

Vol. 22, n° 3

Droit international privé et droit d'auteur

André Lucas*

Sommaire	763
1. Condition des étrangers.	765
1.1 Notion de traitement national	765
1.2 Traitement national et non-discrimination communautaire	766
2. Conflit de lois	769
2.1 Questions générales	769
2.1.1 Loi du contrat et loi du droit.	769
2.1.2 Loi du pays d'origine et loi du pays de protection	770
2.2 Localisation de l'atteinte au droit d'auteur	773

© André Lucas, 2010.

* L'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nantes et directeur du Master 2 de propriété intellectuelle de l'Université de Nantes. Le présent article résulte d'une communication de l'auteur lors de l'hommage à feu Georges Koumantos rendu à Athènes le 10 mai 2010.

Sommaire

Les ouvrages généraux sur le droit d'auteur ne consacrent généralement que de maigres développements au droit international privé. L'exemple du célèbre traité de Desbois¹ est, à cet égard, éloquent. Cette discrétion s'explique peut-être par la complexité de la matière, qu'il est difficile de présenter de manière synthétique. Elle tient aussi à la conviction, assez répandue, que le droit conventionnel, essentiellement la *Convention de Berne*, offre assez de réponses pour qu'il soit inutile de s'attarder sur les controverses dont les spécialistes de cette belle discipline sont friands.

Aucune de ces deux explications n'emporte la conviction. Comme l'a dit le grand internationaliste français Batiffol² à propos des conflits de lois, il est vain de prétendre évacuer les problèmes de droit international privé 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 ». Quant à la *Convention de Berne*, elle est bien loin de résoudre tous ces problèmes car elle n'apporte que des solutions lacunaires, et d'ailleurs peu claires.

Bref, les juristes du droit d'auteur ne peuvent faire l'impasse sur le droit international privé et cela est apparu en pleine lumière avec l'exploitation des œuvres sur les réseaux numériques. Internet, après les satellites, a mis le thème au premier plan. On s'est alors tout naturellement retourné vers les spécialistes qui avaient déjà acquis une notoriété en labourant, avant les autres, le terrain. Georges Koumantos était de ceux-là, avec Eugen Ulmer. Outre son traité, il faut surtout citer deux études très fouillées et créatives, publiées en 1979³ et en 1988⁴. On relèvera aussi que ces aspects ont été abordés à deux reprises dans des réunions de l'ALAI sous sa présidence (à l'occasion desquelles il a participé activement aux débats) : en 1986 à Berne et en 1996 à Amsterdam.

1. *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978.

2. *Rev. crit. DIP* 1971, p. 273.

3. « Sur le droit international privé du droit d'auteur », (1979) *Il diritto di autore* 616.

4. « Le droit international privé et la Convention de Berne », (1988) *Le droit d'auteur*, p. 439.

Dans toutes ces occasions, il a fait la preuve qu'il maîtrisait parfaitement la discipline. Cela incite à méditer certaines observations d'ordre méthodologique ou terminologique qu'il aimait rappeler à ses lecteurs ou à ses auditeurs. Ainsi recommandait-il de bien distinguer, dans le discours juridique, l'analyse du droit positif et l'affirmation de préférences fondées sur des considérations d'opportunité⁵. Tous ceux qui l'ont lu et entendu savent qu'il prenait ses distances avec le concept de « territorialité », souvent présenté comme l'alpha et l'oméga du droit d'auteur. « Territorialité » est un mot commode pour décrire un droit d'auteur pensé au XIX^e siècle par référence à des frontières nationales, mais c'est un mot ambigu⁶. On peut imaginer une « territorialité absolue » dans laquelle on érige en principe que chaque juge ne peut appliquer que sa propre loi. Malgré la tendance récurrente en matière de droit d'auteur à favoriser l'application de la *lex fori*, cette thèse n'est jamais ouvertement soutenue. Heureusement, car elle nous ramènerait au Moyen-Âge⁷. Mais la territorialité peut aussi être perçue d'une autre façon comme renvoyant à l'application de la *lex loci protectionis*. Le juge saisi accepte ici d'appliquer une autre loi que la sienne, mais en partant du principe que les actes d'exploitation accomplis sur le territoire de chaque État sont régis par la loi de cet État, un peu comme si le droit d'auteur était une collection de droits d'auteur nationaux⁸. C'est le système consacré par l'article 5.2 de la *Convention de Berne*. Il peut bien être qualifié de « territorialiste ». Mais nous verrons plus loin qu'il n'exclut pas radicalement l'application de la loi du lieu du fait générateur de la contrefaçon, laquelle loi aura alors par hypothèse une portée extraterritoriale, ayant vocation à s'appliquer, à l'exclusion des lois des différents pays dits de réception.

Comme tous les spécialistes de droit international privé, Georges Koumantos a aussi critiqué la réticence de la doctrine du droit d'auteur à appliquer la loi étrangère, qu'elle suspecte de ne pas protéger suffisamment l'auteur. Cette réticence s'explique par le fait

5. *Le droit international privé et la Convention de Berne*, préc., p. 440.

6. *Sur le droit international privé du droit d'auteur*, préc., p. 619-620. Voir aussi son intervention 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 »).

7. BATIFFOL (Henri) *et al.*, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 1993, tome 1, 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 »).

8. GINSBURG (Jane C.), « Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks », Doc. OMPI GCPIC/2, 30 novembre 1998, p. 37.

que le raisonnement a toujours été mené à partir de l'alternative entre une loi locale par hypothèse très protectrice, et une loi étrangère par hypothèse moins soucieuse de l'intérêt des auteurs. D'emblée, on cherche donc à éviter l'application de la seconde en favorisant la première, réputée porteuse de valeurs plus respectables. Mais il suffit d'inverser la situation à partir d'une loi étrangère plus protectrice que la loi locale pour comprendre qu'il est dangereux de se laisser enfermer dans ces préjugés. Georges Koumantos l'avait fort bien dit lors du Congrès de Berne : « Un des dangers que présente le droit international privé vient de la construction des exemples qu'on prend comme point de départ. Il est difficile, souvent très difficile de raisonner sans exemples concrets, et d'autre part déjà l'exemple qu'on choisit quelquefois indique le chemin qu'on suivra ou qu'on souhaiterait suivre »⁹.

Traditionnellement le droit international privé se décline en trois grands thèmes : la condition des étrangers, les conflits de lois, les conflits de juridictions. Pour procéder au rapide tour d'horizon qu'implique l'exercice, il faut faire des choix. S'il faut éliminer un des trois thèmes, c'est certainement celui des conflits de juridictions dans la mesure où les problèmes de compétence juridictionnelle internationale et de reconnaissance des jugements étrangers présentent peu de spécificités sur le terrain du droit d'auteur.

Restent la condition des étrangers et les conflits de lois.

1. CONDITION DES ÉTRANGERS

S'agissant du droit d'auteur, c'est le droit international conventionnel qui retient ici l'attention à travers ce qu'il est convenu d'appeler (et que l'Accord ADPIC dénomme expressément) le « traitement national ». La notion mérite d'être précisée, avant d'être confrontée au droit communautaire.

1.1 Notion de traitement national

Le traitement national est présenté en ces termes par l'article 5.1 de la *Convention de Berne* : « Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux ».

9. Compte rendu, p. 176.

La règle s'oppose à la réciprocité (qui peut prendre bien des formes). Elle est beaucoup plus généreuse puisqu'elle implique qu'un État va garantir à des ressortissants unionistes la jouissance des droits que la loi de l'État dont ils sont ressortissants ne consacre peut-être pas. Elle intéresse exclusivement la condition des étrangers et aucunement la question de la loi applicable. Georges Koumantos, dans son étude publiée en 1988, y insiste à juste titre en affirmant que « reconnaître le droit d'un étranger ne préjuge pas de la loi applicable à ce droit » et que « les règles de conflit de lois entrent en jeu après les règles sur la condition des étrangers »¹⁰. Ce rappel est utile, car la distinction est souvent perdue de vue au profit du postulat, au moins implicite et parfois explicite, selon lequel l'étranger admis à faire valoir son droit d'auteur dans un pays ne peut se voir appliquer que la loi locale. Or, 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*. C'est en ce sens que le concept de « nationalité des œuvres », parfois utilisé en doctrine, est ambigu¹¹.

On sait les controverses auxquelles a donné lieu le traitement national depuis une vingtaine d'années. La générosité évoquée plus haut, qui était voulue par les rédacteurs de la *Convention de Berne*, est devenue plus difficile à assumer dans un contexte international où la dimension économique du droit d'auteur devient obsédante. Certaines législations prennent des libertés avec le principe, notamment en matière de copie privée. Il n'est pas impossible que la question soit un jour soumise à un panel de l'OMC dans le cadre de la procédure de règlement des différends.

1.2 Traitement national et non-discrimination communautaire

La question du traitement national a pris un tour nouveau dans l'Union européenne avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Ce principe, à vrai dire, n'avait pas beaucoup retenu l'attention des spécialistes de droit d'auteur jusqu'à l'arrêt *Phil Collins*¹². Il s'est révélé ensuite d'une grande portée lorsqu'il a

10. *Le droit international privé et la Convention de Berne*, préc., p. 440.

11. Compte rendu de Georges Koumantos, *op. cit.*, p. 443, qui parle certes de « nationalité » des œuvres, mais en prenant soin d'utiliser des guillemets et en précisant que cette terminologie est « sans exactitude juridique ».

12. CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins c. Imtrat et Patricia c. EMI Electrola*, aff. C-92/92 et C-326/92 : *RIDA* 1/1994, p. 304 ; *D.* 1995, p. 133, note Bernard Edelman ; *Rec.*, p. I-5171 disant pour droit que l'article 12 CE « s'oppose à ce qu'une

été utilisé pour paralyser certaines règles de conflits de lois édictées par la *Convention de Berne*.

Il s'agit d'abord de l'article 2.7 de la *Convention de Berne*, qui prévoit que lorsqu'une œuvre est protégée dans le pays d'origine uniquement au titre de la législation sur les dessins et modèles, elle ne peut être protégée qu'au même titre dans les autres pays de l'Union. Dans l'affaire *Tod's*¹³, la Cour de justice a paralysé l'application de cette disposition dans la sphère communautaire. Le demandeur en contrefaçon invoquait la théorie de l'unité de l'art pour revendiquer le bénéfice du droit d'auteur sur des modèles (en l'espèce de chaussures). Il se voyait opposer une exception d'irrecevabilité fondée sur l'article 2.7 de la *Convention de Berne* en raison du fait que les modèles ne pouvaient être investis du droit d'auteur dans le pays d'origine (en l'espèce l'Italie) et il plaidait que l'application de cette disposition constituait une discrimination au sens de l'article 12 CE. L'arrêt rappelle d'abord que, selon une jurisprudence constante, ce texte prohibe, au-delà des discriminations directement fondées sur la nationalité, « toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »¹⁴. Or, selon la Cour de justice, l'application de l'article 2.7 de la *Convention de Berne* aboutit à refuser le « bénéfice de la double protection » (droit des dessins et modèles et droit d'auteur) aux « auteurs d'une œuvre dont le pays d'origine est un autre État membre qui n'accorde pour cette œuvre que la protection fondée sur le droit des dessins et modèles » alors même que « (ce) traitement avantageux est accordé, notamment, aux auteurs d'une œuvre dont le pays d'origine est le premier État membre »¹⁵. Il s'agit bien d'une discrimination indirecte selon la nationalité. En effet, « les œuvres publiées pour la première fois dans un État membre auront pour auteur, dans la majorité des cas, un ressortissant de cet État, alors que les œuvres publiées dans un autre État membre auront généralement pour auteur une personne qui n'est pas un res-

législation d'un État membre exclue les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants des autres États membres, et leurs ayants droit, du droit, qui est reconnu par cette même législation aux ressortissants nationaux, d'interdire la commercialisation, sur le territoire national, d'un phonogramme fabriqué sans leur consentement, lorsque la prestation a été exécutée en dehors du territoire national ».

13. CJCE, 2^e ch., 30 juin 2005, aff. C-28/04, *Tod's SpA c. Heyraud SA* : [2005] *Com. com. électr.*, comm. 133, note Christophe Caron ; (2005) *Propr. intell.* 442, obs. André Lucas ; [2006] *JCP E* 2006, 2178, n^o 12, obs. Henri-Jacques Lucas ; (2005) *RTD com.* 735, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

14. Point 19.

15. Point 20.

sortissant du premier État membre »¹⁶. Dès lors, l'application de l'article 2.7 « risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres et est ainsi susceptible d'entraîner une discrimination indirecte selon la nationalité »¹⁷. Et cette discrimination n'est justifiée par aucune « circonstance objective »¹⁸.

Le même raisonnement avait déjà été mené dans l'affaire *La Bohème*¹⁹, à propos de l'article 7.8 de la Convention, qui pose la règle dite « de comparaison des délais ». La question préjudicielle était posée par le *Bundesgerichtshof* allemand dans une procédure mettant en cause la licéité de représentations de l'opéra du célèbre compositeur veriste au *Staatstheater* de Wiesbaden, faites sans l'autorisation de ses ayants droit, au cours des saisons 1993/1994 et 1994/1995. Le défendeur invoquait la loi allemande sur le droit d'auteur qui, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 1995 (transposant la directive de 1993 sur la durée), distinguait entre la protection des auteurs allemands dont les œuvres étaient protégées quel que soit le lieu de leur première publication²⁰, et celle des auteurs étrangers, qui ne pouvaient jouir de la protection du droit d'auteur que pour leurs œuvres parues, pour la première fois ou dans les trente jours à compter de leur première parution, sur le territoire allemand²¹, sauf pour eux à se prévaloir du bénéfice des traités internationaux²². *La Bohème* ayant été publiée pour la première fois en Italie, c'était donc vers la *Convention de Berne* et la règle de comparaison des délais qu'il fallait se tourner. Puccini est mort en 1924. Il suffisait d'ajouter les 56 ans prévus par le droit italien pour aboutir à la conclusion que l'œuvre était tombée dans le domaine public le 31 décembre 1980. La Cour d'appel de Francfort²³ avait cependant approuvé les premiers juges d'avoir écarté l'article 7.8 de la *Convention de Berne*, et donc d'avoir appliqué la durée de protection du droit allemand, sur la base du principe de non-discrimination entre ressortissants communautaires, expressément déclaré d'application rétroactive. La Cour de justice constate que les articles 120.1 et 121.1

16. Point 26.

17. Point 27.

18. Point 35.

19. CJCE 5^e ch., 6 juin 2002, aff. C-360/00, *Land Hessen et G. Ricordi & Co. Bühnen-und Musikverlag GmbH* : (2002) *Rev. crit. DIP* 771, 2^e esp., note Jean-Sylvestre Bergé ; [2003] *JCP E*, 1508, n^o 8, obs. Henri-Jacques Lucas ; (2002) 4 *Prop. intell.* 62, 3^e esp., obs. André Lucas ; [2002] *Europe*, comm. 300, note Pierre-Yves Gautier.

20. Art. 120.1.

21. Art. 121.1.

22. Art. 121.4.

23. 19 avril 1997 : [1997] *GRUR Int.*, 1006.

précités « opèrent une discrimination directe en raison de la nationalité »²⁴ et dit pour droit que le principe communautaire de non-discrimination « s'oppose à ce que la durée de protection accordée par la réglementation d'un État membre aux œuvres d'un auteur ressortissant d'un autre État membre soit inférieure à celle accordée aux œuvres de ses propres ressortissants ».

2. CONFLITS DE LOIS

La question des conflits de lois a donné lieu à des controverses bien plus nombreuses, dont il est impossible de rendre compte dans le cadre de ce bref article. On se contentera d'énoncer quelques principes touchant aux questions générales, avant de centrer la réflexion sur le difficile problème de la localisation de l'atteinte au droit d'auteur.

2.1 Questions générales

2.1.1 *Loi du contrat et loi du droit*

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 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.

La détermination de la loi du contrat obéit bien sûr aux principes généraux, aujourd'hui contenus dans le *Règlement Rome I* du 17 juin 2008, qui modifie substantiellement les dispositions de la *Convention de Rome* du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Une question propre au droit d'auteur est de savoir comment déterminer quelle est la partie contractante qui fournit la « prestation caractéristique », dont la loi nationale aura vocation à régir le contrat à défaut de choix par les parties. À la suite du grand spécialiste allemand Eugen Ulmer²⁶, la doctrine domi-

24. Point 32.

25. Qu'il s'agisse de la loi du pays d'origine ou de la loi du pays de protection (Voir *infra* sur la controverse).

26. *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, Collections Études,

nante 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 obligation.

Mais il faut se garder de croire que la loi du contrat va tout régler et permettre en quelque sorte de faire l'économie de tout conflit de lois. Certes, dans la pratique la loi du contrat et la loi applicable au droit (la loi du droit) se recourent parfois, mais une telle conjonction ne peut être une règle, et il convient alors de déterminer ce qui relève de chacune d'elles. Par exemple, dans la même ligne qu'Ulmer²⁷, Georges Koumantos estime que la cessibilité du droit d'auteur participe de sa nature et doit donc être régie par la loi applicable au droit²⁸. 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.

2.1.2 Loi du pays d'origine et loi du pays de protection

Si l'on réserve l'application de la loi du for pour la procédure et la preuve, ainsi que pour les mesures provisoires, essentielles en propriété intellectuelle et particulièrement en droit d'auteur, les deux lois en concurrence pour le fond du droit est la loi du pays d'origine et la loi du pays de protection. 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. Le droit d'auteur doit-il être régi par l'une ou par l'autre ou par les deux ? La question, en vérité, ne se pose pas dans les mêmes termes en droit conventionnel et en droit commun.

Droit conventionnel

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'opi-

Série Secteur culturel no 3, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1980, n° 76-77.

27. *Op. cit.*, n° 68.

28. Rapport au Congrès ALAI d'Amsterdam de 1996, 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 ou non »).

nion dominante est que l'expression « pays où la protection est réclamée » doit s'entendre au sens de « pays pour lequel la protection est réclamée »²⁹, qui ne coïncide pas nécessairement avec le for dès lors que l'auteur peut très bien saisir un autre juge que celui du pays de la contrefaçon, par application des règles gouvernant la compétence judiciaire internationale.

Telle n'est pas l'opinion de Georges Koumantos qui lit l'article 5.3 de la *Convention de Berne*, aux termes duquel « la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale », comme posant une règle « unilatérale » de conflit qu'il suggère de « bilatéraliser » pour poser le principe que le droit d'auteur est régi dans tous les pays de l'Union par la loi du pays d'origine, quel que soit ce pays³⁰.

À vrai dire, cette opinion est restée isolée et elle est difficile à concilier avec l'article 5.2 précité.

D'autres auteurs s'écartent de la thèse majoritaire pour remettre à la loi du pays d'origine la titularité initiale du droit. L'article 14 *bis.2.* a exclu 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 droit³¹.

Droit commun

La *Convention de Berne* trouvera le plus souvent à s'appliquer, compte tenu du nombre d'États unionistes. Mais le droit commun a encore un rôle à jouer. Et les États sont libres d'adopter la règle de conflit qui leur paraît la plus adaptée. Parfois, c'est la loi qui prend parti. Par exemple, l'article 34 de la loi autrichienne du 15 juin 1978 désigne la loi de l'État dans lequel a eu lieu un acte d'exploitation ou de violation), l'article 110.1 de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, le « droit de l'État pour lequel la

29. DESBOIS (Henri) *et al.*, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, n° 137 ; ULMER (Eugen), *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, préc., n° 17 ; SPOENDLIN (Kaspar), *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.

30. *Le droit international privé et la Convention de Berne*, préc., p. 449.

31. GINSBURG (Jane C.), *The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change*, La Haye, Academy of International Law, 1998, p. 99.

protection de la propriété intellectuelle est revendiquée » (« droit de l'État où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois »), l'article 54 de la loi italienne du 31 mai 1995, la loi de l'État d'utilisation de l'œuvre.

En revanche, dans la droite ligne de l'enseignement de Georges Koumantos, l'article 67, alinéa 1^{er}, de la loi hellénique de 1993, sous le titre « Droit applicable » est ainsi rédigé : « Le droit d'auteur sur les œuvres publiées est régi par le droit de l'État où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois. Le droit d'auteur sur les œuvres non publiées est régi par le droit de la nationalité de leur auteur ». Et l'alinéa 3 précise que seule « la protection judiciaire est régie par le droit du pays où la protection est réclamée ». La formule visant la « protection judiciaire » doit être comprise comme renvoyant à la procédure et aux mesures provisoires. Mais la version anglaise diffusée par l'OMPI fait naître un doute. La phrase, en effet, est ainsi rédigée : « The protection of a right shall be subject to the legislation of the State in which the protection is sought ». Il faut préférer la version française précitée puisqu'elle est de la plume même de Georges Koumantos.

Quand le législateur ne prend pas parti, ce qui est le cas le plus fréquent, 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* allemand³² et du *Hoge Raad* néerlandais³³. En France, en revanche, une partie de la doctrine lit l'arrêt dit du *Rideau de fer*³⁴ 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

32. 2 octobre 1997, *Spielbankaffaire* : (1998) *GRUR Int.* 427.

33. 13 février 1936 et 24 février 1989, cités par VAN EECHOUD (Mireille), *Choice of Law in Copyright and Related Rights*, Information Law Series – 12 (Kluwer : 2003), p. 110.

34. Cass. 1^{re} civ., 22 décembre 1959 : *Dalloz* 1960, p. 93, note Georges Holleaux, appliquant la loi française à la diffusion en France d'un film accompagnée 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 ».

droits de l'artiste-interprète³⁵. Aux États-Unis, un arrêt de la Cour d'appel a décidé que la question de savoir qui était, de l'entreprise de presse ou des journalistes, titulaire du *copyright*, devait être tranchée par la loi du pays d'origine, en l'espèce la loi russe³⁶. Quant à la doctrine, elle est elle-même divisée, comme c'est souvent le cas en droit international privé. Les données du débat sont aujourd'hui bien connues. On se contentera donc de renvoyer à l'abondante littérature³⁷.

Précisons, pour compléter le tableau, que l'article 8.1 du règlement communautaire du 11 juillet 2007 relatif à la loi applicable aux obligations extracontractuelles, dit *Rome II*, contient une règle de conflit spécifique pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, l'article 8.1 désignant à titre de principe la « loi du pays pour lequel la protection est revendiquée ». On notera au passage que le texte corrige l'erreur de plume de l'article 5.2 de la *Convention de Berne* (« pays où la protection est réclamée »). La formule permet-elle de remettre la question de la titularité initiale à la loi du pays d'origine, comme on l'enseigne volontiers en France ? La question est ouverte. En tout cas, elle n'est pas compatible avec l'article 67 de la loi hellénique.

2.2 Localisation de l'atteinte au droit d'auteur

Le phénomène des « délits complexes », où le lieu du fait générateur et le lieu de survenance du dommage se situent dans des pays différents, 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. Le débat a été relancé avec la transmission numérique. Même si, comme le disait Georges Koumantos lors du Congrès ALAI d'Amsterdam³⁸, la question n'est pas radicalement neuve, 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

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

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

37. Pour une présentation d'ensemble, voir André 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, décembre 2000, n^{os} 41-42 et les réf. cit.

38. Rapport préc., p. 257.

chacun des pays du monde et tombant sous le coup de législations très diverses. Il faut donc se garder de sous-estimer le changement.

La controverse, là encore, est trop connue pour qu'il soit utile de recenser tous les arguments échangés depuis plusieurs années dans d'innombrables thèses, revues et colloques.

On sait que le choix principal est à faire entre loi du « pays d'émission » et loi du (des) « pays de réception ». La loi du pays d'émission s'inscrit dans une approche « extraterritorialiste » puisque le juge appliquera une loi unique à des actes d'exploitation déployant leurs effets dans plusieurs pays (de réception), ce qui facilite l'exploitation des œuvres. Mais elle est accusée de favoriser excessivement les opérateurs et de permettre toutes les manipulations au profit de localisations artificielles dans des « paradis numériques ». La loi du (des) pays de réception s'inscrit dans une approche plus « territorialiste ». Elle préserve mieux les intérêts des titulaires de droits. Mais elle est accusée de rendre impossible la tâche des opérateurs et d'être de toute façon irréaliste.

Deux décisions françaises récentes rendues par le Tribunal de grande instance de Paris (dans deux formations différentes) respectivement au profit et à l'encontre de Google peuvent éclairer utilement le débat.

La première, en date du 20 mai 2008³⁹, en s'appuyant sur une jurisprudence très critiquée de la Cour de cassation⁴⁰, débouté une société de gestion collective française de son action en contrefaçon, en faisant application de la loi américaine, loi du lieu du siège social de Google, pour considérer les faits allégués de contrefaçon (mise en ligne d'œuvres graphiques et plastiques) comme légitimés au titre du *fair use*, au motif que la loi applicable devait être celle du « pays sur le territoire duquel se sont produits les agissements incriminés », c'est-à-dire celle du pays « où le fait générateur de la contrefaçon a été réalisé », et non « celle du lieu où le dommage est subi ».

La seconde, en date du 18 décembre 2009⁴¹, est intervenue à propos du programme très controversé de numérisation des livres.

39. [2009] *JCP E*, 1108, n° 11, obs. Henri-Jacques Lucas ; (2008) *RTD com.* 557, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

40. Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007 : *RIDA* 2/2007, p. 261 ; (2008) *JDI* 163, note Marie-Élodie Ancel ; (2007) *Propr. intell.* 337, obs. André Lucas ; [2008] *JCP E*, 1144, n° 11, obs. Henri-Jacques Lucas.

41. (2010) *JCP G* 247, note André Lucas.

Alors que les éditeurs français revendiquaient l'application « exclusive » de la loi française, et que Google plaidait pour la compétence de la loi américaine comme étant celle de l'État sur le territoire duquel s'étaient produits les faits litigieux, le tribunal refuse de désigner par principe l'une ou l'autre, se bornant à énumérer des points de contact avec la France suffisamment nombreux et pertinents pour justifier l'application de la loi française. C'est dire que dans d'autres circonstances, la solution pourrait être différente.

On doit s'attendre à d'autres épisodes du feuilleton judiciaire.