

# Services en ligne et violations du droit d'auteur: l'union incertaine de la territorialité et du réseau mondial

Vincent Salvadé

Dr en droit, chef du Service juridique de Suisa, Lausanne

## I. Introduction

En droit d'auteur, l'impact des nouvelles techniques de communication fait depuis longtemps l'objet d'un débat nourri. Ce sont tout d'abord des questions de pur droit matériel qui ont été abordées: quelle base juridique l'auteur peut-il invoquer pour contrôler les utilisations de son œuvre sur Internet<sup>1</sup>? Si la réponse n'allait pas de soi il y a quelques années, on s'accorde aujourd'hui sur le fait que le «réseau des réseaux» n'est pas une zone hors la loi, sur laquelle le droit d'auteur n'aurait pas d'emprise. En revanche, les questions touchant à la responsabilité des divers intervenants (fournisseurs de contenu, de service ou d'accès, ainsi qu'exploitants de réseaux) font encore l'objet d'appréciations divergentes<sup>2</sup>.

Ces problèmes de droit matériel côtoient ceux qui sont liés à la procédure au sens large du terme, en particulier au droit international privé. C'est peut-être dans ce dernier domaine que les bouleversements sont les plus importants. Selon l'adage, Internet ne connaît pas les frontières, alors que le droit est national. Cette autonomie est en partie à la base d'une réflexion qui privilégie les nouveaux modes

d'arbitrage, telle la résolution en ligne des différends<sup>3</sup>. Quel que soit son mérite, cette approche ne doit pas conduire à une «démission» de la justice étatique au profit de la justice «privée». Il faut donc se préoccuper des questions de compétence juridictionnelle et de droit applicable.

A cet égard, le but de la présente étude n'est pas de prôner des solutions *de lege ferenda*. D'autres que nous l'ont fait, avec infiniment plus de talent<sup>4</sup>. Plus modestement, nous examinerons les règles existantes en essayant de répondre à une question: sont-elles réellement inadaptées à l'environnement numérique? En particulier, favorisent-elles les «relocalisations» artificielles, c'est-à-dire les «manœuvres» permettant à l'utilisateur d'œuvres de bénéficier du tribunal ou de la loi qui lui sont les plus favorables («forum shopping», «tourisme de lois»)?

## II. Notions générales

### 1. Les utilisations et les droits mis en jeu par les services en ligne

Grâce à Internet, on utilise des œuvres protégées de différentes façons: on les numérise dans une banque de données cen-

**Zusammenfassung:**  
*Der weltweite Charakter eines digitalen Netzes wie das Internet wirft Fragen des Internationalen Privatrechts auf, insbesondere wenn es sich um Verletzungen des Urheberrechts handelt, das vom Prinzip der Territorialität beherrscht wird.*

*Der vorliegende Artikel behandelt die bestehenden Regelungen und versucht auf eine Frage Antwort zu geben: Passen sie in die digitale Welt? Hinsichtlich des Gerichtsstandes und des anwendbaren Rechts können diese Regelungen dahingehend interpretiert werden, dass sie das Risiko des Auswählens des günstigsten Rechts und des «forum shopping» vermindern. Dagegen besteht ein Problem der Voraussetzbarkeit, insofern als eine Vielzahl von Rechtsordnungen und Gerichten die Aktivität der Inhaltslieferanten (content provider) regelt. Aber dieses Problem gehört eigentlich nicht in den Bereich des Internationalen Privatrechts, sondern sollte durch eine möglichst weitgehende Harmonisierung des materiellen Rechts gelöst werden.*

1 Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, du 20 décembre 1996, répond à cette question, du moins partiellement, en consacrant un droit de communication au public (article 8).

2 Si l'Union européenne et les Etats-Unis ont expressément légiféré sur la question (la première par la «Directive européenne relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur», les seconds par le «Digital Millennium Copyright Act»), le droit suisse ne connaît aucune règle spéciale; en d'autres termes, le régime ordinaire de responsabilité civile s'applique.

3 Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI connaît la possibilité d'un règlement en ligne des différends, en particulier s'agissant des litiges relatifs aux noms de domaine: <http://arbitrator.wipo.int/domains/filing/index-fr.html>.

4 Voir par exemple: F. DESSEMONTET, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, in RSJ 1996, p. 285 ss; J. C. GINSBURG, Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques, étude préparée pour un groupe de consultants de l'OMPI le 30 novembre 1998, disponible sur <http://www.wipo.int/fre/meetings/1998/gcpic>.

**Résumé:** *Le caractère mondial d'un réseau numérique tel Internet suscite des interrogations en droit international privé. Particulièrement s'agissant des infractions au droit d'auteur, matière dominée par le principe de la territorialité.*

*Le présent article examine les règles existantes et tente de répondre à une question: sont-elles adaptées à l'univers numérique? S'agissant de la compétence juridictionnelle et du droit applicable, on peut interpréter ces règles de manière à restreindre le risque de «tourisme de lois» et de «forum shopping». Il existe cependant un problème de prévisibilité, dans la mesure où une multitude de lois et de tribunaux gouverne l'activité des fournisseurs de contenu; ce problème n'est toutefois pas du ressort du droit international privé et doit être résolu en uniformisant le plus possible le droit matériel.*

trale («uploading»), on les transmet en ligne, de point à point, enfin on les télécharge sur un CD vierge, sur un disque dur ou encore sur les microplaquettes d'un baladeur numérique<sup>5</sup>. Essentiellement, deux droits patrimoniaux de l'auteur sont donc concernés: le droit de reproduction<sup>6</sup> et le droit de communication au public<sup>7</sup>. Ce dernier, en Suisse, est fréquemment considéré comme découlant de l'article 10 al. 2 litt. c LDA s'agissant des communications de point à point<sup>8</sup>. A l'instar de la doctrine américaine, on pourrait cependant se demander si la transmission d'une œuvre sur Internet ne met pas en jeu le droit de distribution, consacré dans notre pays par l'article 10 al. 2 litt. b LDA<sup>9</sup>. Pour notre part, nous rejetons cette théorie, étant donné que la norme précitée vise les exemplaires de l'œuvre, et non les copies immatérielles. Signalons aussi que certains voient dans la communication via Internet un acte couvert par le droit d'émission au sens de l'art. 10 al. 2 litt. d LDA<sup>10</sup>. Nous nous permettons d'en douter, du moins pour les communications de point à point: transmettre une œuvre simultanément à une multitude de personnes ou la transmettre individuellement, sur demande et au moment choisi par l'appelant, nous paraissent être des actes trop différents pour tomber sous le coup du même droit.

Nonobstant la qualification du droit mis en jeu «en amont», le téléchargement à des fins privées pourrait parfois être couvert par l'exception de l'art. 19 LDA, en particulier lorsque le consommateur agit chez lui au moyen de ses propres installations techniques. Il est clair cependant que la mise en mémoire dans une banque de données centrale accessible au public, et la transmission de point à point sur demande des utilisateurs, ne sont pas des actes couverts par l'exception d'usage privé. La question ne se pose que pour la reproduction finale. Dans une certaine mesure, les intérêts de l'auteur sont donc tout de même sauvegardés.

Quel que soit l'intérêt de ces questions, nous ne nous y attarderons pas. Pour la suite de notre étude, il importe cependant de constater que les deux actes caractéristiques de la distribution en ligne - la reproduction et la transmission - ont des degrés différents d'extranéité: il sera normalement facile de localiser la première, alors que la seconde sera souvent une utilisation transfrontalière

## 2. La territorialité

Le principe de la territorialité, dans son acception moderne, est majoritairement conçu comme une règle de droit international privé<sup>11</sup>. Il postule l'application du droit du pays pour lequel la protection est demandée<sup>12</sup>. Ainsi, il a pour conséquence une partition des prétentions à disposi-

5 Voir V. SALVADÉ, Nouvelles technologies et gestion collective: demain c'est aujourd'hui, in *medialex* 2/99, p. 69.

6 Art. 9 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (version de Paris du 24 juillet 1971); art. 10 al. 2 litt. a LDA.

7 Art. 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

8 D. BARRELET/W. EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, Berne 1994, No 22 ad art. 10 LDA; I. CHERPILLOD, Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information: le contenu des droits et leurs limitations, in *Information Highway* (R.-M. HILTY Ed.), Berne 1996, p. 270. C'est la deuxième partie de cette disposition qui s'appliquerait: «...faire voir ou entendre [l'œuvre] en un lieu autre que celui où elle est présentée».

9 Sur cette question, voir F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, p. 165 ss.

10 Dans ce sens, DESSEMONTET (cit. n. 9), pp. 185 et 188.

11 Dans ce sens, voir T. COTTIER/M. STUCKI, Parallelimporte im Patent-, Urheber- und Muster- und Modellrecht aus europarechtlicher und völkerrechtlicher Sicht, in *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?*, actes du Colloque de Lausanne, Genève 1996, pp. 49-50.

12 A. LUCAS, Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux, étude préparée pour un groupe de consultants de l'OMPI le 25 novembre 1998, p. 5 (disponible sur <http://www.wipo.int/fre/meetings/1998/gcpcic>); article 5.2 de la Convention de Berne (malgré le texte quelque peu ambigu de cette disposition, l'expression «législation du pays où la protection est réclamée» est généralement considérée comme désignant la loi du pays pour lequel la protection est réclamée).

tion de l'auteur, dès lors que ce dernier entend faire valoir ses droits dans plus d'un pays<sup>13</sup>: ses moyens se déterminent en fonction de plusieurs ordres juridiques différents. Le principe est donc un reflet de la souveraineté nationale. Pour autant, il ne signifie pas que le droit d'un Etat ne puisse prendre en compte des faits ayant eu lieu à l'étranger. Ainsi, la mise en circulation d'un exemplaire d'œuvre, dans un Etat, peut être un motif d'épuisement du droit de distribution consacré par un autre Etat<sup>14</sup>. La territorialité concerne donc le droit applicable et non la pertinence des faits.

Ce principe ne doit pas être confondu avec celui de la *lex fori*, selon lequel le juge saisi ne peut appliquer que sa loi nationale. En effet, il va de soi qu'un plaideur pourra revendiquer une protection pour un autre Etat que celui du for, auquel cas ses prétentions se jugent d'après un droit étranger. Même si l'application de la *lex fori* est parfois soutenue en propriété intellectuelle<sup>15</sup>, «elle procède d'une conception nationaliste étriquée qui nous ramène, à l'aube du nouveau millénaire, à l'époque féodale»<sup>16</sup>.

### III. La compétence juridictionnelle

#### 1. Notions générales

Les litiges concernant la propriété intellectuelle peuvent être portés devant le juge du domicile du défendeur, cela aussi bien en vertu de la LDIP<sup>17</sup> que de la Convention de Lugano<sup>18</sup>. L'autorité saisie dispose alors d'une compétence extraterritoriale, en ce sens qu'elle peut également statuer sur une infraction ayant eu lieu à l'étranger<sup>19</sup>. Imaginons l'ouverture d'une action contre un utilisateur dont le siège est en Suisse; les tribunaux suisses peuvent allouer des dommages-intérêts au demandeur, fondés sur une exploitation illicite de son œuvre commise à l'étranger; tel sera le cas lorsque le défendeur n'a pas agi dans l'Etat du for.

Mais le juge du domicile du défendeur n'est pas seul concerné. Lorsque la personne défenderesse n'a pas de domicile en Suisse, l'action en contrefaçon peut être portée selon la LDIP devant les tribu-

naux du lieu où la protection est invoquée<sup>20</sup>, c'est à dire du lieu où le droit est violé<sup>21</sup>. Il s'agit en d'autres termes encore du *forum loci delicti*<sup>22</sup>. Le for devrait donc se trouver aussi bien à l'endroit de l'acte qu'à celui du résultat<sup>23</sup>. La Convention de Lugano, quant à elle, laisse à la victime le choix de saisir une juridiction de l'Etat du domicile ou du siège du défendeur ou le tribunal du lieu «où le fait dommageable s'est produit»<sup>24</sup>. S'agissant de la Convention de Bruxelles, parallèle à celle de Lugano, la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé que le *forum loci delicti* était situé aussi bien au lieu de l'événement causal (celui où le fait générateur s'est produit) qu'au lieu où le résultat est survenu<sup>25</sup>.

Par rapport à la LDIP, la Convention de Lugano donne au juge du lieu du délit une compétence alternative, et non subsidiaire<sup>26</sup>. Il n'est nul besoin que le défendeur n'ait pas de domicile en Suisse pour que ce juge puisse être saisi. Toutefois, l'art. 5.3 de la Convention concerne les actes illicites en général et n'est pas une disposition spécifique à la propriété intellectuelle. Elle devrait cependant être applicable non seulement aux actions en dommages-intérêts, mais aussi en cessation du trouble ou en prévention<sup>27</sup>. En revanche, on doit à

13 F. PERRET, Territorialité des droits de propriété industrielle et compétence «extra-territoriale» du juge de la contrefaçon, in Etudes de procédure civile et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret (HALDY/RAPP/FERRARI Ed.), Lausanne 1999, pp. 127-128; I. CHERPILLOD, Logiciels et importations parallèles, in Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?, actes du Colloque de Lausanne, Genève 1996, pp. 66-67.

14 On parle alors d'épuisement international, conception adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Nitendo: ATF 124 III 321. Sur ces questions, voir CHERPILLOD (cit. n. 13), p. 67.

15 LUCAS (cit. n. 12), p. 4.

16 Ibidem.

17 Art. 109 al. 1 LDIP.

18 Art. 2 CL.

19 I. CHERPILLOD, La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon, in Le droit en action, recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1996, p. 45 ss et 48 ss; L. DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 21; H. BERTRAMS, Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen Patentrecht, in GRUR int. 1995, p. 196.

20 Art. 109 LDIP.

21 CHERPILLOD (cit. n. 19), p. 49.

22 Ibidem.

23 Cf. art. 129 al. 2 LDIP.

24 Art. 2 et 5.3 CL; LUCAS (cit. n. 12), p. 20.

25 CJCE, 30 novembre 1976: Rec. CJCE, p. 1735.

26 T. STAEBELI, Kollisionsrecht auf dem Information Highway, in Information Highway (R.-M. HILTY Ed.), Berne 1996, p. 605.

27 Dans ce sens: LUCAS (cit. n. 12), p. 22.

notre avis douter qu'elle puisse concerner des actions touchant au droit d'auteur mais non fondées sur un acte illicite, telle l'action en paiement de la redevance découlant d'un droit à rémunération<sup>28</sup>.

En Suisse, on admet que les tribunaux du lieu où la protection est invoquée, saisis en application de l'art. 109 LDIP, n'ont pas de compétence extraterritoriale. Ils ne peuvent ainsi connaître d'infractions à des droits de propriété intellectuelle étrangers<sup>29</sup> et ne peuvent rendre d'injonction portant effet au-delà des frontières suisses. Cela est justifié au regard du fait qui fonde la compétence du tribunal, à savoir un acte illicite localisé en Suisse<sup>30</sup>. Les violations de droits étrangers ne représentent pas une cause de cette compétence. En droit international public, en revanche, il n'existe pas d'interdiction générale, pour un Etat, d'exercer sa juridiction dans des affaires portant sur des faits ayant eu lieu à l'étranger<sup>31</sup>.

Quelle est la situation en droit européen? Dans une affaire concernant un cas de diffamation par voie de presse<sup>32</sup>, la Cour de justice a estimé que le juge du lieu de l'événement causal (en l'espèce, le lieu d'établissement de l'éditeur) était compétent pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, alors que les tribunaux de chaque Etat dans lequel la publication a été diffusée ne pouvaient se prononcer que sur le dommage causé dans cet Etat (lesdits tribunaux étant alors compétents en tant que juridiction du lieu de résultat). CHERPILLOD semble en déduire que le juge du lieu de l'événement causal,

au contraire de celui du résultat, dispose d'une compétence extraterritoriale<sup>33</sup>. A notre avis, cela est incertain: la juridiction du lieu où est établi l'éditeur statue bien sur un acte illicite commis dans son Etat national, puisque le fait générateur s'y est produit. Ce ne sont que les conséquences juridiques de cet acte, les éléments du dommage, qui sont appréciées en fonction d'événements ayant eu lieu à l'étranger. En d'autres termes, il nous paraît un peu catégorique de parler d'extraterritorialité.

Au surplus, on rappellera que la jurisprudence rendue à propos de la Convention de Bruxelles, est importante pour la Convention de Lugano également: celle-ci est en effet un traité parallèle, et les deux textes doivent être interprétés le plus uniformément possible<sup>34</sup>.

## 2. Jurisprudence rendue en application de l'article 7 CP

Pour déterminer dans quelle mesure un acte a un «résultat» en Suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en application de l'art. 7 CP revêt un certain intérêt dans la mesure où les questions sont les mêmes qu'en droit international privé. Notre haute Cour considère désormais que le résultat au sens de l'art. 7 CP est une notion restrictive. Il ne faut pas entendre par là toute conséquence de la commission d'une infraction, mais seulement la modification du monde extérieur imputable à l'auteur et faisant partie des éléments constitutifs de l'infraction<sup>35</sup>. En d'autres termes, les délits matériels, que la loi définit en mentionnant un comportement et un résultat distincts, peuvent être localisés à plusieurs endroits différents (dont ceux où ils produisent effet), ce qui n'est normalement pas le cas des délits formels, définis légalement par le comportement seulement. Le TF a laissé ouverte la question de savoir si la diffamation était un délit formel ou matériel<sup>36</sup>. Il a toutefois admis l'existence d'un résultat en Suisse (au sens de l'art. 7 CP) lorsque 250 lettres diffamantes sont envoyées depuis l'étranger à des destinataires individuellement choisis dans toute l'Europe et que, parmi ces derniers, se trouvent deux personnes domiciliées en Suisse<sup>37</sup>. En revanche, il a jusqu'ici nié un tel résultat en

28 Sur la nature non délictuelle des créances issues d'un droit à rémunération: voir ATF 124 III 370.

29 C. ENGLERT, Das Immaterialgüterrecht im IPRG, in BJM 1989, p. 385; F. VISCHER, IPRG-Kommentar, Zurich 1993, No 7 ad art. 109 LDIP; CHERPILLOD (cit. n. 19), p. 49.

30 CHERPILLOD (cit. n. 19), pp. 49-50.

31 Cour permanente de justice internationale, affaire du Lotus, recueil des arrêts, série A, No 10, arrêt No 9, p. 4, 1927, pp. 18-19.

32 Arrêt du 7 mars 1995, affaire C-68/93, Fiona Shevill c./ Presse Alliance.

33 CHERPILLOD (cit. n. 19), p. 52. Voir aussi: RIDA 176 avril 1998, p. 403.

34 Voir protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention (protocole additionnel à la Convention de Lugano).

35 ATF 105 IV 326.

36 ATF du 15 juin 1999, in *medialex* 3/99, p. 173 (c.3a)

37 Ibidem, c.3b.

cas d'atteinte à l'honneur commise par voie de presse lorsque le journal est imprimé à l'étranger et distribué dans plusieurs pays dont la Suisse<sup>38</sup>. Ce qui a fait la différence paraît ainsi être le caractère «ciblé» des destinataires de l'écrit diffamant.

### 3. La localisation des actes d'exploitation dans l'univers numérique

#### A) La reproduction

Une reproduction d'oeuvres est en principe facile à situer dans l'espace, puisqu'elle a lieu à un endroit bien précis. La reproduction numérique sera normalement localisée dans le pays où est installé le serveur qui l'accueille. On peut cependant imaginer que la personne ayant pris l'initiative de la reproduction donne ses instructions depuis un autre Etat, par exemple parce qu'elle n'a pas son siège dans le pays du serveur. Dans ce cas, l'exploitant du serveur apparaîtra comme un intermédiaire agissant pour le compte d'un tiers devant lui-même être considéré comme auteur du délit<sup>39</sup>. Dans une telle hypothèse, l'endroit où est situé le serveur, et partant où a lieu la reproduction, devra à notre avis être considéré comme le lieu du résultat, alors que l'endroit d'où a agi le commettant sera le lieu de l'événement causal. D'une part, la copie numérique est en effet une «modification du monde extérieur» faisant partie des éléments constitutifs de l'acte soumis au droit d'auteur<sup>40</sup>; d'autre part, l'acte illicite trouve son origine dans un comportement ayant eu lieu dans un autre endroit que celui où il se matérialise. Dans cette hypothèse, l'infraction au droit de reproduction sera localisée à deux places différentes. La conception du lieu de l'événement causal que nous préconisons a l'avantage de rejoindre celle consacrée par le Tribunal fédéral lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'art. 346 CP aux violations du droit d'auteur sur Internet<sup>41</sup>.

#### B) La communication au public

Une oeuvre placée sur le réseau des réseaux pourra sans autre être appelée par un usager non domicilié dans l'Etat du serveur. En conséquence, la communication au public aura souvent le statut d'un acte

transfrontière. Dans la même mesure, elle sera susceptible de poser des questions de droit international privé.

Fréquemment, on peut analyser la communication au public comme un acte de transmission de données, ayant lieu d'un point à un autre. Le point de départ est parfois qualifié de lieu d'émission, alors que le point d'arrivée serait le lieu de réception<sup>42</sup>. A ces termes, qui rappellent trop l'univers analogique («herzien»), nous préférons ceux de lieu de la «mise à disposition», respectivement de la «consultation». Mais, au-delà de cette question terminologique, un problème se pose: où est localisée la communication au public par Internet? Répondre à cette question nécessite de qualifier juridiquement la transmission numérique en ligne. A cet égard, on rappellera que les questions de qualification, selon la jurisprudence fédérale, relèvent de la *lex fori* et non de la *lex causae* lorsqu'elles concernent la compétence judiciaire<sup>43</sup>.

En droit suisse, on admet généralement que la communication de point à point est couverte par le droit de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA<sup>44</sup>, soit celui de faire voir ou entendre l'oeuvre en un lieu autre que celui où elle est présentée<sup>45</sup>. Faire voir ou entendre une oeuvre, la montrer ou la faire écouter, nous paraît être un acte «matériel»<sup>46</sup>, puisqu'à une action (le fait de communiquer), la loi ajoute un résultat (la prise de connaissance) pour définir le fait couvert par le droit d'auteur. Mais le texte légal allemand («wahrnehmbar machen») ne permet pas une conclusion aussi catégorique: rendre une oeuvre perceptible n'im-

38 Ibidem, c.3b et la jurisprudence non publiée citée dans ce passage.

39 L'exploitant du serveur aura alors la qualité de coauteur, voire de complice.

40 D'après l'art. 10 al. 2 litt. a LDA, le droit de reproduction est celui de confectionner des exemplaires de l'oeuvre.

41 En matière de droit d'auteur, le Tribunal fédéral a en effet retenu que les autorités pénales de l'endroit d'où avait agi la personne chargeant illicitement des oeuvres sur Internet pouvaient se charger de l'instruction, au détriment des autorités du lieu de situation du serveur: voir ATF du 11 août 1999 (8G.43/1999) in *medialex* 4/99, p. 235.

42 LUCAS (cit. n. 12), p. 24.

43 ATF 119 II 66, 69.

44 Voir ch. II.1. ci-dessus.

45 En allemand «anderswo wahrnehmbar machen».

46 Au sens de délit «matériel».

plique pas nécessairement que le public en prenne effectivement connaissance; il suffit qu'il en ait la possibilité. A relever aussi que la transmission «on line» serait un acte «formel» si l'on devait y voir une émission au sens de l'art. 10 al. 2 litt. d LDA ou une distribution au sens de l'art. 10 al. 2 litt. b LDA: ces deux dispositions ne définissent pas l'utilisation soumise au droit d'auteur en fonction d'une éventuelle prise de connaissance de l'œuvre par le public. Elles visent seulement un comportement: le fait de diffuser l'œuvre d'une part<sup>47</sup>, de l'offrir à d'éventuels intéressés d'autre part<sup>48</sup>.

A notre avis, la transmission de point à point sera cependant localisée à deux places différentes, cela parce qu'elle a un caractère «ciblé»: une relation individuelle s'établit entre le prestataire de service et le destinataire de l'œuvre. La communication n'a pas lieu aléatoirement. Il nous semble donc que le lieu de la mise à disposition de l'œuvre sur Internet pourra être celui du fait générateur, alors que celui de sa consultation sera l'endroit du résultat. Toutefois, le lieu de situation du serveur ne sera pas toujours celui de l'événement causal<sup>49</sup>: on peut bien sûr imaginer qu'un fournisseur de contenu agisse depuis un autre endroit, par exemple depuis chez lui, alors qu'il est relié au réseau grâce à un fournisseur d'hébergement domicilié ailleurs.

### C) Synthèse

En résumé, on retiendra que plusieurs juges différents sont susceptibles de connaître des actions civiles relatives au droit d'auteur, s'agissant des exploitations d'œuvres au moyen d'Internet:

a) Tout d'abord, l'action pourra être introduite au domicile du défendeur. L'autorité saisie aura alors une compétence extraterritoriale et pourra connaître de reproductions numériques ou de

transmissions numériques localisées à l'étranger.

b) Mais l'action pourra aussi être ouverte devant les tribunaux du lieu où la protection est invoquée, c'est à dire au *forum loci delicti*. Par rapport à la première, cette compétence est subsidiaire selon la LDIP, alternative selon la Convention de Lugano; en outre, elle générera deux sous-compétences:

- Celle du juge du lieu où l'exploitant de l'œuvre a agi, c'est-à-dire du lieu où l'événement causal s'est produit; dans le domaine d'Internet, l'endroit déterminant pourra être celui d'où le «content provider» a commandité la numérisation (s'agissant de l'acte de reproduction) et celui d'où il a rendu l'œuvre accessible au public (s'agissant de l'acte de transmission); à relever que ce dernier ne correspond pas nécessairement au lieu de situation du serveur: on peut en effet imaginer que le fournisseur de contenu commande la transmission depuis un autre endroit.
- Celle du juge du lieu où le résultat s'est produit. Dans l'univers numérique, il s'agira par exemple de l'endroit où est localisé le serveur sur lequel l'œuvre est enregistrée (s'agissant de l'acte de reproduction) ou des endroits où les internautes voient ou entendent les œuvres qu'ils ont appelées (s'agissant de la transmission de point à point).

Contrairement au juge du domicile du défendeur, celui du lieu du délit n'a pas de compétence extraterritoriale et ne peut connaître que des actes commis ou ayant un effet dans l'Etat du for.

## IV. Le droit applicable

### 1. Notions générales

En vertu de l'art. 110 LDIP, qui applique sur ce point le principe de la territorialité, les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée<sup>50</sup>. L'art. 5.2 de la Convention de Berne consacre la même règle en prévoyant 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 protec-

47 Art. 10 al. 2 litt. d LDA. On s'est cependant demandé si une émission, en particulier par satellite, ne produisait pas un «résultat» dans les pays de réception: voir ch. IV. 1 ci-dessous.

48 Art. 10 al. 2 litt. b LDA.

49 Voir ATF du 11 août 1999, publié in *medialex* 4/99, p. 235.

50 D'après l'art. 110 al. 2 LDIP, en ce qui concerne les prétentions consécutives à un acte illicite, les parties peuvent toujours convenir, après l'événement dommageable, de l'application du droit du for.

tion est réclamée<sup>51</sup> (sauf exception dûment prévue par la convention<sup>52</sup>). Comme nous l'avons vu<sup>53</sup>, le principe de la *lex loci protectionis* ne doit pas être confondu avec celui de la *lex fori*<sup>54</sup>. Il équivaut toutefois à celui de la *lex loci delicti*<sup>55</sup>. La question est dès lors de savoir si c'est le droit du fait générateur ou celui du résultat qui s'applique, lorsque les lieux qui les abritent peuvent être dissociés. La convention de Berne ne fournit pas de réponse claire à cette question. Tout au plus voit-on une certaine tendance, en matière de radiodiffusion, à faire prédominer la loi du fait générateur<sup>56</sup>. Le droit français a d'ailleurs expressément tranché pour la loi du pays d'injection, s'agissant d'émissions diffusées par satellite<sup>57</sup>. Mais on a aussi relevé que la convention laissait place à une application cumulative du droit du pays d'émission et de celui du pays de réception<sup>58</sup>.

A notre avis, il y a lieu de distinguer différentes hypothèses, en fonction de l'autorité qui a été saisie. Lorsque le demandeur a agi au lieu du résultat, le juge n'a pas de compétence extraterritoriale<sup>59</sup>. Ce qui fonde sa compétence, ce sont les effets en Suisse d'un acte illicite. Le juge peut se prononcer sur le dommage causé dans son Etat national et sur aucun autre. Nous estimons ainsi que l'autorité du lieu du résultat ne peut appliquer que la *lex fori*. Tout autre solution serait lui reconnaître une compétence extraterritoriale, ce qui ne paraît pas admissible, comme nous l'avons vu ci-dessus.

La question est plus délicate lorsque le litige est porté devant le juge du lieu de l'événement causal ou devant celui du domicile du défendeur. Dans ces cas, il nous semble nécessaire de rechercher le droit avec lequel la cause présente les liens les plus étroits<sup>60</sup>. C'est en fonction de ce critère qu'il convient de choisir la loi applicable.

Savoir quel droit est le plus proche du litige est avant tout une question d'espèce et il est difficile de mettre en lumière des principes généraux. Lorsque le juge du domicile du défendeur est saisi et que le résultat de l'acte poursuivi se manifeste dans plusieurs Etats, nous admettons cependant, avec la doctrine française, que la loi applicable est bien celle du lieu où s'est

produit le fait générateur. On ne saurait en effet prétendre que la cause présente avec les pays du résultat un lien plus fort qu'avec celui de l'événement causal: le litige est caractérisé par l'action du contre-facteur, puisque les conséquences de celle-ci se «diluent» à plusieurs endroits<sup>61</sup>, lesquels, dès lors, ne sont plus représentatifs. La même règle devra *a fortiori* être appliquée si c'est l'autorité du lieu de l'événement causal qui est saisie et que les conséquences de l'acte peuvent être localisées à plusieurs endroits différents. On remarquera d'ailleurs que la tâche du juge serait quasi impossible s'il devait appliquer simultanément une multitude de lois, simplement parce que la transmission en ligne est susceptible d'être reçue partout dans le monde<sup>62</sup>.

Quid cependant si le résultat de l'acte illicite ne se manifeste que dans un Etat? Supposons qu'un ayant droit ouvre action en prévention, au domicile du défendeur, pour faire interdire à ce dernier de placer l'œuvre, depuis son lieu d'établissement, sur un serveur situé à un autre endroit<sup>63</sup>? A notre avis, le lieu de situation du serveur importe peu. Ce qui compte pour l'ayant

51 Sur la formulation ambiguë de cette disposition, voir note 12 ci-dessus

52 La Convention se réfère parfois elle-même à la *lex fori* (par ex. art. 16 ch. 3) ou à la loi du pays d'origine (cf. art. 15 ch. 4 litt. a). A relever que cette dernière peut aussi être appliquée en concours avec la loi du pays de protection, comme le prévoit le régime dit «de la comparaison des délais» de protection (art. 7 ch. 8).

53 Voir ch. II. 2. ci-dessus.

54 Voir aussi A. LUCAS/H. J. LUCAS, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Paris 1994, n° 1071 à 1074, p. 828 ss.

55 Ibidem, n° 1074, p. 891 ss.

56 Ibidem, n° 1074, p. 892. Cette tendance apparaît dans la doctrine française récente: cf. DESSEMONTET (cit. n. 4), p. 291.

57 LUCAS/LUCAS (cit. n. 52), n° 943 ss, p. 771 ss.

58 LUCAS (cit. n. 12), pp. 28-29 et p. 33. Apparemment, si l'on comprend bien l'auteur, une règle juridique donnée ne serait alors censée s'appliquer que si elle est prévue par les deux droits régissant la cause: cf. LUCAS/LUCAS (cit. n. 52), n° 1083, p. 897.

59 Voir ch. III. 1. ci-dessus.

60 Cf. art. 15 LDIP.

61 Etant donné qu'une communication au public sur Internet peut être reçue partout dans le monde, il pourrait y avoir un «résultat» dans une multitude de pays: voir J. C. GINSBURG *Global Use, Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1995, p.318 ss.

62 GINSBURG (cit. n. 4), p. 42.

63 Nous supposons dans cette hypothèse que l'acte à interdire est uniquement la reproduction de l'œuvre et non sa communication au public: le résultat se manifeste donc dans un seul pays et non dans plusieurs.

droit, c'est que l'œuvre ne soit pas reproduite sous forme numérique. Il n'est pour lui pas déterminant que cet acte soit appelé à être réalisé aux Etats-Unis, en Suisse ou quelque part ailleurs. Dès lors, dans une telle hypothèse, le droit applicable sera celui du lieu d'établissement du défendeur, considéré ici comme le lieu de l'événement causal. Le litige présente avec cet endroit un lien plus étroit qu'avec celui où est situé le serveur, qui peut être assez aléatoire.

## 2. Synthèse

On pourrait ainsi multiplier les exemples. Dans le cadre de cette étude, il nous suffira cependant de constater ce qui suit:

- Conformément au principe de la territorialité, la loi applicable aux violations du droit d'auteur sur Internet sera en principe la *lex loci protectionis*; selon les cas, celle-ci pourra être la loi du résultat ou celle du fait générateur, si bien qu'il faudra trancher entre les deux.
- La juridiction du pays du résultat devra toujours appliquer sa propre loi nationale, car elle n'a aucune compétence extraterritoriale. Lorsque le litige est porté devant le juge du domicile du défendeur ou devant celui de l'événement causal, il faudra rechercher la loi avec laquelle la cause présente les liens les plus étroits; en application de ce critère, on devra à notre avis souvent pencher pour le droit du pays où a eu lieu le fait générateur.

## V. Conclusions et perspectives

Comme le démontrent les lignes qui précèdent, le risque de «tourisme de loi» et de «forum shopping» n'est à notre avis pas aussi fort qu'il n'y paraît, puisqu'il existe

la possibilité de saisir les tribunaux du lieu de la consultation, lesquels appliqueront leur propre loi pour réparer le dommage causé dans leur Etat. De plus, lorsque le litige est porté devant le juge du domicile du défendeur ou devant celui du lieu de l'événement causal, la loi applicable sera souvent celle de l'endroit où s'est produit le fait générateur. Il s'agit selon nous du lieu où l'auteur de l'infraction a agi (en particulier en donnant ses instructions) et non de celui où les données ont été «manipulées» (recopiées ou envoyées sur le réseau). Ce lieu se prête donc plus difficilement aux «relocalisations» artificielles.

Le problème «*de lege lata*» est plutôt l'absence de prévisibilité pour les fournisseurs de contenu: une multitude de lois et de tribunaux est censée les gouverner. Mais Internet doit-il forcément faire abstraction des sentiments locaux, des mentalités, en bref des lois nationales? Ce n'est pas parce qu'un réseau est mondial que les civilisations n'ont pas d'Histoire, de racines et d'identité. La mondialisation, aujourd'hui, n'est pas encore synonyme de pensée unique.

A notre avis, les règles de droit international privé mises en évidence ci-dessus sont adéquates. Le problème de prévisibilité évoqué doit être résolu mais il s'agit d'une question de droit matériel: il faudrait uniformiser le plus largement possible les différentes lois nationales afin de l'éviter.

Selon nous, tant que des différences subsisteront, il n'appartient pas au droit international privé de les gommer, et de s'ériger ainsi en censeur des spécificités locales. ■

Les opinions exprimées dans cet article engagent l'auteur personnellement et non SUISA.