

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Rapport de la commission spécialisée
portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique

Avertissement : le présent rapport est un document préparatoire qui retrace les travaux et les conclusions de la commission spécialisée. Seul l'avis n°2003-2, qui correspond à ce rapport, a fait l'objet d'une délibération du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

I - Sur les règles de condition des étrangers.....	4
A - Distinction avec les règles de conflit de lois.....	4
B - Liens avec les règles de conflit de lois.....	5
II - Sur la loi du pays d'origine.....	6
A - En droit conventionnel.....	6
B - En droit commun.....	7
C - En droit communautaire.....	8
III - Sur la loi du contrat.....	9
A - Détermination de la loi du contrat.....	9
B - Champ d'application de la loi du contrat.....	11
C - Lois de police et ordre public international.....	12
IV - Sur la localisation de l'atteinte extra-contractuelle au droit d'auteur et aux droits voisins dans la transmission numérique.....	13
A - L'alternative loi du pays d'émission - lois des pays de réception.....	14
B - Les solutions de compromis.....	16
C - La proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (dit Rome II).....	19
V - Sur la compétence juridictionnelle et l'exécution des jugements étrangers.....	20
A - Le projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale.....	21
B - Les règles de compétence juridictionnelle.....	22
C - La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.....	24

Annexe 1 - Lettre de mission.....	27
Annexe 2 - Composition de la commission et personnes entendues.....	30

La diffusion internationale des oeuvres de l'esprit pose depuis l'origine, la question de la loi applicable. La question se pose le plus souvent devant le juge civil, mais, la contrefaçon étant également un délit pénal, elle peut tout aussi bien l'être devant le juge répressif. Or ni la Convention de Berne de 1886 sur le droit d'auteur, révisée à plusieurs reprises, ni la Convention de Rome de 1961 sur les droits voisins n'apportent de réponse claire et définitive au niveau international.

Les incertitudes sont devenues plus gênantes à mesure que se développait le processus de mondialisation culturelle, facilité sur le plan technique par le développement des satellites et des réseaux numériques. Elles n'ont pas été levées par l'Accord ADPIC, volet "propriété intellectuelle" du Traité de Marrakech créant l'Organisation mondiale du commerce, ni par les deux Traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, dont l'ambition était pourtant de relever le défi de l'environnement numérique.

La situation actuelle n'est donc pas satisfaisante au niveau international. Les affaires *Napster* et *KazAa*, relatives aux échanges de fichiers entre internautes, ont souligné l'impact économique majeur de la problématique et montré l'urgence de promouvoir des solutions juridiques appropriées à trois questions aussi élémentaires que cruciales : lorsqu'une oeuvre est exploitée dans ou depuis un pays étranger, quelle loi doit-on appliquer, quel juge doit-on saisir en cas de litige et comment les décisions d'une juridiction nationale peuvent-elles être exécutées dans un pays étranger ?

Des négociations sont actuellement en cours sur des problèmes de droit international privé susceptibles d'intéresser la propriété littéraire et artistique. Il s'agit notamment, au niveau communautaire, du projet de règlement dit Rome II relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles ainsi que du projet de transformation en règlement de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dite Rome I), et au niveau international, du projet de convention de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale. Il importe, s'agissant des volets que ces textes pourraient, le cas échéant, consacrer au droit d'auteur et aux droits voisins, que la France soit en mesure de défendre des positions conformes aux intérêts de ses auteurs, artistes-interprètes, producteurs, éditeurs et consommateurs, tout en gardant à l'esprit que les solutions retenues par nos partenaires étrangers pourront diverger sensiblement avec elles.

A titre préliminaire, la commission a estimé opportun de traiter deux questions : l'une, qui n'était pas évoquée dans la lettre de mission, mais qui mérite d'être abordée pour dissiper des confusions trop fréquentes, concerne la condition des étrangers (I) ; l'autre, qui était expressément posée, est celle, encore controversée, du rôle que peut et doit jouer la loi du pays d'origine, indépendamment de la loi du pays de protection, en matière de droit d'auteur et de droits voisins (II).

Puis le présent rapport envisagera les trois thèmes qui constituent le coeur de la mission confiée à la commission : pour ce qui est de l'exploitation contractuelle des oeuvres, la détermination et le champ d'application de la loi du contrat (III) ; en ce qui concerne la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux numériques, la localisation de l'atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins entre les pays d'émission et de réception (IV) ; enfin, s'agissant d'éventuels contentieux, la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (V).

I - Sur les règles de condition des étrangers

Lors des premières discussions sur les règles de conflit de lois, il est apparu nécessaire de préciser les liens que ces règles sont susceptibles d'entretenir avec les règles de condition des étrangers, dont elles sont distinctes (A) mais sans en être totalement indépendantes (B).

A - Distinction avec les règles de conflit de lois

La principale règle de condition des étrangers en matière de droit d'auteur, dite "règle du traitement national", est fixée par l'article 5.1 de la Convention de Berne aux termes duquel "Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les oeuvres 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'oeuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux". En matière de droits voisins, le principe du traitement national existe également, mais avec une portée limitée. Il figure à l'article 2 de la Convention de Rome de 1961, à l'article 3.1 de l'Accord ADPIC de 1994 et à l'article 4 du Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

Une partie de la doctrine raisonne, au moins implicitement, comme si ces dispositions contenaient une règle de conflit de lois, c'est-à-dire comme si l'assimilation de l'unioniste au national impliquait forcément que l'unioniste admis à faire valoir son droit d'auteur dans un pays se vît appliquer la loi de ce pays, toute application de la loi du pays d'origine étant alors regardée comme une entorse au principe.

Pourtant, un des principes essentiels du droit international est que la question de la jouissance des droits par un étranger ne commande pas celle du choix de la loi applicable.

Il est vrai que certains textes ne sont pas, à cet égard, aussi clairs qu'on le souhaiterait. Tel est le cas, en droit français, de l'article L. 311-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui prévoit que la rémunération pour copie privée est répartie "sous réserve des conventions internationales (...) entre les auteurs, les artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes pour les phonogrammes et vidéogrammes fixés pour la première fois en France".

Pour la commission, l'application de la règle du traitement national prévue par la Convention de Berne implique que le bénéfice de la rémunération pour copie privée doit être étendu, indépendamment du lieu de première fixation du phonogramme et du vidéogramme, d'une part, aux auteurs ressortissant à l'un des pays signataires de la convention de Berne ou ayant leur résidence habituelle dans l'un de ces pays, et d'autre part, aux auteurs d'oeuvres qui ont été publiées pour la première fois dans un pays signataire, même s'ils ne ressortissent pas à l'un de ces pays ou n'y ont pas leur résidence.

Reste à déterminer quelles sont les personnes, physiques ou morales, qui peuvent se prévaloir de la qualité d'auteur. La question, qui relève, à n'en pas douter, des conflits de lois, a été tranchée par le législateur français par la loi n°95-4 du 3 janvier 1995, laquelle a complété l'article L. 311-7 du code de la propriété intellectuelle pour venir préciser que la part de la rémunération pour copie privée qui revient aux auteurs est réservée aux "*auteurs au sens du présent code*", imposant ainsi l'application de la loi française.

La commission a toutefois relevé qu'en pratique, si les producteurs américains, auteurs au sens du "*copyright*", ont été écartés à ce titre du bénéfice de la rémunération pour copie privée, ils continuent néanmoins à en bénéficier au motif que les contrats qui les lient avec les auteurs au sens du droit français ou avec leurs organisations contiennent des clauses prévoyant la répartition entre

eux de cette rémunération.

La commission souhaite réaffirmer qu'il ne doit pas y avoir, d'un point de vue méthodologique, de confusion entre les règles de condition des étrangers, notamment la règle dite du traitement national, et les règles de conflit de lois.

B - Liens avec les règles de conflit de lois

Une fois les confusions conceptuelles dissipées, force est de constater que les règles de condition des étrangers peuvent avoir une incidence sur les règles de conflit de lois. Tel est notamment le cas du principe communautaire de non-discrimination.

1) L'article 12 du traité instituant la Communauté européenne, qui prévoit que "dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité", pose indéniablement une règle de condition des étrangers.

La Cour de justice des communautés européennes a tiré les conséquences de ce principe de non-discrimination en jugeant, dans l'arrêt *Phil Collins* du 20 octobre 1993¹, qu'il "peut être directement invoqué devant le juge national par un auteur ou par un artiste d'un autre État membre, ou par leur ayant droit, pour demander le bénéfice de la protection réservée aux auteurs et artistes nationaux".

La règle ainsi posée, combinée avec les dispositions de l'article 7.8 de la Convention de Berne² et le mécanisme de "rappel à la protection" prévu par la directive du 29 octobre 1993 (entrée en vigueur sur ce point le 1er juillet 1995) a déjà eu pour effet de généraliser à toute l'Union Européenne, pour les oeuvres des ressortissants communautaires et pour celles des auteurs non communautaires qui ont été publiées pour la première fois dans un Etat-membre, la durée de protection de 70 ans *post mortem*.

2) La principale question que pose cette interprétation très large du principe de non-discrimination est de savoir si elle peut remettre en cause tout ou partie des règles de conflit de lois qui confèrent un certain rôle à la loi du pays d'origine.

En droit interne, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble avoir répondu par la négative, dans un arrêt du 26 mars 2002³ où était en cause l'article 2-7 de la Convention de Berne, en vertu duquel "pour les oeuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclamé dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces oeuvres seront protégées comme oeuvres artistiques". La haute juridiction française a en effet cassé, pour erreur de droit, l'arrêt attaqué qui avait cru pouvoir déduire du principe de non-discrimination le fait que l'auteur d'une oeuvre privée de la protection du droit d'auteur dans son pays d'origine (l'Allemagne) ne pouvait se voir refuser en France le bénéfice de cette protection.

En droit communautaire, en revanche, aucune réponse tranchée n'a encore été apportée par la CJCE. Les autorités communautaires semblent toutefois acquiescer à l'idée que les articles 2.7 et

1 *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 B. Edelman ; *Rec. CJCE* 1993, p.I-5171.

2 " Dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée ; toutefois, à moins que la législation de ce pays n'en décide autrement, elle n'excèdera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'oeuvre".

3 *Rev. crit. DIP* 2002, p.771, 1^{re} esp., note J.-S. Bergé ; *Propriétés intellectuelles* juill. 2002, n.4, p.65, 2^e esp., obs. A. Lucas.

7.8 précités de la Convention de Berne doivent être paralysés par le principe de non-discrimination⁴. On peut craindre qu'au-delà, une interprétation extensive de la notion de discrimination indirecte en vienne à condamner toute application à un ressortissant communautaire d'une règle de conflit désignant la loi du pays d'origine, que ce soit au titre d'une application cumulative ou d'une application alternative.

Dans un souci de sécurité juridique, la commission souhaiterait que, dès qu'une affaire se présentera, la question de l'incidence du principe de non discrimination sur les règles de conflit de lois en matière de droit d'auteur et de droits voisins, notamment quant à la place que peut occuper la loi du pays d'origine, soit posée à titre préjudiciel à la CJCE.

II - Sur la loi du pays d'origine

Le fait que les oeuvres de l'esprit ont vocation à traverser les frontières pose nécessairement la question de savoir si certaines caractéristiques du régime qui leur est applicable doivent ou non être déterminées une fois pour toutes. La question classique mais fondamentale, en quelque sorte préalable, qui se pose en matière de droit d'auteur et de droits voisins est de déterminer le rôle respectif que doivent jouer la loi dite du pays d'origine et la loi dite du pays de protection. Elle doit être abordée en droit conventionnel (A) mais aussi en droit commun (B) et en droit communautaire (C).

A - En droit conventionnel

1) En matière de droit d'auteur, l'article 5.2 de la Convention de Berne, qui est au coeur de la controverse, prévoit 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".

Le texte paraît conférer un domaine d'application général à la règle désignant la loi du pays où la protection est réclamée, ou pour dissiper tout risque de confusion entre la *lex fori* et la *lex loci protectionis*, la loi du pays "pour lequel" la protection est demandée.

Se pose toutefois la question de savoir s'il ne laisse pas un rôle à la loi du pays d'origine entendu au sens de l'article 5.4 de la convention, c'est-à-dire pour les oeuvres publiées, le pays de première publication et, pour les oeuvres non publiées, le pays dont l'auteur est le ressortissant ou dans lequel il a sa résidence ou, s'agissant des films, où le producteur a son siège ou sa résidence habituelle. L'enjeu pratique est, à cet égard, de savoir si l'article 5.2 impose de remettre la titularité initiale à la loi du pays de protection ou s'il laisse la porte ouverte, par application du droit commun, à l'application de la loi du pays d'origine.

La majorité de la doctrine spécialisée penche pour la première lecture, mais la seconde interprétation a été retenue en France par quelques décisions des juges du fond⁵ et elle recueille l'approbation d'une nette majorité de la commission.

La commission estime qu'il serait opportun qu'en matière de droit d'auteur, les plus hautes instances juridictionnelles françaises tranchent, dès que l'occasion se présentera, la question de savoir si, comme elle le pense, l'article 5.2 de la Convention de Berne peut être interprété comme renvoyant à la loi du pays d'origine, par application du droit commun, la détermination du titulaire

4 V. par ex. Document des services de la Commission (94) 2191 du 11 janv. 1995. - J.L. Gaster, Suites de l'arrêt Phil Collins de la CJCE dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins : *RIDA* 2/1996, p.3-91.

5 V. en dernier lieu CA Versailles, 12e ch., 31 oct. 2002 : *Propriété industrielle* 2003, comm. 33, note P. Kamina.

des droits sur une oeuvre donnée. _

2) En matière de droits voisins, le problème se pose en des termes différents car dans la Convention de Rome sur les droits voisins, aucune référence n'est faite à la loi du pays d'origine au sens de la convention de Berne, ni à la loi du pays de protection.

Les représentants des producteurs de phonogrammes, se fondant sur le droit commun et sur l'interprétation que donne le guide de la convention de Rome publié par l'OMPI de l'article 11 de ladite convention - qui prévoit, in fine, que "si les exemplaires ou leur étui ne permettent pas d'identifier les principaux interprètes ou exécutants, la mention devra comprendre également le nom de la personne qui, dans le pays où la fixation a eu lieu, détient les droits de ces artistes" - estiment que la titularité des droits voisins doit être renvoyée à la loi du pays de première fixation.

D'autres membres de la commission, dont les représentants des artistes-interprètes, contestent cette interprétation et déduisent des travaux préparatoires de la convention que celle-ci a entendu dénier tout rôle à la loi du pays d'origine.

Le fait que cette solution, comme d'ailleurs celle proposée par les producteurs de phonogrammes, ne soit pas symétrique de celle qui a été suggérée pour la convention de Berne ne soulève pas de difficultés insurmontables. Rien ne s'oppose en effet, même si cela peut compliquer les choses, à ce que la loi applicable soit différente pour déterminer, pour une même oeuvre, le titulaire du droit d'auteur et le(s) titulaire(s) des droits voisins, dès lors que ce ne sont pas nécessairement les mêmes personnes, qu'en toute occurrence elles ne sont pas envisagées en la même qualité et que les régimes qui leur seront appliqués sont très différents.

B - En droit commun

1) Dans les rares hypothèses où la Convention de Berne ne s'applique pas et dans tous les cas où il ne peut être fait application de la Convention de Rome, la réflexion est naturellement plus ouverte et des solutions plus nuancées peuvent être avancées.

Dans certains pays, la loi détermine précisément le rôle respectif de la loi du pays d'origine et de la loi du pays de protection. Ainsi, l'article 110-1 de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 prévoit que "les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée". A l'opposé, l'article 67 de la loi hellénique de 1967 dispose que "le droit d'auteur sur les oeuvres publiées est régi par le droit de l'Etat où l'oeuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois" en précisant que la loi ainsi applicable régit "la définition du sujet du droit, de son objet, de son contenu, de sa durée et les restrictions qui s'y rapportent".

En France, la loi est muette. C'est le fameux arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire dite du Rideau de fer⁶ qui est considéré comme ayant fixé l'état du droit, en appliquant la loi française aux atteintes portées en France à des oeuvres musicales composées par des auteurs russes après avoir vérifié que ces auteurs puisaient dans la loi de leur pays d'origine un droit privatif sur les oeuvres en cause.

Cet arrêt est majoritairement interprété par la doctrine française comme signifiant que l'existence d'une oeuvre protégeable et la détermination du titulaire initial du droit sont régies par la

⁶ 1^{re} ch. civ., 22 déc. 1959 : *D.* 1960, p.93, note G. Holleaux.

loi du pays d'origine, le contenu des droits et le régime de la protection relevant de la loi du pays de protection. Cette interprétation est, toutefois, contestée par certains auteurs.

2) La commission n'a pas voulu détailler dans ce rapport tous les arguments, exposés depuis fort longtemps par la doctrine spécialisée et susceptibles d'être avancés en faveur et à l'encontre de l'application de la loi du pays d'origine.

Il a été constaté qu'en pratique, les effets de cette controverse doctrinale sont atténués par les correctifs que concèdent les partisans d'un rôle partiel confié à la loi du pays d'origine et les défenseurs d'une application exclusive de la loi du pays de protection. Les seconds reconnaissent, en effet, qu'en toute hypothèse, doivent être réservés les droits acquis dans le pays de première exploitation, conformément à la théorie dite des "conflits mobiles". Les premiers admettent, pour bon nombre d'entre eux, qu'il faut redéfinir la notion de pays d'origine, et les critères de rattachement qui sont évoqués sont généralement axés autour de la notion de pays de première exploitation.

Ceci précisé, une majorité de membres de la commission est d'avis de remettre à la loi du pays d'origine, aussi bien devant le juge civil que devant le juge pénal, les questions liées à l'existence de l'oeuvre, à son originalité et à la titularité initiale des droits. La loi du pays de protection régirait, pour sa part, les autres questions, notamment le contenu des prérogatives, les exceptions et les moyens de recours.

Même si cette solution présente l'inconvénient d'opérer une distinction pouvant être regardée comme artificielle entre l'existence et le contenu des droits, alors que les régimes nationaux sont conçus comme des ensembles cohérents, elle offre l'avantage de répondre aux deux objectifs que doivent remplir les règles de conflit de lois : la prévisibilité et la proximité.

S'agissant des droits voisins, la question est restée ouverte au sein de la commission.

Pour les représentants des artistes-interprètes, la solution préconisée est identique à celle qu'ils font prévaloir en droit conventionnel et consiste à donner un rôle exclusif à la loi du pays de protection.

Pour les représentants des producteurs de phonogrammes, le mécanisme retenu en matière de droit d'auteur a également vocation à s'appliquer dans le domaine des droits voisins. Les arguments de prévisibilité et de proximité jouent, en effet, de la même manière en faveur de la compétence de la loi du pays d'origine pour ce qui concerne les questions liées à la titularité des droits voisins, la détermination de cette loi pouvant s'appuyer sur une règle comparable à celle qui figure à l'article 11 de la convention de Rome de 1961.

3) Comme il est proposé de faire référence à la notion conventionnelle de "loi du pays d'origine", la commission s'est interrogée sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun d'en modifier le contenu, pour ce qui concerne le droit d'auteur, pour l'adapter, notamment, aux enjeux des réseaux numériques.

D'après la convention de Berne, le pays d'origine est pour les oeuvres publiées, celui où elles ont été "éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'oeuvre".

Certains ont soutenu que cette approche "éditoriale" apparaissait dépassée dans l'environnement numérique, où la diffusion des oeuvres ne passe plus forcément par la "fabrication d'exemplaires".

D'autres ont fait valoir qu'à ce jour, les oeuvres qui sont exploitées sur les réseaux numériques le sont encore également selon des modes traditionnels et qu'il n'y a que si, à l'avenir, les oeuvres étaient exploitées sur internet à titre exclusif, qu'il conviendrait d'envisager une mise à jour de la notion de pays d'origine. Certains membres ont indiqué que, dans cette hypothèse, la définition actuelle pourrait même rester opérationnelle si l'on admettait que la notion de mise à disposition soit interprétée de manière suffisamment large pour y inclure les téléchargements.

Finalement, la commission a estimé, dans sa majorité, qu'en l'état, il est possible d'en rester à la définition du pays d'origine donnée par la Convention de Berne. Il a été fait remarquer que la définition n'avait pas été modifiée lors du développement de la radio et de la télévision qui ont pourtant soulevé des difficultés comparables sur ce point à l'internet.

C - En droit communautaire

Il n'y a pas, dans l'esprit de la commission, à apporter, au niveau européen, une réponse

particulière à la question du rôle que doit jouer la loi du pays d'origine. Il convient, en revanche, de veiller à ce que les textes qui sont élaborés par les instances communautaires soient compatibles avec la proposition qui a été mise en avant.

A cet égard, la commission a relevé qu'à l'article 8 de sa proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit Rome II), la Commission européenne a prévu 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 ".

Une telle disposition reprend, dans une large mesure, la notion de pays de protection inscrite dans la convention de Berne. Elle a le mérite de clarifier cette notion en indiquant qu'elle ne renvoie pas à la loi du for mais à la loi du pays dans lequel est survenu le dommage.

A l'inverse, cette disposition introduit un nouvel élément d'incertitude qui tient à l'étendue de son champ d'application. Alors que la convention de Berne fait relever de la loi du pays de protection " l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits ", la proposition de règlement fait relever de cette loi " l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte ". Il est difficile, dans ces conditions, de savoir si les deux champs se superposent ou si le second est plus étendu que le premier.

Il conviendrait ainsi que le gouvernement s'assure, lors des négociations à venir sur l'article 8 de la proposition de règlement Rome II, que le texte retenu n'implique pas que soient renvoyées à la loi du pays de protection, dans les limites autorisées par la convention de Berne lorsqu'elle est applicable, les questions liées à l'existence de l'oeuvre, à son originalité et à la titularité initiale des droits qui se rattachent à elle.

III - Sur la loi du contrat

La problématique relative au rôle respectif de la loi du pays d'origine et de la loi du pays de protection, qui concerne le droit d'auteur ou le droit voisin lui-même, doit être enrichie par la prise en compte du fait que les oeuvres et les " objets protégés " - pour reprendre l'expression communautaire, hélas, consacrée - sont bien souvent exploitées de manière contractuelle. C'est d'ailleurs, dans la pratique, au moment où un contrat d'exploitation est conclu, que la détermination de la loi applicable revêt un caractère essentiel.

Il s'agit, dès lors, de préciser la manière dont cette loi du contrat est déterminée (A), de définir son champ d'application par rapport à la loi dite du fond du droit (B) et enfin de mesurer l'incidence que peuvent avoir les correctifs traditionnels que sont les lois de police et l'ordre public international (C).

A - Détermination de la loi du contrat

1) S'agissant des sociétés d'auteurs, il est fait remarquer qu'elles n'ont généralement jusqu'ici délivré d'autorisations, pour l'exploitation des oeuvres dont elles assurent la gestion, qu'à des exploitants situés sur leur territoire d'exercice et pour une exploitation limitée audit territoire. Dans ces hypothèses, la loi du contrat se confond avec la loi du fond du droit et la question du partage à opérer entre elles deux ne se pose pas.

Toutefois, cette situation n'a jamais eu un caractère absolu. La SACEM, par exemple, exerce son activité, depuis fort longtemps au Luxembourg. Par ailleurs, les activités de radiodiffusion ont toujours eu, au moins pour partie, un caractère transnational, ce phénomène s'étant très largement amplifié depuis l'apparition du satellite.

Surtout avec l'émergence d'internet, de nouvelles difficultés sont apparues. On relèvera, par exemple, que les autorisations données pour ce vecteur par les sociétés d'auteurs peuvent désormais couvrir une exploitation multi-territoriale, voire mondiale.

2) Dès qu'un contrat revêt un caractère international, la solution la plus simple et la plus sûre est de désigner la loi applicable dans le contrat. Lorsque, par exemple, des modèles protégés sont exportés, les rédacteurs des conventions s'appliquent à déterminer le principal pays d'exploitation et retiennent souvent expressément sa législation, s'étant assurés que les stipulations de la convention sont conformes au droit local.

Mais la loi du contrat n'est pas toujours véritablement " choisie " par les deux parties. Elle n'est bien souvent que la résultante d'un rapport de forces entre les cocontractants. Si, par exemple, des producteurs américains veulent absolument adapter une œuvre française, ils accepteront que le contrat de cession des droits d'adaptation soit régi par la loi française. A l'inverse, si les français cherchent à faire affaire, ils seront disposés à faire des concessions.

Pour assurer un minimum d'équité, on pourrait songer, comme l'a proposé l'American Law Institute dans son projet de janvier 2003 intitulé "*Intellectual property : principles governing jurisdiction, choice of law and judgments in transnational disputes* ", à introduire une dérogation au principe de la loi d'autonomie en évinçant la loi théoriquement compétente dans les contrats qui apparaissent ne pas avoir été négociés. Dans une pareille hypothèse, serait retenue la loi du pays où réside la partie la plus faible.

La commission estime qu'il serait injustifié en droit et très délicat en pratique de déroger au principe d'autonomie pour assurer une protection systématique de la partie faible dans les contrats dits " non négociés ". Elle préfère s'en tenir à cet égard à l'exception de fraude à la loi au terme de laquelle le juge peut écarter la loi choisie par les parties si elle est manifestement sans rapport avec la situation qu'elle doit régir. Cette réserve pourrait être expressément consacrée dans le futur règlement dit Rome I destiné à reprendre les dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

3) Lorsque la loi du contrat n'est pas mentionnée, il faut recourir à l'article 4 de la Convention de Rome susmentionnée qui prévoit, en son premier paragraphe que, dans le silence des parties, " le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits " et dont le paragraphe suivant ajoute la présomption 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, personne morale, son administration centrale ".

La règle de principe, en la matière, est que la prestation caractéristique est celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre, de sorte qu'elle ne saurait, sauf exception, être constituée par l'obligation de payer une somme d'argent, commune à la plupart des contrats. C'est ainsi l'autre prestation, celle pour laquelle le paiement est dû, qui est " caractéristique ".

La détermination de la prestation caractéristique est aisée dans les contrats de droit d'auteur ou de droits voisins où le bénéficiaire de l'autorisation est débiteur d'une simple obligation de paiement. Tel est, notamment, le cas des contrats généraux conclus par les sociétés d'auteurs avec les radiodiffuseurs. Elle est plus délicate lorsque le cessionnaire ou le licencié contracte l'obligation d'exploiter l'œuvre ou " l'objet protégé ".

Si l'on met l'accent, d'un point de vue économique, sur le fait que ces contrats sont normalement destinés à organiser l'exploitation d'œuvres ou " d'objets protégés ", il peut paraître logique de considérer que la prestation caractéristique est fournie par l'exploitant. A l'inverse, si l'on estime, d'un point de vue plus philosophique, que ces contrats ont pour objet le droit cédé ou concédé, sans lequel aucune exploitation ne serait possible, on est enclin à considérer que cette prestation consiste dans cette cession ou cette concession.

Face à cette réelle difficulté, il a été relevé que, souvent, le cédant et le cessionnaire sont installés dans le même pays, ce qui limite la portée concrète de la question posée. Toutefois il reste de nombreuses hypothèses dans lesquelles il faut trancher entre les deux approches évoquées.

La majorité de la commission, suivant en cela une part importante de la doctrine, est d'avis de préciser dans le futur règlement Rome I que, lorsqu'une obligation d'exploitation est mise à la charge du cessionnaire (ou du licencié), l'exploitant qui assume alors les risques du contrat doit être regardé comme fournissant la prestation caractéristique et que l'auteur ou l'artiste-interprète n'est réputé fournir cette prestation qu'en l'absence d'une telle obligation.

Parmi les membres de la commission, minoritaires sur ce point, certains, dont les représentants des producteurs de phonogrammes, estiment que l'existence d'une simple obligation d'investir mise à la charge de l'exploitant devrait suffire à déclencher, dans le silence du contrat, l'application de la loi du pays où cet exploitant est installé ; d'autres estiment que le critère de l'obligation d'exploiter fait bon marché de ce que l'exploitation n'est rendue possible que par l'existence de l'oeuvre et de son interprétation.

La commission, en tout cas, est unanime pour considérer qu'il serait dommageable, du point de vue de la sécurité juridique, de poser en principe qu'en matière de propriété littéraire et artistique, la prestation caractéristique ne peut être déterminée et qu'il convient en conséquence de faire application dans tous les cas du dernier paragraphe de l'article 4 de la convention de Rome aux termes duquel la loi du contrat est désignée par le juge en fonction du pays qui a les liens les plus étroits avec la situation en cause.

B - Champ d'application de la loi du contrat

1) Il serait illusoire de penser, avec certains, que la *lex contractus* puisse permettre de faire l'économie de toute règle de conflit de lois. Un exploitant peut certes acquérir des droits d'un seul coup à l'échelle planétaire, auprès du titulaire des droits ou de la société de gestion collective qui le représente. Il n'en devra pas moins tenir compte de la loi du fond du droit pour toutes les questions qui ne sont pas soumises à la loi du contrat.

Il résulte des termes mêmes de l'article 10 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles que c'est à la loi du contrat de régir les conditions de formation du contrat, son interprétation et l'exécution des obligations qu'il comporte. En matière de propriété littéraire et artistique, seule cette loi devra ainsi être interrogée pour déterminer le mode de rémunération, proportionnel ou forfaitaire.

A l'inverse, il va de soi que la loi du contrat ne peut régir les conditions d'accès à la protection ou le contenu du droit d'auteur et des droits voisins. La quatrième chambre de la cour d'appel de Paris a, par exemple, jugé dans un récent arrêt du 12 avril 2002 concernant des oeuvres de Colette que, s'agissant des durées de protection, la loi de chaque pays concerné par l'exploitation devait être appliquée pour identifier les bénéficiaires des prolongations et non la seule loi du contrat, en l'espèce, la loi française._

2) Les zones d'ombre viennent de la délicate transposition au droit de la propriété littéraire et artistique de la distinction, classique pour les contrats portant sur des biens corporels, entre les effets réels du contrat, qui obéissent à la loi réelle, et les effets personnels, qui relèvent de la loi du contrat.

Le point le plus sensible concerne la cessibilité des droits. Selon la majorité de la doctrine de

droit d'auteur, elle participe de la nature du droit et doit donc être régie par la loi du fond du droit. Mais il n'est pas évident de déterminer à partir de quand la cessibilité est en cause. La question est notamment très débattue pour la cession des droits portant sur des œuvres futures qui a une importance pratique capitale. En toute hypothèse, la commission, dans sa majorité, récuse cette approche et tient que cette question doit être remise à la loi du contrat.

L'hésitation est aussi possible pour le formalisme des cessions, qui impose aux parties en droit français de délimiter les droits cédés. On pourrait songer à faire relever cette règle de la loi du fond du droit, en transposant la solution admise pour les biens corporels, selon laquelle la loi réelle régit les conditions du transfert de propriété. Mais on peut estimer plus logique de soumettre le formalisme des cessions à la loi du contrat, dès lors que cette règle ne concerne pas la nature des droits et qu'elle renvoie à la question de l'existence et de la validité du contrat que la Convention de Rome remet à la *lex contractus*.

3) Finalement, la majorité de la commission estime que la loi du contrat doit régir les conditions de formation des contrats, leur interprétation et l'exécution des obligations qu'ils comportent, y compris la cessibilité des droits, le formalisme des cessions et le mode de rémunération, qui sont nécessaires pour assurer la prévisibilité de l'exploitation, la loi du fond du droit régissant pour sa part les conditions d'accès à la protection et le contenu des droits, qui englobe notamment la définition de l'œuvre et des "objets protégés" ainsi que les exceptions.

Les représentants des artistes-interprètes, minoritaires sur ce point, tiennent, pour leur part, aux protections que leur offre la loi française et considèrent que ces garanties devraient leur être applicables, au titre de la loi du fond du droit.

C – Lois de police et ordre public international

1) Les règles de conflits de lois trouvent leurs limites, ici comme ailleurs, dans le correctif que constitue, en aval, l'ordre public international, et dans la négation du conflit que représente, en amont, le recours aux lois de police.

Avant d'examiner quelle est la loi désignée par la règle de conflit de lois, le juge doit s'assurer qu'elle ne s'efface pas devant une loi de police. Par ailleurs, le juge doit écarter la loi applicable lorsqu'il constate qu'elle est contraire à l'ordre public international. Le second de ces mécanismes est plus respectueux du droit étranger dans la mesure où il ne court-circuite pas le conflit de lois et oblige le juge à justifier l'éviction de la loi que celui-ci avait désignée.

Dans certains pays, le législateur a donné une réelle consistance à chacune de ces notions. Tel est le cas en Allemagne, où la loi du 4 mars 2002 dispose expressément que toutes les dispositions protectrices des droits des auteurs et des artistes-interprètes en matière de droit contractuel sont d'application impérative. En France, on songe évidemment à l'article L. 311-7 du Code de la propriété intellectuelle, déjà évoqué, qui réserve la rémunération pour copie privée "aux auteurs au sens du présent code".

Pour le reste, c'est au juge qu'il revient de dire quelles sont les règles devant être regardées comme des lois de police et celles qui doivent être considérées comme contraires à la conception française de l'ordre public international. La décision la plus importante est, à cet égard, l'arrêt Huston du 28 mai 1991, par lequel la Cour de cassation a rangé dans la catégorie des "lois d'application impérative", la règle de droit français selon laquelle c'est la personne physique, auteur d'une œuvre, qui est, du seul fait de sa création, investie du droit moral.

2) Au-delà de ce qui a déjà été jugé, rares sont les règles qui peuvent être regardées comme des lois de police.

Il est en général admis que la jurisprudence Huston ne saurait être étendue aux droits patrimoniaux, et donc que la théorie américaine des “works made for hire” peut trouver à s’appliquer à ces droits. Il serait, par ailleurs, excessif de considérer que le principe de rémunération proportionnelle, qui connaît dans le Code de la propriété intellectuelle de nombreuses exceptions, revêt le caractère d’une loi de police. Et il en va de même du formalisme des cessions.

Pour ce qui est de l’ordre public international, il ne saurait être invoqué qu’à l’encontre de règles qui heurtent frontalement les conceptions essentielles du droit français de la propriété littéraire et artistique. On relèvera dans le sens de cette approche restrictive que l’article 16 de la Convention de Rome ne prévoit l’éviction de la loi désignée que si son application “est manifestement incompatible avec l’ordre public du for”. Il serait abusif, dès lors, de regarder cette condition comme remplie, s’agissant de lois étrangères autorisant sans restriction la rémunération forfaitaire ou allégeant le formalisme des cessions.

La commission considère donc que les notions de lois de police et d’ordre public international doivent être entendues strictement. Il serait, toutefois, irréaliste de vouloir dresser dans une convention internationale une liste des points irréductibles pouvant s’affranchir des règles de conflit de lois.

3) Cette situation a renforcé les regrets des membres de la commission qui n’étaient pas en faveur de la conception majoritaire conférant un champ d’application très large à la loi contractuelle. Faute de pouvoir compter sur l’existence de lois de police ou de dispositions d’ordre public international, cette minorité craint, en effet, que l’exploitant, dès lors qu’il est en mesure d’imposer à l’auteur ou à l’artiste-interprète français une autre loi que la loi française, puisse le priver de la plupart des garanties que celle-ci lui accordait.

La commission relève, pourtant, que c’est au titre des lois de police que les artistes-interprètes peuvent obtenir une protection efficace des principaux droits que leur reconnaît la législation nationale. Alors même que la loi française n’aurait pas été retenue comme loi du contrat, ils ne peuvent, en effet, être privés des dispositions impératives favorables contenues dans le Code du travail : nécessité d’un contrat écrit, présomption de salariat de l’article L. 762-1 qui vaut même en l’absence de lien de subordination directe, dispositions relatives à la rémunération, dans la mesure où ils entrent dans les prévisions de l’article 6 de la Convention de Rome qui permet au travailleur, nonobstant le choix qui serait indiqué dans son contrat, d’invoquer l’application de la loi du pays d’exercice habituel de l’activité ou celle du pays d’embauche, si l’exécution se fait dans plusieurs pays.

IV - Sur la localisation de l’atteinte extra-contractuelle au droit d’auteur et aux droits voisins dans la transmission numérique

Une fois défini le domaine respectif de la loi du contrat et de la loi du fond du droit et au sein de celle-ci de la loi du pays d’origine et de la loi du pays de protection, il reste à s’interroger, pour déterminer cette dernière, sur la localisation de l’atteinte aux droits.

La question, qui a été débattue de longue date, renvoie à la controverse classique qui oppose les tenants de la loi du fait générateur aux auteurs qui défendent la loi du lieu de réalisation du dommage. Elle a été renouvelée depuis le développement des communications électroniques,

notamment pour ce qui est de la diffusion des oeuvres. Elle oppose les partisans de la loi du pays d'émission et ceux des lois des pays de réception.

Alors que les deux thèses ont souvent été présentées comme exclusives l'une de l'autre (A), il apparaît de plus en plus que des solutions de compromis doivent être dégagées (B). Celles qui seront retenues devront trouver leur traduction dans le principal texte en cours de discussion sur le sujet : le projet de règlement dit Rome II (C).

A - L'alternative loi du pays d'émission - lois des pays de réception

1) La loi du pays d'émission, entendu initialement d'un point de vue technique comme le pays dans lequel le signal a été injecté dans le réseau, et regardé désormais, d'un point de vue plus juridique, comme le pays où l'exploitant est installé, a longtemps été privilégié par les autorités communautaires.

Dans la directive 93/83/CEE du Conseil relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, la loi applicable retenue en cas de radiodiffusion par satellite a, ainsi, été celle de l'Etat membre à partir duquel les programmes sont émis.

Ce choix s'explique par la volonté des instances communautaires de limiter les entraves aux retransmissions transfrontalières qu'est susceptible d'entraîner l'insécurité juridique liée à l'application cumulative de plusieurs législations nationales à un même acte de radiodiffusion, conçu comme une chaîne ininterrompue de communications. Mais une telle prééminence de la loi du pays d'émission apparaît remise en cause aujourd'hui.

D'une part, la Commission européenne a, elle-même, constaté qu'en pratique, la désignation de la loi du pays d'émission ne suffisait pas, en toute hypothèse, à assurer la libre circulation des œuvres. Dans son rapport du 26 juillet 2002 sur l'application de la directive précitée, elle a ainsi dénoncé l'impossibilité pour les téléspectateurs de tel ou tel Etat membre d'accéder à certains bouquets de programmes parce que les droits des oeuvres diffusées n'avaient pu être obtenus par les opérateurs pour l'ensemble de l'Union Européenne auprès des ayants droit.

D'autre part, il existe une différence de degré, si ce n'est de nature, entre la transmission sur les réseaux numériques et la diffusion par satellite ou par câble. Celle-ci porte sur un nombre limité de pays tandis que celle-là a vocation à toucher, au-delà même du cercle des pays auxquels le site pourrait être principalement destiné, l'ensemble de la planète. Surtout, alors que la première est marquée par un processus unitaire, l'émission par un opérateur de programmes suivant le même chemin pour arriver à la même heure à des clients passifs, la seconde apparaît démultipliée : les oeuvres circulent pratiquement librement sur les autoroutes de l'information, elles suivent des itinéraires impossibles à retracer dans le détail, chaque utilisateur ayant le choix du contenu auquel il accède et devenant en outre potentiellement un émetteur.

2) Aujourd'hui, alors que les avantages de la loi du pays d'émission apparaissent moins évidents, ses inconvénients deviennent plus pénalisants.

Même si la loi du pays d'émission a le mérite de l'unicité et de la prévisibilité, ce qui est essentiel aux yeux des opérateurs dont certains ont espéré que les réseaux numériques puissent être des espaces sans droit, elle introduit des biais concurrentiels importants entre opérateurs présents sur un même marché en les soumettant à des contraintes très diverses selon le pays d'où ils émettent. Il ne fait pas de doute qu'en l'absence d'harmonisation entre les législations nationales, notamment au regard des exceptions au droit exclusif, les exploitants français seraient certainement

perdants dans une telle confrontation.

Du point de vue des auteurs et des titulaires de droits voisins, le principal risque à conjurer est la délocalisation des exploitants vers des “paradis numériques” où la réglementation ferait bon marché de leurs droits. Même si ce danger ne doit pas être exagéré dès lors que le pays d’émission est défini comme celui d’établissement de l’émetteur et non simplement d’injection du signal, il n’a rien de virtuel. La délocalisation au Vanuatu de la société éditant le logiciel KazAa à la suite d’un procès au Pays-Bas en est l’illustration.

Il serait injuste et *in fine* contre-productif que la société de l’information soit promue dans des conditions appauvrissant les contenus et ceux qui les créent. Par ailleurs, certains membres de la commission se déclarent réservés à la perspective de voir appliquer dans la majorité des cas, en tant que loi du pays d’émission, la loi américaine reflétant, notamment à travers la doctrine du “*fair use*”, un équilibre d’intérêts étrangers à la conception des pays de droit d’auteur continental.

3) Pour ces raisons, les ayants droit qui représentent une très large majorité de la commission, sont fermement opposés à l’application de la loi du pays d’émission. Quitte à retenir une loi unique, il vaudrait mieux, selon eux, s’en tenir à la loi du pays de résidence de l’auteur et du titulaire de droits voisins ou d’établissement de la société gérant ses droits, plutôt que le pays d’émission. Il est, en effet, généralement admis, en droit international privé, que le dommage se constate là où se trouve le siège des intérêts lésés par le fait dommageable.

Toutefois ce critère de la résidence habituelle de la personne lésée n’offre pas une prévisibilité suffisante aux yeux des exploitants. Il a, d’ailleurs, fait l’objet de vives critiques lorsqu’il a été retenu par la Commission européenne, en matière d’atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, dans l’avant-projet de proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”). Ecarté du projet de règlement final, ce critère peut difficilement y être réintroduit.

C’est pourquoi, s’il fallait choisir entre loi du pays d’émission et lois des pays de réception, la grande majorité de la commission préférerait la seconde option.

Il est vrai que potentiellement, cela signifie que toutes les lois de la planète peuvent avoir à être appliquées pour réparer ou faire cesser un dommage lié à une diffusion par le réseau internet. Mais les lois pertinentes ne sont finalement pas aussi nombreuses et diverses qu’on pourrait le croire. Même si chaque pays a ses spécificités, les lois nationales peuvent être regroupées par grande catégorie partageant des caractéristiques communes. De plus, malgré le processus à l’oeuvre de mondialisation de la culture, particulièrement en matière musicale et audiovisuelle, les œuvres, notamment écrites, continuent bien souvent à être exploitées dans des groupes de pays déterminés, liés notamment à la langue utilisée.

Des techniques permettent déjà des modalités d’exploitation différentes des oeuvres selon les pays de diffusion. De nombreux sites web demandent ainsi aux internautes d’indiquer leur pays de résidence et modifient les services offerts en fonction de ce dernier. Il n’y a pas de raison que le développement mondial des réseaux ne s’accompagne pas de telles avancées en matière d’adaptation des contenus au public visé. Le fait de diffuser une oeuvre de manière numérique ne saurait à lui seul affranchir l’exploitant des contraintes réglementaires propres à chaque pays où la diffusion a lieu.

Soucieuse de parvenir à une solution unanime, reposant sur les lois des pays de réception mais limitant les inconvénients et les effets inéquitables pour les exploitants de ce système, la commission a examiné diverses solutions de compromis.

1) La commission a, en premier lieu, examiné puis écarté le critère dit de localisation juridictionnelle qui consiste à calquer la règle de conflit de lois sur la solution dégagée par l'arrêt de la CJCE du 7 mars 1995 *Fiona Shevill* en matière de compétence juridictionnelle.

On sait que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, aujourd'hui transformée en règlement communautaire, laisse à la victime la possibilité de saisir soit une juridiction de l'Etat du domicile du défendeur (article 2), soit le tribunal du lieu "où le fait dommageable s'est produit" (article 5-3).

Dans l'affaire de diffamation qui a donné lieu à la décision *Fiona Shevill*, il a été jugé qu'en cas de pluralité de dommages dans différents pays, "la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'Etat contractant du lieu d'établissement de l'éditeur [en cause], 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 ses droits], compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'Etat de la juridiction saisie".

Certains ont, dès lors, songé à compléter cette jurisprudence par la règle selon laquelle les juges doivent appliquer la loi du for, c'est à dire la loi du pays d'émission lorsqu'ils sont saisis de demandes tendant à la réparation de l'intégralité du préjudice et les lois des pays de réception lorsqu'il leur est demandé de réparer un préjudice localisé.

Cette solution est séduisante car elle est simple et elle évite que les juridictions n'aient à appliquer des lois étrangères, ce qui entraîne toujours un surcoût pour les justiciables qui doivent multiplier les consultations juridiques et ce qui se traduit bien souvent par des erreurs d'interprétation dans les jugements rendus, par défaut de familiarité avec les textes en cause.

Toutefois, une règle de conflit de lois inspirée de la jurisprudence *Fiona Shevill* aurait l'inconvénient majeur de conférer une portée mondiale à la loi du pays d'émission, ce qui n'apparaît pas souhaitable. Par exemple, si un exploitant situé en Allemagne offre des contenus qui sont consultés en France et en Grande-Bretagne, c'est la loi française qui serait alors applicable pour réparer le préjudice subi en France. Mais pour obtenir une réparation au titre du préjudice subi en France et en Grande-Bretagne à la fois, il faudrait appliquer la loi allemande. Une telle règle de conflit de lois aurait ainsi le grave inconvénient de donner une certaine efficacité à la délocalisation de l'émetteur dans des pays peu protecteurs de la propriété intellectuelle. Ce serait le cas dans l'exemple précité si le pays d'émission est, non plus l'Allemagne, mais le Vanuatu.

2) La commission a rejeté une deuxième solution de compromis tendant à conférer un rôle plus important à la loi du pays d'émission et consistant, selon l'une des propositions suggérées par l'American Law Institute dans le projet déjà cité, à retenir la loi du pays d'émission et non pas des pays de réception lorsque ces pays ont signé l'accord ADPIC et les traités de l'OMPI.

Cette voie n'est pas sans analogie avec celle qui a été empruntée en Europe dans la directive sur les satellites. Elle s'appuie sur l'idée qu'il est possible de s'en remettre à la loi du pays d'émission si les garanties qu'elle offre aux ayants droit sont suffisantes. Elle s'inscrit dans le prolongement des tentatives tendant à harmoniser les législations nationales.

Toutefois, alors que l'on peut déjà fortement s'interroger sur le caractère suffisant de l'harmonisation opérée au niveau communautaire pour permettre cette "interchangeabilité" des lois, ne serait-ce qu'au regard de la diversité des régimes d'exception qu'autorise l'article 5 de la directive sur la société de l'information, il est patent que les efforts de convergence menés et les niveaux de protection atteints au niveau mondial par l'accord ADPIC ou les traités de l'OMPI de 1996 sont très insuffisants pour retenir la proposition susmentionnée.

Même si la commission souhaite vivement que les distorsions entre réglementations nationales, incompatibles avec la circulation des oeuvres sur les réseaux numériques, soient substantiellement réduites grâce aux négociations à venir, il serait déraisonnable d'espérer l'élaboration à brève échéance d'une "*lex mediatica*" qui, comme dans le domaine des transports, offrirait une alternative crédible au mécanismes de conflit de lois.

Dans l'attente, la proposition de l'American Law Institute n'est pas de nature à instaurer un juste équilibre entre la volonté des exploitants de limiter les barrières protectionnistes, incompatibles avec le dynamisme des affaires et la logique communautaire de liberté de prestation, et les craintes des ayants droit que ces mêmes exploitants s'installent dans des pays de moindre protection pour arroser ensuite les différents marchés de la planète.

3) La troisième solution de compromis examinée par la commission et finalement retenue consiste à conserver le principe de l'application des lois des pays de réception et à prendre en compte, à titre de "clause de sauvegarde", le fait que les caractéristiques techniques d'Internet peuvent permettre à ses utilisateurs d'avoir accès à des contenus de façon exceptionnelle sans que l'exploitant l'ait recherché.

Ainsi en matière d'oeuvres écrites, la diffusion reste souvent concentrée sur des zones géographiques données, liées à la langue utilisée. Des articles en néerlandais diffusés par un éditeur hollandais seront ainsi essentiellement destinés aux Pays-Bas. De ce point de vue, le fait que ces articles puissent être aussi techniquement consultés en France ne justifie pas à soi seul d'imposer à l'éditeur de prendre en compte la réglementation française en matière de droit d'auteur.

Toutefois, comme aujourd'hui, compte tenu du phénomène dit de "mondialisation culturelle", la langue est de moins en moins, notamment pour les oeuvres musicales et audiovisuelles, un élément de segmentation des marchés, la commission a estimé que le critère linguistique ne pouvait être retenu comme un critère général pour déterminer la loi applicable. Il serait, en effet, difficile de délimiter la zone de diffusion d'une oeuvre de langue francophone et impossible de le faire pour une oeuvre de langue anglaise.

La commission a néanmoins retenu l'idée qu'au regard de la détermination de la loi applicable, certaines diffusions ne sont pas significatives.

Sans exonérer les exploitants de leurs responsabilités pour les activités en cause, puisque toute contrefaçon génératrice d'un préjudice doit ouvrir droit à réparation, même si elle intervient sur un marché très secondaire, il s'agirait de considérer que si l'exploitation ne dépasse pas, dans un pays donné, un "seuil de sensibilité", les règles auxquelles elle est soumise n'ont pas à être celles

de ce pays mais celles du pays d'exploitation principale.

Ainsi un fournisseur de contenu ne pourrait être poursuivi pour avoir méconnu le droit de citation très restreint d'un pays où l'une des oeuvres qu'il met en ligne a été fortuitement consultée. En revanche, dès qu'un fournisseur de contenu exploite de manière significative un marché donné au regard des caractéristiques du pays en cause, il lui faut assumer les règles d'exploitation qui y ont cours.

Dans le système proposé, il serait dérogé à l'application de la loi du pays de réception, au profit de la loi du pays d'exploitation principale, lorsque le juge constaterait, au cas par cas, que l'atteinte trouve sa source dans une exploitation qui n'est manifestement pas destinée au public dudit pays et que l'accès aux oeuvres et objets protégés ne présente aucun caractère significatif pour ce pays au regard des caractéristiques de ce dernier. Il reviendrait alors au juge de déterminer quel est le pays principal d'exploitation dont la loi doit être, par défaut, appliquée.

Le système n'est pas sans rappeler la méthode utilisée par certains tribunaux américains pour se prononcer, non pas comme il est proposé ici, sur la loi applicable au litige dont ils étaient saisis, mais sur leur compétence. La doctrine a qualifié cette jurisprudence de "continuum Zippo" du nom du fabricant de briquets bien connus au sujet duquel le tribunal du district de Pennsylvanie avait rendu un arrêt en 1997.

4) En complément de la solution de compromis qui vient d'être exposée, la commission a retenu un premier correctif, classique en droit international (cf. convention de la Haye sur les accidents de la circulation), consistant à ne pas appliquer la loi désignée par une règle de conflit lorsqu'elle comporte des dispositions imprévisibles pour un opérateur raisonnable. Dans une telle hypothèse, il pourrait aussi être fait application de la loi du principal pays d'exploitation.

Il ne peut en effet légitimement être reproché à un exploitant d'ignorer une législation très exorbitante, comme celle d'un petit pays qui récuserait le principe de toute exception au droit exclusif ou allongerait la durée de protection bien au-delà des délais habituellement prévus. Il va de soi que cette remarque ne vaut toutefois pas pour la législation française qui, même si elle assure aux titulaires, sur bien des points, un niveau de protection supérieur à la moyenne, ne peut être méconnue d'un opérateur raisonnable.

Par ailleurs, il serait souhaitable de laisser aux parties la possibilité de s'accorder *a posteriori* sur une loi applicable à l'ensemble du litige. Cet accord pourrait intervenir en justice, par exemple dans le cadre d'un échange exprès d'écritures sur ce point entre les parties

Il n'apparaît, en revanche, pas opportun de laisser au juge le soin de déterminer la loi qui offre la meilleure protection ou de permettre à la victime, comme l'ont suggéré certains membres de la commission, de choisir, dans la ligne de ce qui est prévu à l'article 7 de la proposition de règlement Rome II en matière d'environnement, le droit applicable qui lui est le plus favorable, entre la loi du pays de protection et une autre loi, comme celle du principal pays d'exploitation

De telles solutions qui s'inscrivent dans la doctrine de "*proper law*" issue de la tradition de

common law, offrent certes une certaine souplesse. Elles sont, toutefois, difficiles à mettre en oeuvre dans la mesure où il est délicat, en pratique, de comparer les niveaux de protection offerts par les différentes législations. Surtout, elles n'assurent pas suffisamment la prévisibilité de la règle de droit et sont, de ce point de vue, contraires à notre tradition, qui tend à privilégier des critères abstraits et objectifs.

Enfin, la commission a précisé que la transmission sur les réseaux numériques et les opérations qui lui sont associées, comme la reproduction d'une oeuvre dans une base de données d'un site ou dans l'ordinateur de l'utilisateur final, ne doivent pas être regardées comme un tout indivisible auquel une seule loi serait applicable mais doivent être dissociées afin qu'à chaque étape, une localisation, le cas échéant distincte, puisse être affectée aux différents actes d'exploitation accomplis, conformément à la théorie des délits complexes.

C - La proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (dit Rome II)

1) Il a déjà été fait référence plus haut (II-C) au projet dit Rome II qui prévoit, en son article 8, 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.

Comme il a été alors indiqué, le premier paragraphe de l'article 8 reprend, tout en la clarifiant pour partie, la règle inscrite dans la convention de Berne, l'exposé des motifs indiquant qu'elle " permet à chaque pays d'appliquer sa propre loi aux atteintes à un droit de propriété intellectuelle en vigueur sur son territoire " et que " cette solution consacre l'indépendance des droits dont jouit le titulaire dans chaque pays ".

Toutefois, force est de constater que, dans la rédaction qu'a proposée la Commission européenne, l'article 8 ne précise pas expressément qu'en matière de diffusion transfrontalière, la loi du pays de protection est celle des pays de réception, comme le souhaite la commission pour tous les pays où l'exploitation est significative.

En l'absence de disposition expresse ou de précisions apportées sur ce point dans les considérants, il y a un risque non négligeable que les juridictions nationales adoptent des solutions divergentes en la matière ou que la CJCE, si elle était appelée à trancher la question, ait une interprétation incompatible avec la règle de conflit proposée par la commission.

L'incertitude est accrue par le fait que, bien que l'exposé des motifs indique que l'article 3 " couvre toutes les obligations pour lesquelles les articles suivants n'édicte pas une règle spéciale ", on ne peut exclure que les juridictions fassent une lecture combinée des dispositions des articles 3 et 8.

Or, si le premier paragraphe de l'article 3 de la proposition de règlement va plutôt dans le sens de l'application des lois des pays de réception puisqu'il prévoit qu'en règle générale, la loi applicable à l'obligation non contractuelle est celle où le dommage survient ou menace de survenir, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit, il n'en va pas de même de la dérogation prévue au troisième paragraphe de cet article qui dispose que, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation non contractuelle présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays s'applique.

2) Il apparaît indispensable de lever ces ambiguïtés. Plusieurs voies sont envisageables,

depuis une réserve d'interprétation formulée par le gouvernement français jusqu'à la modification de l'article 8, en passant par l'élaboration d'un considérant précisant l'interprétation qu'il convient de lui donner. S'il était possible de modifier l'article 8, ce qui serait la meilleure solution, deux paragraphes pourraient utilement être insérés entre les deux paragraphes actuels, en application de la solution de compromis préconisée au B ci-dessus.

Le premier paragraphe viserait à préciser la définition du pays pour lequel la protection est réclamée dans le cadre des exploitations par un procédé de communications électroniques, autre que la radiodiffusion par satellite, c'est à dire principalement sur les réseaux numériques. Il désignerait clairement alors la loi du pays de réception.

Le second paragraphe introduirait une exception pour tenir compte du fait que même si internet est théoriquement accessible dans tous les pays, certains d'entre eux ne sont pas véritablement concernés par une exploitation précise et qu'il y a donc lieu, dans ce cas d'écarter la loi du pays de réception. Deux critères cumulatifs seraient dégagés : la destination manifeste et le caractère non-significatif de l'accès aux oeuvres. C'est à l'exploitant qu'il incomberait de prouver que ces deux critères sont remplis.

Après le premier paragraphe de l'article 8 du règlement Rome II pourraient être insérés deux paragraphes ainsi rédigés :

“ Dans le cas d'une exploitation par un procédé de communications électroniques autre que la radiodiffusion par satellite, le pays pour lequel la protection est revendiquée est celui dans lequel les oeuvres et les “ objets protégés ” sont accessibles au public.

“ Toutefois, si l'exploitant établit qu'une atteinte trouve sa source dans une exploitation qui n'est manifestement pas destinée au public du pays visé au paragraphe précédent, et que l'accès, dans ce pays, aux oeuvres ou objets protégés ne présente aucun caractère significatif au regard des caractéristiques de ce dernier, la loi applicable à cette atteinte est celle du pays où se situe l'exploitation principale ”.

Si, dans sa lettre ou dans son esprit, la règle de conflit de lois ainsi proposée s'avérait impossible à inscrire dans le règlement Rome II, il vaudrait mieux s'en tenir à l'approche qui avait été discutée dans le cadre des travaux préparatoires à la proposition de règlement, à savoir l'exclusion totale de la propriété littéraire et artistique du champ d'application du règlement, via une disposition expresse à l'article 1er du règlement.

3) Il serait nécessaire, en tout état de cause, de supprimer l'exception prévue à l'article 10.1 du projet de règlement Rome II concernant “ les obligations non-contractuelles régies par l'article 8 ”. Un accord entre les parties sur la loi applicable aux obligations non contractuelles en matière de propriété intellectuelle doit, en effet, pouvoir intervenir postérieurement à la naissance d'un différend.

Enfin, il conviendrait de faire une place dans le règlement Rome II à la réserve selon laquelle la loi désignée par une règle de conflit doit être écartée lorsqu'elle comporte des dispositions imprévisibles pour un opérateur raisonnable. Ce correctif a, toutefois, une portée plus large que la propriété littéraire et artistique ; aussi la commission n'a-t-elle pas estimé nécessaire de faire une proposition de rédaction sur ce point.

V - Sur la compétence juridictionnelle et l'exécution des jugements étrangers

Parallèlement à la détermination de règles générales qui permettent de définir la loi applicable dans les litiges à caractère international, l'autre grande question qui doit être résolue est

celle de savoir quelle juridiction doit être saisie et comment faire pour que la décision qu'elle rendra puisse être exécutée dans les pays tiers.

On se rappelle que cette problématique a été récemment illustrée dans la célèbre affaire Yahoo à laquelle a donné lieu la plainte déposée par la LICRA, contre ce site basé aux Etats-Unis mais accessible en France, accusé de vendre aux enchères des objets de collection nazis en violation de l'article R. 645-2 du nouveau code pénal.

Les requérants avaient obtenu du tribunal de grande instance de Paris qu'il se reconnaisse compétent et ordonne à Yahoo de filtrer l'accès aux objets nazis pour les internautes français. Toutefois, un tribunal fédéral de Californie avait déclaré, à la demande de Yahoo, que cette décision n'était pas exécutoire aux Etats-Unis en estimant que son exécution était contraire au premier amendement de la Constitution des Etats-Unis relatif à la liberté d'expression.

Même si ce précédent ne concerne pas le droit de la propriété littéraire et artistique et si, les contentieux qui nous intéressent ici, à savoir les actions relatives au respect du droit d'auteur et des droits voisins, n'ont, bien que certains prétendent le contraire, rien à voir avec la liberté d'expression, il montre que les enjeux de la question ici posée sont très importants. Les réponses qui seront apportées conditionneront, en effet, l'accessibilité des victimes aux prétoires et l'effectivité des décisions rendues sur leurs plaintes.

Certes le débat qu'a pu susciter le projet de convention de la Haye (A) sur les questions de compétence juridictionnelle (B) et d'exécution des jugements étrangers (C) n'est pas propre à la propriété intellectuelle et dépasse ainsi largement la compétence de la commission. Toutefois, ce débat trouve un écho particulier en matière de droit d'auteur et de droits voisins dès lors que les oeuvres et les "objets protégés" ont, par nature, un caractère international. Il importe donc de rechercher les solutions les mieux adaptées.

A - Le projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale

1) Depuis 1958 existe une convention internationale relative à l'arbitrage, qui a été élaborée dans le cadre de la commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international et à laquelle ont adhéré plus de cent Etats. Elle pose des règles relatives à la validité et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.

S'agissant des décisions juridictionnelles, il n'y a toutefois pas d'équivalent. En 1971 une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers avait été négociée mais elle n'est pas entrée en vigueur faute d'avoir été ratifiée par un nombre suffisant d'Etats. Il en va de même d'une convention de 1965 sur l'élection de for.

Il n'y a qu'au niveau européen qu'existe un accord dans cette matière. Il s'agit de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, déjà évoquée, qui a été initialement signée par les six Etats fondateurs de la CEE pour être, ensuite, étendue aux pays de l'AELE par la convention de Lugano de 1988, avant d'être "communautarisée" sous forme de règlement depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam.

On sait qu'en application de l'arrêt Fiona Shevill précité de la CJCE, toute victime d'une contrefaçon intervenue dans plusieurs pays peut saisir soit la juridiction du pays d'établissement de la personne responsable du dommage pour réparer le préjudice mondial, soit les juridictions des

pays de diffusion, pour réparer chacun des préjudices locaux.

2) En 1992, les Etats-Unis ont manifesté leur souhait que soit préparée une convention sur l'exécution des jugements étrangers qui soit le pendant au niveau mondial de ce texte. Un volet "compétence" a été ajouté durant les négociations sur l'insistance des Européens. Ceux-ci souhaitent, en effet, limiter les conceptions étendues qu'ont, en la matière, les tribunaux américains, dont les chefs de compétence sont généralement flous et ne s'avèrent limités, bien souvent, que par la règle du "*forum non conveniens*" aux termes de laquelle la compétence du premier tribunal saisi s'efface si un autre tribunal justifie d'une compétence plus pertinente.

Les travaux, qui sont menés par la conférence de la Haye de droit international privé, n'ont toutefois pas encore abouti. La difficulté de recueillir un consensus sur les questions abordées s'explique par la confrontation directe qu'elles entraînent entre les systèmes de droit civil et de *common law* et par le fait que chaque Etat les considère comme relevant de sa souveraineté, beaucoup n'hésitant pas à les utiliser pour protéger leurs opérateurs nationaux.

3) Les thèmes relatifs à la propriété intellectuelle ont été parmi les plus débattus, notamment à cause des brevets, pour lesquels aucune solution de compromis n'a pu être trouvée entre ceux qui souhaitaient que le tribunal compétent soit celui du pays d'enregistrement du brevet et ceux qui voulaient que ce soit celui du pays où l'infraction a été commise.

La commission estime qu'il serait très dommageable que la propriété littéraire et artistique connaisse le même sort que les brevets, c'est à dire soit exclue du champ d'application de la convention. L'existence de règles communes, même limitées dans leur ambition, est en effet indispensable pour assurer un minimum de sécurité juridique.

La commission insiste donc pour que le domaine du droit d'auteur et des droits voisins soit couvert par la convention actuellement négociée par la conférence de droit international privé de La Haye, y compris pour ce qui concerne la diffusion des oeuvres en ligne.

B - Les règles de compétence juridictionnelle

1) Dans sa dernière rédaction, remontant au mois de mars 2003, le projet de convention de la Haye a finalement vu sa portée restreinte aux clauses d'élection de for.

L'article 4.1 du projet prévoit que " si les parties sont convenues par un accord d'élection de for exclusif qu'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant seront compétents pour connaître de tout litige né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat contractant sont compétents, sauf si le tribunal estime que l'accord est [caduc/nul], inopérant ou non susceptible d'être appliqué ".

La commission a manifesté de vives réserves à l'égard d'un tel principe qui, laissant au juge une liberté absolue, n'est pas compatible avec le besoin de sécurité juridique des parties au contrat.

L'article 1.2 du projet, prévoit pour sa part que ces dispositions ne s'appliquent pas aux accords entre une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre consommateurs.

Ce champ d'application n'est pas sans rappeler le principe de droit français, inscrit à l'article 48 du nouveau code de procédure civile, selon lequel " toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle

n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contractés en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ”.

Il présente toutefois l'inconvénient de ne pas dire clairement si l'article 4. 1 est applicable ou non aux contrats conclus entre les titulaires de droit et les exploitants.

Certains membres de la commission soutiennent ainsi qu'un grand nombre de titulaires de droits ne peuvent être regardés comme des professionnels et ne sont donc pas concernés. Pour la majorité de la commission, les contrats susmentionnés entrent toutefois dans le champ d'application de la convention ou le devraient.

Dans cette hypothèse, il est relevé que les titulaires de droit sont fréquemment des personnes physiques qui se trouvent dans une situation de faiblesse par rapport à leurs cocontractants.

Alors que la détermination a priori de la juridiction compétente n'a pas la même importance que la détermination de la loi applicable en terme de sécurité juridique pour l'exploitant, il apparaît donc nécessaire aux représentants des auteurs et des artistes-interprètes de protéger ces derniers des clauses d'élection de for qui pourraient les obliger à plaider loin de chez eux, avec toutes les conséquences qui en résultent en terme de complexité et de frais.

Selon cette thèse, il conviendrait ainsi d'indiquer dans le projet de convention, que les clauses d'élection de for prévues par les contrats unissant des auteurs ou des artistes-interprètes, personnes physiques, avec des exploitants sont entachées d'une nullité relative de protection.

Cette solution de principe a, toutefois, suscité par son caractère radical des réserves importantes d'autres membres de la commission. Ceux-ci admettent que les titulaires de droit non professionnels ne puissent se voir opposer de clauses d'élection de for, mais ils soutiennent que pour ceux qui sont susceptibles d'être regardés comme des professionnels, le principe d'autonomie des parties au contrat doit prévaloir, sous les seules réserves qui ont déjà été évoquées à propos de la loi du contrat, comme la fraude à la loi ou les lois de police, comme en France celles qui ont trait aux contrats de travail.

Pour tenter de dégager un consensus, une solution de compromis a été examinée. Elle consistait à ne regarder comme valides les clauses d'élection de for que si elles désignent les juridictions du pays dont la loi est expressément choisie par les parties à titre de loi contractuelle sous réserve, en outre, que le titulaire de droit n'établisse pas s'être trouvé, lors de la négociation du contrat, dans un rapport de force manifestement déséquilibré.

La commission n'a toutefois pas réussi à se mettre d'accord à l'unanimité sur une telle solution et la majorité des membres s'est déterminée en faveur de la solution de principe évoquée ci-dessus.

2) Au-delà des clauses d'élection de for qui auraient été expressément stipulées dans les contrats, il convient de s'interroger plus généralement sur la question de la compétence juridictionnelle, en vue d'une future convention sur ce thème.

Certes la règle issue de la jurisprudence *Fiona Shevill* a, à cet égard, quelques mérites. Dans de nombreux litiges, le pays où la plus grande partie du dommage survient reste le pays où réside l'ayant droit si bien que cette règle permet à ce dernier de saisir un tribunal qu'il connaît. S'il se trouve, comme ce sera il est vrai de plus en plus le cas avec internet, que le préjudice est disséminé, la règle a le mérite de limiter le nombre de procédures pour peu que la victime soit prête à saisir le tribunal du pays d'établissement de la personne responsable du dommage.

Toutefois, la règle, étendue au niveau mondial, aurait le grave inconvénient de faire jouer un rôle prépondérant aux juridictions du pays d'établissement du contrefacteur qui est, ainsi, incité à se réfugier dans des paradis numériques.

Le Conseil d'Etat dans son rapport de 1998 sur " Internet et les réseaux numériques " avait proposé, pour pallier cette difficulté et éviter les coûts de procédure importants qui sont liés aux procédures conduites à l'étranger (honoraires d'avocats, frais de justice), que les titulaires de droits puissent saisir un tribunal autre que celui du seul pays d'émission pour réparer l'intégralité du préjudice subi au plan mondial.

D'après le Conseil d'Etat, ce tribunal devrait être celui qui présente le lien le plus étroit avec le préjudice. Il serait présumé être celui dans lequel la victime a sa résidence habituelle ou son principal établissement, s'il s'agit d'une personne morale. Cette présomption s'effacerait si les circonstances particulières de l'affaire ou le choix des parties désignaient un autre tribunal comme étant celui qui présente le lien le plus étroit avec le préjudice, par exemple si l'essentiel du préjudice est subi dans un seul pays.

La commission, s'inspirant de la solution préconisée par le Conseil d'Etat, souhaite que la victime puisse s'adresser, indépendamment du tribunal du lieu d'établissement du responsable du dommage, aux juridictions de son propre pays de résidence pour réparer l'intégralité du préjudice qu'elle a subi, sauf si l'essentiel du préjudice est subi dans un seul pays auquel cas les juridictions de ce pays seraient compétentes. Elle souligne, par ailleurs que la victime doit pouvoir se mettre d'accord avec la partie adverse pour choisir la juridiction compétente si ce choix convient mieux à chacun.

En outre, il serait souhaitable, pour limiter les difficultés liées à l'exécution des jugements étrangers, que la victime puisse choisir de saisir, en plus des juridictions du pays où le défendeur a son lieu d'établissement, celle des pays où ce dernier a ses avoirs.

C - La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers

1) C'est probablement en matière d'exécution des jugements étrangers que les avancées les plus sensibles sont attendues car c'est des mesures qui seront prises en ce domaine que dépendra l'unification de l'espace judiciaire international.

Au niveau communautaire, de nombreuses initiatives ont été entreprises. Le Conseil a, ainsi, dès 2001, adopté un programme de mesures sur la mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, dans le but de favoriser la coopération judiciaire entre Etats-membres et d'assurer la libre circulation des décisions juridictionnelles.

Même si la portée de ce programme dépasse évidemment la propriété intellectuelle, la méthode mise en oeuvre est transposable et peut constituer un cadre méthodologique utile pour les négociations au plan international. Elle comporte trois temps : identifier, d'abord, les domaines dans lesquels des progrès doivent être réalisés, déterminer, ensuite, la nature, les modalités et la portée des progrès possibles, fixer, enfin, les étapes des progrès à réaliser.

2) Dans le projet de convention de la Haye, un progrès notable a déjà été envisagé sous la forme d'un mécanisme de reconnaissance automatique, sauf exceptions, des jugements rendus en application d'une clause d'élection de for prévue par la convention.

Il conviendrait que ce mécanisme soit étendu et que la liste limitative des exceptions qu'il

prévoit soit adaptée pour le droits d'auteur et les droits voisins, afin d'éviter les risques de "*forum shopping*". En cette matière, une seule exception devrait être admise, permettant aux Etats signataires de refuser de reconnaître et d'exécuter une décision étrangère, manifestement incompatible avec leurs principes de protection de la propriété littéraire et artistique.

Par ailleurs il serait intéressant d'alléger encore la procédure de reconnaissance en faisant en sorte que tout jugement étranger puisse être immédiatement exécuté sitôt que la juridiction qui l'a rendu a confirmé qu'il avait un caractère exécutoire, la partie adverse conservant simplement la faculté de contester, dans un second temps et sans effet suspensif, cette exécution, selon le système dit de l'inversion du contentieux. Un tel système est tout particulièrement nécessaire en matière de mesures provisoires et conservatoires.

3) Enfin, une attention toute spéciale doit être accordée aux condamnations en nature dont le prononcé, à côté des condamnations en argent, s'avère nécessaire pour réparer complètement les dommages ou prévenir le renouvellement des infractions. Il peut s'agir des fermetures de sites, du filtrage de leurs accès, de l'interdiction de diffuser une oeuvre donnée, de saisies de matériel, ou de l'information donnée aux utilisateurs des jugements prononcés ou des procédures en cours à l'encontre de chaque site.

L'exécution de telles mesures, qui sont essentielles dans l'environnement en ligne où les risques de dissémination des oeuvres contrefaites sont bien plus importants que dans le monde physique, doit être autorisée par la convention.

*
* *

Dans son rapport du 4 décembre 2000, le Conseil des ADPIC, mis en place par l'OMC pour réfléchir sur les aspects de droits de propriété intellectuelle liés au commerce, écrivait que ce conseil " s'en tient à l'opinion exprimée dans le précédent rapport au Conseil général, à savoir que les questions touchant à la propriété intellectuelle qui se posent en rapport avec le commerce électronique sont tellement nouvelles et complexes que la communauté internationale doit les examiner plus avant pour mieux comprendre ce qui est en jeu ".

La commission ne peut que reprendre à son compte un tel constat et souligner que les préconisations qu'elle a formulées pourraient être affinées, complétées, voire modifiées à l'avenir. Elle espère néanmoins que le travail qu'elle a mené aura permis de sensibiliser les acteurs économiques et les pouvoirs publics sur les questions de conflit de lois et de conflit de juridictions qui, même si elles sont arides, n'en demeurent pas moins essentielles, tout particulièrement en matière de droits d'auteur et de droits voisins.

Indépendamment des positions qui seront défendues par les autorités françaises dans les négociations internationales en cours et à venir, il importe que la voix de la France continue de se faire entendre partout où il y a des discussions informelles sur ces questions, comme c'est le cas aux Etats-Unis, sous l'égide de l'influent American Law Institute.

Enfin, il serait souhaitable que le Conseil continue à suivre les développements relatifs à ces questions et notamment aux deux thèmes complémentaires que sont la recherche des règles communes de conflit de lois et de juridictions, d'une part, et l'harmonisation du droit matériel et

processuel en matière de propriété intellectuelle, d'autre part. Les avancées obtenues dans un domaine faciliteront, en effet, les progrès dans l'autre.

Annexe 1 - Lettre de mission

LETTRE DE MISSION DU 13 SEPTEMBRE 2002

Le président

Monsieur le professeur,

Les œuvres protégées par le droit d'auteur et les prestations ou fixations protégées par un droit voisin ont vocation à être diffusées au delà des frontières pour être exploitées à l'étranger et atteindre le public international.

L'émergence des réseaux numériques à commencer par le réseau Internet, et le particularisme des nouveaux modes de communication, essentiellement transnationaux, marqué par le fractionnement du processus de diffusion, renouvellent le débat ancien portant sur la coexistence entre, d'une part, le principe de territorialité du droit d'auteur et des droits voisins et d'autre part, la diffusion internationale des œuvres.

Dans le contexte juridique où les systèmes juridiques nationaux et le droit conventionnel manquent de clarté, l'ubiquité des œuvres et des prestations exploitées au travers des réseaux numériques rend possible l'application cumulative de diverses lois nationales et les réponses données aux litiges qui en résultent, varient d'un système juridique à un autre. La détermination de la loi applicable devient d'autant plus importante que les différentes législations nationales n'offrent pas un niveau de protection équivalent aux auteurs et aux titulaires de droits voisins et que les critères de rattachement retenus rejaillissent sur la définition de la compétence juridictionnelle.

Après avoir rappelé, sous la forme d'un document de synthèse, l'état de la réglementation et de la jurisprudence applicables au plan national et international, ainsi que l'incidence du développement des réseaux numériques sur les conflits de lois et les conflits de juridiction, la commission que vous avez acceptée de présider étudiera les différentes options permettant de clarifier et simplifier le traitement desdits conflits, tout en garantissant les intérêts des auteurs et titulaires de droits voisins.

Vous vous attacherez ainsi, en premier lieu, à étudier les difficultés que pose la détermination de la loi applicable au contrat, en vous appuyant sur le principe de la loi d'autonomie figurant à l'article 3 de la convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Vous examinerez particulièrement à cet effet les aspects concrets de mise en œuvre des principes posés par cet instrument : conséquences de l'application des critères de rattachement à défaut de désignation de la loi applicable dans le contrat ; effets du choix de la loi d'autonomie au regard de la loi régissant le fond, la forme de la protection et la durée des droits ; avantages et risques d'une éventuelle extension des règles posées par la convention de Rome au plan international.

En deuxième lieu, vous examinerez les difficultés que pose en matière de diffusion sur les réseaux numériques, la localisation du fait dommageable. Vous détaillerez les raisons pour lesquelles le

principe actuel de la territorialité des droits pourrait être remis en cause ainsi que les avantages et inconvénients que présenterait la désignation de la loi du pays d'émission ou du pays de réception, en tenant compte des caractéristiques techniques et économiques des réseaux numériques, du niveau de protection des droits prévus dans principaux pays concernés et, enfin, des initiatives prises par les intéressés quant à la gestion des droits.

Vous vous intéresserez également à la question classique de la loi applicable aux règles substantielles régissant la protection des auteurs et des titulaires de droits voisins, en particulier, au regard du critère du pays d'origine au sens de la convention de Berne.

Enfin, vous vous intéresserez à identifier les cas dans lesquels la question des conflits de lois peut avoir un lien avec celle de la détermination de la juridiction compétente et de l'exécution des jugements à l'étranger du point de vue du droit de la propriété littéraire et artistique ainsi que les difficultés qui sont susceptibles de se poser. Vous rechercherez les améliorations qu'il conviendrait d'apporter au droit interne et au droit conventionnel en particulier afin d'éviter l'émiettement des procédures et de renforcer l'exécution des décisions judiciaires et permettre aux victimes de la contrefaçon d'obtenir une réparation effective et rapide du préjudice subi par les créateurs.

Les travaux de votre commission constituent un aspect important de la mise en œuvre de la mission de veille et d'observatoire de l'exercice et du respect des droits d'auteur et droits voisins, confiée au Conseil supérieur. Compte tenu des réflexions et négociations menées aux plans communautaire et international, ces travaux devront permettre d'éclairer les pouvoirs publics pour la détermination des positions à prendre.

Vous serez assisté dans votre travail par Frédéric Aladjidi, auditeur au Conseil d'Etat, qui assurera les fonctions de rapporteur. Vous pourrez de plus, si vous l'estimez utile, faire appel à des experts afin de faciliter les travaux de la commission. Enfin, les méthodes de travail et le calendrier que vous arrêterez pourront, en raison de l'ampleur du sujet, accorder la priorité à certains sujets.

Je souhaiterais que votre rapport et les projets d'avis qui lui seront joints, soient soumis à l'examen du Conseil supérieur dans les meilleurs délais possibles, au cours du premier semestre 2003. Toutefois, il me paraîtrait souhaitable qu'un rapport d'étape soit présenté lors de la session plénière du Conseil supérieur du 5 décembre 2002.

En vous remerciant par avance, je vous prie de croire, Monsieur le professeur, à l'expression de mes salutations distinguées.

Le

président

M. Lucas, Professeur des universités

Annexe 2 - Composition de la commission et personnes entendues

Président: André LUCAS, professeur des universités

Rapporteur : Frédéric ALADJIDI, maître des requêtes au Conseil d'Etat

Membres titulaires : Catherine ALMERAS, SFA
Josée-Anne BENAZERAF, avocat
Xavier BLANC, SPEDIDAM
Olivier CARMET, SACD
Thierry DESURMONT, SACEM
Charles-Henri DUBAIL, FNPIS
Laurent DUVILLIER, SCAM
Joëlle FRENDICH, Ass. pour le commerce et les services en ligne
Pascaline GINESTE, Canal +
Marc GUEZ, SCPP
Patrick LANTZ, SPMI
Alexandra LEKKAKOS, Ministère de la justice
Marie-Françoise MARAIS, Cour de cassation (1ère chambre civile)
Hélène de MONTLUC, Ministère de la culture et de la communication
Emmanuel de RENGERVE, SNAC
Jérôme ROGER, UPPFI
Hervé RONY, SNEP
Laurent TARDIF, SNAM

Membres suppléants: Valérie BARTHEZ, ADAGP
Anne-Marie CHARBONNIER, SACEM
Delphine CHASSAT, SACD
Karine COLIN, SPPF
Frédéric GOLDSMITH, SNEP
Guilem QERZOLA, SPEDIDAM
Marie-Christine LECLER-SENOVA, SCAM
Laurence MARCOS, SCPP
Christine N'GUYEN DUC LONG, Canal +
Jean VINCENT, ADAMI

Personnes entendues : Tristan AZZI, Professeur des universités
Jean-Sylvestre BERGE, professeur des universités
Catherine KESSEDJIAN, professeur des universités
Henri-Jacques LUCAS, professeur des universités
François WALLON, expert près la cour d'appel de Paris