant de la troisième base de compétence judiciaire: le *for* en tant que lieu de la réalisation du dommage. Par exemple, celui qui imprime au Canada des exemplaires non autorisés d'un livre et qui les envoie aux États-Unis commet une infraction aux États-Unis du fait de la diffusion des exemplaires sur le sol américain. Selon la troisième notion de compétence judiciaire, il y a la réalisation du comportement fautif aux États-Unis et, donc, un acte donnant lieu à la compétence des juges américains.

Or, selon l'histoire que nous avons évoquée, la partie concernée - l'opérateur du site au Canada - n'aurait pas confectionné des exemplaires matériels, et le lieu du départ de sa diffusion de l'oeuvre est le Canada. Néanmoins, les Américains pourraient recevoir la communication du "Grand secret" en se branchant sur le site canadien. Y a-t-il pour autant une "diffusion" aux États-Unis, justifiant la compétence judiciaire au motif que les États-Unis sont le lieu (ou, plutôt, un des lieux) de la réalisation du dommage?

Une décision récente d'un tribunal fédéral sis au Southern District de New York semble répondre dans l'affirmative. En l'occurrence, il s'agissait d'un site Web opéré par un éditeur italien qui diffusait la version électronique d'une revue intitulée "Playmen." Quelques années auparavant, la société Playboy avait obtenu une ordonnance du même tribunal interdisant la diffusion de "Playmen" aux États-Unis. Ayant appris l'existence de la version électronique et du site Web de "Playmen," Playboy soutenait que l'éditeur italien avait méconnu l'ordonnance d'interdiction. L'éditeur répondait qu'il n'effectuait aucune diffusion sur le sol américain, qu'au contraire, les utilisateurs américains qui accédaient au site Web faisaient un "voyage virtuel" en Italie où ils se procuraient des exemplaires électroniques qu'ils rapatriaient.

Ce raisonnement n'a pas convaincu le tribunal. Le juge estimait en revanche:

Que l'utilisateur local "tire" ces images de l'ordinateur du défendeur [en Italie], au lieu que le défendeur les "envoie" vers ce pays [les États-Unis], est sans importance. En invitant les utilisateurs aux États-Unis à télécharger ces images, le défendeur cause et contribue à leur diffusion aux États-Unis.

Si l'on admet que la mise d'une oeuvre à disposition des utilisateurs aux États-Unis - même à partir d'un serveur situé en dehors des États-Unis - effectue une diffusion d'exemplaires (ou une communication) de l'oeuvre aux États-Unis, on peut estimer que les États-Unis deviennent ainsi un lieu de la réalisation du dommage (dès lors que la communication n'a pas été autorisée). La compétence judiciaire est ainsi justifiée.

Reste à cerner l'étendue territoriale de l'action contre l'opérateur d'un site Web qui n'est pas situé aux États-Unis. La compétence judiciaire étant basée sur les actes ayant eu lieu aux États-Unis, ce serait exorbitant de permettre au

demandeur de plaider toutes les contrefaçons qui auraient pu avoir lieu partout le monde, à partir du site Web du défendeur étranger. Ce serait gommer la distinction entre la compétence générale reconnue au *for* lorsqu'il est la résidence du défendeur ou le lieu d'origine de la contrefaçon, et la compétence limitée reconnue au *for*, lorsqu'il n'est que le lieu de la réalisation du dommage.

Ce raisonnement, pour être logique, n'est pas pour autant satisfaisant, du moins du point de vue de l'auteur dont l'oeuvre est devenue simultanément disponible - sans autorisation - dans une centaine (ou plus) de pays. Lui faut-il voyager dans chaque pays de réception pour agir en contrefaçon? Bien sûr, l'auteur pourrait aller au pays du site du serveur, puisque ce *for* sera compétent pour connaître l'ensemble de l'action contre l'opérateur du site.

Néanmoins, cette approche comporte au moins deux problèmes. Premièrement, comme dans notre cas de figure, il peut y avoir plusieurs serveurs dans plusieurs pays. En second lieu, une règle de compétence judiciaire qui limite le règlement de l'intégralité de l'action au pays de l'origine de la communication, ou au pays de la résidence du défendeur, risque de provoquer des recours aux "paradis numériques" de la part des entrepreneurs des sites Web.

Y a-t-il une troisième voie entre la nécessité d'agir devant toutes les juridictions nationales, et - de façon pratique, étant donné le résultat prévisible devant le *for* du paradis numérique - devant aucune? Il existe aux États-Unis un problème similaire en matière de diffamation qui a été résolu par recours à une règle procédurale intitulée la "single publication rule."

Lorsque des propos diffamatoires ont été publiés ou diffusés dans plusieurs États fédérés, on pourrait estimer qu'un délit aura été commis dans chacun des États de réception, obligeant ainsi le demandeur à se pourvoir devant plusieurs forums, et le défendeur à courir le risque de solutions différentes appliquées par chaque tribunal. En revanche, selon la "single publication rule," une "publication globale" par voie d'un numéro d'un journal ou d'une radio- ou télédiffusion constitue une "single publication" limitant le demandeur à un seul *for* (bien qu'il puisse choisir lequel parmi tous les États de réception de la communication sera celui où il entamera son action). S'il réussit son action, le demandeur touchera des dommages-intérêts correspondant aux dommages subis dans tous les États fédérés où la communication aura été reçue. Ceci permet "d'éviter la multiplication d'actions, ainsi que le harcèlement des défendeurs et le préjudice subi par un demandeur" qui devra autrement porter son litige devant plusieurs juridictions. Les applications de la "single publication rule" aux États-Unis semblent s'être limitées en pratique aux États fédérés; néanmoins, le "Restatement 2d of Torts" prévoit clairement la possibilité d'étendre la règle aux communications qui débordent les frontières américaines et qui sont donc reçues en dehors des États-Unis.

Si les juridictions américaines appliquaient la "single publication rule" à la contrefaçon dans des réseaux numériques, un tribunal américain compétent pour entendre l'action contre l'opérateur canadien du site Web pourrait allouer des dommages-intérêts non seulement pour les téléchargements effectués par les utilisateurs aux États-Unis, mais aussi pour tous les téléchargements quels que soient les pays de téléchargement (en supposant qu'il serait possible de savoir combien de téléchargements, il y a eu à travers le monde). L'adoption de la "single publication rule" au contexte de la cyber-contrefaçon serait très utile, puisqu'elle simplifierait l'action du demandeur, tout en réduisant le risque au défendeur de devoir comparaître dans une pluralité de litiges. L'efficacité pratique de la règle dépendrait de la présence dans le *for* des biens du défendeur étranger - s'ils étaient suffisants pour satisfaire un jugement - et, sinon, de la possibilité qu'un tribunal sis à la résidence habituelle (ou au domicile) du défendeur reconnaît et exécuterait (*exequatur*) le jugement américain.

II Compétence législative (loi applicable)

Si l'on mettait en oeuvre la *single publication rule+, la désignation du *for* serait simplifiée, mais ce n'est pas sur que la recherche de la loi applicable le serait aussi. Alors que dans l'hypothèse de la "single publication rule" le *for* applique sa propre loi afin de régler les questions procédurales, le *for* n'applique pas nécessairement sa loi en ce qui concerne le fond de l'action. En fait, il n'est même pas clair si le *for* devrait appliquer au fond une seule loi, ou autant de lois qu'il y a eu d'États de

réception de la communication. En fin de compte, la détermination de la loi (ou des lois) applicable(s) dépendra des faits de chaque espèce.

A. Le *for* aux États-Unis correspond à la résidence habituelle du défendeur ou au point de départ de la contrefaçon

Revenons au cas de figure selon lequel le point de départ de la prétendue contrefaçon est un site Web sur un serveur aux États-Unis. Il est évident que la loi américaine sur le droit d'auteur s'appliquera à toute réception aux États-Unis de communications provenant de ce site Web. Le tribunal devrait pouvoir ordonner l'interdiction totale de l'opération du site américain.

Mais qu'en est-il des communications reçues en dehors des États-Unis par des étrangers qui se branchent sur le site américain depuis des ordinateurs situés à l'extérieur du pays? La loi américaine s'applique-t-elle toujours, ou bien faut-il appliquer la loi de chaque pays de réception? Le désir de simplifier le litige favoriserait l'application de la loi américaine même aux contrefaçons aboutissant à l'étranger.

Cependant, la jurisprudence américaine semble incertaine quant à l'application de la loi américaine aux contrefaçons initiées aux États-Unis, mais qui n'aboutissent qu'à l'étranger. D'une part, les tribunaux américains prennent en compte les diffusions d'exemplaires à l'étranger, dès lors que la reproduction de base a eu lieu aux États-Unis. Mais d'autre part, lorsque l'acte prétendu illicite qui a été initié aux États-Unis n'a pas produit de résultat matériel sur le sol américain - par exemple, une télédiffusion partant des États-Unis mais qui n'est reçue qu'au Canada - les tribunaux semblent estimer qu'en l'occurrence il n'y a pas eu d'acte couvert par la loi américaine. De même, lorsque le lien entre la contrefaçon et le *for* se limite à une prétendue "autorisation" émise aux États-Unis par le défendeur, en vue de la commission d'une reproduction ou d'une communication à l'étranger, les juridictions américaines semblent ne pas vouloir constater un comportement qui implique la loi américaine.

Une jurisprudence selon laquelle il faut rechercher la confection dans le *for* d'une copie matérielle est contestable dans un monde numérique, un monde dont, justement, un des caractères principaux est la dématérialisation de l'exploitation des oeuvres de l'esprit. Il serait plus sage, et plus réaliste, lorsque le *for* est le lieu de la conception et de la mise en oeuvre intellectuelle - sinon matérielle - d'un programme mondial d'exploitation non autorisée, de reconnaître que le *for* est le "nerve center" de la contrefaçon et, à ce titre, d'appliquer sa loi à tous les actes non autorisés, quel que soit le lieu de leur aboutissement.

Une telle recommandation est-elle conforme à l'article 5.2 de la *Convention de Berne*, selon lequel la loi du pays "où la protection est demandée" régit la contrefaçon? On pourrait estimer que le "pays où la protection est demandée" implique une application distributive des lois de tous les pays de diffusion de l'oeuvre contrefaisante. Mais on pourrait également soutenir que ce pays est le *for* lorsque le *for* est soit le pays d'origine de la contrefaçon, soit le pays de la résidence habituelle du demandeur, et que le *for* est aussi le pays le mieux situé pour accorder une sanction effective et internationale.

B. La contrefaçon a eu son origine en dehors du *for* et le défendeur n'y réside pas

En dernière hypothèse, revenons à l'opérateur canadien du site qui doit comparaître devant les tribunaux américains au motif que des communications contrefaisantes ont été reçues aux États-Unis. Selon la "single publication rule" (si elle est adaptée à la contrefaçon internationale), un défendeur étranger devra comparaître devant un tribunal américain afin de répondre non seulement des diffusions ayant eu lieu aux États-Unis, mais aussi à l'étranger. Mais quelle(s) sera (seront) la loi (les lois applicables)? Il est vrai qu'il serait plus simple d'appliquer la loi du *for* à tous les téléchargements, quel que soit leur lieu de commission. Cependant, le lien entre les États-

Unis et les téléchargements ayant eu lieu à l'étranger depuis un serveur également situé en dehors des États-Unis serait trop atténué pour justifier une application extensive de la loi américaine. En revanche, le tribunal devra appliquer soit la loi du lieu d'origine de la contrefaçon, sinon celle de la résidence habituelle du défendeur. Cependant, si ces pays s'avèrent être des "paradis numériques," le tribunal devra recourir à l'approche territoriale, afin de faire une application distributive de toutes les lois des pays de réception.

Conclusion

Revenons au site - physique aussi bien que numérique - de notre fait divers. Dans l'Est de la France, l'entrepreneur du cybercafé Bourbaud se réjouissait de la notoriété que ses exploits sur l'Internet avaient suscités. Cependant, cette notoriété lui fut enfin fatale, puisqu'elle remit les autorités françaises sur une piste qu'elles avaient cru infructueuse. En fin de compte, Bourbaud fut écroué, non pour contrefaçon, ni pour atteinte à la vie privée *post-mortem*, mais pour abandon de famille et non-paiement de pension alimentaire!