HAL
open science

Lex loci protectionis et droit d'auteur

Harry Aba'a Megne

▶ **To cite this version:**

Harry Aba'a Megne. Lex loci protectionis et droit d'auteur. Droit. Université Côte d'Azur, 2020. Français. ⟨NNT : 2020COAZ0013⟩. ⟨tel-03459434⟩

HAL Id: tel-03459434

https://theses.hal.science/tel-03459434v1

Submitted on 1 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Autorisation HAL

HAL Authorization

UNIVERSITÉ CÔTE D'AZUR

ÉCOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

Lex loci protectionis et droit d'auteur

Harry ABAA MEGNE

GREDEG

Présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en Droit **d'**Université Côte d'Azur

Dirigée par : Fabrice Siiriainen

Soutenue le : 30 novembre 2020

Devant le jury, composé de :
Jean-Sylvestre Bergé, Professeur, Université Côte d'Azur
Nicolas Bouche, Maître de conférences, HDR, Université Jean-Moulin – Lyon-III
Fabrice Siiriainen, Professeur, Université Côte d'Azur
Edouard Treppoz, Professeur, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

LEX LOCI PROTECTIONIS ET DROIT D'AUTEUR

Jury :

Directeur de recherches

Fabrice Siiriainen……..Professeur, Université Côte d'Azur

Rapporteurs

Nicolas Bouche ……..Maître de conférences, HDR, Université Jean-Moulin – Lyon-III

Edouard Treppoz …….....Professeur, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Examinateur

Jean-Sylvestre Bergé……Professeur, Université Côte d'Azur

LEX LOCI PROTECTIONIS ET DROIT D'AUTEUR

Le principe de territorialité domine la matière de la propriété intellectuelle et en particulier celle du droit d'auteur. Si ce principe et la règle de conflit qu'il inspire, la *lex loci protectionis*, constituaient de véritables avancées à la fin du XIXème s., de nos jours, ils peinent à convaincre. En effet, le principe de territorialité qui est rattachable au principe de souveraineté dans sa dimension de régulation de l'ordre juridique interne subit de multiples remises en cause. Or, en raison de l'intensification des échanges transnationaux, de l'extension des marchés, de la montée des pouvoirs privés économiques, de l'exploitation dématérialisée des œuvres et notamment, la possibilité de les diffuser sur des réseaux mondiaux comme internet, la souveraineté tend à perdre en puissance. Cela oblige à questionner la pertinence d'un rattachement territorial vis-à-vis de réalités a-territoriales. Le maintien tel quel du principe de territorialité, en termes de conflit de lois, atteint alors la sécurité juridique et les attentes légitimes des parties. Le parti pris de ces travaux est celui d'une réévaluation. Il ressort en effet que le recul dans les relations transnationales du principe de souveraineté - qui sous-tend le principe de territorialité - devrait se traduire sur le plan de la règle de conflit, par un recul de ladite territorialité. A rebours de la tendance générale qui consacre l'hégémonie de la *lex loci protectionis*, les présents travaux proposent d'une part, d'en circonscrire la compétence dans les domaines où le principe de territorialité ne s'impose pas comme une nécessité, et d'autre part de réorienter le rattachement de manière à limiter la concurrence des lois applicables. Il s'agit, en d'autres termes, de réserver une place à l'universalisme compris comme un rempart contre la variabilité du droit applicable et l'insécurité juridique que cette variabilité pourrait emporter.

Mots-clés : Principe de territorialité - Internet - Loi du pays pour lequel la protection est demandée- *Lex loci protectionis* - Convention de Berne – Conflit de lois – Règle de conflit – Rattachement – **Droit d'auteur - Titularité – Intérêts privatifs – Intérêts collectifs – Réseaux numériques – Sécurité juridique – Loi du pays d'origine – Principe de souveraineté – Principe d'autonomie – Principe de proximité – *American Law Institute – Conflict of Laws in Intellectual Property* – Droit moral – Droit international privé – Directive Cabsat 2 – Règlement portabilité**

Lex Loci Protectionis in Applicable Law on Copyright

The principle of territoriality dominates the field of intellectual property and in particular that of copyright. If this principle and the conflict rule it inspires, the lex loci protectionis, were real advances at the end of the 19th century, they are nowadays difficult to convince. Indeed, the principle of territoriality, which is linked to the principle of sovereignty in its dimension of regulation of the internal legal order, is undergoing multiple challenges. However, because of the intensification of transnational exchanges, the extension of markets, the rise of private economic powers, the dematerialised exploitation of works and in particular the possibility of disseminating them on global networks such as the Internet, sovereignty tends to lose significance. This forces us to question the relevance of a territorial connection to a-territorial realities. Maintaining the principle of territoriality as it stands, in terms of conflict of laws, then reaches legal security and the legitimate expectations of the parties. The approach taken in this work is that of a re-evaluation. It emerges in fact that the retreat in transnational relations of the principle of sovereignty - which underlies the principle of territoriality - should be translated in terms of conflict rule by a retreat of the said territoriality. Against the general trend which confirms the hegemony of the lex loci protectionis, the present work proposes, on the one hand, to circumscribe its competence in the fields where the principle of territoriality is not imposed as a necessity, and on the other hand to reorient the connection in such a way as to limit the competition of the applicable laws. In other words, to reserve a place for universalism understood as a bulwark against the variability of the applicable law and the legal insecurity that this variability could entail.

Keywords : **Principle of territoriality - Internet - Law of the country for which protection is sought - *Lex loci protectionis* - Berne Convention - Conflict of laws - Conflict rule - Copyright - Ownership - Private interests - Collective interests - Digital networks - Legal certainty - Law of the country of origin - Principle of sovereignty - Party autonomy -- American Law Institute - Conflict of Laws in Intellectual Property - Moral right - Private international law – satellite broadcasting and cable retransmission – Portability of online content services**

SOMMAIRE

PARTIE 1. GENERALITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES……. 32

TITRE 1ER. LA *LEX LOCI PROTECTIONIS* COMME REGLE DE CONFLIT…… 34

CHAPITRE 1ER. LES FONDEMENTS THEORIQUES DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES : LE PRINCIPE DE TERRITORIALITE……. 36
CHAPITRE 2. L'IDENTIFICATION DE LA REGLE DE CONFLIT……111

TITRE 2. LES LIMITES DE LA *LEX LOCI PROTECTIONIS*……...…… 148
CHAPITRE 1ER. LE DOMAINE DE LA REGLE DECONFLIT……...……150
CHAPITRE 2. LA DEMULTIPLICATION DES LIEUX DE PROTECTION……..... 191

PARTIE 2. RELATIVITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES……... 219

TITRE 1ER. L'ALTERNATIVE UNIVERSALISTE……...…… 220

CHAPITRE 1ER. LE RATTACHEMENT UNIVERSALISTE EN FONCTION DU SUJET DE DROIT……... 221
CHAPITRE 2. LE RATTACHEMENT UNIVERSALISTE EN FONCTION DE L'OBJET DU DROIT…… 250

TITRE 2. L'EDIFICATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES NOUVELLES…… 307

CHAPITRE 1ER. LES PRINCIPES DIRECTEURS D'UNE EDIFICATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES……. 308
CHAPITRE 2. LA RELATIVISATION DU PRINCIPE DE TERRITORIALITE ……351

REMERCIEMENTS

Qu'il me soit permis de remercier en premier le Pr. Fabrice SIIRIAINEN qui m'a proposé ce sujet de recherche et dont les conseils ont permis d'en faire éclore les aspects les plus substantiels.

Aussi, mes sincères remerciements à l'ensemble des membres du jury pour m'avoir fait l'insigne honneur d'apprécier mes travaux ainsi que pour toutes les critiques constructives et bienveillantes qu'ils m'ont prodiguées afin de les améliorer.

Je remercie enfin, ma famille, mes amis pour leur soutien indéfectible. Tout au long de ces années de dur labeur, ils ont été un refuge en temps de tempête.

A Adèle, ma grand-mère.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

al. : alinéa

ALAI : Association Littéraire et Artistique Internationale

ALI : A*merican Law Institute*

art. : article

API : Annales de la Propriété Industrielle

Ass. Plén. : Assemblée plénière

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de chambres civiles de la Cour de cassation

c/ : contre

CA : Cour d'appel

Cass. ch. mixte : Cour de cassation chambre mixte

Cass. com. : Cour de cassation chambre commerciale

Cass. Soc. : Cour de cassation chambre sociale

Cass. 1ère Civ. : Première chambre civile de la Cour de cassation

Cass. 2ème Civ. : Deuxième chambre civile de la Cour de Cassation

C. civ. : Code civil

CCC : Revue Contrats Concurrence Consommation

CCE : Revue Communication Commerce électronique

C.E. : Conseil d'État

CE : Communauté européenne

chron. : Chronique

CLIP : *Conflict of Laws in Intellectual Property*

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

coll. : collection

Contra : solution contraire

CPI : Code de la propriété intellectuelle

D. : Recueil Dalloz

DA : Revue Le droit d'auteur éditée par le Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques

D. aff. : Recueil Dalloz affaires

D. H. : Recueil Dalloz Hebdomadaire

doctr. : doctrine

D.P. : Recueil Dalloz périodique

fasc. : fascicule

GAJA : Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibid. : au même endroit

In : dans

Infra : Voir plus bas

I.R. : Information rapide

JCl. : JurisClasseur

JCl. Civil : JurisClasseur civil

JCl. PLA : JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique

JCP G : la semaine juridique générale

JCP E : la semaine juridique entreprise et affaires

JCP N : la semaine juridique notariale

JORF : Journal Officiel de la République Française

Jur. : jurisprudence

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

Loc. cit. : A l'endroit cité précédemment

LPA : Les petites affiches

Obs. : observations

Op. cit. : Opere citato

p. : page

PIBD : Propriété industrielle bulletin documentaire

préc. : précédent

préf. : préférence

Propr. Intell : Propriété intellectuelle

PUAM : Presse Universitaire d'Aix-Marseille

PUF : Presse Universitaire Française

RDC : Revue de droit des contrats

Rép. Droit Civ. : Répertoire de droit civil

Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

RIDA : Revue Internationale du Droit d'Auteur

RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commerciale

S. : Recueil Sirey

s. : suivant

Somm : Sommaire

spéc. : spécialement

supra : Voir ci-dessus

T. : Tome

T. Com : Tribunal de commerce

TGI : Tribunal de grande instance

TI : Tribunal d'instance

Trad. : Traduction

T. Civ : Tribunal civil

V. : Voir

Vol. : Volume

Introduction

1. Relations entre le droit international privé et la propriété intellectuelle : le carcan de la condition des étrangers

1. Exclusion du droit d'auteur des problématiques de droit international privé et leur intégration progressive – Les relations entre droit international privé et propriété intellectuelle sont relativement récentes. La doctrine s'en est longuement désintéressée, tant elles étaient confinées à la manière du droit administratif ou du droit pénal à un traitement dit territorial, c'est-à-dire que l'existence de tels droits n'avait de réalité que dans les limites de chaque Etat souverain.

Il est vrai d'un point de vue historique que l'Etat – en tant que structure limitée dans l'espace et régie dans ses rapports avec ses homologues par le principe de souveraineté – et la propriété intellectuelle sont intimement liées. De fait, le caractère national des droits de propriété intellectuelle a prévalu dès les prémices de la reconnaissance des systèmes de protection des œuvres de l'esprit[1]. A l'origine, les droits exclusifs sur ces œuvres, étaient des privilèges octroyés par un souverain. Ceux-ci consistaient essentiellement en facultés exclusives de reproduction et de commercialisation d'exemplaires au sein d'un territoire donné.

En France, notamment, l'on pouvait lire à l'article LXXVIII de l'ordonnance de Moulins, promulguée en 1566 par Henri III qu'il était défendu « *à toute personne que ce soit, d'imprimer ou faire imprimer aucuns livres ou traités (...) sans congés et permissions, et lettres de privilèges* » du roi « *et ce, sur peine de perdition des biens et punition corporelle* »[2].

En Angleterre, avant le statut d'Anne, le *Licencing Act* de 1662 octroyait aux libraires un privilège de réimpression sur leurs œuvres déjà publiées[3]. En Belgique et aux Pays-Bas, ce privilège dont bénéficiait exclusivement l'auteur avait en général une portée provinciale et plus

---

[1] Sur ces questions, v. généralement, M.-DOCK, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, Paris, 1963 ; L. PFISTER, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1110.

[2] G. DESPREZ, *Recueil des actes, titres et mémoires : concernant les affaires du clergé de France*, Volume 1, 1768, spéc. p. 840 s.

[3] R. DEAZLEY, *Rethinking copyright : history, theory, language*, Edward Elgar Publishing, 2006, spéc. p. 13s. ; J. LOEWENSTEIN, *The Author's Due : Printing and the Prehistory of Copyright*, University of Chicago Press, Londres, 2002 ; Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, 1838-1839, p. 228 s.

rarement nationale[4].

Dans un contexte de territorialité législative de principe, ces privilèges n'avaient pas vocation à produire quelque effet au profit du récipiendaire en dehors de l'espace dans lequel s'imposait la souveraineté politique et législative de l'octroyant. Ce caractère de privilèges assurait une déconnexion entre les problématiques liées au respect des œuvres et les évolutions du droit international privé dans un contexte de faible interconnexion des espaces nationaux.

2. **Internationalisation de propriété intellectuelle** – Pourtant, le développement des modalités de copie n'allait pas tarder à favoriser la dissémination internationale des œuvres de l'esprit et à susciter des difficultés d'ordre transnational[5].

Ainsi, lorsque certains Etats se dotèrent de systèmes législatifs de protection et notamment de normes répressives de la contrefaçon, d'autres affichaient un déficit en ce domaine. Ce décalage favorisa le développement des premières formes de piraterie internationale. Les œuvres pourtant issues de pays dotés d'un système de protection des droits étaient exportées et reproduites légalement sans rétribution des auteurs. A la fin du XIXème siècle, la Belgique constitue l'épicentre de la piraterie[6] ; les œuvres protégées en France, et en Allemagne notamment y sont librement reproduites avant d'être disséminées dans le reste de l'Europe et en Afrique du nord[7].

Se posait alors la question des divergences législatives dans le cadre de la circulation transnationale de ces œuvres. L'une des réponses à ce phénomène fut la conclusion de traités

---

[4] Ch. RENOUARD, *op. cit.*, p. 246 s.

[5] A titre d'exemple, entre 1496 et 1502 (période où le mécanisme des privilèges ne permettait naturellement pas de distinguer le brevet du droit d'auteur), l'imprimeur italien Aldo Manuzio avait obtenu un privilège sur de nouveaux caractères typographique précurseurs de l'italique permettant de réduire l'espace occupé par les caractères et ainsi de réaliser une baisse significative des coûts de production des livres. Les caractères pourtant protégée en République de Venise n'en furent pas moins largement copiés par nombres d'imprimeurs italiens, allemands et français (notamment les lyonnais Balthasar de Gabiano et Barthélémy Trodt) ; V. sur ces questions J. KOSTYLO, « From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent » in R. DEAZLEY, M. KRETSCHMER, L. BENTLY, *Privilege and Property, Essays on the History of Copyright*, Open Book Publishers, Cambridge, 2010, consulté le 27 mars 2020, disponible à :
< http://books.openedition.org/obp/1092 >.

[6] Un constat analogue peut être dressé à propos de certaines régions de la Prusse, le Piémont et la Suisse.

[7] A. BERTRAND, *Le droit d'auteur*, Dalloz action, 3ème éd., 2010, spéc. n° 101.25 ; v. généralement sur ce sujet, F. GODFROID, *Aspects méconnus et inconnus de la contrefaçon en Belgique*, Académie royale de langue et de littérature françaises, Bruxelles, 1998.

bilatéraux dont le principe était essentiellement fondé sur une logique de réciprocité[8].

3. Toutefois, en dehors de ce cadre bilatéral, les auteurs étrangers étaient régulièrement soumis à pléthore de dispositions discriminatoires contenues dans les législations nationales, soit qu'elles soumettaient le bénéfice de la protection à l'accomplissement de formalités spécifiques, soient qu'elles l'en privaient de manière pure et simple[9]. De même, la multiplicité de ces accords ainsi que les lourdeurs administratives qu'ils emportaient tant pour les auteurs que pour les autorités allaient en complexifiant le cadre juridique des protections[10].

4. *In fine*, toute la matière du droit d'auteur était enfermée dans les limites de la condition des étrangers, étape liminaire de la résolution du conflit de lois. La réponse à la question de savoir si l'auteur étranger jouissait d'une protection par le droit d'auteur emportait celle de la loi qui lui était applicable. Ce contexte suscita la nécessité d'élaborer un cadre plus large s'appuyant sur les acquis de l'ère des accords bilatéraux.

2. L'ère des Conventions multilatérales

2.1. La convention de Berne

5. La Convention de Berne peut être considérée comme l'aboutissement logique des efforts

---

[8] A l'instar des Conventions multilatérales qui suivront, ces accords reposaient principalement sur le principe du traitement national, c'est-à-dire qu'ils visaient à faire bénéficier aux auteurs étrangers d'une protection égale à celle des nationaux (arrangements inter-allemands « *pour la protection commune des droits des auteurs* » du 16 aout 1827 ; article additionnel au Traité de commerce franco-scandinave du 30 décembre 1881; accord italo-portugais du 12 mai 1906) ; de même, qu'ils proposaient un *jus conventionis* rudimentaire couvrant généralement la durée – en général la plus courte des deux législations – (art. 1er al. 2 de la Convention franco-italienne du 9 juillet 1884 ; art. 1er al. 2 de la Convention italo-allemande du 20 juin 1884…) et le droit de traduction (article 5 et 6 de la Convention franco-belge du 1er mai 1861 ; article 3 de la Convention franco-italienne du 29 juin 1862), sur ces questions, v. F. MAJOROS, « La raison d'être actuelle et future des réglementations bilatérales en matière de droit d'auteur », *RIDC*, vol. 21, n° 3, juil.-sept. 1969, p. 509 s. ; G. de MARTENS, *Nouveau recueil général des traités*, I, 1817 ; H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, Paris, 1976.

[9] En France, le décret du 28 mars 1852 marquait un grand pas vers l'universalisme en assimilant à de la contrefaçon l'importation d'ouvrages publiés à l'étranger. En dépit cependant de l'esprit protecteur vis-à-vis des œuvres étrangères qui animait ce texte, la jurisprudence n'en eut pas moins une lecture restrictive, notamment en excluant le droit de représentation qui n'était pas certes pas expressément visé par le texte.

[10] F. BARBIER, « Le commerce international de la librairie française au XIXe siècle (1815-1913) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 28 n°1, janv.-mars 1981, p. 94 s., spéc. p. 99.

nationaux convergents visant à répondre à l'intensification des échanges internationaux touchant aux œuvres de l'esprit. Dès la fin du XIXème siècle les auteurs se saisissent eux-mêmes des difficultés soulevées par les divergences des systèmes nationaux. Ainsi, lors du premier Congrès de la propriété littéraire et artistique, ils demandent « *la reconnaissance internationale de la propriété des œuvres littéraires et artistiques* »[11]. A la suite de diverses négociations internationales, la Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques sera adoptée le 9 décembre 1886 à Berne.

Le mécanisme protecteur de la Convention repose principalement sur le principe d'assimilation des auteurs étrangers aux nationaux et sur l'abolition des formalités qui leur étaient réservées, acquis des accords bilatéraux susmentionnés [12].

Au-delà de ce principe, deux niveaux de règles constituent le fond de la convention. Les règles matérielles qui répondent directement à un problème lié à l'exploitation internationale des droits. A côté de celles-ci, des règles au mécanisme plus indirect et dont la nature est en réalité controversée renvoient aux solutions particulières des Etats membres[13].
Cet instrument du droit international de la propriété intellectuelle étant au cœur de cette étude, nous nous limiterons à ces brèves constatations.

2.2. La Convention universelle

6. La Convention Universelle sur le droit d'auteur est signée à Genève le 6 septembre 1952. Elle procède d'une logique plus ambitieuse que son prédécesseur, la Convention de Berne, puisqu'elle a vocation « *non seulement de reconnaître le droit d'auteur comme l'un des droits de la personne humaine, mais encore d'établir un lien, ou plutôt une « passerelle », entre les divers systèmes juridico-sociaux qui se partagent le monde* »[14]. Il est vrai que la Convention de Berne, certes multilatérale concernait de manière quasi exclusive des pays de cultures juridiques voisines. Dans un premier temps, elle n'obtint pas l'adhésion de nations majeures

---

[11] Notamment, le Congrès de la propriété littéraire de Paris en 1878 donnera naissance à l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), v. sur cette évolution, F. BARBIER, *ibid.*, spéc. p. 100.

[12] V. spécialement l'article 5 : « (…) *les auteurs jouissent, pour ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la convention* ».

[13] OMPI, *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Genève, 1978, p. 5.

[14] A. KÉRÉVER, « La Convention universelle sur le droit d'auteur », *Le Courrier de l'Unesco,* Juin 1991, p. 50 s.

dans le commerce international au premier titre desquels les Etats-Unis d'Amérique et de l'URSS[15]. La réticence de ces pays à adhérer à la Convention de Berne était essentiellement fondée sur l'étendue des droits accordés aux auteurs étrangers qu'ils jugeaient trop élargie, notamment en ce qui concerne l'abandon des formalités de dépôt et la reconnaissance du droit moral[16].

Ces oppositions ont été reconduites lors des négociations de la Convention universelle et l'adhésion de pays réticents fut acquise au prix de quelques assouplissements. Ainsi, si le principe d'assimilation est repris[17] dans le texte final, l'absence de formalités quant à elle, n'est que partiellement réintroduite[18]. Le droit moral n'y bénéficie d'aucune protection. La durée minimale de la protection est ramenée à vingt-cinq ans *post mortem*[19]. L'ambition d'harmonisation du plus grand nombre de législations s'est donc réalisée au détriment du niveau de protection[20]. Aussi, il n'est pas étonnant que la Convention universelle soit tombée en quasi-désuétude. Un tel nivellement par le bas a sans doute paru incompatible avec la place hautement stratégique prise par la propriété intellectuelle dans le commerce international. L'adhésion des Etats Unis et des pays de l'ancienne URSS à la Convention de Berne a logiquement annihilé les raisons qui ont présidé à son élaboration.

---

[15] Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Ouvres Littéraires et Artistiques, « Convention universelle sur le droit d'auteur », *DA*, sept. 1952, p. 105 s. ; H. DESBOIS, « Les Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques », *AFDI* 1960, vol. 6, p. 41 s., spéc. p. 45 ; S. RICKETSON et J-C. GINSBURG, *International Copyright and neighbouring rights: The Berne Convention and beyond*, Oxford University Press, 2éd., 2005, p. 850 s.

[16] P. SCHUWER (dir), *Traité pratique d'édition*, Éditions du Cercle de la Librairie, 2002, p. 26 s.

[17] Article II.

[18] Ainsi, de l'article II-1 précisant comme suit :

« *Tout État contractant qui, d'après sa législation interne, exige, à titre de condition de la protection des droits des auteurs, l'accomplissement de formalités telles que dépôt, enregistrement, mention, certificats notariés, paiement de taxes, fabrication ou publication sur le territoire national, doit considérer ces exigences comme satisfaites pour toute œuvre protégée aux termes de la présente Convention, publiée pour la première fois hors du territoire de cet État et dont l'auteur n'est pas un de ses ressortissants si, dès la première publication de cette œuvre, tous les exemplaires de l'œuvre publiée avec l'autorisation de l'auteur ou de tout autre titulaire de ses droits portent le symbole © accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'an- née de première publication; le symbole, le nom et l'année doivent être apposés d'une manière et à une place montrant de façon nette que le droit d'auteur est réservé* (…) »

[19] Article IV.

[20] V. notamment la notion particulièrement obscure de « *protection suffisante et efficace des droits* » à laquelle l'article I oblige les Etats.

2.3. L'accord ADPIC

7. La révision du GATT dès 1983 a été l'occasion d'intégrer les problématiques de propriété intellectuelle non limités au seul droit d'auteur[21]. Ainsi, lorsque l'OMC succède au GATT dans le cadre des accords de Marrakech en 1983, les Etats Membres y annexent un Accord relatif aux Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC). La ratification de cet Accord marque l'affirmation définitive de la propriété intellectuelle comme un secteur pivot du commerce international. En effet, l'émergence de cet accord résulte de la prise en compte des implications économiques des droits de propriété intellectuelle[22]dans la sphère internationale et en particulier des droits d'auteur dont la valeur marchande[23] pouvait encore donner lieu à discussion[24]. Le cadre institué par les conventions existantes, au premier titre desquels la Convention de Berne a cependant été critiqué comme insuffisant à assumer ce nouveau statut. Cette dernière pâtissait non seulement de son inadaptabilité à assurer une protection uniforme de nouvelles créations telles que les logiciels et les bases de données, mais aussi de l'absence d'une instance supra-étatique de règlement de différends[25].

Dans cette optique, l'accord ambitionne « d'harmoniser, à un niveau estimé suffisant, les normes de protection, et, surtout, d'en assurer le respect effectif par les Etats parties » [26] en prenant plus particulièrement en compte les divergences de protection entre les pays

---

[21] V. généralement sur cette question, D. GERVAIS, *L'accord sur les ADPIC*, Larcier, 2010 ; S. ZHANG, *De l'OMPI au GATT, La protection des droits de propriété intellectuelle*, Litec, 1994.

[22] V. not. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, n° 4 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, Litec, 1990, spéc. note n° 17, p. 751.

[23] Il n'est pas étonnant en ce sens que l'article 9 oblige les Etats au respect des articles 1 à 21 de la Convention de Berne à l'exclusion de l'article 6 qui porte sur le droit moral. Une telle limitation témoigne non seulement de l'impact des Etats-Unis dans l'adoption de cet instrument mais surtout de la prévalence d'une approche marchande des droits de propriété intellectuelle.

[25] Y. GAUBIAC, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce », *RIDA*, oct.1995, n° 166, p. 2 s.

[26] A. KÉRÉVER, « Le GATT et le droit d'auteur international, l'accord sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » », *RTD com.* 1994, p. 62 s.

industrialisés et ceux en voie de développement[27].

De tels objectifs sont assurés par la mise en place d'une triple série de règles dont l'observance est assurée l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC. Au premier titre de ces règles figurent le principe d'assimilation[28] et celui de la nation la plus favorisée. Si comme nous l'avons vu, la première est un classique des accords internationaux relatifs à la propriété littéraire et artistique depuis le XIXème siècle, la seconde est moins courante en la matière[29].

Cette règle permet d'étendre le bénéfice des accords bilatéraux aux Etats tiers qui auraient toutefois ratifié l'accord ADPIC. Pour ce qui est du *jus conventionis*, l'accord renvoie pour l'essentiel à la Convention de Berne (à l'exclusion de l'article 6 sur le droit moral)[30]. Ce à quoi il faut ajouter en termes d'œuvres protégées, les bases de données et les logiciels [31]. Pour les règles matérielles, le droit de location[32] vient s'ajouter au minimum conventionnel prévu par la convention de Berne. En termes d'exceptions, l'article 13 reprend par ailleurs le test en trois étapes[33] prévu à l'article 9.2 de la Convention de Berne en lui donnant toutefois une dimension plus étendue. Si la première Convention réservait ce test au seul droit de reproduction, la seconde l'étend à tous les droits[34].

Le second aspect innovant de l'accord concerne les mesures visant à assurer le respect des

---

[27] É. PFISTER et E. COMBE, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *Économie internationale* 2001/1, n° 85, p. 63 s.

[28] Article 3 al. 1 ; il est à noter que, l'accord ADPIC retient une interprétation très extensive du principe d'assimilation puisque la note n° 3 qui précise le contenu de la notion de protection semble lier les questions d'existence et de portée de la protection avec le principe d'assimilation.

[29] L'article 4 n'en prévoit pas moins : « *En ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres*. »

[30] Aux fins de l'article 9.1 les Etats sont en effet tenus de respecter les dispositions de la Conventions de Berne des article 2 à 21 (à l'exclusion de l'article 6). Ce faisant, ils sont tenus de reconnaître aux auteurs un minimum composé des droits de traduction (article 8), de reproduction (article 9), de communication publique (article 2),de radiodiffusion (article 2 bis) et d'adaptation (article 12).

[31] Article 10.

[32] Article 11.

[33] « *Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ».

[34] S. DUSOLLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.* 2005, p. 213 s., spéc. p. 216.

droits. Il précise à cet effet un certain nombre de procédures judiciaires, administratives, douanières et pénales auxquelles les Etats devront s'acquitter.

Le troisième axe pivot est l'instauration d'instances internationales visant à assurer l'application des règles de l'accord. L'Accord comprend en effet une partie V traitant du règlement des différends. Il charge à ce titre l'organe dit des Règlement des différends de l'OMC (ORD) de connaître des litiges entre Etats Membres en relation avec l'accord ADPIC.

L'Accord ADPIC ne prévoit pas à proprement parler de règles de conflit de lois. L'essentiel de ces règles est en effet concentré sur des questions de procédure[35]. Toutefois, les renvois opérés à la convention de Berne ont vraisemblablement vocation à combler ce manque. Mais cela revient aussi à dire que l'Accord reconduit les nombreuses ambiguïtés de ce texte sur le terrain du conflit de lois.

L'accord ADPIC peut valablement être perçu comme une Convention de Berne *bis* dont il permet de moderniser les règles tout en les renforçant[36]. Le cadre général certes très protecteur que pose la première des Conventions manquait d'instances supranationales permettant d'en assurer une lecture uniforme. L'Accord ADPIC apparaît en ce sens comme un outil efficace d'harmonisation des normes de protection. Ces aspects positifs ne suffisent cependant pas à masquer le fait que de tels accords viennent se superposer au cadre juridique existant, ce qui favorise l'émergence d'un réseau complexe de règles dont la cohabitation peut engendrer des difficultés supplémentaires[37].

2.4. Traité de l'OMPI

8. Signé à Genève le 22 décembre 1996, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ou « WCT » (*WIPO Copyright Treaty*) est un accord multilatéral administré par l'Organisation

---

[35] A., H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1569.

[36] F. POLLAUD-DULIAN que ce rôle de complémentarité se double d'une fonction de concurrence dans la mesure où les règles relatives au droit d'auteur sont administrées par l'OMC alors que l'administration de la Convention de Berne est du ressort de l'OMPI. De plus, contrairement à l'Union de Berne qui e ne compte que les Etats parmi ses Membres, l'OMC peut quant à elle accueillir des organisations intergouvernementales ou régionales, ce qui indéniablement contribue à élargir son spectre d'influence (n° 2234).

[37] V. généralement, X. PRÈS, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français : Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/puam/549>, généré le 05 mai 2019.

Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI)[38]. Ce traité doit principalement son existence aux limites du cadre Berne-Rome et à la difficulté d'aboutir à une révision de ces traités. Pour le droit d'auteur, l'objectif affiché est la modernisation de la Convention de Berne, notamment en ce qui concerne les nouvelles technologies et plus particulièrement les problématiques liées à la numérisation. Le traité de l'OMPI entretient donc un rapport privilégié avec la Convention de Berne dont il constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20[39].

Dans cette logique de complémentarité, le traité renvoie directement à certaines dispositions de la Convention (article 3). Sont ainsi repris, la définition de la publication (article 3), le principe d'assimilation (article 5.1) et le principe d'indépendance des protections (article 5.2)[40].

2.5. Instruments de l'Union européenne

9. Les instances de l'Union européenne ne sont pas en reste dans la production de normes de droit international privé en matière de droit d'auteur[41]. L'intégration régionale poussée des pays de l'Union n'a pas parfaitement gommé les disparités entre Etats en ce qui concerne les systèmes de protection des œuvres, ce qui laisse subsister des problématiques en termes de conflit de lois. La prise en compte de ces divergences s'opère principalement selon deux modalités : la jurisprudence de la CJUE et une importante activité d'harmonisation législative.

L'œuvre de la jurisprudence consacre une extension de la compétence du traité au-delà de la lettre. En effet, le droit primaire de l'Union ne vise pas de manière directe le droit d'auteur ; pourtant, ses incidences sur le marché sont quant à elles inévitables. L'invocation d'un droit exclusif d'auteur est susceptible d'entrer en opposition avec les principes fondamentaux du marché unique. Ainsi, dans un premier temps à propos du principe de libre circulation, la CJCE a considéré que « *les divergences qui subsistent à défaut d'harmonisation des règles nationales relatives à l ' exploitation commerciale des droits d'auteur, ne sauraient être érigées en obstacles à la libre circulation de marchandises dans le marché commun* »[42] ; puis, à propos de la libre concurrence, elle a retenu que : *« si en principe, l'exercice de droits d'auteur par*

---

[38] V. généralement sur cette question, A. FRANÇON, « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *RIDA*, avr. 1997, p. 3 s. ; J.-L. GOUTAL, « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA*, janv. 2001, p. 67 s.

[39] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1582.

[40] POLLAUD-DULIAN, n° 2214 s.

[41] J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, L.G.D.J, 1996.

[42] CJCE, 20 janv. 1981, aff. 55/80 et 57/80, *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International c/ GEMA.*

leur titulaire ne constitue pas en lui-même une violation de l'article 86 du Traité, un tel exercice peut toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif »[43].

L'autre intersection entre le droit international privé européen et le droit d'auteur se réalise par le biais des directives d'harmonisation qui constituent la voie royale d'intervention du législateur en matière de propriété intellectuelle[44]. Naturellement, celles-ci contribuent à une égalisation des standards de protection et participent activement à les maintenir à des niveaux élevés[45].

Cependant, l'état d'avancement de l'harmonisation est, à n'en point douter à un niveau imparfait et la conception territorialiste des protections contribue à accentuer un tel constat. En

---

[43] V. TPICE, 3° ch., 16 déc. 1999, aff. T-198/98, *Micro Leader c/ Commission* ; v. généralement sur les rapports entre concurrence et droit de la propriété intellectuelle, F. SIIRIAINEN, « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation », *RIDE* 2001/4, t. XV, 4, p. 413 s. ; H. ULLRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limites de contrôle », *RIDE* 2009/4, t. XXIII, 4, p. 399 s.

[44] Avec une vingtaine de directives, le domaine de la propriété intellectuelle est de ceux où l'activité du législateur européen est des plus accrue. On compte notamment :

Directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 sur la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs ;

Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 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 ;

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données ;

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ;

Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une oeuvre d'art originale ;

Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ;

Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines ;

Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE ;

[45] V. en ce sens, V.-L. BENABOU, *Jcl. Europe*, fasc. 1770, n° 86.

effet, quoique des standards soient posés à l'échelle supranationale[46], chaque législation conserve ses propres spécificités qui peuvent s'avérer incompatibles avec celles d'un autre Etat Membre. L'affirmation ne saurait être anecdotique lorsque l'on sait que schématiquement, le spectre des cultures juridiques en Europe va des systèmes civilistes de droit d'auteur à des modèles anglo-saxons de *copyright* en passant par des formes hybrides[47]

Cette hétérogénéité des systèmes de protection a été reconduite sur le plan des solutions conflictuelles par le règlement (CE) 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles qui réserve une règle dérogatoire aux droits de propriété intellectuelle. L'article 8.1 dispose en ce sens que :

« La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée »[48]

D'une part, une telle approche contribue à dresser des concordances entre le droit européen et le cadre général des Conventions internationales globalement favorable à une répartition parcellaire des protections sur le plan du conflit de lois. D'autre part, dans un contexte strictement européen, on assiste à « *une marginalisation des outils du droit international privé* ». Ainsi que relève un éminent auteur, le contexte européen est « *celui d'une marginalisation des outils du droit international privé qui trouve sa double cause dans le rapprochement des législations nationales (...) Ces deux phénomènes conjugués brident, en effet, considérablement les potentialités offertes, de manière générale et dans l'absolu, par la discipline du droit international privé. A quoi bon, en effet, s'ingénier à trouver des solutions de droit international privé quand 1° l'enjeu du conflit est diminué à proportion de l'accroissement du processus d'harmonisation des droits nationaux et quand 2° la solution au*

---

[46] CJUE, 3 octobre 2013, n° C-170/12, *Pinckney c/ KDG Mediatech AG (Sté)* : *D*. 2013. 2345 ; *RTD com*. 2013, p.731, obs. POLLAUD-DULIAN ; *RTDE* 2013, p. 897, obs. TREPPOZ ; : « (…) *il convient de relever que les droits patrimoniaux d'un auteur sont certes soumis, à l'instar des droits attachés à une marque nationale, au principe de territorialité. Lesdits droits patrimoniaux doivent toutefois être protégés, notamment du fait de la directive 2001/29, de manière automatique dans tous les États membres, si bien qu'ils sont susceptibles d'être violés, respectivement, dans chacun d'eux, en fonction du droit matériel applicable* » (point 39).

[47] Il en va ainsi du système canadien qui intègre à la fois des éléments de droit d'auteur (reconnaissance d'un droit moral) et de *copyright* (possibilité de renoncer au droit moral).

[48] Cette évolution n'apparait pas nécessairement prévisible si l'on met en perspective que la directive 93/83/CEE dite « directive câbles et satellites » qui adopte à titre de principe une solution opposée donnant compétence à la loi du lieu l'émission litigieuse.

conflit commande au juge de devoir appliquer pour chaque territoire pour lequel la protection est demandée la loi dudit territoire, ce qui dans la figure d'Internet revient à appliquer autant de lois nationales qu'il y a de territoires nationaux concernés par ladite demande de protection. »[49]

3. Le « dogme » de la territorialité : amalgames et révolutions

3.1. Amalgames

Deux observations peuvent être d'emblée tirées du cadre juridique national et conventionnel du droit d'auteur.

10. Condition des étrangers ou conflit de lois – Premièrement, l'enseignement traditionnel du droit international privé distingue la condition des étrangers de la loi applicable au fond du litige. Spécifiquement à la matière du droit d'auteur, cela revient à se demander dans un premier temps si l'auteur étranger jouit du droit qu'il revendique sans préjuger de ce qu'il serait au fond si tel était le cas. Dans un second temps, si jouissance il y a, à quelle loi serait soumis le rapport juridique litigieux. Or, la doctrine et la jurisprudence se sont longtemps consacrées à la seule première question et ont déduit la réponse à la seconde.

En France, cette confusion s'opérait sur le fondement de l'article 11 du code civil disposant que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » Les discriminations vis-à-vis des étrangers qui résultaient de l'absence d'accord international rejaillissaient ainsi directement sur le régime du droit applicable, c'est-à-dire le refus pur et simple de protection de l'œuvre sur la base d'une règle de condition des étrangers. Le fait que la jurisprudence reconnaisse le caractère de « droit naturel » du droit d'auteur ne renversa pas cette tendance[50]. Il fallut attendre les illustres décisions Lefait[51] et Le Chant du Monde[52] pour soit que

---

[49] J.-S. BERGÉ, note sous, CJUE, 4e ch., 22 janv. 2015, n° C-411/13, *Pez Hejduk c/ EnergieAgentur.NRW GmbH*, disponible à < http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/18/cooperation-judiciaire-civile/le-droit-europeen-de-lelsj-dans-son-contexte-le-cas-hejduk > , consulté le 22 avr. 2020.

[50] H. DESBOIS, « La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France », *Trav. Com. fr.DIP* 1960-1962, 21-23e année, 1963. p.177 s., spéc. p. 189.

[51] Cass. Civ. 27 juil. 1948, *Lefait : D.* 1948, p. 535 ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 75, note BATIFFOL : « *les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés* ».

[52] Cass. civ. 1ère, 22 déc. 1959 : *D.* 1960, J. 93, note p. HOLLEAUX et *RIDA* 1960, p. 120 ; *Rev. crit. DIP* 1960 p. 361, note TERRÉ ; *JDI* 1961, p. 422, note GOLDMAN.

définitivement proclamé le cloisonnement de la condition des étrangers et de la loi applicable en matière de droit d'auteur. Cette séparation demeure cependant imparfaite en raison des nombreuses ambigüités dont la jurisprudence Le Chant du Monde est affectée, au premier titre desquelles la place accordée à la loi du pays d'origine.

Il en va de même à propos du droit applicable à la durée où la transcription de la directive 2011/77/UE a définitivement consacré un traitement différencié selon que l'auteur est un ressortissant d'un pays européen ou non.

En droit conventionnel, c'est essentiellement le domaine du principe d'assimilation qui matérialise le mélange des genres entre condition des étrangers et droit applicable au fond. En effet, si la règle de l'assimilation est reconnue comme relevant du domaine de la condition des étrangers, force est de constater que les textes conventionnels semblent à l'unisson l'attraire sur le terrain du droit applicable. Par exemple, l'article II-1 de la Convention de Genève où un tel amalgame est le plus explicite dispose que : « *les œuvres publiées des ressortissants de tout État contractant ainsi que les œuvres publiées pour la première fois sur le territoire d'un tel État jouissent, dans tout autre État contractant, de la protection que cet autre État accorde aux œuvres de ses ressortissants publiées pour la première fois sur son propre territoire* ».

Deux attitudes sont dès lors envisageables. Soit, adopter une position de stricte séparation en estimant que la Convention ne règle pas une question de droit applicable et qu'elle est uniquement focalisée sur une problématique de jouissance des droits. La question du droit applicable serait donc renvoyée aux législations nationales[53]. Mais une telle interprétation n'est soutenue par aucune assise textuelle et semble reposer uniquement sur l'ambigüité rédactionnelle du Traité. Une seconde approche à laquelle le texte semble donner prise est celle de la confusion des sphères[54]. Les conséquences à en tirer n'en ressortent pas pour autant avec évidence. Cela voudrait-il dire que l'assimilation vaut tant pour les œuvres – qui sont expressément susvisées – que pour les auteurs ? Ce qui reviendrait à dire que la solution à la question de la jouissance des droits emporte celle de la loi qui leur est applicable. Si tel n'est pas le cas, sur quel fondement doit-on se départir de la loi du for qui, de prime abord semble

---

[53] M. JOSSELIN- GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, Joly, Paris, 1995, spéc. 242.

[54] G. BOYTHA, « Le droit international privé et la protection des droits d'auteur : analyse de certains points spécifiques », *D.A* 1988, p. 437 ; N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, Paris, 2005, n° 907 ; J.-S. BERGÉ, *op. cit*., n° 419.

s'imposer ?

11. *Mutatis mutandis* des observations analogues peuvent être menées à propos de la Convention de Berne[55] et de l'accord ADPIC[56], dont il vrai cependant que le texte, plus riche offre des clés d'interprétation moins incertaines[57]. Il reste toutefois que la confusion entretenue par les textes conventionnels en complexifie toute tentative d'interprétation sereine[58].

12. Centralité du principe de territorialité – Le second enseignement qui se dégage du contexte général est la place hégémonique qu'occupe le principe de territorialité. En effet, ce principe irrigue le régime international du droit d'auteur tant conventionnel que commun. Nous connaissons l'influence que le régime des privilèges a eu sur la naissance et l'évolution du droit d'auteur : un cloisonnement strict des protections accordées au sein des espaces où ils sont reconnus. Le système international du droit d'auteur reproduit une forme d'organisation en systèmes de protection compartimentés et indépendants dont il semble difficile de ne pas reconnaître la proximité[59].

13. Pourtant, si la territorialité des origines constituait bien une négation de l'effet transnational d'un droit, celle contemporaine semble bel et bien un principe de conflit de lois. Elle revient à dire que les protections qu'accordent les Etats même dans le cadre d'une Union conventionnelle conservent une dimension purement nationale. C'est en tous cas de cette manière qu'il convient de comprendre la consécration quasi-universelle de la loi du pays pour lequel la protection est demandée ou *lex loci protectionis*. La solution semble de bon sens si l'on remet en perspective l'évolution historique susmentionnée qui a été marquée par les divergences législatives en la matière et la pratique quasi-universelle des discriminations envers

---

[55] V. notamment, Ch. BOUCHER, « De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers », *JDI* 1915, p. 26 s., spéc. p. 44 s. ; M. van EECHOUD, *Choice of law in copyright and related rights*, Kluwer Law International, 2003, spéc. p. 107 ; Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne encore méconnue », *CCE*, nov. 2008, n° 11, étude 22 ; A. KUR et U. MAUNSBACH, « Choice of law and intellectual property rights », *Oslo Law Review*, 01/2019, Volume 6.

[56] P. E. GELLER, « Conflicts of laws in copyright cases : infringement and ownership issues », *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2004, Vol. 51, p 328 s.

[57] On songe à l'article 4 dont la révision en 1908 a donné lieu à la séparation en deux volets à l'article 5 : le premier étant généralement compris en doctrine comme la base du principe d'assimilation, tandis que le second renfermerait une règle de conflit.

[58] H. DESBOIS, A. KÉRÉVER, A. FRANÇON, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n° 80.

[59] M. Van EECHOUD, *op. cit*., p. 54

les auteurs étrangers. En particulier dans le domaine conventionnel, il fallait tant que faire se pouvait déconnecter l'œuvre du pays d'origine[60] de l'auteur afin que la prise en compte de sa nationalité dans le conflit de lois ne soit le lieu de nouvelles discriminations.

3.2. Révolutions

On ne pourrait donc douter qu'à la fin XIXème siècle, la territorialité (avec le principe d'assimilation) était une véritable révolution dans la mesure où elle permettait à l'auteur de revendiquer plus sereinement ses droits en dépit de son statut d'étranger. Il n'en demeure pas moins que ce cadre juridique, axé sur les principes d'assimilation et de territorialité est fortement remis en question par de nombreuses évolutions sociétales qui n'ont pas manqué d'impacter le droit d'auteur lui-même.

14. Sur le plan économique – La consommation de plus en plus démocratisée d'objets culturels couplée à une utilisation des droits comme outils de stratégie industrielle a entrainé un développement exponentiel de l'industrie des droits d'auteur[61]. Cette transformation s'est elle-même accompagnée d'un double phénomène. D'une part, la transformation des rapports entre les créateurs des œuvres de l'esprit et des exploitants ; une franche non-négligeable de ces objets protégés étant désormais réalisée pour le compte d'autrui, soit dans le cadre de contrats de commande, soit en vertu de relations salariales[62]. Ce qui conduit à questionner la place de

---

[60] Cette déconnexion n'est toutefois pas absolue ainsi que nous le verrons dans la mesure où le droit conventionnel ainsi que le droit commun de certains pays autorisent la concurrence de la loi du pays d'origine et de la loi du pays de protection sur le plan du droit applicable.

[61] En France, une étude du cabinet d'audit Ernst & Young montrait que les industries culturelles et créatives avaient généré plus de 83 milliards d'euros de revenus en 2013 et affiché un taux de croissance de 1,2% supérieur à celui du PIB français sur la même période, V. *Création sous tension. 2e Panorama de l'économie de la culture et de la création en France*, oct. 2015, disponible à :
< https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2e-panorama-de-l-economie-de-la-culture-et-de-la-creation-en-france/$File/ey-2e-panorama-de-l-economie-de-la-culture-et-de-la-creation-en-france.pdf >
En 2017, la valeur ajoutée par les principales industries du droit d'auteur au PIB américain a atteint plus de 1 300 milliards de dollars (1 328,3 milliards de dollars), ce qui représente 6,85 % de l'économie américaine. Les ventes à l'étranger de produits protégés étaient quant à elles de 191,2 milliards de dollars. V. sur ces questions, S. E. SIWEK, « *Copyright Industries in the U.S. Economy: The 2018 Report prepared for the International Intellectual Property Alliance (IIPA)* », Dec. 2018, disponible à :
< https://iipa.org/files/uploads/2018/12/2018CpyrtRptFull.pdf >.

[62] Ph. GAUDRAT et G. MASSÉ, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création, Rapport à Mme la ministre de la Culture*, fév. 2000.

l'auteur au cœur de ces industries[63]. D'autre part, de manière inévitable, ce regain d'intérêt des marchés pour le droit d'auteur a emporté – dans un contexte de mondialisation – une accélération de l'internationalisation des litiges[64].

15. Sur le plan politique – L'action conjointe de la Mondialisation et des nouvelles technologies tend à miner la logique qui sous-tend le principe de territorialité[65]. On sait que le phénomène dit de Mondialisation est porteur non seulement d'une intensification des échanges transnationaux, mais aussi d'une dissociation croissante entre les territoires étatiques et les marchés[66] ce qui aboutit globalement à une perte de vitesse de l'Etat en tant que puissance normative au profit de pouvoir privés économiques[67]. Or un tel élargissement des marchés est de nature à faire perdre aux limites territoriales leur pertinence en tant que facteurs de délimitation des effets d'un fait ou d'un acte juridique. En d'autres termes, les rattachements fondés sur le territoire et la souveraineté étatiques perdent de leur intérêt lorsque ce territoire et cette souveraineté deviennent eux-mêmes théoriquement incertains.

16. Sur le plan technologique – Une analyse analogue peut être menée quant à l'incidence

---

[63] Cet état des choses correspond en dernière analyse à une forme de bond en arrière du statut de l'auteur, qui à peine libéré du joug des libraires par une lente maturation de la philosophie des droits d'auteur, se retrouve désormais du fait de la mondialisation, intriqué dans des relations à peine plus enviables vis-à-vis des nouveaux géants de l'industrie culturelle (ou plus crûment des multinationales). Comme des auteurs le relèvent très justement : « *la concentration verticale qui fait que des entreprises peuvent à la fois proposer des matériels pour les utilisateurs et des produits numériques ou des services, pèse également sur les autres acteurs de la production culturelle. Quand des entreprises comme Apple et Amazon peuvent créer un monopole de fait sur les sources de livres numériques adaptées à leurs appareils de lecture (…) brisant ainsi la capacité de circulation des livres, elles se retrouvent en position de contraindre les auteurs et les éditeurs à accepter leurs conditions. Ce qui est très exactement la situation du monopole des fabricants sur la culture qui a été à l'origine de la première loi sur le droit d'auteur, le Statut d'Anne en Angleterre au début du XVIII*[e] *siècle.* » V. M. DULONG de ROSNEY et H. Le CROSNIER, *Propriété intellectuelle. Géopolitique et mondialisation,* CNRS éditions, Paris, 2014, spéc. p. 23.

[64] Sur cette notion, v. J.-S. BERGÉ, « L'internationalisation croissante des litiges : les réponses apportées en matière de presse et de droit d'auteur par la proposition de règlement communautaire "Rome II" », *LEGICOM* 2004/1, n° 30, p. 117 s. ; F. RIGAUX, « Droit international privé et droit communautaire, L'internationalisation du droit », in *Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 341.

[65] J. de WERRA, « La propriété intellectuelle confrontée aux réseaux », in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? - 30e anniversaire de l'IRPI*, Paris 2014. 54 et s.

[66] G. B. DINWOODIE, « Developing a private international intellectual property law: the demise of territoriality? », 51 *Wm. & Mary L. Rev*. 711, nov. 2009.

[67] V. globalement sur la question, J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé,* LGDJ, 2011.

des nouvelles technologies sur la pertinence du cadre juridique en vigueur. On peut affirmer sans prétendre l'innovation que les applications du numérique au premier titre desquels, l'internet constituent la seconde grande révolution pour la diffusion des œuvres de l'esprit après l'invention de l'imprimerie[68]. Cette révolution remet en cause la protection des droits[69]. A la fois, parce que la philosophie qui anime les utilisateurs de l'internet et les consommateurs de biens culturels participe d'une vision parfois aux antipodes du système d'appropriation privative qu'empote le droit d'auteur, mais aussi parce qu'elle permet une capacité de duplication et de diffusion des œuvres jamais atteintes[70]. Ce dernier aspect est particulièrement problématique. Il semble acquis dans un cadre où les relations transnationales se nouent tous azimuts – du fait par exemple de la simple diffusion non autorisée d'une œuvre sur un site streaming vidéo – que les problèmes de conflit de lois auront tendance à se démultiplier et à se complexifier. L'édifice du droit international privé reposant sur le principe de territorialité ressort définitivement menacé par le caractère « a-territorial » des réseaux numérique.

17. Sur le plan juridique – Les suites du principe de territorialité ne paraissent pas avec la force de l'évidence. Des difficultés interprétatives ont toujours accompagné l'application des principaux instruments du droit conventionnel et les ambiguïtés de ces textes se sont propagées par effet de contagion dans les constructions nationales de droit international privé. La cause de ces difficultés peut être attribuée aux faiblesses rédactionnelles de ces Conventions. Mais, elles peuvent aussi s'expliquer par le fait qu'à l'origine, les rédacteurs n'avaient pas en vue la résolution de problèmes relevant du droit international privé. Du moins pas dans les termes d'un système de conflit de lois. Ce faisant, l'attraction sur le terrain du conflit de lois des règles adoptées par ces conventions n'ont pas manqué de rajouter en complexité.

Au premier titre de ces complexités : l'inextricable relation entre principe d'assimilation, principe de territorialité, principe d'indépendance et *lex loci protectionis.* Si cette dernière

---

[68] P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le village planétaire », *D.* 1996, Chron. p. 131 s.

[69] G. de BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'internet*, Cahier des sciences morales et politiques-PUF, 2ème éd., 2001, spéc. p. 2 s.

[70] Le système des licences libres constitue l'outil privilégié de cette philosophie libertaire. Leur domaine est progressivement passé des logiciels où la pratique s'est initialement développée à des formes plus diversifiées d'œuvre (revues scientifiques en accès libre, œuvres graphiques, licences *créative Commons, etc.*). C'est bien la marque d'un changement de paradigme où par opposition à l'appropriation privative, la gratuité devient un principe fondamental commun au producteur et à l'utilisateur d'œuvres de l'esprit ; v. généralement sur le sujet, A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 858 ; M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres,* Thèse Montpellier, 2006.

repose sur une logique de condition des étrangers, il faudra bien reconnaître qu'elle n'a pas vocation à régir le conflit de lois. Si en revanche, elle repose sur la territorialité, *quid* du rattachement adéquat ? Ces dernières questions ont reçu tant en doctrine qu'en jurisprudence des réponses diverses. Cependant, celle-ci n'ont pas fini d'épuiser les questionnements et l'avènement de nouvelles technologies en a été le principal facteur de renouvellement. En effet, la conjugaison de l'ubiquité des œuvres et de celle du réseau a permis de mettre en lumières certaines limites du principe de territorialité sur le plan du conflit de lois. Si l'œuvre est indépendamment protégée dans tous les pays, la mondialité du réseau démultiplie théoriquement les chefs de compétence en termes de droit applicable en autant de pays où cette œuvre est accessible. Ce qui conduit à questionner l'intérêt du principe de territorialité vis-à-vis de la prévisibilité des solutions et concomitamment de la sécurité juridique qui sont autant d'impératifs chers au droit international privé.

18. De même, le domaine de la territorialité doit être questionné. Il est loisible de considérer – raisonnant selon un esprit de système auquel se prêtent naturellement les méthodes du droit international privé – qu'un rattachement territorial a vocation à s'appliquer à tous les aspects d'une catégorie de droits. Cependant, d'une part, les outils du droit international de la propriété intellectuelle sont rarement explicites sur ce point ; d'autre part, il faut bien reconnaître que dans certaines situations, la variabilité de régime qu'emporte un tel système présente un risque pour la sécurité juridique.

19. La question se pose donc du maintien d'une règle de conflit fondée sur le principe de territorialité. Les évolutions qui viennent d'être explosées appellent à revoir les fondements des solutions qui composent l'édifice du droit international privé du droit d'auteur au prisme notamment de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions. Car, toute règle de droit déconnectée du principe de réalité risque la disqualification[71]. Bien entendu, il n'est pas question de renier les divergences législatives et la dimension nationale du droit d'auteur qui sont les principes moteurs de la territorialité. Toutefois, ainsi que note un auteur, on peut adhérer au principe de territorialité sans pour autant en adopter toutes les suites[72].

Une telle proposition risque, il est vrai, de se trouver à contre-courant d'un mouvement doctrinal

---

[71] En ce sens, M. VIVANT, « *Propriété intellectuelle, Lex loci protectionis et loi réelle* », *D*. 2011, p. 2351.

[72] G. B. DINWOODIE, « Developing a private international intellectual property law: the demise of territoriality? », préc. : « *One can adhere to the basic premises that underlie territoriality without supporting the full range of rules of intellectual property law that are said to reflect the principle*. »

et jurisprudentiel[73] désormais majoritaire qui tend à considérer que la loi du pays de protection a vocation à connaître de tous les aspects du droit d'auteur.

20. Travaux internationaux et principes de droit applicable – Force est cependant de constater que ces dernières années, les principaux forums[74] au sein desquels l'avenir du droit international privé de la propriété intellectuelle a été débattue en viennent à la conclusion qu'une reconsidération du principe de territorialité est nécessaire, certes selon des modalités variées[75]. Une partie des conclusions auxquelles mènent cette étude reposent en effet sur les principes de droit souple (*soft law*) édictés d'une part par *l'American Law Institute* [76] et par l'institut Max Planck d'Allemagne d'autre part [77]. La discussion de ces propositions a présenté en effet l'intérêt de rassembler des juristes de cultures diverses[78] et de concentrer les principaux questionnements qui ont agité les débats doctrinaux récents en matière de droit international

---

[73] Pour l'une des illustrations les plus récentes v. Cass. Civ. 1re, 10 avr. 2013, *Sté ABC News* : *GAPI*, 2e éd., 2015 ; *JCP* 2013. p. 493, obs. LUCAS-SCHLOETTER, et p. 701, note TREPPOZ ; *Propr. intell*. 2013, p. 306, obs. LUCAS ; *RLDI* juin 2013, nº 94, note CERVETTI ; *RIDA* oct. 2013, nº 238, p. 361, note SIRINELLI ; *RTD com*. 2013, p. 725, obs. POLLAUD-DULIAN ; *CCE* 2013. Étude 18, note M.-E. ANCEL ; *CCE* 2014. Chron. 1, nº 15, obs. M.-E. ANCEL ; *D*. 2014. 1066, obs. GAUDEMET-TALLON ; Cass. civ. 1ère, 19 juin 2013, *Culture Press* : *D*. 2013, 2004, note Azzi.

[74] A côté, des forums lancés par *l'American Law Institute* (200 et l'institut Max Planck sur lesquels porteront principalement nos analyses en fin d'étude, on a vu se développer d'autres corps de principes aux finalités et conclusions analogues. On peut évoquer en ce sens le Projet japonais *Transparency* (2010) ; les principes coréens applicables aux litiges internationaux relatifs à la propriété intellectuelle dits « *KOPILA project* (2010) ; les principes nippo-coréens de droit international privé de la propriété intellectuelle de l'université Waseda (2010).

[75] L'approche de l'article 8.1 et le caractère universel que le considérant n° 26 attribue à la loi du pays pour lequel la protection est demandée ne permettent cependant pas de tirer une telle conclusion à propos du Règlement Rome II. Pourtant, la reconduction de la *lex loci protectionis* comme règle de conflit spéciale en matière de droit de propriété intellectuelle avait fait l'objets de vifs débats lors de la négociation de ce texte.

[76] The American Law Institute, *Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes*, 2008 ; pour une présentation générale de ces principes, v. R. DREYFUSS, « The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts? », *30 Brook. J. Int'l L.*, 2005, disponible à :
< https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol30/iss3/2 >.

[77] European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, 1ère ed. OUP, 2013.

[78] Les principes de l'American Law Institute avaient pour rapporteurs, R. DREYFUSS, J. C. GINSBURG et F. DESSEMONTET. Le comité Max Planck était quant à lui composé de spécialistes tels : G. B. DINWOODIE, J. DREXL et P. de MIGUEL ASENCIO.

privé. Ces propositions semblent donc un témoin privilégié des consensus (et des dissensions) à partir desquels des solutions nouvelles peuvent émerger.

4. Délimitation, intérêt du sujet et plan

21. Délimitation du sujet. Pour des besoins de concision et relativement à la nature spécifique de chacun de ces droits, la présente étude sera limitée au droit d'auteur, ce qui exclut d'emblée l'ensemble des droits de la propriété industrielle. Cependant, des excursions sur ce domaine pourront être ponctuellement menées pour les besoins de la démonstration.

22. De même, plus spécifiquement à la propriété littéraire et artistique, le cadre juridique de cette étude est de manière quasi exclusive celui le droit d'auteur. Aucune analyse spécifique ne sera donc menée sur les droits voisins. En raison toutefois de la porosité naturelle de ces matières, de nombreuses conclusions sur le plan du droit international pourront cependant être extrapolées à la matière des droits voisins[79].

23. Par ailleurs, nous ne traiterons pas spécifiquement des contrats d'exploitation des droits d'auteurs qui relèvent généralement de la loi applicable aux relations contractuelles[80]. Nous toucherons cependant aux contrats lorsque nous en viendrons à la question de la titularité, dans la mesure où les relations contractuelles de créations pour le compte d'autrui constituent un terrain propice aux divergences entre titulaires de droits. En raison de la complexité du problème de la titularité et de l'importante croissance de ce type de relations sur le plan transnational, le traitement ne pouvait en être éludé.

24. Quoique les conflits de lois et de juridictions aient en partage le principe de territorialité, la question de la compétence juridictionnelle obéit à ses propres impératifs et constitue un sujet d'étude à part entière. Pour des raisons de concisions, seule la compétence législative sera abordée.

25. Intérêt du sujet. L'intensification des échanges transnationaux est un moteur du

---

[79] Pour une étude spécifique aux droits voisins, v. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2005.

[80] Pour une étude d'ensemble des contrats d'exploitation, v. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique*, GLN-JOLY, 1995 ; v. aussi, pour une analyse complémentaire sur le plan du droit international privé, V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, LGDJ, Paris, 1990.

développement du droit international privé[81]. Elle permet de mettre à jour les tendances lourdes de chaque ordre juridique, notamment à partir de l'expérience qu'offre la confrontation devant le juge d'intérêts d'ordres divers engagés dans ces échanges. Ces expériences sont génératrices de questionnements pertinents à partir desquels il convient de tirer les leçons. Par exemple, le constat du recul de l'Etat dans les relations transfrontières ne devrait-elle pas constituer la base d'une remise en question sur le plan du droit international privé entre autres, des solutions dont la rationalité repose sur la souveraineté ? Il en va ainsi en matière contractuelle où l'on voit le déclin des règles impératives au profit de l'autonomie de la volonté[82]. Il en va de même pour le domaine extracontractuel, en particulier en matière de délits[83], ainsi que pour le statut personnel[84] où les parties sont plus que jamais actives dans la désignation du droit applicable à leurs relations[85].

Compte tenu notamment de l'attention que lui accorde notre époque, la matière de la propriété intellectuelle n'est pas étrangère à ces mouvements. L'intensification des échanges internationaux, les difficultés qu'elle soulève en termes de sécurité juridique, de certitude du droit applicable et d'efficacité des solutions ne remet-elle pas intrinsèquement en cause l'idée d'un droit d'auteur centré sur sa dimension nationale et partant, la validité de la territorialité en

---

[81] Elles en sont même la base. Comme le soulignent d'éminents auteurs : « *le monde est divisé en Etats souverains et indépendants. Lorsque les individus s'abstiennent d'en franchir les frontières, les relations juridiques se déroulent exclusivement à l'intérieur de chacun d'eux ; elles sont toutes des relations soumises au droit interne. Mais les Etats sont rarement en total repli sur eux-mêmes. Les personnes voyagent, voire émigrent, des relations commerciales se nouent d'un pays à l'autre. Dès lors apparaissent les problèmes de droit international privé* », v. P. MAYER et V. HEUZÉ, n° 6.

[82] P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjonctures », *RabelsZ* 2004, p. 225 s., spéc. p. 227 ; v. aussi, M. M. SALAH, « Droit économique et droit international privé », *RIDE*, 2010/1, t. XXIV, p. 9 s.

[83] V. not., l'article 14 du Règlement Rome II ; Code belge de droit international privé : article 101 (pour le principe général), article 99 al. 2-1° (pour l'atteinte à la vie privée) ; article 84 de la LDIP monégasque ; v. généralement sur la question, Th. KADNER GRAZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 445 s. ; O. BOSKOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639 s.

[84] V. les articles 5.1 (pour le principe général) et 5.3 (pour l'accord procédural) du règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 (Rome III) sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ; V. sur ces questions, P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 425 s. ; P. WAUTELET, « Party Autonomy in International Family Relationships : A Research Agenda », in C. CAUFFMAN et J. SMITS (dir), *The citizen in european private law*, p. 17, p. 17 s. 2015 ;

[85] V. HEUZÉ, « La volonté en droit international privé », *Droits*, 1998, p. 113 s.

tant que principe inspirateur de ces solutions ? La réponse à cette question implique d'en scruter la rationalité ; de le confronter à d'autre principes avec lesquels il est censé coexister ; et d'arbitrer des équilibres. Des études d'envergure allant en ce sens ont été menées[86]. Les présents travaux s'y réfèrent à titre de base de réflexion.

26. Les questions que soulève le principe de territorialité du droit d'auteur paraissent cependant sous un jour nouveau sous la houlette de l'internationalisation des litiges, augmentée d'une accélération des changements technologiques. Ce renouvellement problématique affecte tant le conflit de juridictions que la désignation du droit applicable. L'autorité des juridictions appelées à juger un litige portant un droit d'auteur est d'autant relativisée que l'éparpillement dans l'espace des facteurs de rattachements mine la certitude du rapport de proximité qui doit exister entre la juridiction compétente et la cause litigieuse. C'est en réalité un phénomène

---

[86] H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976 ; M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, Paris, Litec,1977; E. ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflicts of Laws*, Luxembourg, 1978, Kluwer ; S. DURRANDE, *La détermination du pays d'origine de l'oeuvre en droit international privé*, thèse, Paris II, 1980 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois - Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris, 1990, Litec ; S. ZHANG, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de la propriété intellectuelle : évolution et actualité*, Litec, 1994 ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique - Étude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, GLN Joly, 1995 ; J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, LGDJ, 1996 ; M. NOVIER, *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Comparativa, 1996 ; J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual property and Private international law*, Oxford Clarendon Press, 1998 ; J. GINSBURG, « The private international law of copyright in an era of technological change », *Recueil des Cour*s 1998, t. 273, p. 239 s. ; E. TREPPOZ, *La protection internationale du logiciel - Étude de droit comparé et de droit international privé*, thèse, Paris, 2001 ; N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002 ; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ , 2002; M. van EECHOUD, *Choice of law in copyright and related rights: Alternatives to the lex protectionis*, Kluwer Law International, 2003 ; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ, 2005; L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006 ; D. MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2009 ; R. MATULIONYTÉ, *Law applicable to Copyright: A comparison of the Ali and Clip proposals*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2011 ; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ, 2005 ; J. BASEDOW, J. DREXL, A. KUR et A. METZGER, *Intellectual property in the conflict of Laws*, Mohr Siebeck, 2005; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *Berne Convention and beyond : international copyright and neighbouring rights agreements from 1886 to the present*, Oxford, 2006 ; C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Kluwer, 2010 ; B. UBERTAZZI, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Mohr Siebeck, 2012.

identique qui se produit sur le plan du droit applicable lorsque le rattachement territorial conduit à la démultiplication des lois candidates. En d'autres termes, les critères à partir desquels le choix de la loi applicable est atteint dans leur pertinence théorique et pratique (c'est ce que traduisent les débats sur l'opposition entre la théorie de la diffusion et celle de la réception d'une part, et celle de « l'accessibilité » et de la « focalisation » d'autre part).

Prolonger la réflexion sur le jeu de la territorialité en droit international privé permet ainsi d'opérer une synthèse du cadre juridique (législation, jurisprudence et doctrine) mais aussi d'en proposer un affinement lorsque des limites en sont relevées. La place qu'occupe le principe de territorialité dans ce cadre, voire son caractère « *universellement reconnu* » ne semblent pas suffisants à en admettre une application systématique. On sait que l'aura de ce principe est directement tributaire de sa consécration par des instruments du droit international[87]. Une telle attitude risque d'accréditer la thèse d'une territorialité muée en dogme[88].

27. Quoi qu'il en soit, à notre époque, il ne nous semble pas indiqué de continuer à appliquer les principes élaborés au fil des siècles derniers en raison des impératifs de ces temps sans approfondir la question de leur adéquation. Ce serait prendre le risque de forger un droit d'auteur en déphasage avec la réalité pratique.

28. Annonce du plan. Le cheminement de cette étude est celui d'un test ; celui du principe de territorialité et particulièrement son corolaire, la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Le but en est de déterminer dans quelle mesure ils doivent être admis ou rejetés.

Pour questionner et comprendre ce qui devrait l'être, nous suivrons la suggestion de P. LAGARDE selon laquelle : « toute règle de rattachement est affrontée à certaines difficultés de fonctionnement, (…) la définition du rattachement, la défaillance du rattachement et la pluralité de rattachements. »[89]

29. Dans cette optique d'identification, il conviendra d'examiner la rationalité de la

---

[87] Pour le moment, révision n'en est même pas envisagée tant elle équivaudrait à aller au-devant des plus grandes difficultés. Il n'y a pour s'en convaincre qu'à regarder le nœud gordien que constitue la propriété intellectuelle dans les négociations du cycle de Doha (OMC) ; V. généralement sur cette question, M. RAINELLI, *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Collection « Repères », La Découverte, 2011, spéc. p. 87 s.

[88] F. BEIER, « La territorialité du droit des marques », *JDI* 1971, p. 16 s. ; G. B. DINWOODIE, « Developing a private international intellectual property law: the demise of territoriality? », préc., spéc., p. 765 : « *territoriality needs to be explained and defended, not simply invoked*. »

[89] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des cours* 1986, t. 196, p. 66 s.

territorialité et de la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Force est en effet de constater que si la doctrine unanime octroie un rôle central à la territorialité, l'accord ne se fait pas sur la justification de la place qui lui est accordée, de même que les conséquences qu'il faut en tirer. En termes de conflit de lois, ce flou autour de la notion de territorialité se traduit par une compréhension incertaine des règles que ce principe est censé inspirer. L'examen montre cependant que le principe de territorialité résulte bien de la spécificité des droits de propriété intellectuelle ; spécificité qui permet elle-même d'éclairer sur le sens même de la notion de loi du pays pour lequel la protection est demandée. En dépit d'une propension à la protéiformité (pluralité des rattachements), c'est le lieu de l'exploitation litigieuse, mais plus strictement celui du délit que vise la notion de *lex loci protectionis.*

30. Il sera dès lors aisé d'objecter que tout n'est pas contrefaçon et que la question de la contrefaçon elle-même suppose que le droit existe, qu'un titulaire soit identifié… C'est questionner le domaine de la territorialité. Une lecture comparative montrera en ce sens que ce domaine est de moins en moins partagé.

31. La loi applicable à la contrefaçon n'est pas exempte de difficultés. Lorsqu'on y applique une stricte territorialité, on assiste à une surdétermination du rattachement surtout lorsque l'atteinte alléguée s'est réalisée par le biais d'internet. Une telle situation est indéniablement préjudiciable pour la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions (défaillance).

32. La première phase de la réflexion confirme bien le triomphe de la territorialité sur le conflit de lois. Mais paradoxalement, elle donne aussi l'image d'un principe essoufflé vis-à-vis de l'internationalisation du droit, très souvent retenu par habitude que par confrontation de l'ensemble des impératifs qui parcourent le droit international de la propriété littéraire et artistique.

33. Que faire en pareille situation ? Suivant encore l'enseignement du professeur LAGARDE, on sait que chacune des trois principales difficultés qu'une règle de rattachement est susceptible de poser « *peut être interprétée comme une simple difficulté de parcours, dont la solution est à chercher dans le principe même qui a inspiré la règle de conflit, (…) Mais l'un ou l'autre de ces incidents peut aussi être perçu comme le signe d'un échec, ou en tout cas comme une limite du principe inspirateur, et sa solution cherchée dans un autre principe (…)* »[90].

En ce sens, l'un des partis pris de cette étude a été de placer la territorialité, division hermétique

[90] P. LAGARDE, *ibid.*

des ordres juridiques en face d'un principe concurrent, l'universalité, et d'en tirer toutes les conséquences en termes de cohérence et d'opportunité. Toutefois, si de prime abord, le principe d'universalité, fondé sur le respect des droits acquis permet en théorie de sauvegarder la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions, l'examen détaillé a cependant permis de mettre à jour le fait que les solutions qu'il inspire sont frappées d'ambigüités analogues à celles du principe de territorialité. Il en va ainsi du domaine de la loi du pays d'origine ou de la désignation du pays de première publication.

Est-ce pour autant qu'il conviendrait de faire le choix définitif du *statu quo* ? La territorialité et l'universalité, pouvant conduire aux mêmes impasses quoique présentant chacune des avantages propres, il semble indiqué d'opérer des arbitrages. La mise en place de ces arbitrages nécessite une incursion dans les règles qui déterminent le choix des rattachements en droit international privé. L'illustration d'arbitrages comparables a été fournie par l'ensemble des propositions de droit applicable à la propriété intellectuelle les plus récentes. Quelque peu *a contrario* d'une tendance jurisprudentielle et législative, celles-ci ont en partage d'adhérer à la territorialité sans toutefois en épouser toutes les conséquences. C'est précisément le parti pris de cette étude.

Plan :

PARTIE 1 : GÉNÉRALITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES

PARTIE 2. RELATIVITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES

PARTIE 1 : GÉNÉRALITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES

34. Hégémonie du principe de territorialité – Le constat de domination du principe de territorialité dans le règlement des conflits de lois relatifs à la propriété intellectuelle souffre de peu de contestation. Les auteurs et les législateurs s'accordent à reconnaître que le droit d'auteur est un droit territorial et depuis PILLET et sa doctrine des droits acquis, peu de voix dissonantes ont été entendues sur cette question. Cette hégémonie se traduit par la place qu'occupe dans le droit international privé et conventionnel de la propriété intellectuelle, la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Ce constat de domination de la territorialité et de sa traduction conflictualiste, la loi du pays pour lequel une protection est revendiquée transparaitra de manière assez nette dans les développements qui suivent.

Il n'en faudra pas moins cerner le sens et les implications exactes de ces deux notions, et il est vrai que la tâche n'est pas des plus aisées. La notion de territorialité est elle-même plurielle ; elle n'aura des implications identiques pour le droit pénal et pour le droit fiscal. A l'intérieur même d'une matière comme la propriété intellectuelle, sa compréhension varie d'un auteur à un autre et cette variabilité impacte les règles qu'elle sous-tend. On observe donc un premier palier de difficulté essentiellement d'ordre terminologique.

A côté de celles-ci, s'élèvent les problèmes relatifs aux domaines et aux implications pratiques de la loi du pays de protection comme règle de conflit. En effet, la démultiplication qu'emporte la territorialité ne touche pas uniquement le sens de la règle de conflit, mais aussi les chefs de compétence législative et cette dernière conséquence est exacerbée par les moyens modernes d'exploitation des droits. Or, ainsi que nous le verrons, certains aspects du droit d'auteur non directement liés à la question du droit applicable à une atteinte composent difficilement avec cette variabilité.

L'observation montre donc une hégémonie en tant que règle de conflit de la *lex loci protectionis* dans l'extrême majorité des systèmes de protection nationaux et internationaux et particulièrement une compréhension étendue du domaine de cette règle (titre 1er). Cependant, la justesse et inévitablement la légitimité de cette règle de conflit est à notre sens contestée en raison des limites qu'elle emporte, principalement en termes de prévisibilité et de sécurité

juridique (titre 2).

Titre 1er : La *lex loci protectionis* comme règle de conflit

35. Une règle de conflit universelle, de nombreuses ambigüités – En termes de conflit de lois, lorsqu'à l'instar de l'immense majorité des système nationaux il est posé que la loi applicable est celle du pays pour lequel la protection est demandée, les difficultés en termes de localisation ne font en réalité que commencer.

Cette complexité découle non seulement des imperfections terminologiques des textes qui consacrent cette solution, de même que des difficultés à cerner les principes théoriques qui la sous-tendent. Ceci, au point qu'il a parfois été conclu à l'observation de ces nombreuses ambigüités que le droit d'auteur avait vocation à échapper au conflit de lois. L'énonciation peut sembler étonnante, mais la propension qu'ont longtemps eu les tribunaux à appliquer la loi du for est pourtant de nature à le confirmer empiriquement.

36. Si tel n'est pas le parti pris de ces travaux, il n'en a pas moins fallu lever les nombreuses ambigüités qui entourent la notion de *lex loci protectionis*. Pour ce faire, il a fallu analyser les fondements théoriques de la règle en posant comme axiome qu'elle découle du principe de territorialité (Chapitre 1er). Puis, observant une propension de la règle à la protéiformité, il a semblé judicieux d'identifier formellement le rattachement auquel elle renvoie (Chapitre 2).

Chapitre 1er : Les fondements théoriques des solutions conflictuelles : le principe de territorialité

37. Pluralité de fondements – Cette partie aura pour ambition d'exposer les différentes approches théoriques explicatives du principe de territorialité. S'il est vrai que le droit d'auteur est généralement soumis au principe de territorialité, les explications de ce phénomène sont cependant fort variées et il n'est pas en réalité de la première évidence de déchiffrer le jeu de cette territorialité.

Les justifications du principe de territorialité peuvent en effet varier selon que l'on se place en droit commun ou selon que l'on est droit conventionnel.
Pour expliquer le principe de territorialité, une première approche peut consister à observer la nature des droits replacés dans une catégorie particulière comme le veut l'enseignement traditionnel du droit international privé. C'est le parti pris d'une certaine doctrine, qui voit le droit d'auteur comme une droit moniste centrée sur les prérogatives patrimoniales ou ceux qui voient les règles internes de protection du droit d'auteur comme relevant des lois de police.
Une explication de la territorialité peut encore s'opérer en dehors de toute approche qualificative, en observant les traits communs du droit, dans son élaboration et dans ses conséquences.
Au-delà de la nature du droit, selon certains, le fondement de la territorialité est retiré de l'observation du traitement réservé à l'auteur dans un contexte de conflit porteur d'un élément d'extranéité.

38. Aussi observera-t-on qu'en dépit d'une identité de conséquences, les fondements du principe de territorialité varient selon que l'on se place du point de vue du droit commun (section 1) ou du droit conventionnel (section 2).

Section 1ère : Le principe de territorialité du droit d'auteur en droit commun

39. Des situations juridiques hors du conflit de lois – L'influence de la notion de territorialité en matière de propriété intellectuelle est si forte que, pour une partir de la doctrine,

elle a pu justifier en un certain temps la négation du conflit des lois en la matière[91]. Le constat trahit une forte imbrication de considérations, mêlant statut des étrangers et conflit des lois, tout en donnant des indications sur la nature même de l'objet traité, objet qui, par essence, se montrerait « *hostile au jeu traditionnel de la règle de conflit* » d'autre part[92].

S'agissant historiquement de privilèges octroyés par un Prince ou un Seigneur, dans un système territorial, ces prérogatives n'avaient d'impact que dans les limites du pays où ils avaient été octroyés.

Le principe de territorialité désignerait tout d'abord une forme d'organisation du travail entre ordres juridiques visant à limiter dans un espace matériel l'effet des droits concédés à l'auteur. A ce stade, le problème posé peut se concevoir comme relevant du droit interne a minima, a maxima du statut des étrangers et des droits qui leur sont accordés, mais certainement hors du champ de la règle de conflit. Ainsi pour certains, la nature spécifique du droit considéré commandait d'opérer une confusion entre la détermination de la loi applicable à l'œuvre étrangère et celle de la jouissance des droits par l'auteur étranger.

Cette position prenait le contre-pied d'une tendance héritée des lumières[93] pour laquelle le droit d'auteur s'analyse comme un droit naturel de propriété sacré et inviolable[94]. Il n'est d'ailleurs pas étonnant qu'au titre des débats postrévolutionnaires portant sur l'élaboration d'un système de protection par l'octroi de droits privatifs, l'on ait pu soulever que les auteurs jouissaient d'un « *droit naturel* » à la protection[95] devant relever du statut personnel. La question revenait donc à savoir si l'étranger pouvait bénéficier d'une protection en France sur ses œuvres étrangères, s'agissant d'un droit considéré comme territorial. En d'autres termes, la question portait moins sur la protection de l'œuvre elle-même que sur les droits que pouvait revendiquer un étranger.

Il a fallu une lente maturation des règles encouragée par le droit conventionnel pour que la protection de l'œuvre acquiert en soi un statut sur le plan du droit international privé. Dès lors,

---

[91] Ch. BOUCHER, « De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers », *JDI* 1915, p. 26 s., spéc. p. 29.

[92] J. RAYNARD, Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur, Litec, 1990, p. 20.

[93] V. notamment, E. KANT, « *Von der Unrechtmassigkeit des Buchernachdrucks* » (1785), ainsi que «*Metaphysische Anfangsgründe der rechtslehre* » (1797) – J. LOCKE, Two treatises on governement, ed. P. Laslett, Cambridge, 1967.

[94] La question qu'on pouvait dès lors se poser était de la définition de la catégorie dans laquelle se rangent les droits naturels, statut réel ou personnel.

[95] Ch. BOUCHER, préc., p. 26.

dans une approche savignienne, s'est posée la question du rattachement de cette matière. Dans cette optique, un consensus quasi-universel s'est opéré pour admettre que le droit d'auteur est soumis au principe de territorialité.

40. Si partagé que soit le consensus, les fondements et les implications de ce principe font débat. Les explications théoriques en varient ainsi selon qu'on considère que le régime international du droit d'auteur découle d'une analogie avec la propriété corporelle (paragraphe 1er) ; qu'il s'agit d'une catégorie de droits relevant des règles d'application impératives du for (paragraphe 2) ; ou encore que la territorialité du droit procède de la manière dont les droits subjectifs sont organisés dans l'ordre international (paragraphe 3).

Paragraphe 1er : La territorialité comme conséquence d'une conception « propriétariste » du droit d'auteur

41. **Analogie propriétariste** – comme souligné précédemment, la légitimité du principe de territorialité, peut être fondée sur les spécificités du droit d'auteur lui-même puisqu'en droit international privé mieux qu'ailleurs, le régime assigné à un objet est dépendant de la catégorie juridique dans laquelle ce bien est rangé.

Bien qu'en France, sur la question de la nature du droit d'auteur, le législateur ait tranché en optant pour la terminologie évocatrice de « *propriété littéraire* », comme englobant le droit d'auteur et les droits voisins, elle n'en demeure pas moins « *éclairante* » quant aux fondements des solutions retenues en droit positif[96]. Cette terminologie ne s'est pourtant imposée de manière définitive qu'à la suite d'un mouvement de balancier au cours duquel l'idée d'une qualification *sui generi* fut notamment évoquée[97].

Certains auteurs incitent en ce sens à penser que la qualification de meuble incorporel relève du bon sens[98], mais l'on réalise assez rapidement que rattacher les œuvres de l'esprit à la catégorie

---

[96] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 22 s.

[97] Ibid.

[98] On a pu à cet effet critiquer « le matérialisme étriqué » du Code civil car ne favorisant pas suffisamment la compréhension du concept de bien comme renvoyant à une catégorie juridique composée d'objets hétéroclites

des droits de propriété semble parfois revenir à les allonger dans un lit de Procuste.

42. Le raisonnement conduisant au rattachement du droit d'auteur au statut réel découle de la qualification par analogie de l'œuvre elle-même[99]. L'œuvre est ainsi considérée comme une chose ; une chose, certes incorporelle. De fait, le droit portant sur cette chose est un droit de propriété. Le parallélisme ainsi opéré entre propriété mobilière et propriété intellectuelle fonde non seulement l'élection du statut réel au niveau du droit international privé, mais se veut aussi explicatif du phénomène de la territorialité du droit d'auteur (A). L'analogie se recentre cependant sur le monopole d'exploitation au détriment des prérogatives extrapatrimoniales qui n'exerceraient aucun rôle sur le plan du droit international privé (B).

A. Le droit d'auteur comme droit de propriété

43. Emergence de la thèse propriétariste – Si les problématiques propres au droit international privé sont d'apparition récente dans le domaine des propriétés intellectuelles, bien qu'elles redonnent une certaine vivacité à la matière, c'est assez tôt que la dispute relative à leur nature s'est engagée.

Les thèses souscrivant à une qualification réelle du droit d'auteur se caractérisent par une centralité, voire un exclusivisme de ses aspects économiques ; le droit d'auteur est avant tout un bien ayant une valeur patrimoniale et les prérogatives extra-patrimoniales sont souvent réduites à un rôle de simple appendice des premières.

Ainsi pour l'avocat Louis d'HERICOURT, précurseur de la conception propriétaire du droit

---

(tant matériels qu'immatériels), eux-mêmes répondant aux besoins de la pratique, à l'évolution des sociétés ; l'auteur relève que les choses matérielles étaient déjà connues du droit romain et ne paraissaient pas faire exception dans le régime de la propriété ; *v.* M. VILLEY, « Les Biens et les Choses », *Arch. phil. droit.* t. 24, Sirey 1979, p. 2 ; M.-C. DOCK, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ 1962, p. 15 et s. ; *contra :* M. CRIONNET, *Les Droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, LGDJ 1975, p. 26.

[99] L. d'AVOUT, Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, Economica, 2006, n° 66, p. 92 et s., l'auteur fait ainsi remarquer que : « la chose immatérielle, existant en pur fait, est douée d'ubiquité ; tandis que les droits patrimoniaux sont fortement attraits vers le régime de stricte territorialité. L'explication doctrinale de ce constat a souvent été puisée, directement ou par analogie, dans le régime plus ancien et non contesté des choses matérielles et des droits réels. »

d'auteur, l'œuvre relèverait ainsi d'une forme de « propriété mystique »[100] - une manifestation du divin qui se traduit par le génie et l'auteur ne serait que le canal de celle-ci - tout en se confondant du point de vue de son identité avec son homologue, la propriété corporelle[101]. Il écrira en ce sens : *« l'écrivain est propriétaire de son œuvre et il la transmet intégralement au libraire avec tous les attributs dont le principal est la perpétuité »*[102]. Puisque l'auteur est seul « propriétaire » de son œuvre, il n'y aurait pas de différence significative entre le monopole d'exploitation concédé à un éditeur et un droit de propriété portant sur un terrain à métayer, conclut-il.

Cette conception sera reprise chez DIDEROT pour qui l'œuvre traduit à la fois le moi de l'auteur mais aussi une production économique dont il semble naturel qu'il tire rémunération[103] en tant que propriété personnelle.

Sous l'influence de LAKANAL, le législateur révolutionnaire adoptera successivement deux dispositions que l'on considère traditionnellement comme marquant l'irruption dans la sphère législative du droit d'auteur en France. En réalité, ces lois ne sont que la traduction législative du mémoire d'HERICOURT et des vues doctrinales d'auteurs tels que SEGUIER[104].

---

[100] Le droit d'auteur relèverait de ce fait, non plus du privilège royal ainsi que cela était entendu jusqu'à lors mais du régime la de propriété, ce qui justifie le droit de cession reconnu aux auteurs au profit des libraires. Le plaidoyer d'Héricourt vient en soutien à la thèse défendue par les corporations de libraires sentant l'affaiblissement de la théorie des privilèges comme fondement du monopole qu'ils détenaient sur le commerce des livres ; monopole attaqué d'abord par un arrêt du Conseil d'Etat privé du roi, le 14 septembre 1761, où il a notamment été estimé qu'opposition ne pouvait être faite à l'inscription du privilège reconnaissant le droit de reproduction des œuvres litigieuses aux descendantes de La Fontaine en tant qu'héritières de ce dernier car, il était clair selon le Conseil qu'aucun libraire ne jouissait d'un privilège sur les œuvres de l'illustre fabuliste. Puis, par un autre arrêt du Conseil en date du 30 aout 1777 qui devait reconnaitre à l'auteur le statut de premier bénéficiaire du privilège de reproduction. Les libraires quant à eux prétendaient à la perpétuité de leurs prérogatives d'exclusivité puisque le fondement en résidait non pas dans le privilège royal mais dans le droit de propriété qui leur était cédé par les auteurs de ces œuvres ; *v*. en ce sens, M. FUJIWARA, « Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la Lettre sur le commerce de la librairie », *Revue d'histoire littéraire de la France,* 1/2005 (Vol. 105) ; P.-A. FABRE et *alli, Le Sujet absolu,* Million, 2007, p. 239 s. ; S. HADDADIN, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur,* Thèse Poitiers, 2008, spéc. n° 3 s.

[101] H.-J., A. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 25.

[102] Cité par P. RECHT, *Le Droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ 1969, p. 30, l'auteur reprenant lui-même une citation de M.-C. DOCK, *op. cit.*, p. 116.

[103] F. CHAUDENSON, *A Qui appartient l'œuvre d'art,* Armand Colin 2007, spéc. p. 57 s.

[104] P. RECHT, *ibid*. p. 41.

D'orientation moniste, les décrets des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793 consacrent respectivement d'une part le droit de représentation publique des œuvres dramatiques et d'autre part, le droit de reproduction au profit des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, peintres et dessinateurs. En dépit du caractère laconique de leur rédaction, ces textes opèrent une rupture dans la mesure où ils rejettent définitivement la qualification de privilège jusqu'alors retenue et recourent directement au concept de propriété[105].

La qualification du droit d'auteur en droit de propriété traduit en réalité l'extension conceptuelle du domaine de la propriété ou plus précisément la prééminence qu'elle prend avec la Révolution française. Le droit exclusif de l'auteur est dans cette perspective regardé comme un facteur d'épanouissement de l'individu et de cohésion sociale qu'il convient de rattacher à ce que l'Homme de la Révolution élève au rang du sacré : la propriété[106]. Pareille qualification en droit de propriété procède donc à ses origines moins d'une démarche en termes de catégories juridiques que d'une approche symbolique[107]. La qualification propriétariste, en particulier au XVIIIe siècle apparait de prime abord comme incantatoire puisqu'elle assimile telle quelle la chose immatérielle – qu'à l'époque les auteurs ne perçoivent pas réellement comme telle – à la propriété traditionnelle.

44. « La propriété comme modèle »[108] – Ce n'est que plus tard, avec le ralliement de POUILLET que la thèse propriétariste connaîtra un développement plus complet du point de vue juridique[109]. L'auteur tentera d'apporter un souffle nouveau à cette doctrine en appréhendant l'œuvre comme avant tout un produit du travail intellectuel de son créateur[110]. Pour ce faire, il

---

[105] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 8.

[106] M.-A. HERMITTE, « Le Rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation », *Arch. phil. droit*., t. 30, Sirey 1985, p. 335.

[107] Sévère, DESBOIS écrira à ce propos que « c'est par un abus de langage que sous l'influence de courants où le sentiment tenait plus de place que la pensée, l'expression propriété littéraire et artistique était jadis d'un usage courant », v. H. DESBOIS, « Le Droit d'auteur », éd. 1950, p. 273; A. et H.-J. LUCAS, Traité, n° 25, p. 26.

[108] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », In *Mélanges offerts à André Colomer*, 1993, p. 281-305.

[109] P. RECHT, *op. cit*, p. 50.

[110] E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1908, n° 9, p. 28 ; il faut cependant souligner qu'une telle justification à la nature propriétaire du droit d'auteur avait préalablement été soulevée ; ainsi a-t-on pu lire, quoique affirmé de manière quelque peu lapidaire que : « *Toute valeur est la propriété qui l'a produite par son travail intellectuel et manuel* », *v*. ACOLLAS, « *La Propriété littéraire et artistique* », 1886, cité par P. RECHT, *ibid*. p. 49.

avalise l'idée selon laquelle les œuvres de l'esprit peuvent valablement être soumises au régime traditionnel de la propriété matérielle. En réalité, ce sont les rapports entre l'œuvre et la personne de l'auteur qui sont ici révisés et au demeurant vont servir de fondement à la qualification en droit. Pour POUILLET, l'auteur est d'abord un créateur qui détient un droit réel sur sa création, son travail. Aussi, estime-t-il que la propriété reconnue à l'auteur sur ladite création a quelque chose de plus « *indéniable* » que son homologue, la propriété matérielle. En effet, si en termes de propriété matérielle, l'appropriation se réalise sur une chose préexistante au moment où le rapport de droit s'établit, c'est par le biais de l'effort créateur de son intellect que l'auteur acquiert le statut de propriétaire sur son œuvre ; le recours à la notion de travail intellectuel ajoute une part de certitude à la qualification propriétaire du droit d'auteur puisqu'il établit une relation indissoluble entre l'auteur et l'œuvre sans pour autant que cette dernière devienne par la même une « *émanation* » au sens personnaliste. Un nombre non négligeable d'auteurs viendront par la suite consolider cette doctrine de manière plus ou moins novatrice[111] tandis que d'autres tenteront de la renverser en soumettant le droit d'auteur à un régime propre[112].

Ce raisonnement en termes propriétaires pour les auteurs qui y sont favorables nécessite certes de faire preuve de nuance et d'entendre la notion de propriété non pas comme un bloc monolithique, mais comme un simple modèle dans lequel la matérialité des objets sur lesquels portent les droits n'est qu'une spécificité parmi tant d'autres[113]. Le professeur VIVANT[114] souligne en ce sens que la difficulté à entendre la propriété intellectuelle comme entrant dans le champ pur et simple de la théorie générale de la propriété relève non pas en soi du caractère immatériel des objets appréhendés mais des spécificités de cette dernière. Celle-ci ne peut en effet se réduire aux termes de l'article 544 du Code civil comme s'il s'agissait d'une figure unique. Les modèles propriétaires seraient multiples en réalité. Au-delà donc d'un ensemble de prérogatives allant de la faculté d'usage d'un bien à celle de sa destruction, ce qu'il faut retenir est l'idée de maitrise ou plus spécifiquement celle de « réservation » en tant que dénominateur

---

[111] Ainsi de JOSSERAND pour qui « les œuvres de l'esprit comportent une appropriation exclusive et opposable à tous, donc une sorte de propriété », sans pour autant rejeter le constat selon lequel existe « en marge de la propriété incorporelle, un droit moral inaliénable donc extra-patrimonial, inhérent à la personnalité de l'auteur ». v. L. JOSSERAND, « Cours de Droit civil positif français » t. I, Sirey 1938, p. 846 ; P. RECHT, op. cit. p. 120.

[112] *V.* Thèse des *droits intellectuels* d'E. PICARD, thèse des *droits de clientèle* de P. ROUBIER.

[113] Rappr. D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t. 2, n° 646.

[114] M. VIVANT, « Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle », *D.* 2011, p. 2354.

commun des différents régimes de propriété.

45. Apports jurisprudentiels – La jurisprudence a elle-même hésité à s'engouffrer dans la brèche propriétariste. Ainsi a-t-on pu lire que « *les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique sous le nom de propriété ; que loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire* »[115], ou encore que « *si la propriété des œuvres littéraires, musicales et artistiques dérive du droit naturel, la nature des objets auxquels elle s'applique n'a pas permis de la laisser soumise aux régies absolues du droit de propriété en général, que des considérations d'ordre et d'intérêt public ont dû déterminer le législateur à en régler et modifier l'exercice* »[116] ; ou plus directement lorsque la Cour d'appel de Paris souligne que l'auteur d'une œuvre musicale ne détient à ce titre que des « *droits spéciaux, temporaires et différents du droit absolu de propriété perpétuelle* », ce d'autant plus que le code civil dont la législation n'a pas été modifiée en ce sens n'entendait pas les confondre avec les biens meubles ou immeubles[117].

Toutefois, d'après du Conseil constitutionnel, c'est bien dans la catégorie des « *domaines nouveaux de la propriété* » qu'il convient de classer le droit d'auteur, emboitant ainsi le pas aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme où l'art. 17.2 se limite à affirmer que la « *propriété littéraire est protégée* »[118].

B. La distraction des prérogatives morales

46. Caractère accessoire du droit moral – Si pour le législateur, l'hésitation n'a plus cours, puisque le code de la propriété intellectuelle qualifie le droit d'auteur de droit de

---

[115] Cass., 20 juillet 1887.

[116] Cass. 14 décembre 1887.

[117] C.A Paris, 1er févr. 1900, *Lecocq* : *S.* 1900, 2, p. 121, note SALEILLES.

[118] Un auteur a souligné en ce sens le caractère progressif de ce parti pris d'abord « suggéré » dans la décision n° 81-132 du 16 janv. 1982 puis formulé expressément dans les décisions n° 90-283 du 8 janv. 1991, les décisions n° 2004-498 et n° 2004-499 du 29 juil. 2004, v. en ce sens, M. VIVANT, « Et donc la propriété intellectuelle est une propriété… », *Prop. Intell.* 2007, n° 23, p. 193.

propriété, du point de vue doctrinal, les choses ne semblent pas aussi arrêtées, en particulier en ce qui concerne le droit international privé. La qualification de droit international privé s'avère hautement tributaire du régime juridique attribué à l'objet saisi. Il en va ainsi différemment selon que l'on aura qualifié le droit d'auteur de droit de propriété ou de droit personnel par exemple.

47. En ce sens, une thèse plus récente proposée par le professeur J. RAYNARD s'est faite l'écho de ladite approche propriétaire, semblant ainsi tirer les conséquences des évolutions législatives et jurisprudentielles qui ont été relevées précédemment. Partant de l'idée que le droit d'auteur est un droit de propriété comme un autre, cette thèse propose sur le plan du droit international privé de l'inclure dans le statut réel [119].

A ces fins, l'auteur s'inscrit à contresens de l'idée fort répandue en doctrine selon laquelle, les droits réels ne peuvent connaître des choses immatérielles[120]. La démonstration ambitionne de ce fait de dépasser l'obstacle de la corporalité afin de se focaliser sur la « *structure interne du lien de droit* ». Or, un tel parti pris laisse entrevoir un premier un écueil dont il semble impossible de faire l'économie : l'existence au sein des droits reconnues aux créateurs d'œuvres de l'esprit de prérogatives « intellectuelles et morales » d'une part. Cette réalité constitue la difficulté centrale de toute approche moniste, en ce qu'elle se donne pour finalité de fédérer sous une bannière unique des éléments dont la nature s'avère divergente, voire radicalement opposée[121]. Il en va ainsi tant des thèses personnalistes que de celles propriétaristes. C'est ainsi qu'au regard d'une frange majoritaire de l'école allemande, les prérogatives patrimoniales du droit d'auteur n'ont de valeur que dans l'hypothèse où elles visent la protection de la personnalité de l'auteur matérialisée par son œuvre[122]. La thèse de M. RAYNARD s'inscrit dans une optique inverse tout en retenant une méthode identique. L'auteur commence par réfuter le postulat traditionnellement admis selon lequel existerait une catégorie unitaire de droits dits de la personnalité[123] au sein de laquelle s'insère le droit moral des créateurs d'œuvres de l'esprit[124].

---

[119] J. RAYNARD, *op. cit*, p. 20 s.

[120] *Ibid.* n° 339, p. 313 et s.

[121] J.-S. BERGÉ, La Protection internationale et communautaire du droit d'auteur, LGDJ 1996, n° 91, p. 73.

[122] E. BOUCHET Le MAPPIAN, Propriété intellectuelle et Droit de propriété, PUR, 2013.

[123] Pour une restitution évolutive de la notion de « droits de la personnalité », *v.* : J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *RTD. Com.* 2012, p. 35.

[124] La jurisprudence quant à elle demeure laconique et hésitante sur le rattachement des droits moraux à la

Il s'agirait selon lui d'une nébuleuse composée de droits hétéroclites, sans assise juridique véritable dont l'incertitude atteint la qualité de droit subjectif au point d'en remettre en cause l'existence même[125].

Si ce constat ne suffit pas à lui seul à emporter une contradiction définitive à la logique dualiste, il apparait au surplus pour le professeur RAYNARD qu'une « *qualification par distraction du droit moral* » des droits patrimoniaux pourrait être admise. L'auteur estime que les prérogatives d'ordre patrimonial et celles *a priori* destinées à la sauvegarde d'intérêts d'ordre personnels sont imbriquées. Cette proximité est telle que la finalité véritable des droits moraux serait d'encadrer l'exercice des droits patrimoniaux. L'autonomie en serait donc illusoire. Or, la qualification bicéphale du droit d'auteur est éminemment dépendante de cette caractéristique. Une telle analyse fonctionnelle des prérogatives intellectuelles et morales conduit l'auteur à établir une hiérarchie au sein même de la structure du droit : le monopole d'exploitation constitue le principal tandis que le droit moral n'en serait que l'accessoire. *In fine*, pour l'auteur, la valeur économique est centrale au stade de la qualification car, elle permet de caractériser le lien juridique existant entre l'auteur et son œuvre ; celui-ci n'est autre pour créateur que le droit de retirer les utilités économiques d'un bien, une emprise juridique exercée sur une chose, un droit réel donc.

48. Rattachement au statut réel – Ce constat réalisé, du point de vue du droit international privé, la recherche de la loi applicable incline vers le statut réel. Aussi, l'objet du droit, considéré comme central selon une perspective localisatrice doit diriger la recherche de la loi applicable[126] . L'auteur ne manque cependant pas de souligner que l'immatérialité de cet objet accable une telle approche dans la mesure où elle opère par raisonnement analogique par rapport au régime des biens meubles corporels. Mais, si le statut réel est principalement construit comme appelant une indentification physique, dans le cas présent, une autre caractéristique

---

« nébuleuse » des droits de la personnalité ; c'est ainsi que l'on a pu lire que les droits moraux sont des droits de la personnalité (TGI Paris, 11 fév. 1993, *RIDA* 1993, n° 156, 235) avant de préciser que leur objet est « *étranger à la défense des autres droits de la personnalité* » (Cass. 1ère civ., 10 mars 1993 : *GAPI*, Dalloz, 2003, n° 11, comm. JOLY ; *JCP G* 1993, II, 22161, note RAYNARD, *D.* 1994, 78, note FRANÇON ; *RTD. com.*, 1994, p. 48, obs. FRANÇON, *aff. Assos. La Fraternité Blanche universelle*).

[125] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 290, p. 264 et s ; *v. par ailleurs en ce sens* : F. GENY, « Science et technique en droit positif », *Sirey* 1921, spéc. t. III, n° 225, p. 230-232 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n° 44, pp. 364 ; P. ANCEL, *L'Indisponibilité des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978, n° 291, p. 292 ;

[126] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 433, p. 391.

s'érige comme déterminante aux fins de localisation, l'ubiquité de l'œuvre. Cette dernière est considérée comme localisable universellement par le seul acte de création, ce qui justifierait la compétence stricte de la loi locale en tant que *lex rei sitae*. Selon l'auteur, la propension à l'ubiquité (ou à l'universalité) en tant qu'elle est intrinsèque à l'œuvre engendre en guise de conséquence, « *la plus stricte territorialité du droit* »[127] .

C. Approche critique

49. Limites du monisme – Bien que l'appellation de propriété soit admise, force est de constater que le droit d'auteur en réalité entre mal dans le moule de la propriété d'une part (1). Tout au plus cette qualification peut-elle concerner le monopole d'exploitation. Mais celui-ci ne peut servir à résumer le droit sans le dénaturer (2).

1. incompatibilité naturelle

50. Divergences de caractéristiques – Indéniablement, le caractère immatériel des œuvres de l'esprit s'articule mal avec le droit de propriété. En effet, la catégorie propriété a été pensée principalement en considération des choses matérielles et des utilités que l'on peut retirer de ces choses, or, à propos d'une création intellectuelle, les caractéristiques traditionnelles de la propriété sont difficilement vérifiables.

RENOUARD écrira à ce titre que : « *la pensée est par son essence inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins* ». L'auteur reçoit de la société « *un juste prix* » correspondant au service qu'il rend en divulguant son œuvre au public ; mais cette rémunération quoique sacrée ne peut s'analyser comme le fruit d'une propriété au sens ordinaire, celle-ci étant considérée comme un droit absolu[128] ; d'où le recours au vocable « *droit d'auteur* » que préconise cet auteur afin de dépasser le cadre inadapté de la conception propriétariste[129]. Il perçoit en effet dans la formule « propriété littéraire et artistique » un dévoiement des dispositions de l'article 544 du Code civil, quoiqu'il s'avère impossible de réfuter le constat selon lequel l'octroi de droits exclusifs aux créateurs d'œuvres de l'esprit

---

[127] J. RAYNARD, *ibid*., n° 451.

[128] Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur,* t. 1, Jules Renouard et C., Paris, 1838, spéc. 435 et s.

[129] S. DUSOLLIER, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Larcier 2005, spéc. n° 390, p. 310.

renvoie à une forme, certes alternative d'appropriation privative. Aussi propose-t-il de pallier l'écueil conceptuel posé par la notion de propriété en recourant à celle de « *réservation de jouissance*[130] ».

Le caractère temporaire du droit d'abord s'oppose à la perpétuité des prérogatives traditionnellement reconnues à la propriété corporelle. Ensuite, les droits intellectuels s'entendent d'une faculté de réservation centrée sur les utilités économiques de la chose tandis que le droit de propriété lui est censé conférer une triple prérogative à son détenteur[131], *usus, fructus, abusus*. Dans cette droite lignée, M. BOUCHER qualifie le droit d'auteur de simple « *concession d'Etat* » temporaire conférée aux créateurs d'œuvres de l'esprit par les pouvoirs publics selon une perspective politico-culturelle, car les œuvres des nationaux font partie « *rayonnement de gloire nationale* » précise-t-il. Les droits exclusifs et temporaires qui sont ainsi accordés ne seraient en réalité que des démembrements du domaine public étatique dont Pillet écrira qu'ils sont « *le contre-pied exact du droit de propriété* ; (…) *une chargé mise sur la propriété d'autrui* »[132].

Certes, la reconnaissance par le droit positif du vocable de propriété serait de nature à clore le débat. Mais, comme nous l'avons précédemment souligné, ce parti pris replacé dans le contexte révolutionnaire de la naissance des législations sur le droit d'auteur revêt plus une dimension symbolique que juridique. Au-delà du symbole, la propriété ne peut concerner qu'une partie du droit qui constitue un monopole d'exploitation exclusif sur l'œuvre[133]. Celui-ci ne peut suffire à résumer le droit d'auteur sans le dénaturer. La place qu'occupe les prérogatives morales tend à le démontrer.

2. Absence de hiérarchie entre les prérogatives du droit d'auteur

51. ***Reductio*** – La qualification propriétaire procède d'une lecture analogique qui, au demeurant dénie toute valeur qualificative à la sphère extrapatrimoniale des droits d'auteur.

---

[130] M. XIFARAS, La Propriété : Etude de philosophie du droit, PUF 2004, p. 349.

[131] Une analyse critique et substantielle du droit d'auteur pourrait sur ce constat requalifier le droit d'auteur en droit de propriété démembré si l'on admet au préalable que l'exclusivité qu'il octroie à l'auteur place le curseur sur les facultés d'usage et de jouissance comme caractéristiques du droit tandis que le contenu de l'œuvre en tant que production immatérielle est hors du champ d'une éventuelle exclusivité.

[132] Ch. BOUCHER, « De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers », préc., p. 37.

[133] Rappr. CA Rennes, 20 juin 1932 : *Ann. propr. ind*. 1933, p. 160

Ainsi, l'idée d'une analyse fonctionnelle basée sur la prépondérance des droits patrimoniaux ne parait pas admissible dans la mesure où elle s'efforce d'établir une hiérarchie entre les composantes du droit d'auteur. Il en résulte un rejet de la complexité du droit d'auteur au profit de l'élargissement de la catégorie des droits de propriété. Or, le rejet d'une hiérarchie entre les différents aspects du droit d'auteur conduit à l'infirmation d'une qualification propriétaire comme fondement du principe de territorialité

52. Autonomie du droit moral – L'idée d'une hiérarchie au sein de la structure du droit peut sans doute étonner dans un contexte où la loi de 1957 évoque des attributs tant patrimoniaux que moraux et intellectuels sans autre précision explicite quant à leur ordre de priorité[134]. Le législateur a de la sorte marqué sa volonté de s'inscrire dans une perspective dualiste qui prend acte de la nature potentiellement divergente du contenu d'un tel droit.

Or, la thèse moniste propriétaire de M. RAYNARD s'attelle à démontrer que les prérogatives dites de droit moral ne sont pas à même de dégager une spécificité du droit d'auteur. En s'inscrivant dans une perspective moniste, l'auteur conçoit les attributs d'ordre moral et intellectuel du droit d'auteur comme autant de facteurs concourant de manière quasi-systématique à la mise en œuvre des droits patrimoniaux ; il procède pour ce faire à une analyse fonctionnelle de ces attributs aux termes de laquelle, il déduit le caractère essentiellement réel du droit d'auteur. L'on est cependant tenté de se demander si pareille analyse ne fait pas trop aisément l'impasse sur la complexité des rapports entre droit moraux et droits patrimoniaux.

L'idée selon laquelle les droits moraux, compte tenu de leur forte imbrication dans le processus d'exploitation de l'œuvre ne s'exercent jamais pour eux même, au-delà de toute approche exclusivement monopolistique paraît contestable. Réduits à une valeur d'accessoire des droits patrimoniaux, l'on serait comme amenés à constater que les droits moraux acquièrent une forme de qualification quasi-réelle par accessoire. Il y a dans cette conception un risque de réduction de la nature complexe de l'œuvre de l'esprit, c'est-à-dire, une chose immatérielle résultant de l'effort intellectuel de l'auteur, investie de ce fait de composantes tant patrimoniales que personnelles, celles-ci obéissant à des objectifs différents. L'éventuelle influence des uns sur les autres ne doit pas conduire à établir un rapport de hiérarchie quoique des chevauchements

[134] Cela dit, il paraît loisible de déduire des dispositions du code de propriété intellectuelle une « *prééminence* » du droit moral : ainsi de l'article L.111-1, alinéa 2 où l'on voit que l'énonciation d'« *attributs d'ordre moral et intellectuels* » précède celle « *d'ordre patrimonial* », en ce sens, A., H.-J. LUCAS et LUCAS-SCHLOETTER, n° 446, p. 343.

dans l'exercice de ces prérogatives ne puissent être exclus.

53. Influences réciproques des prérogatives morales et patrimoniales – La théorie de la prééminence des droits patrimoniaux dans le processus de qualification du droit d'auteur est en réalité le révélateur des difficultés éprouvées pour tracer une limite entre ce qui relève du patrimonial et ce qui en est exclu. Pareille division présente parfois quelque caractère arbitraire à ce point que certains doutent de sa validité[135].

Le droit de divulgation est particulièrement illustratif de ce phénomène d'imbrication. C'est sans doute de ce constat que DESBOIS affirmait que le droit de divulgation est un pouvoir discrétionnaire et absolu, assise du droit moral, procédant de la nature des œuvres de l'esprit et commandant l'exercice des droits patrimoniaux[136]. La relation étroite entretenue avec le droit de publication, droit patrimonial et les ambiguïtés relatives à une définition cohérente de l'acte matériel de divulgation[137] contribuent à alimenter le doute sur la qualification morale d'une telle prérogative[138]. Son observation laisse très souvent entrevoir l'exercice de prérogatives rattachées soit au monopole d'exploitation, soit à la propriété du support : qu'il s'agisse de « v*ente, mise en vente, exposition ou reproduction à titre onéreux* », ou de « *l'exercice des attributs du monopole d'exploitation dans la reproduction et la représentation, ainsi que dans*

---

[135] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3ème éd., par RIPERT & BOULANGER, LGDJ 1946, t. n° 3476.

[136] H. DESBOIS, Le Droit d'auteur en France, 3ème éd., Dalloz, 1978, spéc. n° 384 ; v. aussi en ce sens, C. COLOMBET, *Grands Principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Litec, 1992, p. 42 : *« c'est le droit de divulgation qui, chronologiquement, précède les autres, car, c'est à partir de son exercice que l'œuvre, arrachée à son auteur, entre dans le circuit économique, devient un bien patrimonial sur lequel pourront s'exercer les autres attributs, tant moraux que pécuniaires, du droit d'auteur* ».

[137] *En ce sens*, S. STRÖMHOLM, « Le Refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement : étude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957 », *Mélanges Desbois*, Dalloz, 1974, p. 73 et s., spéc. n° 7 et s. ; *contra*, H. DESBOIS, *ibid*., n° 388, (qui propose une définition psychologique de la notion de divulgation, estimant qu'elle a lieu dès le moment où l'auteur prend la « *décision de principe* » de communiquer son œuvre au public) ; *comp.* article 4 de la loi espagnole du 11 nov. 1987 : *« aux fins des dispositions de la présente loi, on entend pas divulgation d'une œuvre toute expression de celle-ci qui, avec le consentement de l'auteur, la rend accessible la première fois au public sous quelque forme que ce soit ; et l'on entend, par publication la divulgation réalisée grâce à la mise à disposition du public d'un nombre d'exemplaire de l'œuvre qui satisfasse raisonnablement les besoins, estimés, selon la nature et la finalité de l'œuvre* ».

[138] H. MAZEAUD, « Le Droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence : à propos de l'arrêt de la cour d'Orleans rendu dans l'affaire Pierre Bonnard », *D.* 1959, Chron. XX, spéc. n° 9, p. 135.

la cession de ces droits »[139]. Certaines décisions ont par ailleurs pris le parti d'une forme de qualification mixte du droit de divulgation, entendu dès lors comme *« une prérogative de droit moral »* certes, mais « *mettant en œuvre des droits patrimoniaux* »[140], d'autres allant jusqu'à l'assimilation totale du droit moral au sein des prérogatives d'ordre patrimonial[141].

54. Exercice exclusif des droits moraux – L'application d'une relation de principal et accessoire entre droit moral et droits patrimoniaux ne résiste pas à l'observation. En pratique, dans une telle relation, en cas de conflit, de prérogatives, la qualification principale devrait toujours l'emporter sur celle accessoire ; l'accessoire suit le régime du principal. Or, en pratique, comme nous venons de le voir, il arrive que l'exercice du droit moral conditionne le régime du monopole d'exploitation[142]. Il semble difficile dans ce cas d'expliquer que ce soit le régime du principal qui suive celui de l'accessoire.

Tout en constatant des liens poussés d'interdépendance en ce qui concerne notamment le droit de divulgation, il serait vain d'en tirer une absence d'autonomie car l'on pourrait aussitôt renverser l'argument en déduisant de certains cas où l'on observe une prééminence du droit moral, le caractère personnel du droit d'auteur. A ce point que certains auteurs ont pu soutenir que le doit moral est en réalité le principal quand les droits patrimoniaux eux ne sont que l'accessoire[143].

Au surplus de cet enchevêtrement, il nous paraît vraisemblable que le droit moral jouit d'une autonomie et qu'il est possible de démontrer qu'il a véritablement vocation à protéger les intérêts personnels de l'auteur par le biais de son œuvre ; en d'autres termes, que l'analyse des fonctions du droit permet de répartir ce qui relève de la protection de la personnalité de l'auteur de ce qui est relatif à celle de ses intérêts pécuniaires.

55. Droit à l'intégrité - Sans basculer dans le personnalisme de cette dernière approche, il faut noter l'incohérence à laquelle on aboutirait à soutenir que le droit au respect par exemple est moins affecté à la protection de la personnalité de l'auteur qu'à la jouissance du monopole d'exploitation.

---

[139] O. LALIGANT, La Divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français, LGDJ, 1983, p. 55.

[140] CA Paris, 13ème ch., 25 janv. 1968 : *RIDA* 3/1968, p. 174 ; *Gaz. Pal.* 1968, 1, p. 289.

[141] CA Paris, 13ème ch., 17 fév. 1988, P*ons*, *RIDA* 4/1989, p. 325 ; *JCP* 1989, I, 3376, n° 1, obs. EDELMAN.

[142] J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 91 s.

[143] En ce sens, H. DESBOIS, *op. cit*., n° 380 ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 481, n° 29.

Si effectivement un tel droit se révèle souvent par le biais d'une exploitation – ce qui paraît au demeurant le plus logique[144] – ce n'est pas tant la méconnaissance d'un des droits patrimoniaux de l'auteur qui est mise en jeu mais bien la volonté de ce dernier[145], la perception subjective qu'il a de son œuvre, émanation de son intellect ; la finalité du droit s'inscrit ainsi dans la protection de cette volonté. Il est de ce fait loisible de dire que si le droit à l'intégrité touche l'exercice des droits patrimoniaux, ce n'est que parce que l'intervention d'un tiers, exploitant légitime ou non, est nécessaire puisqu'elle conditionne la violation de la volonté de l'auteur. La finalité n'en devient pas pour autant détournée de sa fonction première qui demeure la sauvegarde d'un intérêt extrapatrimonial. Le droit au respect matérialise cette perception subjective qui se trouve d'ailleurs clairement confirmée par la formule, « *le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit* »[146].

Le respect de cette volonté s'inscrit par ailleurs dans une obligation de résultat pour les usagers de l'œuvre, traduisant ainsi le caractère absolu de cette prérogative. Même la circonstance de l'intimité n'est pas de nature à constituer une cause d'exonération[147].

56. Exceptions – Il est par ailleurs possible de réfuter l'idée d'un rapport de principal à accessoire entre prérogatives du droit d'auteur en observant le régime de ses exceptions énumérées à l'article L.122-5 du CPI.

Si l'on admet que la fonction du droit moral est de manière systématique la correction d'errements auxquels pourrait conduire l'exercice des droits patrimoniaux, l'on est autorisé à penser que la suite logique devrait être l'extension aux droits moraux des exceptions affectées à cet exercice, du moins pour que ces derniers ne constituent pas une ouverture laissée au bénéficiaire du monopole – privé à titre exceptionnel de l'exclusivité qu'il confère – de procéder

---

[144] Même si de manière incidente, le rejet d'une revendication liée au droit moral peut conduire à la négation des prérogatives patrimoniales de l'auteur – en ce sens, H.-J., A. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 535 ; dans l'affaire des *Terreaux*, de même que l'affaire *Etre et Avoir* où les juges ont retenu que l'absence du nom de l'artiste d'une œuvre accessoire ne constituait pas une contrefaçon dans la mesure où elle ne faisait pas obstacle à l'exercice de ses droits patrimoniaux (il y a bien exploitation de l'œuvre, puisqu'elle est incluse dans une œuvre principale sans l'accord de son auteur et sans mention de son nom ; violation donc du droit moral ; l'argument de la cour de cassation laisse penser que la fonction du droit à la paternité (puisque c'est qui lui était en jeu) est conditionné par sa relation avec les droits patrimoniaux.

[145] E. DREYER, *J. Cl. P.L.A : Contrefaçon*, fasc. 1610, 2000, p. 15.

[146] Art. L. 121-1 CPI ; CA Paris, 4ème ch., 27 sept. 1996, *RIDA* 2/1997, p . 270 ; D. 1997, p. 357, note EDELMAN.

[147] P.-Y. GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique*, PUF 2012, n° 215, p. 235.

à un usage abusif. Force est cependant de constater l'unanimité quant à l'exclusion du droit moral du champ de ces exceptions, strictement réservées aux droits patrimoniaux[148]. Il a été admis[149], que l'exception de citation ne met pas en échec le droit moral de l'auteur ; sa validité est conditionnée par l'obligation de ne pas donner une idée dénaturante ou inexacte de l'œuvre[150]. Une telle exclusion nous semble la marque d'une divergence des fonctions assignées à deux institutions autonomes. En effet, un usage fondé sur une des exceptions du droit d'auteur met l'utilisateur dans une situation dérogatoire mais légitime qui ne pourrait se justifier dans l'hypothèse où le droit moral est véritablement accessoire au monopole d'exploitation. A quel titre, est-on tenté de se demander, le droit moral est-il exclu pour l'occasion, si ce n'est la protection d'intérêts extrapatrimoniaux ?

In fine, la qualification du droit d'auteur en un simple droit de propriété fournit il est vrai une analogie conceptuelle séduisante, mais elle ne paraît pas pouvoir justifier le régime de la territorialité dans la mesure où elle se base sur une réduction des spécificités de ce droit au seuls utilités économiques et qu'elle conduit sur le plan du droit international à une impasse *lexforiste.*

Paragraphe II : La territorialité comme conséquence du rattachement du droit d'auteur aux lois de police du for

57. Les droits de propriété intellectuelle constituent indéniablement des monopoles sur les utilités économiques des créations protégées. C'est une réalité qui concerne tant la propriété industrielle que la propriété littéraire et artistique. Ce faisant, dans le cadre d'une économie libérale, ils peuvent être valablement vus comme attentatoires aux libertés économiques au sein

---

[148] A. LUCAS-SCHLOETTER, Droit Moral et Droits de la Personnalité : étude de droit comparé français et allemand, t. II, thèse Aix-Marseille, 2002, n° 913, p. 642.

[149] *Contra.,* A., H.-J., LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 557, plus une relativisation qu'une contradiction car, l'auteur soulève que les exceptions au monopole d'exploitation peuvent avoir une incidence sur le droit moral mais celle-ci est moins due à une disposition expresse de la loi ou la nature du droit qu'à celle de l'exception elle-même.

[150] CA Paris, 21 juin 1988, *RIDA* 4/1988, n° 138, p. 304 ; CA Paris, 5 déc. 1997, *D.* 1999, som., 65, obs. COLOMBET.

du pays où ils ont vocation à produire des effets.
Ils appellent de ce fait une régulation publique visant à la protection de l'intérêt général. La régulation qui est ainsi réalisée passe par des règles impératives qui peuvent notamment poser l'exigence d'une procédure de dépôt à titre de validité du droit.

58. A un niveau supranational, en termes de coordination des systèmes, les règles de protection des droits de propriété intellectuelle revêtiraient par conséquent un caractère impératif, ce qui les soustrairait *de facto* du jeu traditionnel de la règle de conflit (A). Toutefois, force est de constater qu'en dépit du lien qu'il est loisible d'établir systématiquement entre un droit de propriété intellectuelle et un pays donné, l'intervention de l'autorité étatique ne s'opère pas nécessairement de la même manière selon le type de droit protégé. Ce faisant, du caractère relatif de cette intervention, il devient possible d'inférer le caractère non impératif de la législation protectrice (B).

A. Le caractère impératif de la législation du droit d'auteur

59. Intérêt public des droits de propriété intellectuelle – L'idée selon laquelle le caractère territorial de la loi applicable au droit d'auteur découlerait de l'intervention de l'autorité qui le crée tient sans doute d'une forme de raisonnement mimétique fondé sur l'observation du régime de la propriété industrielle. La centralité du rôle joué par cette autorité dans l'octroi du monopole imprègne tout le régime du droit lui-même, du moins du point de vue du droit international privé. Les droits de propriété industrielle en général et le brevet en particulier intéressent directement la politique économique du territoire sur lequel ils sont conférés[151]. L'obligation de dépôt illustrerait selon cette doctrine l'intérêt public dont ces monopoles sont porteurs[152].

60. Le raisonnement analogique basé sur le contenu du droit ressort de manière assez nette dans les écrits de NIBOYET lorsque ce dernier souligne que les droits de propriété industrielle « *établissent des monopoles, et par là, touchent étroitement à la liberté du commerce et de*

---

[151] BATIFFOL et LAGARDE, n° 532 ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, 1969, Sirey, n° 195 ;

[152] H. VIALLETON, Du rôle du dépôt dans les diverses branches de la propriété industrielle, Thèse Montpellier, 1914, p. 27 s.

l'industrie. La loi de chaque pays régit les monopoles qu'il concède parce qu'il s'agit d'une mesure de police. On n'y ajoute rien en invoquant, à raison d'une situation, la lex sitae. Ou bien en effet la loi territoriale s'applique en qualité de loi de police, titre qui, aux termes de l'art. 3 al. 1er du Code civil, il suffit de justifier sa compétence, ou bien il s'agit de l'organisation de la propriété, et dans ce cas, la compétence appartient à la lex rei sitae. Il faut s'entendre et choisir sans cumuler les motifs de compétence. Nous nous prononçons pour le premier d'entre eux parce que nous sommes tout à fait en dehors des biens corporels et de l'hypothèse normale d'intervention d'une lex rei sitae. La loi qui peut seule créer un monopole peut évidemment l'organiser, le réglementer et déterminer dans quelle mesure son bénéfice est transmissible »[153]. L'observation peut être étendue à la propriété littéraire et artistique[154] précise-t-il, puisque, à l'instar de la propriété industrielle, ces droits *« sont un monopole que l'Etat territorial accorde aux auteurs d'œuvres de l'esprit »*. Ce qui, là aussi exclut toute nécessité de localisation matérielle.

61. Au demeurant, deux éléments semblent selon ces auteurs incliner vers une lecture territorialiste du droit : l'intervention d'une personne publique dans la détermination du contenu du droit d'une part et d'autre part le contenu du droit lui-même, en tant qu'il est organisé selon une finalité intéressant au premier chef cette personne publique[155]. Le droit d'auteur serait en ce sens porteur de problématiques d'ordre supérieur politico-économiques ou culturelles[156] justifiant pour une efficacité effective, au niveau du droit international privé, la mise en place d'une législation à caractère impératif. En d'autres termes, cette législation ne peut que revêtir la forme de lois de police ou d'application immédiate rejetant d'emblée tout recours à la règle de conflit là où elle est normalement appelée à jouer.

Chez NIBOYET, l'Etat crée des monopoles qui ont vocation à s'appliquer sur son territoire, il est de ce fait exclusivement qualifié pour en déterminer le contenu et les limites ; sans doute faut-il entendre qu'en la matière, l'organisation économique s'avère à ce point sensible qu'elle est intolérante à la concurrence d'une loi étrangère[157] qui par ailleurs encourt le risque de présenter un contenu divergeant avec la finalité poursuivie par la politique du *for*

---

[153] J.-P. NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1309, p. 712 ;

[154] J.-P. NIBOYET, *ibid.*, n° 1313, p. 728

[155] LOUSSOUARN, BOUREL, VAREILLES-SOMMIERES, n° 175, p. 160.

[156] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1381, p. 1157 et s. ; J.-S. BERGÉ, *op. cit.* n° 202, p. 148.

[157] F. ERLANGER, « Du conflit des lois en matière de droit d'auteur », *Nouv. rev. DIP*, 1937, p. 302 et s.

B. Le caractère relatif de l'intervention d'une autorité publique en droit d'auteur et droits voisins

62. Absence d'enregistrement – De plus en plus battue en brèche par la doctrine de la propriété industrielle[158] l'intervention d'une autorité dans le processus d'octroi des droits de propriété littéraires et artistique fait aussi l'objet de critiques, invoquées à titre de donnée explicative de la territorialité du droit d'auteur.

63. Certains ont réfuté cette théorie en ce sens qu'elle accorde une importance excessive au rôle de l'autorité « délivrante »[159]. Si, au soutien de cette lecture interventionniste, il est possible d'affirmer que le droit des brevets est marqué d'une forte proportion publiciste, en tant qu'il intéresse directement l'organisation économique du territoire au sein duquel il est appelé à produire ses effets, force est cependant de constater que les principaux systèmes législatifs continentaux n'imposent aucune formalité de dépôt à titre de validité du droit d'auteur[160]. L'explication perd de ce fait de sa justesse, fortement relativisée par la nature même des droits de propriété littéraire et artistique qui naissent du seul effort créatif. La territorialité peut encore être perçue comme une donnée nécessaire en matière de propriété industrielle, notamment en matière juridictionnelle où est un acte mettant en cause un service public. Toutefois, cette nécessité n'apparaît plus dès lors que le droit revendiqué n'a donné lieu à aucun enregistrement[161]. C'est l'idée en d'autres termes que la reconnaissance d'une autorité conceptuelle au principe de territorialité pour ce qui concerne le droit d'auteur ne peut se fonder

---

[158] V. J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets* : Litec, 1984, p. 83 s., n° 80 ; *Le droit du breveté d'invention, Contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961– M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, Litec, 1977, p. 229 s., n° 244 s. ; R. VANDER ELST, *Les Lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. II, Sirey, 1956, spéc. n° 89, p. 286 et s

[159] En ce sens, J. RAYNARD, *op. cit.*, spéc. n° 408, p. 367 s. ; « L'exclusivité du juge du titre » in *Droit international privé et propriété intellectuelle*, Lamy, 2010, n° 177– M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur* : Précis Dalloz, 1ère éd. 2009, spéc. n° 14, 1048. – M. VIVANT, Propriété intellectuelle, « *Lex protectionis* et loi réelle », préc.

[160] J. RAYNARD, *op. cit.*, spéc. n° 152 s.

[161] En ce sens E. TREPPOZ, *Rep. dr. international : Contrefaçon*, 2010, spéc. n°9 s.

sur le rôle joué par l'Etat dans sa création sans en exagérer l'importance[162].

64. La négation du conflit de lois – La relativisation du rôle joué par la personne publique dans le processus de reconnaissance des droits de propriété intellectuelle n'interdit cependant pas aux yeux de certains auteurs de concevoir ces droits comme d'application territoriale. A ce niveau, c'est la finalité poursuivie par l'autorité territoriale qui permet de définir la nature des règles du point de vue du conflit des lois. Aussi constatera-t-on que dans cette perspective, le droit d'auteur est considéré comme relevant de la politique économique ou culturelle du pays, donnée qui imprègne son régime en droit international privé, mais surtout justifie l'application d'une loi nécessairement territoriale. A ce titre, sont le plus souvent convoquées les notions de loi de police, loi d'application immédiate ou nécessaire[163] comme fondement de l'application de la loi locale.

Cependant, l'on est en proie au doute quant à la logique animant cette approche. Sur deux points touchant essentiellement leur articulation avec la méthode bilatérale. En droit international privé, la généralisation de la méthode savignienne tend à désigner comme exceptionnel *a priori* le recours à toute technique de résolution du conflit des lois faisant fi des liens pertinents qu'une loi concurrente entretient avec le cas appréhendé[164] (il ne faut d'ailleurs pas s'étonner de la

---

[162] Pourtant, il est traditionnellement admis dans le même temps, pour justifier l'application de la loi territoriale que les droits de réservation qui sont reconnus aux auteurs existent territoire par territoire et que leurs effets sont limités aux Etats qui les créent. Ceci s'avère objectivement une immixtion non négligeable du législateur local dans le processus de création de ces droits. Il pourrait dès lors apparaitre impropre, sinon contradictoire de parler de simple reconnaissance sauf à admettre le droit d'auteur comme intégralement rattaché à la personnalité de l'auteur. La reconnaissance ou non d'une protection par un droit exclusif au profit des auteurs est en effet nécessairement soumise à l'intervention en amont des pouvoirs publics d'un ordre interne donné. Cette démarche capitale définit par ailleurs la politique de cet ordre vis-à-vis des modalités de validation des droits visés, à savoir si cette dernière nécessite une mesure de dépôt ou si la seule matérialisation de l'œuvre suffit à donner naissance aux droits. Dans ces conditions, le recours à une loi de situation matérielle devient inutile. Aussi, quand bien même on admettrait que les monopoles se forment par la seule création de l'œuvre, il incombe au législateur dans l'exercice de son pouvoir souverain d'en définir les contours et le contenu. Ce qui explique que ces droits soient protégés de manière inégale et différente puisque c'est cette intervention qui donne à la protection, sa spécificité mais surtout son étendue territoriale.

[163] MAYER et HEUZÉ, n°s 120 et s., spéc. 124 et 131, en référence à la terminologie italienne, v. en ce sens, G. SPERDUTI, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, p.257.

[164] BUREAU et MUIR WATT, n° 552, p. 649 et s. ; Cependant, le mécanisme des lois de police induit un raisonnement inverse, au point que certains auteurs ont évoqué le « *déclassement de la règle de conflit* », voire la préséance des

proximité des lois de police avec l'*exception* d'ordre public). Or, c'est là exactement le cœur du mécanisme des lois de police. Elles s'imposent préalablement à la recherche de tout lien de proximité avec une loi étrangère. Cette dernière caractéristique présente le risque de faciliter la soustraction aux méthodes classiques du droit international privé, d'une matière où les relations internationales sont prégnantes et appellent un minimum de collaboration[165]. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que certains auteurs aient vu dans le développement de ce type de règles une forme de négation des enjeux complexes soulevés par les problèmes de droit international privé. Il leur a été souvent reproché de faire une place exagérée à la *lex fori*, donnant ainsi le sentiment qu'une approche chauvine de ces problèmes l'emportait sur la rationalité juridique[166]. Le caractère « impératif » de ces règles autorise à penser que lorsqu'il reconnait en une norme les caractères de la loi de police, le juge raisonne comme si le conflit des lois était inexistant.

65. Une catégorie incertaine – L'idée que la loi applicable au droit d'auteur est territoriale en raison du mécanisme des lois de police est d'autant plus réfutable qu'elle reviendrait à tenter d'expliquer une notion floue par le biais d'une autre non moins fuyante.

Nombre de difficultés surgissent encore dès lors qu'il est question de définir un critère décisif de la loi de police. L'on peut cependant s'accorder sur ce que le critère qui caractérise le moins mal la loi police est sa finalité[167], résumée dans la protection d'un intérêt à ce point sensible qu'il appelle une législation auto-compétente, exclusive de toute règle de conflit. SAVIGNY désignait en ce sens ce type de lois comme celles d'une « *nature positive rigoureusement obligatoire* » et « *dictées par un motif d'intérêt général* », revêtant « *un caractère de politique,*

---

règles de police sur les règles de conflit, ces dernières n'ayant qu'un rôle subalterne : le juge saisi est appelé à rechercher dans l'ordre juridique local si la situation appréhendée ne justifie pas l'application d'une règle impérative dont les critères de compétence sont extérieurs à cette situation, mais découlent de la spécificité de la norme elle-même. Ce n'est qu'en l'absence d'une telle norme que la règle de conflit vient à jouer ; v. en ce sens, LOUSSOUARN, BOUREL, VAREILLES-SOMMIÈRES, n° 168, p. 153 ; P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges Dabin*, II, p. 641 ; P. GOTHOT et P. LAGARDE, Rép. int., Dalloz, 2013, v. *conflits des lois (principes généraux)*, n° 56 et s.

[165] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1381, spéc. note n° 455.

[166] En ce sens, M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé*, 4ème éd., LGDJ, n° 256, p. 187 et s.

[167] Mais, il paraît indubitable que ce critère lui-même n'est pas infaillible. Le professeur LOUSSOUARN relève son imprécision dans la mesure où souligne-t-il, il n'y a pas de différence de nature entre les lois police et les autres lois ; toute loi dans les Etats modernes tend à garantir des intérêts économiques ou sociaux ; v. « Cours général de DIP », *Recueil des Cours*, 1973, II, p. 328-329.

de police ou d'économie »[168]. Dans le même ordre d'idées, le professeur FRANCESKAKIS, éminent spécialiste en la matière y voyait des normes impératives dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique et sociale[169]. Intrinsèquement, le jeu de ces lois de police s'oppose à la méthode de conflit bilatérale fondamentalement neutre, puisqu'il est d'emblée orienté vers la recherche d'un résultat matériel prédéfini. Les professeurs MAYER et HEUZÉ soulignent au sujet de cette dernière définition des lois de police qu'elle s'avère à l'examen celle qui permet de rendre compte de la grande majorité des cas[170]. Si on la tient donc pour acquise, l'invocation des lois de police comme fondement de la territorialité revient à postuler en filigrane que les droits de propriété littéraire et artistique seraient porteurs d'un intérêt général justifiant l'impérativité de la loi locale. Cet intérêt pour certains réside par exemple dans le rattachement de l'œuvre à la culture du pays au sein duquel elle est contrefaite. À ce titre, l'on a pu proposer de considérer la contrefaçon en France comme constitutive d'une « *atteinte à la culture française* »[171]. Cependant, pareille approche nous paraît réfutable en tant qu'elle tente d'expliquer la territorialité de la loi en plaçant le droit d'auteur dans une sphère étrangère à sa propre spécificité. Le droit d'auteur est avant tout un droit exclusif naissant de l'acte de création et seulement « reconnu » au profit du créateur en tant que tel, mais ne nous paraît un objet de politique culturelle à proprement parler[172]. Du moins, une telle fonction ne

---

[168] Cité par D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police*, Dalloz, 2003, spéc. n° 407, p. 218.

[169] Ph. FRANCESKAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. com. fr. dr. int. priv.*, 1966-1969, p. 151 ; cette définition finaliste dont le succès en doctrine ne tarit pas paraît avoir influencé la formule de l'article 9 du règlement de Rome I où l'on peut lire que les loi de police sont des dispositions « *impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics* ». Notons avec M. FRANCESKAKIS : « *pour les Etats, la délimitation de l'empire spatial de leur loi interne représente un but en soi, indépendant du souci de rendre justice aux intérêts privés et « les besoins de cohésion et d'efficacité du droit interne peuvent orienter la pensée législative vers une délimitation directe de l'empire de la loi* ». Cette conception n'est pas sans rappeler celle de la cour fédérale d'Allemagne dans l'affaire Wöllert, où il a été statué que « *la situation juridique devait être appréciée différemment si une restriction de droit public du pouvoir de disposer servait, non pas à harmoniser des intérêts de droit privé dignes de protection mais à réaliser les objectifs politiques ou économiques de l'état ayant édicté les restrictions en question. Sur la base de ce raisonnement, elle s'est refusée à rendre en considération les restrictions de change imposés par la RDA* », v. BGH, 17 décembre 1959 : *Rev. crit. DIP* 1961, p. 313, note METZGER.

[170] P. MAYER et V. HEUZÉ, n° 126.

[171] B. GOLDMAN, in *Trav. com. fr. dr. int. priv.*, 1971-1973, spéc. p. 209.

[172] MM. LUCAS et Mme. LUCAS- SCHLOETTER relèvent à ce titre que les doctrines utilitaristes – celle percevant dans le droit d'auteur un instrument de stimulation de l'activité littéraire et artistique – n'ont jamais été admises en

pourrait lui être reconnue que dans une moindre mesure. L'œuvre est en effet porteuse d'une dimension culturelle indéniable, mais il en va autrement des droits qui en découlent et établissent au premier chef une relation personnelle indéfectible entre elle et l'auteur[173].

66. Caractère limitatif des règles de police – Une difficulté non négligeable s'élève encore à l'encontre de cette approche. Si l'on admet en effet que la territorialité du droit d'auteur découle du mécanisme des lois de police, le risque est de procéder ainsi à une généralisation qui colle mal avec la prudence à laquelle incite le maniement de cette notion. En réalité, c'est au cas par cas qu'il convient de déterminer quelles dispositions locales se veulent d'application impérative[174]. En d'autres termes, se demander à propos de chaque règle si le but qu'elle recherche est propre à évincer une autre loi (étrangère) potentiellement applicable. Ce n'est que dans le cas d'une réponse affirmative que le caractère de loi police peut être retenu. Les règles de police interviennent de manière générale dans trois catégories : les règles liées au contrôle

France, où la loi de 1957 a consacré une approche individualiste héritée du jus-naturalisme des lois révolutionnaires ; v. *Traité*, n° 32.

[173] H. DESBOIS, A. FRANÇON, A. KEREVER, Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, 1976, n° 135, p. 151.

[174] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 178.

de l'autorité publique[175], celles liées au mode de protection de l'auteur [176] et celles liées au droit moral[177].

---

[175] Si comme nous l'avons souligné précédemment, le rôle de l'autorité publique dans la création des droits des auteurs est fortement relativisé, dépassé ce constat, il n'en demeure pas moins des domaines marqués par l'intervention ou le contrôle de l'autorité publique. Ainsi de la législation relative à la rémunération pour copie privée. MM. A. et A.-H. LUCAS remarquent au sujet des articles L. 311-2 et L. 311-7 du CPI, qu'ils illustrent le cas où cette intervention est si prégnante qu'elle ne peut qu'incliner vers la qualification de loi de police. La première de ces dispositions en tant qu'elle fixe une règle discriminatoire qui réserve le bénéfice de la rémunération pour copie privée aux auteurs de phonogrammes et de vidéogrammes fixés pour la première fois en France ou au sein de l'Union européenne ; mais précisent-ils, si la règle intéresse tant la condition des étrangers que le conflit des lois, celui-ci ne permet pas de la réduire à une simple règle de conflit, compte tenu du rôle joué par l'autorité publique dans le mécanisme officiel d'évaluation, de perception et de répartition de la rémunération pour copie privée. Il s'agit donc là d'une règlementation à caractère administratif qui met en échec le jeu traditionnel de la règle de conflit au profit de l'application immédiate de la *lex fori* (comp. J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 350, pour qui la qualification de cette règle en loi de police s'impose car elle fixe unilatéralement son champ d'application impératif dans l'espace d'une part, et d'autre part, elle fait appel à un critère inhabituel en matière de condition des étrangers, la notion de « *première fixation* »). Quant à la seconde, anticipant implicitement les divergences fondamentales sur la notion la qualité d'auteur dont une loi étrangère pourrait receler, elle pose définitivement que la rémunération bénéficie « *aux auteurs au sens du présent code* ». La disposition peut être analysée en loi de police dans la mesure où elle affiche avec peu d'équivoque un objectif de protection dont le bénéficiaire ne peut être déterminé qu'au sens de la loi française (v. P.-Y GAUTIER, n° 165 ; J. -S. BERGÉ, *ibid*.)

[176] T. civ. Seine, 15 fév. 1958, *Le Kid* : D. 1958, jurisp., p. 682, note LYON-CAEN et LAVIGNE ; *JCP G* 1959, II, 11133, *concl.* SOULEAU, note SAVATIER : où il a été admis que les lois révolutionnaires de 1791 et 1793, imposant un certain formalisme aux actes de cession de droits d'exploitation, avaient en vue la protection d'une catégorie particulière de personnes, les auteurs elles ont ainsi un caractère de lois de police et régissent impérativement tous les actes de la sorte passés sur le territoire français, ce qui exclut aux parties l'adoption d'une forme étrangère.

[177] C'est du moins l'interprétation que la jurisprudence au titre de l'arrêt *Huston* semble tirer tant de l'article 1er de la loi de 1964 que de l'article 6 de celle de 1957, leur donnant la valeur de "règles d'application impérative », dont le doute persiste en doctrine à déterminer si elles se confondent avec les lois de police. Mais soulignons qu'une telle interrogation n'est pas nécessairement déterminante à ce niveau de notre cas, le mécanisme en termes de loi applicable étant soit le même, soit analogue : contrairement à l'exception d'ordre public, la compétence directe d'une loi territoriale paralyse le jeu de la règle de conflit sans qu'il soit préalablement posé la question de l'applicabilité de celle éventuellement désignée par cette règle; la première de ces dispositions peut être entendue comme s'inscrivant dans une perspective finaliste d'abord parce que d'un point de vue politique, elle répond aux Etats peu scrupuleux de la protection des auteurs par une mesure de rétorsion, l'absence de protection. Toutefois, dans le même temps, sont exclus de cette exigence de réciprocité, les droits à la paternité et à l'intégrité de l'œuvre, de telle sorte que leur protection dépend de la loi nationale à l'exclusion de toute autre. Par ailleurs, si cette exigence de réciprocité avait été étendue au droit moral, du moins en ce qui concerne les domaines explicitement

67. Publicisme – Il est par ailleurs notable que cette conception de la territorialité traduit une approche par trop publiciste. Or, les questions de droit international de la propriété intellectuelle établissent dans la grande majorité des cas des « relations juridiques » de nature privée[178].

Le professeur RACINE voit dans les lois de police une catégorie intermédiaire entre ordre public interne et exception d'ordre public du droit international privé[179]. M. FRANCESKAKIS relevait que « *pour les Etats, la délimitation de l'empire spatial de leur loi interne représente un but en soi, indépendant du souci de rendre justice aux intérêts privés et « les besoins de cohésion et d'efficacité du droit interne peuvent orienter la pensée législative vers une délimitation directe de l'empire de la loi* ». Compte tenu du succès législatif des analyses de cet auteur, l'on ne s'étonnera pas de constater que les principaux instruments de droit conventionnel adoptent une lecture « publiciste » ou administrative de la notion de loi de police. C'est à ce titre que la plus répandue d'entre elles, la convention de Berne, autorise à l'article 17, les Etats à prendre des mesures de législation ou de police intérieure[180] ; ces mesures sont entendues de manière

---

visés par la loi, elle aurait eu pour conséquence de renier le caractère personnel d'un tel droit et par là même heurter une conception fondamentale du droit d'auteur français. La loi affiche ainsi un double objectif : régulation du marché du droit d'auteur du point de vue des relations interétatique d'une part, et d'autre part, ajustement de la protection des auteurs en en tenant compte des effets néfastes que pareille mesure peut avoir en la matière. Quant à la seconde disposition, c'est sans doute cette donnée relative à la nature personnelle, perpétuelle, inaliénable, et imprescriptible en tant qu'axiome du droit d'auteur français qui justifie le caractère impératif de la règle. On notera cependant qu'à l'instar de la loi de 1964, ce sont des prérogatives bien précises qui sont visées par l'article L. 121-1 et non par le droit moral pris globalement : le droit au respect du nom et de la qualité d'auteur. Ce qui, *in fine* laisse dubitatif quant à la portée de ces règles. Le caractère limitatif de leur énoncé montre bien la volonté du législateur de préserver particulièrement certains domaines des hasards de la règle de conflit, mais rien ne laisse définitivement penser que ce caractère « impératif » entendu comme synonyme de loi de police doive s'étendre à l'intégralité du droit moral ; ce d'autant plus que de tels errements peuvent aisément être solutionnés par le recours à l'exception d'ordre public. Il a par ailleurs été suggéré en ce sens que la formule « loi d'application impérative » faisait référence à l'exception d'ordre public.

[178] Toutes proportions gardées eu égard à l'affaissement du clivage privé/public qu'une doctrine majoritaire s'accorde à reconnaître ; contra : v. RAYNARD, *op. cit*. p. 368.

[179] J.-B. RACINE, « Droit économique et Lois de police » : *RIDE* 2010/1 t. XXIV, 1, pages 61 s., spéc. p. 63 : « Sans se confondre ni avec l'ordre public interne ni avec l'ordre public d'éviction, les lois de police forment une catégorie intermédiaire d'ordre public dont la nature pousse à une application immédiate dans le cadre international par éviction de la règle de conflit, sans pour autant englober toutes les dispositions d'ordre public interne. »

[180] « Les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui

stricte[181], puisqu'elles ne peuvent être pour eux que le moyen d'exercer son pouvoir souverain de contrôle voire de censure sur toute production littéraire et artistique en tant qu'elle risque de porter atteinte à ses intérêts (publics). La convention – et cela semble logique si elle veut conserver une certaine cohérence – entend ainsi limiter la possibilité d'élargir indéfiniment le domaine des lois d'application nécessaire en les réservant aux actes de droit public, domaine où l'on sait que la proportion du conflit des lois est *a priori*, infime[182].

Dans le même ordre d'idées, il n'est pas avéré que l'on puisse tirer de rapports systématiques entre loi de police et loi territoriale. C'est sans doute par un certain effet de raccourci qu'on a déduit de la territorialité d'une frange non négligeable des lois de police que celles-ci étaient nécessairement de nature territoriale[183]. Il a été démontré en ce sens que la territorialité n'est pas consubstantielle au mécanisme des lois de police. A titre d'exemple est souvent citée l'ancienne loi belge du 27 juin 1960[184] qui retenait d'office sa propre compétence à raison de la nationalité belge de l'une des parties à l'instance de divorce. Cette disposition établissait en effet une loi de police à fondement personnaliste[185].

Il faut en déduire non seulement que la territorialité n'est pas exclusive aux droits de propriété intellectuelle, mais aussi que la loi applicable au droit d'auteur ne pourrait s'analyser en termes de loi de police sur ce fondement.

68. *In fine*, l'idée selon laquelle l'intervention de l'Etat dans la reconnaissance des droits d'auteur imposerait l'application impérative de la loi du for et *de facto* la territorialité ne semble pas admissible. Si en effet, comme nous le verrons le lien entre Etat et territorialité ne peut être dénié, les conséquences de ce lien doivent être appréciés à leur juste mesure. Il ne peut donner lieu à l'application systématique de la loi du for puisque le droit d'auteur n'est pas intégralement

---

appartient au Gouvernement de chacun des pays de l'Union de permettre, de surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit. »

[181] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1484.

[182] Des observations analogues peuvent être faites au sujet de l'article 15 de la Convention de Rome qui laisse la possibilité aux Etats membres d'ajouter aux exceptions expressément prévues à l'al. 1 un certain nombre de limitations dont on déduit qu'elles doivent être d'ordre administratif ou public. De même, l'article

[183] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 157.

[184] Abrogée par la loi du 16 juillet 2004, préc. art. 55.

[185] P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1971, p. 209 et s.

du domaine de l'ordre public interne. Il y a dans le droit d'auteur français notamment, la coexistence d'une approche libérale qui transparait dans le régime des droits patrimoniaux et d'un certain dirigisme propre aux droits moraux. Ceci explique que, souvent, dans le second domaine, l'Etat tendra à définir le champ d'application de sa propre loi – loi territoriale ; alors que dans le premier, là où ce dirigisme est relativisé, la règle de conflit bilatérale est appelée à jouer pleinement – et donc la nécessité d'une loi territoriale en ressort relativisée.

Paragraphe III : La territorialité comme traduction de la limitation nationale de l'effet des droits de propriété intellectuelle

69. Toute réfutable que soit l'idée selon laquelle l'ensemble du droit d'auteur relève des lois de police, un lien entre droit d'auteur et puissance étatique peut toutefois être retenu comme le fondement de la territorialité.

70. ***Privilèges, atavisme*** – Il convient de rappeler que, de manière historique[186], le droit d'auteur à ses origines correspond à un privilège octroyé par le Souverain d'un territoire donné. Or, de tels octrois étaient naturellement conçus en considération de leur effet limité audit territoire. Certes dépassée, cette logique de privilèges a continué à influencer le traitement du droit d'auteur, voire des propriétés intellectuelles en général. Il est loisible d'en voir la résurgence au sein des législations qui exigent à titre de validité du droit, la satisfaction d'une formalité administrative préalable tel qu'un dépôt ; cette formalité a pour fonction de rattacher de manière claire le droit à un ordre juridique territorial.

Ce rapport d'analogie entre privilèges de l'époque féodale et droit de propriété intellectuelle peut encore être vu comme l'un des fondements de la théorie selon laquelle ces droits seraient autant de récompenses au profit des créateurs d'œuvres de l'esprit[187].

C'est, nous paraît-il, encore cette filiation qui est à la base de la justification juridico-

---

[186] S. STRÖMHOLM, « Droits intellectuels et droit international privé », *Revue de droit intellectuel*, mai-juin 1987, p. 125. M. NOVIER, *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Librairie Droz, Genève, 1996, p. 49 ; G.-G. KOUMANTOS, « Le Droit international privé et la Convention de Berne », *Le droit d'auteur*, oct. 1988, p. 441 ; N. BOUCHE, *op. cit*., p. 75, v. spéc. note 152 pour une liste conséquente d'auteurs allemands favorables à cette approche.

[187] POLLAUD-DULIAN, n° 2003.

économique de la territorialité sous la plume de certains auteurs qui y perçoivent une manifestation de la volonté de chaque Etat de voir appliquée sa propre loi à tous les aspects du droit des propriétés intellectuelles. Celles-ci étant conçue comme autant de monopoles attentatoires à la liberté du commerce[188]. Le droit de propriété intellectuelle est dans cette logique non-détachable d'une autorité publique puisque son existence procède toujours de la volonté de cette dernière.

71. L'argument des privilèges se trouve cependant amoindri par les évolutions conceptuelles du droit d'auteur devenu entre-temps un véritable droit subjectif reconnu aux créateurs d'œuvres de l'esprit par le biais du seul effort créatif[189].

La contradiction décisive à l'encontre de cette proposition vient sans doute du fait qu'à l'opposé de l'œuvre de l'esprit dont les conditions d'existence, de protection et de revendication dépendent de critères objectifs préalablement fixés, les privilèges revêtaient un caractère strictement arbitraire[190]. C'est à juste titre qu'une telle explication est rejetée, elle n'exclut cependant pas de reconnaître que par une sorte d'effet d'atavisme[191], le traitement des privilèges présente nombre d'analogies avec celui du droit d'auteur en droit international privé.

72. Droit subjectif et autorité étatique – Demeure en effet l'idée fondamentale selon laquelle le droit d'auteur entretient un rapport consubstantiel avec l'ordre juridique qui le reconnaît en tant que droit subjectif. C'est elle qui fixe ses conditions d'existence, son contenu, ses modalités de revendication[192]. Or tout ordre juridique, au sens strict est nécessairement

---

[188] Il est d'ailleurs frappant que dans le sens de cette approche, la loi territoriale s'applique en guise de loi de police. C'est-à-dire sans recours préalable à un mécanisme propre à la règle de conflit, comme pour s'il fallait entendre par là que la question du droit d'auteur échappe au domaine du droit internationale privé et relève du strict droit interne.

[189] M. JOSSELIN-GALL, Les Contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique, GLN-Joly, 1995, n° 241, p. 248.

[190] M.-C. DOCK, « Genèse et Evolution de la propriété littéraire », *RIDA*, janv. 1979, p.169 ; J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 409, p. 369.

[191] En ce sens, H. SCHACK, « *Urheber – und Urhebervertragrecht* », Tubigën, Mohr Siebeck, 2e éd. 2001, n° 798, p. 358 s. : cet auteur voit dans le principe de territorialité du droit d'auteur « *une vielle habitude* » dont les origines remontent au temps des privilèges, traduction de N. BOUCHE, *op.cit*, p. 75, spéc. note n° 153 ;

[192] SAVIGNY soulignait cet attachement du droit subjectif à la loi locale en relevant que le caractère acquis d'un droit appelle au préalable la détermination du « droit local » d'après lequel cette acquisition s'est opérée. MM. MAYER et HEUZÉ ajoutent à cette idée le commentaire suivant : « *si un mariage a été célébré entre deux français*

adossé à un Etat ; celui-ci est territorialement délimité et c'est au sein de ces limites que, *a priori*, le droit subjectif d'auteur est appelé à produire ses effets.

Toutefois, ce qui impose la territorialité n'est pas sa seule qualification de droit subjectif. Il a ceci de particulier qu'il s'agit d'un droit ayant une dimension collective très forte ; et l'importance de cette dimension du droit est appréciée de manière différente selon les pays. Les prérogatives reconnues au détenteur de droit impactent les intérêts de la collectivité et les arbitrages nécessités entre ces deux sphères sont tributaires des conceptions philosophiques et culturelles de chaque pays. De manière logique, chaque Etat, par le biais du principe de souveraineté établit des équilibres. Il en ressort que, la souveraineté faisant barrière, ces régulations n'ont vocation qu'à s'appliquer au sein de l'ordre juridique pour lequel elles ont été établies et leur exportation dans un ordre concurrent semblerait incohérent.

73. Ainsi, toute législation nationale de la propriété intellectuelle est porteuse d'une régulation de l'opposition entre intérêt privé et intérêt collectif et n'a d'effet qu'à cette échelle nationale, ce qui imprime une relativité du droit exclusif lui-même (I). Cette limitation influence toutefois au niveau du droit international privé, la répartition des compétences légales (II).

I. Le principe de relativité des droits

74. Généralité ou spécificité – La division des Etats en ordre juridiques souverains emporte une limitation du droit objectif de chaque pays à la mesure de son territoire. Ce faisant, il est loisible de voir que, le droit objectif étant ainsi limité, les droits subjectifs qui en découlent le sont eux mêmes. La territorialité serait simplement la traduction de cette réalité : les droits subjectifs sont territorialement limités (A). Toutefois, l'observation de phénomènes d'extraterritorialité, notamment lorsque le droit objectif se définit lui-même comme extraterritorial, conduit à déduire que la territorialité est une spécificité des droits de propriété intellectuelle (B).

à l'étranger, leur qualité d'époux devra certes être respectée, mais seulement si leur mariage est valable. Comment savoir s'il l'est, si on n'a pas pris parti sur la loi applicable aux conditions de validité du mariage ? », V. n° 114, p. 92.

A. La limitation territoriale élargie à l'ensemble des droits subjectifs

75. Relativité des systèmes juridiques et relativité des droits subjectifs – La relativité d'un système juridique emporte nécessairement celle des droits subjectifs qu'il accorde. En France, cette approche a principalement été soutenue par M. BOUCHE. L'auteur souligne en ce sens que l'une des caractéristiques du principe de territorialité en droit d'auteur est l'affectation d'une limitation des effets d'un droit donné au territoire qui l'a créé[193]. Selon cette approche, un droit subjectif découle de manière nécessaire de l'application d'une règle de droit. Or, cette règle de droit est elle-même liée à un ordre juridique unique. Cette relation est qualifiée de « principe de relativité ». C'est aux yeux de cet auteur un constat de pure logique qu'un droit subjectif est tributaire de l'ordre juridique dont émane la règle de droit justifiant son existence. La limitation géographique des effets d'un droit subjectif en tant qu'elle est consubstantielle à ce dernier, ne serait que l'expression matérielle de la relativité de l'ordre juridique. Entendons, si limitation géographique il y a, ce n'est que parce que l'ordre juridique auquel est relié le droit subjectif reconnu à un auteur est lui-même géographiquement limité.

Au renfort de cette doctrine, l'auteur soutient que la limitation territoriale des effets des droits subjectifs révélatrice d'une part de l'existence de droits internationaux privés séparés et d'autre part d'ordres juridiques distincts[194]. Si l'on s'accorde pour reconnaître que telle ou telle qualification juridique n'est que relative à tel ou tel ordre droit international privé, c'est admettre que ces situations sont « *le fruit d'un processus maitrisé de manière déterminante par certaines règles de droit et donc par l'ordre juridique dont font partie ces règles de droit* »[195].

Chaque droit international privé fixe ainsi ses propres règles pour lui seul sans préjuger du droit applicable dans un pays différent. Or, c'est par l'application de règles déterminées par le droit objectif ainsi élaboré que des droits subjectifs se créent.

La coïncidence dans le contenu des solutions retenues par des droits internationaux différents ne crée pas d'effet extraterritorial aux droits subjectifs. Aussi, quand bien même la loi d'un pays

---

[193] Cet auteur précise toutefois que le principe de territorialité en tant que porteur d'une limitation ne peut s'analyser comme règle de conflit.

[194] P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 32 : « Être créancier, propriétaire, enfant naturel, marié, séparé de biens, etc., ce ne sont jamais là des vérités absolues. On ne peut aller au-delà de formules telles que « je suis séparé des biens au regard des pays I, II, et commun en biens au regard des pays II, IV» »,

[195] N. BOUCHE, *Op. Cit.*, n° 60.

étranger viendrait à s'appliquer, ce ne serait qu'à la faveur d'un rétrécissement volontaire de sa propre indépendance par l'ordre juridique récepteur de la norme étrangère.

76. La territorialité du droit subjectif viendrait de ce fait de la limitation dans l'espace de l'ordre juridique lui-même[196]. Chaque ordre juridique étant territorialement limité, les droits et les obligations qu'il confère, soit aux nationaux, soit aux étrangers, ne peuvent en réalité avoir d'effet au-delà de ses limites, sauf à dénier la souveraineté des ordres de réception : *« la loi nationale ne peut créer de droit subjectif que pour son propre territoire »*[197]. En effet, seul le pays qui crée un droit y est étroitement lié, en cela qu'il détient la maîtrise des nécessités et des objectifs ayant présidés à son élaboration ; lui seul peut définir la portée de ce droit mais uniquement dans la limite de son propre champ d'effectivité, c'est-à-dire son territoire.

77. Double territorialité – Pour M. BOUCHE, le principe de territorialité, en tant que porteur d'une limitation n'est pas à confondre avec le principe de territorialité entendu comme règle de conflit. Ces deux acceptions d'un même principe, souligne M. BOUCHE, n'entretiennent aucun lien. L'un décrit la façon dont les droits subjectifs se créent et se manifestent dans un contexte de pluralité et d'indépendance des ordres juridiques, tandis que le second est la règle de conflit généralement dévolue à la détermination de la loi applicable aux questions liées au droit d'auteur et renverrait à la loi du pays où la protection est demandée[198].

78. Cette approche quoique séduisante *a priori* n'est pas sans emporter un certain nombre de critiques. S'il est admissible que les droits intellectuels limitent leurs effets aux pays qui les ont créés, les conséquences à tirer d'une telle approche du point de vue de la règle de conflit semblent quant à eux assez discutables. Il nous semble que de quelque aspect qu'on le prenne, le principe de limitation entretien une relation décisive avec la règle de conflit.

---

[196] N. BOUCHE, *Op. cit.* n° 78, p. 66.

[197] F. POLLAUD-DULIAN, *La Propriété industrielle*, Economica, 2ème éd. 2010, n° 571 ; M. VIVANT, *J. Cl.* Brevets : Régime international, fasc. 4900, n° 13.

[198] L'auteur note en ce sens : « (…) l'existence et l'effet d'un droit subjectif de propriété intellectuelle doivent être déterminés en application de la loi du pays pour le territoire duquel cette existence et cet effet sont revendiqués. Ce principe de territorialité de conflit de lois vaut ensuite pour l'ensemble des aspects directement relatifs au droit subjectif de propriété intellectuelle, tels que le titulaire originaire, la durée, les prérogatives, les limitations de ce droit, etc. dans la mesure notamment où ces différents aspects sont aménagés d'une manière cohérente, les uns en considération des autres dans les différentes lois étatiques, selon une logique qu'il serait préjudiciable de rompre par leur dépeçage. », v. op. cit., n° 861.

B. La limitation comme spécificité des droits de propriété intellectuelle

79. Possibilité d'un effet extraterritorial des droits subjectifs – Pour M. BOUCHE, la limitation territoriale serait une donnée absolue des droits subjectifs. En réalité, s'il est vrai que le principe d'indépendance des ordres juridiques incite à une limitation territoriale des effets des droits subjectifs en ce qu'ils découlent du droit objectif de chaque Etat, lui-même limité dans sa puissance législative, il n'est pas exclu que ceux-ci aient un effet au-delà de ses frontières.

Cet effet est en fait tributaire du domaine que chaque législateur affecte à la norme qui sous-tend le droit subjectif. La norme dite extraterritoriale est en ce sens celle dont une « *partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'Etat qui l'a émise* »[199]. *A priori*, une telle extension s'accommode mal avec le principe de souveraineté et ses implications.

Toutefois, si l'on observe ce principe, on constate avec Mme. STERN, qu'il est porteur de deux types de compétences. La première, la compétence d'exécution[200] « *est en vertu des principes de souveraineté et de non-ingérence, une compétence exclusivement territoriale* ».

La seconde, la compétence normative[201] « peut se fonder sur quatre titres de rattachement : les principes de territorialité, personnalité, active ou passive, protection ou universalité ; d'où d'éventuels conflits de compétence, attisés de surcroît par l'interprétation fréquemment extensive de ces différents critères. Ainsi, le principe de territorialité se voit prolongé par la théorie des effets, selon laquelle un Etat est en droit de réglementer une activité économique située à l'extérieur de son territoire, mais ayant des effets sur son marché intérieur. La théorie du contrôle, en vertu de laquelle un Etat disposerait d'un « droit de regard » sur les entreprises étrangères dont le capital est majoritairement détenu par ses nationaux vient quant à elle étendre

---

[199] B. STERN : « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue québécoise de droit international (RQDI)* 1986, p.51.

[200] Il s'agit Selon B. STERN du « pouvoir que possède un Etat de mettre en oeuvre une règle générale ou individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en oeuvre de la contrainte étatique », v. « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », A.F.D.L, 1986, p. l 1.

[201] « Le pouvoir qu'a un Etat d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs et juridictionnels », ibid.

la compétence personnelle de l'Etat. »[202] Une norme peut être en ce sens porteuse d'un effet extraterritorial, d'un pouvoir d'interdiction s'étendant au-delà de l'ordre juridique qui l'a créé et de facto ayant vocation à règlementer un comportement à l'étranger. Toutefois, sa mise en exécution quant à elle, est limitée à proportion de la compétence d'exécution de l'Etat qui édicte la norme.

80. En réalité, la vocation sociale de la norme impose parfois son domaine[203]. En effet, toute norme juridique a pour vocation première la protection des intérêts d'une collectivité donnée. Ce qui, de prime abord, appelle à la limitation des effets de la norme sur le territoire de cette collectivité. Toutefois, il serait bien illusoire d'imaginer que les normes soient ainsi limitées de manière exclusive. D'une part, parce que les intérêts des membres de cette communauté peuvent être atteints par des comportements localisés en dehors des frontières. D'autre part, les membres de cette communauté peuvent eux mêmes se déplacer en dehors des limites de l'Etat ou avoir des interactions juridiques en dehors de leur pays d'origine. Or, la sauvegarde du but social recherché par le législateur obligera ce dernier à s'inscrire dans le sens d'une extension normative.

81. Ainsi, d'un point de vue purement normatif, la territorialité ne s'impose pas comme une donnée consubstantielle de la notion de droit subjectif. Par exemple, la reconnaissance des effets d'un mariage dans l'ordre local ne s'opère pas nécessairement selon les critères de cet ordre. La validité du mariage suffit à rendre efficace le statut de marié dans l'ordre international sous réserve des règles impératives du lieu pour lequel ce statut est revendiqué. On n'est pas marié dans un pays A puis dans un pays B. C'est bien le même droit qui est reconnu dans l'ensemble de ces pays[204].

De même, la protection d'intérêts économiques emporte souvent l'édiction par les Etats de législations à effet extraterritorial lorsque l'activité d'acteurs économiques localisés à l'étranger a un impact sur leur territoire[205]. L'extension des marchés au-delà des frontières territoriales

---

[202] A. GESLIN, « La position de la France en matière d'extraterritorialité du droit économique national », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997-4. p. 411 s., spéc. p. 412.

[203] A. PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *Recueil des cours* 1924, vol. 2, p. 473.

[204] En ce sens, B. HAFTEL, « Droit international privé et immatériel en France – rapport français », in *L'immatériel*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Espagnoles, 2015, spéc. p. 992.

[205] F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un contexte de relativité générale », *Recueil des cours* 1989, t. 213, p. 293 ; Sur l'effet extraterritorial des lois américaines, v. W. F. PATRY, *Patry on Copyright*, Thomson

est de plus en plus le lieu d'une extension concomitante du domaine des lois de protection de ces marchés. Le droit de la concurrence apparait en ce sens comme le véhicule par excellence de l'extraterritorialité des normes étatiques. Ainsi, les droits subjectifs protégés au nom d'une concurrence non faussée étendent nécessairement leurs effets par-delà le territoire pour se confondre avec le marché[206]. Or, ledit marché à cheval sur plusieurs ordres juridiques sera appelé à assurer le respect de la norme et donc du droit subjectif au-delà du territoire qui l'édicte.

82. Le principe de territorialité de limitation comme conséquence directe de la règle de conflit choisie – Certains auteurs estiment en effet que si le principe de territorialité de limitation des droits subjectifs s'avère une réalité en droit d'auteur, il s'agit en fait d'une conséquence directe de la règle de conflit optée, en l'espèce la *lex loci protectionis*. En ce sens, M. TREPPOZ relève la variabilité des conséquences selon le choix de cette règle[207]. Ainsi, l'effet de limitation afférant aux droits intellectuels ne serait que la conséquence de la règle de conflit elle-même. Si au contraire, un législateur opte pour la loi du pays d'origine par exemple, l'effet de ces droits se voit bouleversé de manière subséquente, à ce point qu'ils en deviendraient extraterritoriaux.

A supposer donc qu'un pays opte pour la *lex originis* et ensuite qu'une atteinte soit localisée au sein de ce pays portant sur des droits nés à l'étranger. L'application de la loi matérielle étrangère viendrait en réalité constituer l'acte de reconnaissance au sein de l'ordre du for d'un droit acquis à l'étranger, consacrant ainsi l'idée d'un droit d'auteur universel, ce d'autant plus que si l'infraction avait lieu dans un troisième ordre juridique, ce serait encore la loi du pays d'origine qui s'appliquerait au cas.

West, 2019, spéc. § 25:86 : « *The two basic principles governing extraterritoriality are well-established1 and may be simply stated: (1) Congress has the constitutional authority to enact statutes reaching conduct committed outside the territorial boundaries of the United States, as it has done with the antitrust laws (...) (2) unless a contrary intent appears, legislation covers only conduct occurring within those boundaries. Such a contrary intent must be "clearly manifested" » ;* V. cependant, Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 815, 113 S. Ct. 2891, 125 L. Ed. 2d 612 (1993) : « *Though it clearly has constitutional authority to do so, Congress is generally presumed not to have exceeded those customary international limits on jurisdiction to prescribe*. »).

[206] Si l'on admet avec M. LOMBARD entre autres, que le droit de la concurrence a une double fonction protectrice. La fonction subjective a vocation à protéger le marché, tandis que la fonction subjective protège les droits subjectifs des concurrents. V. « *concurrence* », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p. 252 s.

[207] E. TREPPOZ, *Repertoire dr. int. : contrefaçon*, 2010, spéc. n°7.

83. *In fine*, la territorialité de l'ensemble des droits subjectifs ne peut être posée comme un axiome. S'agissant d'une spécificité des droits de propriété intellectuelle, il convient d'en examiner les causes.

II. L'influence du caractère relatif des régulations nationales sur la répartition des compétences législatives

84. En vertu de ce qui précède, la question revient à savoir ce qui justifie cette spécificité territorialiste des droits de propriété intellectuelle.

Il faudrait pour répondre à cette question opérer une focalisation sur la spécificité des droits de propriété intellectuelle eux-mêmes et non pas sur le droit subjectif dont le caractère strictement territorial ne peut pas être fermement affirmé.

De manière universelle, la politique d'octroi d'un droit de propriété intellectuelle revêt en réalité une double dimension : exclusive et collective. Or, ces deux dimensions peuvent entrer en conflit. Il revient systématiquement au législateur national d'arbitrer ces luttes d'intérêts qu'emportent l'existence de ces droits exclusifs. Cette régulation peut se manifester de manière directe par le biais d'une procédure d'enregistrement du droit, tout comme elle peut être plus implicitement intégrée dans le régime de protection.

Ces régulations qui s'opèrent au niveau national sont indéniablement tributaires du contexte culturel, social, économique et juridique de chaque pays. Il n'est donc pas surprenant que ces régulations divergent selon les ordres juridiques (A). De telles divergences étant porteuses de conflits de lois, le principe de territorialité apparait comme la traduction sur le plan du droit international privé du caractère national des régulations propres à chaque pays (B).

A. Des équilibres divergents selon les ordres juridiques

85. Droit exclusif et intérêts de la collectivité – Sans entrer dans les spécificités d'une matière hors de notre champ d'étude, il faut rappeler l'intérêt de l'autorité étatique dans le règlement du conflit ; intérêt qui n'est pas tout à fait négligeable en matière de propriété intellectuelle comme l'ont suggéré les développements précédents.

En effet, le système international divise les Etats en ordres souverains exerçant une autorité

exclusive sur un territoire donné. Sur ce territoire, la puissance publique étatique est chargée de représenter les intérêts de la collectivité en orchestrant les droits et les devoirs des individus, soit qu'ils s'y trouvent à court ou à long termes, y détiennent des biens, soit qu'ils lui sont assujettis par un lien juridique dit de nationalité. Or, quoique de nature privée, les droits de propriété intellectuelle, droits subjectifs de réservation, sont potentiellement attentatoires aux intérêts de cette collectivité. Et inversement, l'intérêt de la collectivité menace l'existence du monopole d'exploitation.

86. Le droit d'auteur est un droit de compromis – La régulation du droit d'auteur ne serait donc pas une simple régulation d'intérêts privés, car l'intérêt de l'Etat représentant la collectivité y est prégnant[208].

Cette analyse est partagée par la théorie économique des droits de propriété intellectuelle. On peut lire en ce sens sous la plume de Mmes. BENHAMOU et FARCHY[209] à propos de l'octroi de droits d'auteur que : « *depuis les travaux de Paul Samuelson, [1954] il est courant de distinguer bien privatifs et bien collectifs, et d'associer de bien collectifs aux deux propriétés de non-rivalité et de non-exclusion. La non-rivalité exprime le fait que la consommation d'une unité d'un bien par un autre agent ne diminue pas la quantité disponible pour un autre agent (tels les cas de l'éclairage public, d'un théorème mathématique ou d'un programme télévisuel). La non-excluabilité fait référence à l'impossibilité d'écarter de l'usage un agent ne concourant pas au financement du bien (du fait de l'absence d'un dispositif spécifique – droit de propriété – d'une convention sociale ou encore d'un dispositif technique qui limite l'accès). La non-rivalité implique que le coût marginal pour satisfaire un consommateur supplémentaire est nul. Le prix est donc nul de même, du moins si l'on tarifie au coût marginal. Il est de même en effet inefficace de vouloir faire payer des consommateurs dont la disposition à payer est faible, puisqu'ils peuvent tirer un bénéfice de l'usage du bien sans gêner les autres. Mais la tarification à prix nul ne permet pas au producteur de couvrir ses coûts fixes. L'impossibilité d'exclure des agents économiques qui ne contribuent pas au financement pose également la question de l'incitation à produire une quantité de biens, pourtant utiles à la collectivité. Le marché se révèle défaillant, et l'intervention publique devient nécessaire.* »[210]. La dimension collective de

[208] Rappr. F. SIIRIAINEN, « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation » », *RIDE* 2001/4, t. XV, p. 413 s.

[209] Compte tenu des limites de cette recherche, nous nous permettons de citer un extrait assez long de ces économistes.

[210] F. BENHABOU et J. FARCHY, Droit d'auteur et Copyright, 3éd., La découverte, 2014, spéc. p. 26.

l'œuvre pose un problème d'efficacité économique du fait de la rivalité d'intérêts entre l'agent qui produit cette œuvre et les potentiels utilisateurs. La régulation de ces oppositions est réalisée par l'Etat qui, à ce titre, octroie un droit exclusif de propriété sur l'œuvre.

Dans une dimension plus juridique, M. MOURA VICENTE note que le droit d'auteur, « droit exclusif, restreint inévitablement la liberté de commerce, limite l'accès du public aux biens culturels et à l'information et augmente potentiellement le prix de ceux-ci. Il n'est donc octroyé par l'ordre juridique de chaque Etat que si et dans la mesure où cela est conforme à la politique économique et culturelle poursuivie par celui-ci et à la conception de l'intérêt commun qui y prévaut. Il est juste, par conséquent, que chaque Etat détienne la prérogative de définir les conditions dans lesquelles les droits d'auteur se constituent, s'exercent et prennent fin sur le territoire où il exerce ses pouvoirs de souveraineté ; et qu'il revienne aussi à cet Etat de déterminer concrètement le contenu et l'objet des droits en question et les sanctions applicables aux atteintes dont ils ont fait l'objet sur son territoire. »[211]

Selon une conception assez proche, soutenue par le M. PLAISANT, c'est le concept même de souveraineté, entendu comme autorisant chaque Etat à définir les limites de la protection accordée aux auteurs, d'après une proportion dont il est juge en premier et dernier ressort, qui fonde la territorialité du droit[212].

87. Limitations du droit exclusif comme révélateur d'une diversité d'intérêts – Cette régulation est illustrée par la mise en place de limitations au droit d'auteur qui sont précisément dépendantes des arbitrages et des valeurs retenues par chaque ordre juridique[213]. Ces systèmes d'exception varient selon la perception du droit véhiculé dans l'ordre juridique de référence[214]. Dans les systèmes de droit d'auteur où la protection de l'auteur est centrale, le droit subjectif

---

[211] D. MOURA VICENTE, « La propriété intellectuelle en droit international privé », *Recueil des Cours*, Vol. 335, 2009, p. 267 : rapp. A. KUR et U. MAUNSBACH, « *Choice of law and ntellectual property rights* », Oslo Law Review, Vol. 6, n° 1-2019, p. 43 s. : « *Intellectual property (IP) is a peculiar creation. It aims at providing protection for immaterial intellectual efforts of different kinds, and the object of protection is complex to*
define. Legal regulation in the area of intellectual property rights (IPRs) is therefore specific and detailed in a way that distinguishes legislation in this area from legislation as regards other property rights. It may be stated that IP is a kind of collective good that has been made private by detailed legislation, which suggests that this property is easily shared and hard to uphold with exclusivity. »

[212] R. PLAISANT, *Les Règles de conflit de lois dans les traités*, thèse Paris, 1946, p. 150 et s. ; v. aussi, *JCP* 1953, II, 7667, note sous CA Paris, 13 janv. 1953.

[213] VIVANT et BRUGUIÈRE, n° 602.

[214] Rappr. F. BENAHMOU et J. FARCHY, *op. cit*, p. 18.

sera le plus souvent exacerbé et les limitations envisagées strictement ; à l'inverse, dans les systèmes de *copyright* ou l'intérêt public est plus prégnant, les exceptions seront reçues plus largement vis-à-vis du monopole d'exploitation[215].

88. Droit d'auteur et liberté du commerce et de l'industrie – En réalité, il est loisible d'affirmer avec un auteur qu'il « n'existe aucun conflit intrinsèque entre le droit de la propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur, et le droit de la concurrence. Au contraire, les deux corpus législatifs poursuivent le même objectif : promouvoir l'innovation au profit du bien collectif. »[216] Pourtant la mobilisation de l'intérêt privé contenu dans le droit subjectif risque au premier chef d'entrer en opposition avec la liberté du commerce et de l'industrie. Aussi, c'est dans la perspective de préserver une certaine égalité des agents concurrents qu'une limitation temporelle du droit apparait nécessaire. Le bénéficiaire d'un tel droit dispose indéniablement d'un avantage concurrentiel qui, lorsqu'il atteint une importance critique risque de se muer en atteinte anticoncurrentielle. La jurisprudence Magill est illustrative de cette opposition d'intérêts. Dans cette décision où la valeur protection du marché était aux prises avec la valeur protection du droit subjectif, c'est la première qui l'a emporté.

L'impact des droits de propriété sur les équilibres du marché est d'autant plus observable que ces derniers sont devenus des outils privilégiés de dissuasion concurrentielle[217]. La dimension collective d'un tel droit apparait d'autant plus sensible que les usagers sont les bénéficiaires en derniers ressort des règles protectrices des marchés concurrentiels.

89. Droit d'auteur et limitations internes et externes du droit subjectif – Cette régulation des intérêts explique que le droit d'auteur ne soit pas un droit absolu et qu'il soit affecté d'exceptions ; soit qu'elles sont intrinsèques à la législation de la propriété intellectuelle, soit qu'elles viennent de la confrontation des droits exclusifs avec des principes externes.

90. Quoique l'exclusion des idées du champ des créations protégeables vienne par nature limiter un tel risque, le principe d'exclusivité sur les droits protégeant certaines formes

---

[215] A. Strowel, Droit d'auteur et Copyright, Divergences, et convergences, Etude de droit comparé, Bruylant-LGDJ, 1993, spéc. 112 s.

[216] P. Bonnet, « Droit d'auteur et Pratiques anticoncurrentielles » in J.-M. Brugière (dir), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle,* Dalloz, 2016, p. 46.

[217] V. en ce sens, Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510 ; V. encore, B. Rémiche, « Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général » in *Mélanges* C. Champaud, p. 525 : « *les créations intellectuelles sont devenues un élément stratégique dans la constitution d'avantages comparatifs et dans l'acquisition d'une position concurrentielle sur un marché de plus en plus globalisé* ».

d'expressions emporte la possibilité d'entrer en confrontation avec celui selon lequel « *toute personne a droit à sa liberté d'expression* »[218]. L'exercice de la liberté d'expression peut en effet nécessiter la reproduction partielle ou intégrale d'une œuvre protégée. Faudrait-il alors privilégier le droit privatif ou la liberté publique structurellement intégrée au principe démocratique ? Du point de vue de la régulation, la difficulté est d'autant plus accrue que le droit d'auteur constitue en soi un droit fondamental. On est donc en présence de prérogatives à valeurs égales[219]. Là encore, il est possible d'observer que les pays n'organisent pas les arbitrages de manière identique et que les exceptions au titre de la liberté d'expression seront plus facilement admises dans les pays où l'intérêt de la collectivité constitue en soi une justification de l'octroi des droits de propriété intellectuelle alors qu'elle sera appréciée plus strictement dans ceux où la place de l'auteur est primordiale.

En France, la faible relativité du monopole est constatable à travers les exceptions de citation, les analyses critiques, les parodies[220]. La doctrine[221] et la jurisprudence se sont longtemps refusées à mettre en balance le droit d'auteur et la liberté d'expression de manière frontale[222]. La jurisprudence française a toutefois évolué sur la question. L'affaire qui a donné lieu à ce revirement opposait un peintre et un photographe, le premier ayant reproduit sur l'une de ses créations des œuvres du second. Assigné en contrefaçon, il opposait sa liberté d'expression au droit exclusif d'auteur. Dans le sens de la jurisprudence précédente, la cour d'appel fit primer le droit d'auteur. La Cour de cassation censure cependant cette décision sur le fondement de l'article 10 CEDH au motif qu'elle n'expliquait pas « *de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre ces droits commandait la condamnation* ». Il convient d'entendre donc que la protection du monopole peut être soumise à une balance des intérêts avec la liberté d'expression et qu'une remise en question au cas par cas peut être admise lorsqu'elle est exigée par la protection de l'intérêt de la collectivité.

---

[218] Art. 10 CEDH.

[219] L. MARINO, n° 66.

[220] Sur cette question, v. généralement, C. GEIGER, *Droit d'auteur et Droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, 2004 ; M. Van EECHOUD, *op. cit*., n° 161 ; H. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 356 ; F. POLLAUD- DULIAN, n° 1204 ; B. EDELMAN, « Du mauvais usage des droits de l'Homme », D. 2000, chr. 455, A. LUCAS, Droit d'auteur et liberté d'expression et droit du public à l'information, in Colloque *Droit d'auteur et liberté d'expression, regards francophones, d'Europe et d'ailleurs,* éd. Larcier, 2006 ;

[221] Contra, C. GEIGER, *op. cit*. spec. 225-226.

[222] Cass. civ. 1ère, 1 nov. 2003, *Utrillo* : *RIDA* 2/2004, p. 291 : *D.* 2004, note BOUCHE ; *JCP* G. 2004, II, 10080, note GEIGER ; CCE 2004, comm. 2, note CARON ; *Propr. intell*. 2004, p. 549, obs. A. LUCAS.

Des évolutions similaires sont à noter dans les jurisprudences allemandes et néerlandaises[223]. Aux Etats-Unis, l'exception dite de *fair use* est quant à elle suffisamment large pour accueillir la liberté d'expression comme fondement à une limitation du monopole intellectuel. La loi américaine[224] se contente d'indiquer quatre conditions devant être prises en compte dans l'appréciation de l'exception. Cette souplesse implique une mise en balance systématique du droit d'auteur avec d'autres droits fondamentaux et donc une approche plus favorable à l'exception. Sur le plan régulatoire, un tel système dit ouvert se montre plus favorable aux intérêts collectifs et s'oppose sur le principe au système continental d'exceptions fermées[225].

Dans le même ordre d'idées, le droit d'auteur peut se trouver aux prises avec le droit au respect de la vie privée. La question s'est posée initialement avec le développement de nouvelles technologies permettant aux particuliers de capter et de reproduire des œuvres protégées. L'exception de copie privée qui est sans doute une atteinte au droit de reproduction témoigne à la fois d'une approche pratique visant à contourner les difficultés que soulèverait la poursuite d'une protection du monopole dans la sphère privée, mais démontre aussi le choix législatif de ne pas adopter une politique de protection potentiellement attentatoire de la vie privée[226]. Plus récemment, le problème s'est déporté sur l'équilibre entre la répression de la contrefaçon et la protection des données à caractère personnel. La question s'est posée en effet de savoir si la nécessité d'une protection efficace des droits pouvait justifier la collecte et le traitement de données à caractère personnel par des autorités publiques ou des organismes de gestion. En ce sens, l'article 8 de la CESDH instaure un droit d'information au profit des détenteurs de droits afin d'identifier les personnes concourant à une utilisation illicite des œuvres. Toutefois, la CJUE est venue relativiser ce principe dans l'arrêt *Promusicae c. Telefonica*. Ainsi, tout en relevant l'absence dans les directives européennes d'une « *obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile* », elle invite toutefois les Etats dans la transposition des directives à « *assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux protégés par l'ordre*

---

[223] CA La Haye, 4 sept. 2004 : *propr. intell*, 2004, n° 12, p. 834, obs. VIVANT.

[224] V. VIVANT et BRUGUIÈRE, n° 611.

[225] J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du Copyright anglo-américain*, 1ère éd., Dalloz, 2017, p. 199.

[226] V. toutefois, les conclusions de l'avocate générale, Mme. SHARPSTON dans l'affaire « SGAE c. Rafael Hoteles » : « je ne vois cependant pas bien comment l'article 8 de la CESDH, qui vise à protéger les personnes contre toute ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et familiale, peut présenter une pertinence, ne serait-ce que par analogie, pour interpréter une disposition visant à harmoniser des droits liés au droit d'auteur », v. affaire C-306/05, point 66,

juridique communautaire » parmi lesquels « *le principe de proportionnalité* »[227].

L'accès du public à la culture justifie lui aussi une limitation du monopole d'exploitation qui semble aller de soi si l'on considère que les œuvres de l'esprit sont le vecteur par excellence de la culture et de la science[228]. Sans qu'il soit nécessaire de prendre parti pour la fonction sociale du droit, on peut reconnaître que l'œuvre acquiert une dimension institutionnelle et sociale dès lors qu'elle est mise en perspective avec la politique culturelle[229]. Cette dimension sociale du droit est sans doute l'une des justifications de l'existence universelle d'un domaine public des œuvres[230].

De manière plus relative, les Etats articulent le droit d'auteur et la politique culturelle en organisant un droit d'accès du public aux œuvres. En France, de tels objectifs sont au fondement d'exceptions accordées aux personnes morales et d'établissements publics visant à reproduire et représenter des œuvres sous un format qui en favorise l'accès aux personnes en situation de handicap[231]. Une telle limitation des droits de reproduction et de représentation est constituée par l'exception pédagogique qui permet l'utilisation d'extraits d'œuvres « *à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche* ». L'exercice de cette exception est enfermé dans des conditions rigides[232]. A l'inverse, les pays de *copyright*

---

[227] CJUE, 29 janv. 2008, *Promusicae c. Telefonica*, aff. C. 275/06, *Recuil* I, p. 271, concl. J. KOKOTT,: *JCP G*. 2008, II, 10099, obs. A. DERIEUX, *propr. inell*., avr. 2008, p. 239, obs. V.-L. BENABOU, *RTD com*., 2008, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[228] Rappr. B. GALOPIN « Handicap et limitation au droit d'auteur », *JAC* 2016, n°38, p.29.

[229] « Le développement culturel est une dimension du développement social, si l'on entend par là l'épanouissement optimal des individus groupes dans une société en quête de mieux-être et de l'égalisation des chances. », J. DUHAMEL cité par A. GIRARD, « L'invention de la prospective culturelle », textes choisis, in Culture et prospective 2010/1, n° 1, p. 10 ; V. encore In G. SCHRICKER (dir.), Urheberrecht Kommentar, 2e éd., Munich, Beck, 1999, Introduction, p. 7, n° 13, cité par Ch. GEIGER, préc. : « si on prend en compte les conséquences culturelles, économiques et sociales du droit d'auteur, on peut se demander si on ne doit pas exiger du législateur (et des juges interprétant les dispositions du droit d'auteur) que soit pris en compte l'intérêt général dans le sens positif : le droit d'auteur devrait être conçu de telle manière qu'il participe pour le mieux au développement du progrès intellectuel, culturel et économique » ; rappr. Ph. GAUDRAT, « Projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information : quand le numérique permet tout... », RTD com. 2004, p.499.

[230] V. sur cette question, S. DUSOLLIER, « Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », *Rapport pour l'OMPI*, 2010, spéc. p. 22.

[231] Art. L. 122-5-7 CPI.

[232] Elle ne peut d'abord que porter sur des extraits de l'œuvres, la notion même d'extraits pouvant être source de complexité ; l'utilisation ne peut logiquement avoir lieu que dans un cadre exclusivement pédagogique, ce qui

admettent l'application de l'exception pédagogique dans un cadre plus large. Au Royaume-Uni, le but pédagogique de l'utilisation est ainsi directement intégré comme l'une des causes de l'exception de *fair dealing*[233]. Il en va de même aux Etats-Unis où l'utilisation pédagogique vaut exception à condition qu'elle ne soit pas lucrative, tienne compte de la nature de l'œuvre, de la quantité utilisée par rapport avec la globalité de l'œuvre et les effets économiques de l'utilisation[234].

In fine, la protection des droits d'auteur résulte toujours d'arbitrages entre intérêts divergents qui s'opèrent nationalement et dans une moindre mesure dans le cadre de conventions internationales. Or l'immatérialité de l'objet de ces arbitrages, les œuvres de l'esprit sont propices au conflit de lois. Dans la perspective d'une résolution de ce conflit, la prise en compte de cette régulation opérée Etat souverain par Etat souverain pèse en tant que principe directeur.

B. Le principe de territorialité comme reflet à l'international de la régulation interne des intérêts privés et collectifs

91. Une régulation essentiellement interne – La régulation pays par pays des droits de propriété intellectuelle et la relativité qui en découle a des conséquences sur le traitement international de ces droits. Chaque Etat pose ses propres règles pour son propre ordre juridique en exerçant son pouvoir souverain. Lorsqu'une situation dotée d'un élément d'extranéité se pose au juge, il existe virtuellement plusieurs lois ayant vocation à la régir de manière concurrente. Ceci suppose également une divergence quant au contenu de ces lois, divergence qui elle-même indique des choix de régulations différents.

La régulation de ce conflit peut prendre deux formes. Soit elle consistera à prendre en compte

---

soulève la difficulté d'une séparation stricte du pédagogique et des activités connexes ; le public bénéficiaire doit être composé au moins en majorité d'élèves, d'étudiants ou de chercheurs professionnels ; l'utilisation ne doit donner lieu à aucune exploitation commerciale.

[233] C.D.P.A. Sec. 32 (2) : « Fair dealing with a work for the sole purpose of illustration for instruction does not infringe copyright in the work provided that the dealing is —

(a) for a non-commercial purpose,

(b) by a person giving or receiving instruction (or preparing for giving or receiving instruction), and

(c) accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise). »

[234] U.S. Code § 107.

la situation du droit dans l'un des pays concernés par le conflit et d'en extrapoler les effets à l'identique dans l'ensemble des pays où une exploitation a lieu, démarche dite universelle ; soit, il faudrait uniquement tenir compte des régulations de chaque Etat où l'œuvre est exploitée.

92. Théoriquement, seule la deuxième option s'accorde avec le principe de relativité des droits de propriété intellectuelle susvisé et le principe de souveraineté des Etats. La première démarche risquerait en effet de méconnaitre les spécificités du régime de protection telles qu'elles résultent de la régulation opérée au sein du pays dans lequel l'exploitation litigieuse a eu lieu et d'aboutir à des incohérences en cas de divergences substantielles entre les régimes nationaux en conflit. Et *in fine,* ceci reviendrait à nier le principe de souveraineté qui sous-tend ces régulations.

Cela n'indique pas nécessairement à conclure comme NIBOYET que tout le statut du droit d'auteur doit être soumis à la loi du for. D'une part, comme nous l'avons déjà relevé, ce serait nier la dimension individualiste qui est centrale dans le droit d'auteur ; d'autre part, sauf à se placer du point de vue d'un système unilatéraliste[235], le principe de souveraineté n'est pas nécessairement exempt d'une orientation bilatérale des règles de conflit.

Par exemple, le rattachement par la nationalité est bien fondé sur le lien de l'individu avec un ordre souverain donné, lequel exerce sur lui une puissance dont l'efficacité se perpétue au-delà des frontières nationales. Cependant, entres autres, l'idée même de courtoisie, fondamentale dans les relations internationales incite parfois à réserver une place à la loi étrangère lorsque les situations juridiques touchent des matières relevant de la souveraineté étrangère[236]. La bilatéralisation de l'article 3 du Code civil[237] ayant permis de soumettre l'état et la capacité des individus à leur loi nationale est topique[238]. On ne saurait pourtant douter de la sensibilité des questions relatives à l'état et à la capacité des personnes pour l'intérêt collectif et la cohérence de tout système juridique national. Il en va de même pour le principe de territorialité qui, tout

---

[235] Ce qui est par ailleurs le cas pour la doctrine de P. NIBOYET.

[236] Mais il est aussi remarquable à l'inverse que lorsque le poids de la souveraineté s'affaiblit dans une catégorie, le rattachement fondé sur ce principe de souveraineté a tendance lui aussi à péricliter ; la perte de vitesse du rattachement par la nationalité dans le statut personnel est illustrative de cette réalité, V. sur ces questions, E. PATAUT, « La nationalité : un lien contesté », in : E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI (dir.*), Les nouveaux rapports de droit*, IRJS éditions, 2013, 153-168.

[237] Sur cette évolution, V. B. ANCEL, « La destinée de l'article 3 du Code civil », *in Mélanges Lagarde*, p. 1 s.

[238] Cass. civ. 1ère, 17 avr. 1953, *Rivière* : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATTIFOL, *JDI* 1953, p. 860, note PLAISANT, *JCP* 1953, II, 7863, note BUCHET.

en procédant du principe de souveraineté dans sa vocation de régulation des situations touchant à son territoire n'implique pas nécessairement une logique unilatéraliste.

93. Un exemple éclairant peut être emprunté à M. HAFTEL[239]. Sachant qu'en France, les recettes de cuisine ne sont pas protégées par le droit d'auteur, l'auteur suppose que l'inventeur d'une recette, le cœur coulant au chocolat, ait fait protéger ladite recette à l'étranger. En vertu du principe de territorialité, cette absence de protection ne devrait avoir d'effets qu'en France. En effet, la non-protection des recettes de cuisine constitue une spécificité de l'ordre juridique français résultant d'une pesée de la balance des intérêts privés et collectifs relevant de ce type de créations en France.

Un problème de cohérence du système juridique interne se poserait dans le cas d'une solution inverse au principe de territorialité ; c'est-à-dire celui où la protection en France d'une création non protégée dépendrait de critères posés par un ordre juridique étranger où celle-ci bénéficie éventuellement d'une protection.

Le principe de territorialité apparait ainsi comme une réalité naturelle et un principe fonctionnel. D'une part, il traduit la spécificité des droits de propriété intellectuelle qui est leur relativité sur le plan international. D'autre part, il intervient comme un principe fonctionnel de répartition des compétences législatives dans l'espace sur la base de cet effet relatif. Sur ce dernier plan, il apparaît comme la manifestation de la volonté et de la nécessité des Etats de réguler l'existence et l'utilisation des œuvres de l'esprit au sein dans leurs territoires dans la mesure où ces derniers sont porteurs d'un tiraillement structurel entre intérêt collectif et intérêt privatif[240].

94. Conclusion de la section – Les analyses réalisées au titre de cette section ont permis de confirmer le rôle pivot que joue le principe de territorialité en droit commun, mais ont essentiellement permis d'écarter certaines explications qui ont été données au fondement de ce principe. Nous avons ainsi réfuté que la territorialité résultât de la qualification propriétariste du droit, ou qu'elle se justifiât du caractère impératif des législations du droit d'auteur. Il a

---

[239] B. HAFTEL, préc., spéc. p. 990.

[240] F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n° 698 s. ; D. MOURA VICENTE, *Recueil des Cours*, préc., spéc. p. 125 ; Nous ajoutons que l'idée même d'un droit d'auteur en tant que droit naturel n'est pas propre à effacer ce lien étroit qui s'établit entre la loi du souverain territorial et toute prérogative qu'il reconnait puisque dans tous les cas, c'est la loi positive qui fixe les contours et le contenu de ce droit. Le droit subjectif d'auteur quoiqu'ayant pour point de départ l'activité créatrice n'en demeure pas moins dépendante de la volonté du législateur. On a pu ainsi parler de « pure création artificielle », V. en ce sens, Bureau de Berne, *Le droit d'auteur*, 1937, p. 99 ; E. BARTIN, préc., p. 51.

cependant été admis que l'idée de limitation des effets juridiques des droits de propriété intellectuelle est à la source du principe de territorialité sur le plan du droit international privé. Mais il s'agit bien d'une spécificité qui leur est propre en tant que créations purement artificielles régulées Etat par Etat en tenant compte d'un équilibre entre la dimension collective des œuvres protégées et leur dimension privée.

Dans leur fonction régulatrice des rapports sociaux et économiques, les Etats détiennent en effet un intérêt indéniable à dire quelle forme viendra limiter l'intérêt légitime de la collectivité à avoir accès à une information ; comment ladite information sera articulée avec la protection des marchés qui impactent son territoire.

De tels équilibres sont nécessairement régulés par le pouvoir souverain du lieu où l'exploitation est réalisée ou qu'elle produit ses effets.

La territorialité des droits est de ce fait intrinsèquement liée au principe de souveraineté en tant que principe régulateur des équilibres entre intérêts privatifs et intérêts collectifs sur chaque territoire. Cette réalité reçoit également une traduction en droit conventionnel.

Section 2 : Le principe de territorialité en droit conventionnel

95. Principes du droit conventionnel – Les principaux instruments du droit conventionnel connaissent le principe de territorialité. Il est cependant plus douteux qu'il instaure un système de règlement des conflits de lois.

En effet, le droit conventionnel ne prend directement parti ni sur la qualification personnelle ou réelle du droit, ni ne définit ce qu'est le principe de territorialité. Force est de constater que les principaux instruments conventionnels n'avaient pas pour but la résolution des problèmes de conflits de lois en passant par la méthode bilatérale. Plus nettement ces instruments consacrent un certain nombre de principes d'où se déduit le caractère territorial des solutions retenues.

L'assise de cette territorialité varie cependant selon le rôle qui est donné à chacun de ces principes.

Au premier titre des règles reconnues en droit conventionnel, vient le principe d'assimilation. L'influence de cette règle est telle qu'elle a longtemps joué et continue de jouer selon les analystes comme le fondement résiduel de toutes les solutions de droit applicable. Le domaine de ce principe n'est cependant pas sans poser de difficultés ; l'on sait en effet que l'assimilation en matière de conventions internationales vaut d'abord pour les individus engagés dans des

relations transnationales à l'étranger et non nécessairement pour le droit applicable à ces relations. La difficulté vient surtout de ce qu'une telle extension de ce principe ne permet pas en réalité de considérer que le droit d'auteur puisse faire l'objet d'un conflit de lois. Et si l'on reprend la prémisse de l'indifférence originelle des conventions de Berne et de Genève à l'égard des conflits de lois, une telle analyse ne semble pas totalement contestable.

Force est toutefois de constater que l'assimilation ne constitue pas l'unique principe du droit Conventionnel pouvant justifier une protection territoriale des droits.

La Convention de Berne reconnait en effet un principe connexe qui semble souffrir d'une ambiguïté moindre quant au traitement conflictualiste qu'il indique en termes de droit applicable.

Il est donc loisible d'observer qu'en dépit d'un parti pris territorialiste, tant pour le principe d'assimilation (paragraphe 1er) que pour le principe d'indépendance, seul le second de ces principes semble se situer sur le conflit de lois (paragraphe 2).

Paragraphe 1er : L'extension du traitement national au conflit de lois

96. Porosité des catégories – Le droit international privé est partagé en deux grandes subdivisions : d'une part, les règles qui, s'imposant au juge, déterminent l'ordre juridique compétent pour régir un rapport juridique donné par le bais d'un rattachement prédéfini; d'autre part, celles qui déterminent « *les droits que les personnes ne ressortissant pas à un pays peuvent exercer et faire protéger dans le territoire de ce pays ainsi que les obligations particulières qui peuvent incomber à ces personnes* », dites règles de condition des étrangers[241]**.** Se trouve donc distinguées la question de la loi compétente pour régir une espèce incluant un sujet étranger et celle des droits dont ce dernier peut jouir au sein du territoire national[242]. En d'autres termes, « *on recherche d'abord si l'étranger est apte à être titulaire d'un droit déterminé avant de*

[241] G. KOUMANTOS, « Le droit international et la Convention de Berne », *D.A*, oct. 1988, p. 440.

[242] Cass. civ., 27 juillet 1948, *Lefait* : *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 75, note BATTIFOL ; *D.*, 1948, p. 535 ; *GAPI*, n° 20, p. 157 – L'extension au droit d'auteur de cette distinction fut posée par le célèbre arrêt *Fox Europa*, Cass. civ. 22 décembre 1959 : *D.* 1960, 93, note HOLLEAUX ; *Clunet*, 1961, 420, note GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1960, 361, note TERRÉ ; *Rev. trim. dr. Comm*., 1960, 955, obs. LOUSSOUARN ; *ibid*, 351, obs. DESBOIS ; « Le droit d'auteur des étrangers en France », *RIDA*, n° 26, juillet 1960, p. 79.

définir sous l'empire de quelle loi ce droit pourra être éventuellement exercé. »[243]

Il existe en notre matière un débat de longue date sur les domaines propres à certaines règles de conflit de lois et leurs homologues dédiés à la condition des étrangers. Ce débat permet surtout de constater que les catégories théoriques relèvent pour beaucoup de l'arbitraire et qu'en pratique les frontières de démarcation entre ces deux aspects du droit international privé demeurent poreuses, en particulier si l'on se remémore qu'en termes de propriété intellectuelle, les problèmes de conditions des étrangers ont longtemps occulté le jeu normal du conflit de lois et que les solutions élaborées en ce temps conservent la marque de cette confusion. Cette porosité est telle qu'on voit parfois les principes propres à la condition des étrangers analysés comme autant de fondements théoriques des solutions de conflits des lois.

Il en est ainsi du principe d'assimilation posé à l'article 5.1 de la Convention de Berne qui est parfois analysé comme étant est au fondement de la règle de conflit donnant compétence à la loi du pays où la protection est demandée (article 5.2).

97. La confusion des genres en matière de droit applicable a longtemps cautionné qu'il soit analysé comme un principe hybride (A) et *de facto* comme le fondement des principales règles de conflit de la Convention, si tant est qu'on était encore en situation de parler de règles de conflit. Toutefois, la complexité des problèmes que soulève la protection internationale du droit d'auteur et l'évolution interprétative de ces règles ont défait certains des amalgames traditionnellement posés exigeant une interprétation stricte qui tiendrait séparés assimilation et règle de conflit (B).

A. L'Hybridité du traitement national

98. Le principe d'assimilation est une approche libérale du traitement de l'étranger qui tend à le confondre en termes des droits dont il bénéficie avec le national. Si tout indique dans cette fonction que le principe est étranger au conflit de lois, (1) une sorte de flou artistique demeure cependant quant au domaine de cette règle en matière de droit d'auteur, entretenu tant par les instruments du droit conventionnel que par la doctrine spécialisée (2).

[243] B. Ancel et Y. Lequette, G.A., n° 20, spec. pt. 7 ; T. Azzi, th., n° 365, p. 278.

1. La notion d'assimilation en droit conventionnel

99. Règle de condition des étrangers - *A priori*, le principe d'assimilation, se range traditionnellement dans la catégorie des règles dévolues à la condition des étrangers, visant de ce fait non pas l'*exercice* de leurs droits mais la *jouissance* de ceux-ci. L'assimilation fait figure de principe fondamental au sein des règles du droit conventionnel. C'est une solution couramment utilisée sous diverses acceptions ; ainsi de la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants en son article 2.1, la Convention de Genève[244]; ainsi que l'article 3:1 du traité ADPIC[245] (Aspects des Droits De Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce), instruments du droit conventionnel qui dans une terminologie quelque peu différente consacrent le principe dit de la « *nation la plus favorisée* » ou du « traitement national »[246]. On retrouve encore[247] cette idée d'assimilation libellée sous le principe fondamental de « *non-discrimination* » en droit européen, article 18 du TFUE[248].

L'assimilation apparaît ainsi comme une mesure libérale[249] visant à gommer les différences entre nationaux et étrangers eu égard aux éventuelles restrictions en ce sens contenues dans la loi du for. Ces bases théoriques posées, l'on est tenté d'analyser les dispositions de l'article 5.1de la Convention de Berne comme une simple de règle dont la finalité consiste à accorder

---

[244] Sur l'analyse des dispositions de l'article 2 de la Convention de Genève, v. A., H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1514, p. 1273 s. – M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 242, p. 249 s.

[245] « Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés […] »

[246] Cette terminologie plus récente est selon certains auteurs source de confusion quant à domaine de cette règle car, « elle peut laisser entendre que l'étranger doit se voir appliquer la même loi que celle applicable au national quand il exerce ses droits sur le territoire national », en ce sens, J.-S. BERGÉ, fasc. 572-115, n° 47 s. – V. aussi. A. Lucas, H.-J. LUCAS, et A. L UCAS-SCHLOETTER, n° 1286 s., p. 935 s. – V. également, N. BOUCHE, op. cit., spéc. n° 892 et la liste des auteurs cités en note 1279. – F. POLLAUD-DULIAN, n° 1460.

[247] L'on songera aussi à la Convention de Paris, article 2, à la Convention UPOV (Union pour la protection des obtentions végétales), article 4. ; au traité WPPT, article 3.2 et 4.1, au traité de Beijing, article 4

[248] « Le droit d'auteur et les droits voisins sont soumis au principe général de non-discrimination posé par l'article 12 CE », CJCE 20 oct. 1993, *Phil Collins* : *D.* 1995, jurisp. n° 133 note EDELMAN ; *RIDA* 1994 n° 159, p. 304 – M. VIVANT (dir.), Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz 2004, p. 15 – J. GASTER, « Sur les suites de l'arrêt « Phil Collins » : *RIDA* 1996, n° 168 p. 196.

[249] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, n° 186-1, p. 311.

une protection égale à l'auteur unioniste étranger quand bien même sa loi nationale n'accorderait une protection similaire aux auteurs de l'Etat du for[250]. Cette finalité n'implique pas nécessairement dans le même temps à quel ordre juridique sera rattachée la situation juridique au fond.

100. Pourtant en droit conventionnel, cette distinction n'est pas toujours apparue avec la plus grande clarté et le principe d'assimilation est souvent nimbé d'un domaine extensif empiétant sur le conflit de lois.

2. Fondements de l'approche extensive

101. Assimilation et *lex loci protectionis* – Une frange importante de la doctrine du droit international privé, appuyée par une jurisprudence pour le moins hésitante a cru voir un lien systématique entre assimilation de l'étranger au national et la compétence en matière de conflit des lois de *la lex loci protectionis*[251]. Ce qui revient à confondre au sein d'un même principe, une règle de condition des étrangers et autre de conflit de lois[252].

En ce sens, MM. DESBOIS, FRANÇON et KEREVER estiment que la règle selon laquelle « tous les auteurs d'œuvres publiées ou représentées dans un pays contractant, à quelque nationalité qu'ils appartiennent, seront assimilés dans les autres pays aux auteurs nationaux de ces pays sans être astreints à la moindre formalité », traduite dans « la langue du droit international privé », appelle la compétence de loi du lieu de protection[253].

De manière plus directe, H. DESBOIS tire de l'économie des règles conventionnelles la vocation du principe d'assimilation « à résoudre les problèmes de conflit des lois inhérents au droit d'auteur par l'application de la loi des pays où la protection est demandée alors qu'au contraire, les systèmes nationaux ont une tendance dominante à appliquer la loi du pays d'origine de l'œuvre ou tout au moins de procéder à une confrontation des deux lois et d'appliquer celle des

---

[250] M. WALTER, « La Liberté contractuelle et les conflits de lois », *RIDA*, n° 87, janv. 1967, p. 47.

[251] Th. DUSURMONT, « Réflexions sur le numérique et les droits des auteurs », *Rev. trim. Géoéconomie*, n° 17, 2001, p. 29 et s., spéc. p. 38.

[252] En réalité, une confusion similaire a eu lieu en droit international privé français, et la loi du 8 juillet 1964 en est parfois présentée comme une résurgence, V. en ce sens A. et H.-J. L UCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1289 s.

[253] Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, n° 3.

deux qui est la moins protectrice »[254].

Si elle paraît pour le moins étonnante compte tenu de la séparation théorique entre condition des étrangers et conflit des lois, il n'en demeure pas moins qu'une telle interprétation peut s'inférer en droit conventionnel d'une certaine lecture extensive des assises textuelles du principe d'assimilation et de la *lex loci protectionis*.

102. Cet amalgame est aussi entretenu de manière régulière dans la doctrine étrangère[255]. MM. TORREMANS et FAWCETT relèvent en ce sens que tous les instruments du droit conventionnel qui stipulent la règle du traitement national « *doivent être interprétées comme renvoyant à la compétence de la loi du pays pour lequel la protection est demandée… toute autre alternative au profit de la loi du pays d'origine ou de la lex fori en tant que règle générale n'est plus admissible* » (NT)[256].

103. La « *condition des œuvres étrangères* » – la confusion a été entretenue dès l'origine par les dispositions particulièrement ambigües de la Convention initiale. Celle-ci disposait en son article 2 :

> *« (1) Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit non publiées, soit publiées pour la première fois dans un de ces pays, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. »*
>
> *(2) La jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre, elle ne peut excéder, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans ledit pays d'origine des auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union. »*

104. Avant l'acte de Berlin en 1908, l'article 2 de la Convention de Berne était libellé selon une structure principe/conditions. L'idée de jouissance telle qu'elle est exprimée à l'alinéa 1er

---

[254]Les Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques, Annuaire français de droit international, 1960, vol. 6, n°1, p. 41, spéc. p. 57.

[255] V. en ce sens, A. KUR et U. MAUNSBACH, « Choice of Law and Intellectual Property Rights », préc. : « The principle of national treatment confirms that IPRs are to be regulated on a national basis. The principle acknowledges that IPRs are territorial and that protection in each Member State is territorial in so far as it is limited to the borders of the protecting State ».

[256] J. FAWCETT and P. TORREMANS, *Intellectual property and Private intellectual law,* Oxford, 1998, p. 481 ; P. GOLDSTEIN, *International Copyright, law and practice,* New York, 2001, n° 103 s. ; D. et M.-B. NIMMER, *Nimmer on Copyright,* Matthew Bender Elite Products , 2001, spéc. n° 17.05.

correspond à la détermination du périmètre des droits reconnus à l'auteur étranger au sein d'un pays unioniste. Celui-ci doit être au minimum équivalent à celui accordé aux auteurs nationaux. Au sens de la Convention, cette jouissance recouvre tous les droits affectés à la protection de l'œuvre, qu'ils soient d'ordre moral ou patrimonial. Cette disposition visait de manière immédiate l'auteur dans sa qualité d'étranger et en tant qu'élément de rattachement à la convention. En d'autres termes, c'est la nationalité étrangère de l'auteur qui active le bénéfice du traitement national. Il s'agit de prime abord d'une mesure de condition des étrangers. Une telle conclusion semble d'autant plus autorisée que les différentes révisions de la Convention ont conduit à séparer en deux dispositions distinctes les règles traditionnelles de conflit de celles qui relèvent de la condition des étrangers, l'article 5.1 devenant de la sorte le siège ultérieur de l'ancien article 2 et par conséquent du principe d'assimilation.

105. On a cependant soutenu le caractère conflictualiste de ce principe à la faveur d'un passage de l'assimilation des auteurs à l'assimilation des œuvres[257]. Le glissement semble autorisé pour ces auteurs à l'observation de l'article 5.1 ainsi que de l'article 2 de la Convention initiale qui font expressément référence aux œuvres comme s'il s'agissait de véritables facteurs de rattachement à la Convention. Celle-ci accorde en effet l'assimilation, c'est-à-dire la jouissance des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux en considération des œuvres publiées par ces auteurs au sein de l'union (« *pour leurs œuvres* »). Il en a été déduit que le mécanisme mettait au cœur « *l'œuvre étrangère* » et non pas l'auteur étranger lui-même.

Extrapolant les dispositions de l'article II-I de la Convention Universelle à l'analyse du principe d'assimilation au sein de la Convention de Berne, le professeur RAYNARD relève que : « (…) *c'est l'œuvre étrangère – unioniste – qui, dans le pays pour le territoire duquel la protection est revendiquée, est protégée par les règles matérielles édictées par la loi locale, et non l'auteur étranger unioniste qui, dans ce pays bénéficie de la règlementation locale de droit international privé.* »[258] L'assimilation n'aurait à proprement parler pas vocation à encadrer un problème de condition des étrangers mais serait plutôt dédiée à un domaine particulier qui serait « *la condition des œuvres étrangères* »[259] .

106. Conception classique du traitement national – Un auteur soulignait que les

---

[257] H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *op. cit.*, n° 3, p. 10.

[258] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 461, p. 418.

[259] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 461, p. 418.

divergences doctrinales quant au domaine du traitement national doivent probablement être ramenées à une opposition entre une approche moderne du droit international privé, et un autre que l'on pourrait dire classique ; la première qui défend une séparation stricte entre les règles de condition des étrangers et celles de conflit de lois renvoie à une analyse restrictive du traitement national, tandis que la seconde, se basant sur l'esprit du droit international privé aux origines de la Convention de Berne lui octroie un domaine nécessairement élargi[260]. Dans le même ordre d'idées, une analyse se voulant fidèle aux conceptions en vogue – tant dans la jurisprudence que dans le doctrine majoritaire – à l'époque de l'élaboration de la Convention fait découler la règle de conflit de l'article 5.2 du principe du traitement national[261]. Cette vocation conflictualiste tiendrait dans les termes mêmes de la Convention initiale qui vise expressément les « *conditions et formalités* ». Celles-ci renverraient à la jouissance des droits, non plus dans le sens des droits dont peut bénéficier un auteur étranger, mais dans un sens ayant trait au conflit des lois[262]. De surcroît, en désignant « les lois respectives », l'article 2 aurait renforcé la double portée de la règle du traitement national, puisqu'il faudrait entendre par cette expression l'ensemble des lois matérielles des pays de protection. Pareille analyse serait confirmée par la stipulation dans la révision de 1908 d'un principe d'indépendance, corollaire du traitement national. Ce dernier ayant affranchi le bénéfice du traitement national de la considération de l'œuvre dans le pays d'origine, l'on ne devrait « par suite », en termes de loi

---

[260] H.-J. LUCAS, *J. cl. Dr. int.*, Fasc. 1931, n° 4.

[261] Pour une analyse récente et détaillée de cette approche, v. N. BOUCHE, *op. cit.* n° 886 s. et la liste d'auteurs convergents en note n° 1272 – V. aussi en ce sens M. BOUTET et R. PLAISANT, *J. cl. « Propriété littéraire et artistique*, fasc. 29, p. 59, pour lesquels l'observation des motifs de l'Acte de Berlin (p.38) accréditent l'idée que l'indépendance des droits et partant la compétence de loi du lieu où la protection est réclamée procèdent directement de la stipulation d'un traitement national : « *La nouvelle réglementation proposée peut être considérée comme le développement de l'idée fondamentale de la Convention de Berne, d'après laquelle, dans tous les pays de l'Union, l'auteur unioniste doit être traité comme l'auteur indigène, avec, en plus, les garanties stipulées par l'Union. Déjà actuellement, c'est la législation du pays dans lequel l'auteur demande la protection qui décide de chacun des droits exclusifs qui lui reviennent, que l'autre jouisse ou non de droits analogues dans les pays d'origine de l'œuvre*. »

[262] « (…) la naissance d'un droit d'auteur au profit de l'unioniste dans un autre pays unioniste de protection dépend de l'accomplissement dans le pays d'origine de l'œuvre des conditions tant matérielles que formelles prescrites par la loi de ce pays d'origine. Les effets de ce droit d'auteur, l'étendue de la protection, dépendront quant à eux du principe de traitement national. Il est ainsi intéressant de noter que le terme jouissance de l'article 2 al. 2 est employé au sens de la naissance, de l'obtention du droit d'auteur dans le pays unioniste de protection et non pas à notre sens de condition des étrangers dans ce pays », ibid.

matérielle applicable s'intéresser « exclusivement » qu'à la loi du pays où la protection est demandée, *lex loci protectionis*.

107. En réalité, il faut admettre qu'à l'origine, la Convention n'avait pas entendu distinguer le conflit des lois de la condition des étrangers. D'une certaine manière, les solutions en sont centrées sur une finalité, la protection des auteurs contre les variations des législations nationales et ne reflètent pas de véritable prise de position sur la théorie du droit d'auteur ; mais plus encore, en droit commun, le conflit des lois en matière en propriétés intellectuelles est longtemps demeuré comme absorbé par la question de la jouissance des droits[263].

108. Convention de Genève – Le caractère hybride du traitement national est d'autant plus renforcé qu'en dehors de la Convention de Berne, d'autres dispositions conventionnelles y fondent clairement leurs solutions en termes de conflit des lois[264]. Il en est ainsi de l'article II de la Convention Genève dont on peut dire qu'il est l'archétype du mélange des genres en droit Conventionnel[265]. La volonté de simplification qui animait les rédacteurs de cette disposition a paradoxalement abouti à une complexification du cadre juridique. En réalité, deux lectures sont possibles. On peut considérer que dans l'esprit simplificateur des rédacteurs, l'article II règle directement le conflit des lois par le biais du traitement national ; la distinction entre la condition des étrangers et le conflit des lois est donc inexistante, toutes choses qui reviendraient à accréditer la portée conflictualiste du principe d'assimilation. Or, lorsque l'on sait que la Convention de Genève est traditionnellement considérée comme dérivant de la Convention de Berne, il pourrait paraître logique d'étendre ces conclusions à l'article 5 de cette dernière. A l'inverse, on peut s'attacher à ce que l'article II ne formule qu'une simple règle de condition des étrangers, en d'autres termes qu'il ne préfigure le droit matériel applicable qui, ce faisant demeure régi par le droit commun ou une éventuelle règle conventionnelle spéciale. Par conséquent, le champ d'application du traitement national se verrait forcément réduit à portion congrue à l'évitement de potentielles mesures de réciprocité à l'encontre de l'auteur unioniste[266]. Rapportée à la convention de Berne, cette dernière analyse permet d'établir une systématique dans l'esprit des conventions du droit d'auteur où la *lex loci protectionis* serait

---

[263] En ce sens, H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques*, n° 109, p. 241 – v. aussi, D. B UREAU, H. MUIR WATT, n° 674, p. 126.

[264] Des observations similaires peuvent être faites au sujet de la Convention de Rome sur les droits voisins – v. en ce sens, T. AZZI, *op. cit.* n° 458.

[265] J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 419.

[266] M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 242, p. 250.

déconnectée de manière logique au principe d'assimilation[267].

109. Ambigüités jurisprudentielles – Dans ce mouvement, la jurisprudence n'est pas en reste. Un certain nombre de décisions tirent du principe du traitement national une vocation à régir le conflit des lois. La compétence de la loi française retenue en tant que *lex loci protectionis* est ainsi souvent la conséquence du bénéfice de l'assimilation. Dans la décision dite du « *Prince Igor* », il a notamment été retenu qu'en vertu du principe d'assimilation tiré de l'article 5.1 de la Convention de Berne (article 4 al. 1er à l'époque du jugement), les auteurs d'une composition d'Opéra ou leurs ayants-cause jouissent en France des droits accordés à ses propres nationaux par la loi française, c'est-à-dire par la loi du mars 1857 sur la propriété littéraire et artistique »[268].

110. Sur une espèce touchant au droit moral, un jugement a statué qu'un auteur était fondé à s'opposer en vertu du traitement national de la Convention de Genève (article II) désignant la loi française, à la colorisation d'un film par le producteur américain de ce dernier, bien que ladite Convention ne contienne pas de règle propre au droit moral[269]. Il est vrai cependant que la Convention de Genève où la confusion est particulièrement prégnante s'avère le lieu le plus

---

[267] L'observation des positions doctrinales laisse souvent paraitre une casuistique qu'il n'est pas évident de saisir ; on comprend mal – gardant à l'esprit le lien de filiation entre ces deux conventions – pourquoi le traitement national aurait valeur conflictuelle dans la Convention de Genève, tandis que cette caractéristique lui serait refusée à propos de la Convention de Berne – en ce sens, A. et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, nos 1446 s., 1514 s.

[268] TGI Paris, 15 nov. 1968, aff. *Vve. Glazounov c/ Sté du théâtre des Champs Elysées* : *Rev. crit. DIP* 1969, p. 670 s., note FRANÇON ; *Clunet* 1970, p. 77 s., note DESBOIS ; *RIDA* avril 1969, n° 60, spéc. p. 155 s. ; *RTD com.* 1970, p. 715 s., obs. DESBOIS – v. aussi, CA Paris, 4e ch., 6 oct. 1988 : *cah. dr. Auteur*, fév. 1989, p. 25 – CA Paris 29 avril 1959. *The Kid* : *Clunet* 1960. 130. note B. GOLDMAN ; TGI Lyon 16 février 1961 : *Clunet* 1962. 974. note B. GOLDMAN ; TGI. Paris 30 mai 1984 : *RIDA*, octobre 1984, 220 (ajout d'une musique au film Le Kid de Chaplin : les juges ont retenu la compétence de la loi locale en application notamment de l'article 17 de DUHC.

[269] TGI Paris, 23 nov. 1988, *Huston* (au fond) : *Clunet*, 1989, p. 67, note B. EDELMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 372, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 1989, p. 342, note AUDIT – Crim., 5 janv. 1988, *Suire c. Sacem : Cah. dr. auteur 1988* n° 3, p. 20 : dans cette espèce, des auteurs américains et anglais invoquaient le bénéfice de l'épuisement du droit d'auteur en vertu de la loi américaine selon eux applicable pour une reproduction de phonogrammes non autorisée en France. Ce à quoi la Cour répond que : « *la Convention de Genève, sur le droit d'auteur, dont les Etats-Unis sont signataires, disposant que les œuvres des ressortissants de tout Etat contractant bénéficient de la protection accordée par chacun des autres à celle de ses propres nationaux, la loi française est applicable à la diffusion sur le territoire national des phonogrammes sur lesquels sont reproduites des œuvres des auteurs étrangers, notamment américains ou anglais*. ». La loi du lieu de protection – loi locale pour l'occasion – est ici directement tirée du principe du traitement national.

autorisé pour une telle application.

111. Plus récemment, un arrêt de la Cour d'appel de Paris s'est fondé sur les dispositions de l'article 5.1 afin de définir le droit applicable à la titularité initiale des droits[270]. Dans cette espèce, la partie assignée en contrefaçon d'une œuvre musicale initialement publiée en Egypte soulevait que, pour se prévaloir en France des droits d'auteur, il eut fallu au préalable avoir démontré la titularité d'un tel droit dans le pays d'origine de l'œuvre. L'argument des défendeurs n'est pas sans rappeler la conception mixte du droit français, qui relègue à la *lex originis* la détermination du titulaire initial. Sauf à considérer que la détermination de la titularité – qui n'est pas clairement définie dans la Convention – relève de la condition des étrangers, rien n'appelait *a priori* dans cette espèce à mettre en jeu les règles propres à la jouissance des droits. Pourtant, la Cour d'appel rejette la demande en soulignant que : « d'une part, s'agissant d'un agissement fautif commis, notamment sur le territoire français et d'un dommage subi sur ce territoire, la loi française est applicable, d'autre part, l'Egypte étant partie à la Convention de Berne, il en résulte selon les dispositions des articles 2 et 5, que les auteurs bénéficient dans un pays de l'Union des droits accordés par les lois « respectives aux nationaux ».

112. Il ressort surtout de ces décisions un certain flou artistique. En effet, dans certaines espèces, le raisonnement qui conduit à passer du traitement national à la *lex loci protectionis* n'est que sous-jacent, ce qui ne permet pas toujours de lever les ambigüités. Dans d'autres cas, la solution n'apparait même pas en termes de conflit des lois, comme si les juges avaient entériné l'idée selon laquelle la détermination des droits dont peut jouir un auteur étranger solde le droit applicable à l'exercice de ces droits[271] . L'analyse de ces décisions ne permet au demeurant pas de se figurer avec certitude si la réception du traitement national s'opère en vertu d'une réflexion en termes de conflit de lois ou plutôt en termes de règles matérielles, quoique la conséquence soit identique, la compétence de la loi du for.

B. Interprétation stricte du traitement national

113. Intérêt de la distinction condition des étrangers/conflit des lois – La solution qui

[270] CA Paris, 4ème ch. B, 19 sept. 2003, *Teboul c/ EMI Music Arabia FZE* : *Prop. Intell.*, janv. 2004, obs. LUCAS.

[271] En ce sens, M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 237, p. 243 – v. aussi, B. EDELMAN, note ss. TGI Paris, 23 nov. 1988, préc.

consiste à faire dériver la règle de conflit du traitement national est sans doute séduisante car le système ainsi proposé présente l'avantage de la simplicité. Mais elle ne peut être admise qu'à l'encontre d'une certaine cohérence théorique voire au mépris de la sécurité juridique des parties intéressées[272].

Du point de vue théorique, distinguer la condition des étrangers du conflit de lois n'est pas sans intérêt[273]. Les règles relatives à la première résolvent la question de savoir quels droits bénéficient à l'étranger, tandis que les secondes désignent sous l'empire de quelle loi ces droits seront régis. Ramené à notre spécialité, cela revient à dire que le traitement national n'a trait au conflit de lois que dans la mesure où il indique que le l'auteur étranger sera soumis aux mêmes règles que le national, y compris pour la désignation du droit applicable[274]. Les deux types de solutions obéissent par conséquent à des impératifs différents : les unes ont vocation à soustraire l'auteur étranger à des discriminations mal venues et préjudiciables pour la coordination des ordres juridiques, tandis que les autres sont autant de techniques visant à établir le siège du rapport juridique le plus approprié.

114. Rejet de la condition des œuvres étrangères - Il n'est certes pas exclu que les ambigüités favorisées par quelques maladresses rédactionnelles et les solutions prégnantes en droit commun à l'époque de la Convention initiale[275] aient pu emporter des positions contraires. Il n'en demeure pas moins que ces ambigüités ont progressivement été gommées au fil des modifications successives. Ainsi de la thèse pour laquelle les Conventions internationales sur le droit d'auteur consacreraient par le biais du traitement national une forme de règle de condition des œuvres étrangères. On ne peut nier une certaine équivoque à propos du texte de la Convention qui proclame que les auteurs « *jouissent en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés (...) des droits que les lois respectives accordent ou accorderont par la suite aux nationaux* ». L'on pourrait penser qu'il y a effectivement une sorte de

---

[272] En ce sens, v. CSPLA (Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique), « Avis n° 2003-2 relatif à la loi applicable et à la juridiction compétence en matière de propriété littéraire et artistique », *Legicom,* 2004/1, n° 30, p. 1.

[273] « Une fois reconnu que les étrangers jouissent en France de tous les droits qui ne leur sont pas refusés par un texte, on a résolu le conflit des lois en constatant que les compositeurs dont la société demanderesse tenait ses droits puisaient dans la législation de l'URSS un droit privatif et en appliquant à la protection de ce droit en France le régime de la loi française », v. B. AUDIT, note sous l'affaire Huston, D. 1989, p. 346 s.

[274] T. AZZI, Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé, n° 491, spéc. p. 338 – contra : J.-C. GINSBURG, op. cit, p. 322.

[275] A. WEISS, Traité théorique et pratique de droit international privé, Paris, Larose 1894, t. 2, p. 239.

substitution de l'œuvre par son auteur puisque ce dernier ne bénéficie du traitement national que par le biais de son œuvre, ce qui implique que l'œuvre serait elle-même objet d'un traitement national. Il n'en est rien en réalité. Il a été souligné en ce sens que la référence aux œuvres « *pour lesquelles ils [les auteurs] sont protégés* » ne concerne que la compétence *ratione loci* du traitement national[276]. Dans ce cadre, le rapport aux œuvres est pris comme un critère de rattachement à la Convention elle-même et non pas comme un critère de rattachement au sens conflictuel du terme. De même, la référence aux droits respectifs ne doit pas être entendue comme renvoyant au conflit de lois puisqu'elle vise seulement le champ d'application *ratione materiae* du traitement national. Au demeurant, ce sont bien les auteurs unionistes qui sont sujets au traitement national puisque ce sont eux qui « jouissent » des droits accordés par la Convention[277].

Par ailleurs, d'un point de vue formel, la règle de traitement national se démarque de la règle de conflit. Tout au plus pourrait-on envisager d'y voir une forme de règle de conflit unilatérale[278]. En effet, la caractéristique d'une règle de conflit bilatérale est sa neutralité, elle peut tout à la fois donner compétence à la loi du juge saisi, comme ce peut être une loi étrangère lorsqu'elle présente des liens plus étroits avec la situation juridique[279]. Alors que les règles de conflit bilatérales supposent de partir des situations juridiques pour juger des règles qui leur sont applicables, leurs homologues unilatérales quant à elles partent des lois qui déterminent elles-mêmes leur domaine de compétence[280]. En l'espèce, tout se passerait comme si le bénéfice de l'assimilation établissait une forme de privilège de compétence au profit de la loi du for écartant ainsi toute prétention d'un ordre juridique concurrentiel. Il suffirait au demeurant de résoudre la compétence juridictionnelle pour que soit par la même occasion résolue celle de la loi applicable. Le juge saisi n'aurait en vertu de l'assimilation de l'étranger au national (ou de

---

[276] A., A.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1447

[277] Sorti du contexte de la Convention de Berne, la confusion semble cependant totale quant au champ d'application du traitement national, en particulier à propos de la Convention de Genève, puisque littéralement, ce sont les « ressortissants ainsi que les œuvres » qui y « jouissent, dans tout Etat contractant, de la protection que cet autre Etat accorde aux œuvres de ses ressortissants publiées pour la première fois sur son propre territoire ».

[278] En ce sens, M. JOSSELIN-GALL, op. cit., n° 239 : « La règle unilatérale de conflit serait formulée de la manière suivante : dans la mesure où l'œuvre de l'esprit ou son auteur relèvent du champ d'application de la Convention à laquelle l'Etat français est partie, on doit lui appliquer la loi française. »

[279] M. WALTER, « La liberté contractuelle et les conflits de lois », spéc. p. 47.

[280] En ce sens, J.-M. JACQUET, « La fonction supranationale des règles de conflit de lois », *Recueil des cours*, vol. 292, 2001, p. 163.

l'œuvre étrangère à l'œuvre nationale) qu'à appliquer sa propre loi matérielle[281]. La solution parait simple. Elle présente cependant le risque de favoriser les cas de *forum shopping*[282], en particulier en situation de délit complexe. Rien ne semble justifier une telle extension de la loi du for. Ceci aurait pour conséquence de rendre inutile toute recherche en termes de conflit des lois tout en augmentant le risque de fortuité de la loi qui sera ainsi désignée.

115. Interprétation téléologique de la Convention – Il faut cependant reconnaître que la distinction entre conflit de lois et condition des étrangers n'est pas chose aisée en droit conventionnel[283]. La convention de Genève en particulier illustre parfaitement cette logique confusionniste.

Nous souscrivons toutefois à l'idée selon laquelle : « la Convention de Berne n'a pas essayé de résoudre de façon systématique les problèmes de conflit des lois et, d'ailleurs, il lui serait impossible de le faire. Une approche empirique et fragmentaire était inévitable pour une convention internationale se trouvant en évolution continuelle et devant ménager des intérêts et des conceptions contraires. Cette approche est manifeste non seulement dans les règles matérielles mais aussi et surtout dans les règles de droit international privé. Cependant, à partir d'un certain nombre de telles règles, il devient nécessaire que l'interprète essaie d'établir un système pour apporter l'ordre et permettre une application plus cohérente et une évolution plus consciente des données du problème »[284]. Le droit Conventionnel, qu'il s'agisse de la Convention de Berne ou de la Convention Genève n'entendait pas nécessairement s'aligner sur une position théorique précise. Il est centré sur sa propre finalité, la protection de l'auteur ; on a pu écrire ainsi que : « *le principe adopté en 1886, comme complété au fil des révisions, figure*

---

[281] T. A ZZI, op. cit., n° 491, p. 339.

[282] M. JOSSELIN-GALL, *Ibid.*

[283] Si peu aisée que certains renvoient dos à dos les deux possibilités jusqu'alors proposées en soutenant que l'article 5.2 ne contiendrait aucune règle de conflit ; en ce sens : Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne encore méconnue », *CCE* 2008, n° 11, spéc ; n° 3 s. ; J.-C. GINSBURG, note ss. TGI Paris, 20 mai 2008, *SAIF c/ Google* : *Revue du droit des technologies de l'information*, 2008, n° 33, p. 501, et les auteurs cités – v. aussi, F. D SSEMONTET, « Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyberespace », *in* colloque IRPI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, 2001, p. 98 ; contra : F. POLLAUD-DULIAN : commentaire sous l'arrêt *aufeminin.com* : pour l'auteur, il semble difficilement admissible de refuser la qualification conflictualiste à une texte qui donnant expressément compétence à « *la loi du pays où la protection est demandée* », ce d'autant plus qu'un tel déni reviendrait à priver de sens l'alinéa 2 de l'article 5 parce que faisant double effet avec la disposition précédente.

[284] G. KOUMANTOS, art. préc., p. 443.

actuellement à l'article 5.1 de cette Convention dans la révision dite de l'Acte de Paris (1971), privilégie le but au détriment de la logique juridique. »[285] Aussi, toute prise de position sur les solutions que ces instruments consacrent ne peut donc pas être considérée comme strictement légitime d'un point de vue juridique. Toutes les interprétations rendent compte au demeurant de la porosité des principes et en ressortent naturellement teintées d'arbitraire[286]. Il nous semble convenable de privilégier la cohérence théorique et pratique à une approche trop fragmentaire qui conduirait à réduire en lisibilité les solutions de la Convention.

116. Clarification jurisprudentielle – Du point de vue jurisprudentiel, il convient de noter une évolution qui va dans le sens d'une approche non extensive du traitement national. Si dans un premier temps, la jurisprudence a pu déduire du principe d'assimilation une règle de conflit de lois, retenant pour l'occasion la compétence de la loi locale, plus récemment, elle a adopté de manière régulière une position contraire. Ainsi, dans le très commenté arrêt du 30 juin 2004 dit *Tod's*, la Cour de justice était appelée à trancher sur la portée de l'article 5 de la Convention de Berne ; elle a pu livrer sa position sur le principe de traitement national en statuant : « *qu'il ressort de l'article 5, paragraphe 1, de la convention de Berne, que celle-ci n'a pas pour objet de déterminer la loi applicable en matière de protection des œuvres littéraires et artistiques, mais elle instaure, en tant que règle générale, un système de traitement national des droits afférents à celles-ci* »[287]. Quoique la formulation choisie puisse paraitre ambiguë pour ce qui

---

[285] A. BERTRAND, Le Droit d'auteur et les droits voisins, Dalloz 2010 n° 118.

[286] F. POLLAUD-D ULIAN, n° 2148, : « à vrai dire, toutes les interprétations peuvent être soutenues – y compris celle qui consiste à dire qu'en réalité, dans la Convention de, il n'y a pas de règle générale de conflit de lois mais seulement des règles de condition des étrangers ou des œuvres étrangères. En d'autres termes, aucune interprétation n'est ici dépourvue d'arbitraire. »

[287] On serait en effet tenté de penser que la Cour de Justice accrédite la thèse selon laquelle l'article 5 ne contiendrait aucune règle de conflit – v. en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, comm. sous l'arrêt *Tod's* ; E. TREPPOZ, « la *lex loci* protectionis et… », p. 2 : toutes choses qui reviennent à revigorer la controverse sur le statut des règles de conflit au sein de la convention de Berne. La tentation ne serait cependant pas exclue venant d'un arrêt de la Cour de justice lorsque l'on sait que les Conventions antérieures priment le règlement Rome II. Deux perspectives s'imposent : soit reconnaitre que la convention de Berne pose bien une règle de conflit à l'article 5-2 ; la conséquence sera de ce fait l'inapplicabilité du règlement pour la matière du droit d'auteur. Soit dénier à la Convention toute solution en termes de conflit des lois. Dès lors, l'application du règlement serait préservée. L'on pourrait être tenté de conclure qu'au-delà d'une simple insuffisance de motivation, le juge communautaire entend contourner une des défaillances du règlement en exploitant les ambiguïtés de la convention de Berne afin de préserver la cohérence des solutions dégagées par le droit de l'Union. Cependant, dans le même temps, on peut se

est du domaine de l'article 5.2, il apparaît clairement que pour la Cour de Justice, le principe du traitement national, en tous cas pour ce qui concerne la Convention de Berne doive être distingué des préoccupations relatives au conflit de lois et strictement ramené à la condition des étrangers.

117. Cette dernière position nous conforte dans l'idée que l'assimilation de l'auteur étranger au national n'implique pas le principe de territorialité et la *lex loci protectionis* et que par conséquent, les fondements de la règle de conflit sont à rechercher ailleurs.

Paragraphe II : Le principe d'indépendance des protections, traduction de la logique territorialiste du droit conventionnel

118. Le traitement national, nous l'avons souligné ne suffit pas à justifier l'application de la loi du lieu où la protection est demandée. Ses contours sont de fait trop incertains mais il relève plus vraisemblablement de la condition des étrangers en dépit de faiblesses rédactionnelles propres à entretenir la confusion. Une frange majoritaire de la doctrine s'entend désormais sur le point qu'il n'est pas explicatif de la territorialité quoiqu'il s'agisse techniquement d'une règle territoriale (les auteurs étrangers sont assimilés à ceux du pays du juge saisi).

119. En réalité, le droit conventionnel, mais surtout la Convention de Berne, d'un point de vue évolutif a obéi à un double mouvement de dépendance puis d'indépendance des protections (A). L'émergence de ce principe d'indépendance traduit sur le plan du droit international le principe de territorialité et bien entendu la relativité des droits d'auteur (B).

A. La notion d'indépendance des protections en droit conventionnel

120. Emergence du principe d'indépendance – En réalité, le caractère dépendant ou

---

demander s'il ne s'agit pas d'un faux débat dans la mesure où la solution de la Convention de Berne en matière de droit applicable est identique à celle du règlement RII, v. en ce sens : T. AZZI, « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois : de l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Propr. Intell.* Oct. 2009, p. 324 et s., v. pour une solution analogue en matière de droits voisins, CA Paris, 4e ch. A, 30 nov. 2005, *Dorliac c/ Sté BMG France et Melodia*, inédit : *RTD Com.* 2006, p. 380, obs. POLLAUD-DULIAN.

indépendant d'une protection par rapport à un ordre juridique donné peut varier selon la qualification du droit lui-même. Or, la Convention de Berne n'a jamais pris clairement part sur la question de la nature des droits d'auteur[288]. En réalité, la Convention de Berne n'avait pas à l'origine pour objet de désigner un système de résolution de conflit des lois, celui-ci s'est imposé progressivement par le biais de nécessités pratiques. Le but affiché était principalement d'élaborer un système de protection des droits d'auteur sans que celui-ci emprunte nécessairement aux règles de conflit[289]. Mme. DURRANDE souligne en ce sens que le choix de la territorialité découle d'une option de commodité au profit des auteurs et matérialise une solution conforme aux compromis internationaux qui s'imposaient entre les Etats parties à l'Union de Berne afin d'aboutir à une meilleure protection des auteurs[290]. Il n'est donc pas étonnant que le texte ne prenne pas clairement parti sur le caractère réel ou personnel du droit d'auteur.

Toutefois, il n'est pas exclu de tirer des solutions retenues les partis pris théoriques ayant triomphés à l'occasion des principaux mouvements de la convention. Ainsi, en doctrine, lors de la révision de 1908 s'opposaient principalement deux approches du droit d'auteur : l'une, personnaliste/universaliste[291] soumettait à une loi territoriale unique, celle de l'auteur, tandis que l'autre, territorialiste fractionnait le régime applicable en autant d'ordres juridiques que de droits. La convention a tour à tour consacré ces deux approches.

Il convient en réalité de distinguer deux moments dans l'évolution des règles de la convention

---

[288] S. DURRANDE, *La détermination du pays d'origine en DIP*, th., Paris II, 1980, p. 60 et s.

[289] G. KOUMANTOS, art. préc., p. 443.

[290] En ce sens, P. WAUVERMANS, Le Droit des auteurs en Belgique, Sté Belge de Librairie, 1894, p. 394 : « « La commission estima que les mots « pendant l'existence de leurs droits dans leurs pays d'origine » étaient trop absolus, puisqu'on pourrait en conclure que, même en dehors de ce qui a trait à la durée de la protection, les tribunaux seraient toujours obligés d'appliquer à un auteur le droit du pays d'origine, lorsque ce droit lui est moins favorable que celui du pays où la protection est réclamée. Or, un tel système aurait le grave inconvénient d'exiger, soit des tribunaux, soit des éditeurs, une connaissance approfondie de toutes les législations particulières, et serait contraire à la notion même d'Union que l'on veut créer. La commission a, en conséquence, précisé la rédaction de l'article, en disant que « la durée de la protection » ne pourrait, dans les autres pays de l'Union, être supérieure à celle accordée dans le pays d'origine. »

[291] Bien que cette approche personnaliste relève plus de la confusion entre condition des étrangers et conflit de lois que d'une véritable qualification personnelle de l'œuvre ; en ce sens, v. G. NONNENMACHER, « Le cinéma et la télévision face au droit international privé », *Recueil des Cours*, t. 1971, 134, p. 66 ; v. aussi, J.-S. BERGÉ, *Droit d'auteur, conflit des lois et réseaux numériques*, n° 12, p. 4 – v. aussi, A. BERTRAND, *op. cit.*, n° 118.16.

de Berne pour comprendre plus nettement le fondement des solutions qu'elle pose. Avant la révision de 1908 et après cette dernière.

121. La situation antérieure à 1908 : la dépendance des protections – Avant la révision de 1908, la territorialité n'avait pas la centralité que la doctrine s'accorde à lui accorder désormais. Le système de la Convention initiale est en réalité marqué par un principe de dépendance des droits.

L'article 2 de la Convention initiale, tout en disposant une égalité de protection entre les auteurs unioniste n'en a pas moins limité le bénéfice de la protection à l'accomplissement de conditions et formalités au sein du pays d'origine et à l'exigence que la durée du droit dans le pays de protection n'excède pas celle du pays d'origine. Sur le plan théorique, deux analyses peuvent être tirées d'une telle solution.

On peut d'abord considérer que le droit d'auteur est perçu comme un droit personnel. A cette époque, le pays d'origine de l'œuvre avait en effet tendance à se confondre avec celui de l'auteur. L'auteur bénéficie d'une protection à l'étranger parce que la loi de son pays d'origine lui garantit un droit similaire (dès lors qu'il a rempli les conditions et formalités requises dans son pays d'origine) et cette protection qu'il obtient ne peut être plus longue que celle accordée par son pays d'origine. Substantiellement, cet amalgame entre l'auteur et l'œuvre caractérise un parti pris personnaliste, sans doute à attribuer aux conceptions dominantes lors de la rédaction de la Convention initiale[292]. Sur le plan du conflit de lois, la solution se fonde indéniablement sur une structure de dépendance.

Cette situation de dépendance du droit peut encore s'inférer d'une analyse basée sur une logique extraterritoriale. Il était en effet possible de soutenir que la qualification réelle de l'œuvre dans le pays d'origine influait sur son régime au sein du pays de protection.

122. L'option de la dépendance des droits présentait certes l'avantage de régler le conflit par le biais d'une loi unique, immuable quel que soit le territoire pour lequel une protection serait réclamée. La solution n'était pas dénuée de logique dans la mesure où elle était sous-tendue par l'idée que pour être revendiqué à l'étranger, un droit doit préalablement exister au sein de son ordre juridique d'origine. Cependant, ladite option aurait été de nature à contraindre les auteurs à la démonstration fastidieuse de l'existence d'un droit protégé dans le pays d'origine, tandis que le juge lui serait tenu de procéder à l'étude des droits matériels de tous les pays d'origine

[292] G.-G. NONNENMACHER, « Le cinéma et la télévision face au droit international privé », spéc. p. 64.

candidats à la protection. Mais il faut sans doute penser que la dépendance s'accordait mal avec la philosophie libérale de la Convention concrétisée par le principe d'assimilation, ce qu'est venue acter la révision de 1908.

123. La situation après la révision de 1908 : indépendance des protections – Depuis la révision de 1908, la Convention dispose désormais en son article 5.2 (ancien article 4) que : « *l'étendue de la protection, ainsi que les moyens de recours garantis pour sauvegarder [ses] droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée* ». Le principe d'indépendance contenu dans la Convention de Berne renvoie à l'idée que la protection est désormais accordée à l'auteur unioniste territoire par territoire sans considération de l'existence préalable de l'œuvre dans le pays d'origine. La solution posée en 1908 marque véritablement une révolution par rapport au système de la Convention initiale. La loi du pays d'origine n'intervient plus que de manière exceptionnelle, dans les hypothèses où la Convention le commande par une règle spéciale[293].

124. Sur le plan textuel, la notion d' « *étendue* » renvoie à l'ensemble des droits reconnus, à la définition du droit protégé ainsi que son contenu, tandis que les « *moyens de recours* » visent les procédures nécessaires à assurer la protection de ces droits. La solution paraît logique si l'on se place dans le contexte d'un système de rejet de la loi du pays d'origine, dont l'influence n'atteint plus l'existence du droit au sein du pays où la protection est réclamée ; il revient naturellement à la loi de ce pays de définir l'étendue des prérogatives reconnues à l'auteur, augmenté du minimum conventionnel. Quant aux moyens de recours, ils sont nécessairement assujettis à l'ordre juridique au sein duquel un droit subjectif est identifié, pour l'occasion celui du lieu de protection.

125. Rejet de la portée conflictualiste du principe d'indépendance – Paradoxalement, dire qu'une règle de conflit repose sur un principe d'indépendance territoriale porte en soi le risque de renier le conflit des lois. Il faut bien reconnaître que la prévalence de la loi locale qu'appelle une telle doctrine aux yeux de certains pourrait favoriser le développement d'une forme de lexforisme au détriment de la recherche de la règle la plus adéquate. Certains ont de ce fait rejeté toute influence du principe d'indépendance des protections au niveau du conflit des

[293] En ce sens v. l'article 2.7 sur la protection des arts appliqués à l'industrie ou encore l'article 14 ter sur la loi applicable aux œuvres cinématographiques.

lois[294]. Celui-ci serait que le corollaire de l'assimilation de l'étranger au national. Sa nature relèverait donc de la condition des étrangers, sa fonction limitée à l'idée que le bénéfice de la protection au sein du pays où cette protection est réclamée n'exige plus la démonstration préalable d'un droit protégé au sein du pays d'origine. Le risque souligné par ces auteurs est de couper court à tout débat sur la loi applicable puisqu'en présence d'un principe d'indépendance attrait sur le terrain des conflits de lois, les pays unionistes n'auraient à se préoccuper « *ni du contenu, ni même de l'existence des lois étrangères en dehors des cas prévus par la convention, et de récuser l'idée même de conflit des lois*. » Au demeurant, l'indépendance des protections, si elle est comprise comme un principe de conflit des lois appellerait une forme de territorialité absolue, exclusive de toute application de la loi étrangère.

126. Il convient toutefois de relever que c'est bien l'introduction du principe d'indépendance en 1908 qui marque le tournant conflictualiste de la Convention de Berne. La solution du pays de protection allait de soi dès lors que l'on a affranchi la protection de l'auteur étranger de toute démonstration préalable quant à l'existence d'un droit d'auteur dans le pays d'origine. Cela n'implique pas que le juge soit conduit systématiquement à appliquer sa propre loi, mais plutôt que la recherche en termes de conflit de lois ne doit pas être conditionnée par l'existence ou non du droit dont la protection est demandée au sein du pays d'origine. La filiation de la règle de conflit avec le principe de territorialité/indépendance est sans doute attestée par l'architecture de l'article 5.2 de la Convention de Berne. La locution « *par suite* » entre les deux propositions de cette disposition introduit une relation logique de conséquence ; en d'autres termes, en termes de conflit des lois, la désignation de la *lex loci protectionis* découle comme une conséquence nécessaire dès lors que l'on a au préalable affirmé l'indépendance des protections en droit conventionnel. L'hypothèse d'un principe d'indépendance s'opposant au jeu de la règle de conflit ne devrait s'entendre que dans le sens où ladite indépendance est comprise comme autorisant le juge du for à faire application exclusive de sa loi sans considération des ordres juridiques concurrents. Or, nous verrons qu'il en est autrement puisque le principe d'indépendance ne s'oppose pas à l'application d'une loi étrangère [295].

127. Dans le même ordre d'idée, M. BOUCHE souligne à propos de l'article 5.2 que s'il traduit bien par le principe d'indépendance des protections la relativité des droits subjectifs et ce qu'il

---

[294] A., A.-J. LUCAS et LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, n° 1473, p. 1242 ; v. aussi, H.-J. LUCAS, J*Cl. Droit international*, Fasc. 1911, n° 44.

[295] V. en ce sens, D. MOURA-VICENTE, *Recueil des Cours,* vol. 335, p. 256.

dénomme la « territorialité de limitation », n'a cependant pas d'influence sur le droit matériel applicable. Le principe de territorialité de limitation qui selon cet auteur est synonyme de la relativité des droits subjectifs confirme seulement la plurilocalisation de ces droits subjectifs mais n'est d'aucun intérêt pour la résolution du conflit de lois[296]. Une telle affirmation ne suffit pas à invalider la portée conflictualiste du principe d'indépendance. La critique laisserait d'une certaine manière entendre que l'application d'un principe d'indépendance devrait suffire à désigner la loi applicable au risque de se disqualifier. Or, il nous semble plutôt qu'il faille entendre l'indépendance des protections comme une donnée de la règle de conflit elle-même voire un préalable. Si elle ne suffit à régler le conflit des lois, l'indépendance des ordres juridiques est entendue dans la règle de conflit elle-même ; la compétence de la *lex loci protectionis* n'a de sens en termes de droit d'auteur que si au préalable l'on a affirmé le caractère indépendant du droit vis-à-vis du pays d'origine.

128. Il convient plus précisément de montrer que cette indépendance des protections correspond à une donnée naturelle du droit d'auteur dont la spécificité réside dans la relativité des effets.

B. Le principe d'indépendance, corollaire du principe de territorialité

129. Préexistence du principe de territorialité – L'indépendance des protections est en réalité le corolaire du principe de territorialité. L'article 5.2 ne fait en réalité que traduire en droit conventionnel un principe qui existait déjà dans le droit interne des Etats membres. Les droits d'auteurs y sont dans la grande majorité des législations nationales soumises à un principe de relativité ou plus communément de territorialité. Il ne faut donc pas s'étonner que tout naturellement, lorsqu'il a été question de donner un véritable tournant conflictualiste à la Convention de Berne en 1908, une telle approche ait prévalu sans véritable discussion sur la nature de ces droits. L'analyse ne devrait pas étonner quand on sait que la fin du XIXe s. marque le retour des conceptions territorialistes dans le droit international privé[297].

130. Possibilité d'une approche universaliste en droit conventionnel – Pourtant, si l'on observe l'évolution des règles applicables à la protection internationale des œuvres dans la

[296] N. BOUCHE, *op. cit.*, n° 881, p. 501.

[297] BATIFFOL et LAGARDE, n° 236.

Convention de Berne, il faut bien reconnaître que la consécration de la territorialité n'allait pas de soi.

Il est certes permis de considérer que la solution de la dépendance allait à l'encontre du principe de séparation des Etats en systèmes juridiques indépendants.

Toutefois, si l'on considère l'absence de droit d'auteur universel comme la conséquence logique d'un tel principe d'organisation des ordres juridiques, il n'est pas exclu, qu'un traité, qui est par nature une autolimitation du pouvoir souverain des Etats ne vienne poser une règle différente. Théoriquement, la souveraineté des Etats est d'autant moins atteinte que les stipulations de tout traité, dès lors qu'il est valablement ratifié, ont vocation à s'intégrer dans l'ordre juridique interne des Etat membres, créant ainsi une communauté juridique.

Ce faisant, l'extraterritorialité d'un droit subjectif de propriété intellectuelle est admissible dans le cadre de l'Union. En substance, c'est cette extraterritorialité que concrétisait le principe de la double protection et le principe de dépendance dans la convention initiale – certes en mêlant condition des étrangers et conflit de lois.

131. Explication de la prééminence du principe de territorialité – Ce triomphe de la territorialité a donc plus vraisemblablement une explication tenant aux réalités pratiques que théoriques.

Le mérite premier de la territorialité et de l'indépendance des droits réside sans doute dans la facilité d'application qu'elle implique. Sachant que la loi du lieu où la protection est demandée s'est longtemps confondue avec la loi du for, l'argument était d'autant plus décisif qu'un rattachement, contrairement à la loi du pays d'origine faisait l'économie d'une recherche du contenu de la loi étrangère.

L'admission de la territorialité était encore motivée par la recherche d'une meilleure efficience de la protection accordée au-delà du minimum conventionnel. PILLET, universaliste et hostile au principe de territorialité en droit conventionnel relève en ce sens que : « *les représentants des auteurs ou des artistes ont cédé à la tendance de se prononcer pour la pluralité; leurs commettants y trouvaient cet avantage que les droits qu'ils possèdent dans les divers pays où se débitent leurs livres ou leurs œuvres d'art sont indépendants les uns des autres, ce qui permet d'assurer mieux la survivance de ces droits et quelquefois d'étendre leur portée. Ce parti a été, après controverse, adopté, par l'article 4, paragraphe 2, de la Convention réformée de Berlin*

du 13 novembre 1908. »[298]

Il a aussi été avancé que la territorialité spécialement des droits de propriété intellectuelle était en vogue au moment de l'Acte de Berlin ; la consécration dans le droit conventionnel constitue en ce sens un alignement des législations des pays de l'Union avec le droit conventionnel. MM. De VISSCHER et MICHAUX Soulignent en ce sens que la solution de l'article 5.2 s'imposait « *par la nature des choses* »[299] et n'aurait donc pas une origine conventionnelle puisqu'elle avait déjà cours en droit matériel comme en matière de condition des étrangers.

Ces deux arguments sont par ailleurs à rapporter à la dimension socio-économique des droits d'auteur. En effet, l'idée d'un droit d'auteur universaliste a pour conséquence de soustraire au contrôle des Etats une partie du processus d'application de la norme – au niveau précisément la compétence normative. Alors que, à l'inverse lorsque l'effet du droit subjectif est limité territorialement, ceux-ci sont plus à même de contrôler les conséquences sur le plan économique et social de l'exploitation des droits.

132. Conclusion de la section – Le principe de territorialité est observable en droit conventionnel. Mais en la matière, son examen n'est pas aisé en raison d'une imbrication de principes tenant à la manière dont les problèmes de droit international privé de la propriété littéraire et artistique ont historiquement été posés. On y a assisté en effet à une profonde confusion entre l'auteur et l'œuvre dont les traces demeurent encore.

Deux observations peuvent cependant être tirées quant à l'intervention du principe de territorialité en droit conventionnel. D'une part, qu'il ne procède pas du principe d'assimilation, qui est certes un principe fondamental des règles conventionnelles, mais n'a en fait vocation qu'à poser que l'auteur étranger bénéficie d'une protection théoriquement identique aux auteurs nationaux, et d'autre part, qu'il se traduit par le principe d'indépendance des protections. Ce principe d'indépendance ne s'explique pas nécessairement par la nature intrinsèque des droits mais plus largement pour des raisons pratiques visant à faire concorder le droit conventionnel au départ universaliste – quoique d'un universalisme imparfait du fait d'une confusion des genres – avec les tendances territorialistes des pays de l'Union.

133. Conclusion du chapitre – Sans jamais être clairement évoqué, le principe de

---

[298] A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *Recueil des Cours*, 1925, t. 8, p. 505 s.

[299] F. de VISSCHER et B. MICHAUX, n° 791, p. 633.

territorialité est en vogue, tant en droit commun qu'en droit conventionnel.

Plusieurs justifications ont été données de ce principe. Mais il découle principalement de ces explications que la territorialité du droit est une spécificité du droit d'auteur. Encore faudrait-t-il s'entendre sur ce qui constitue cette spécificité.

134. Pour certains auteurs, le droit de propriété littéraire et artistique est un droit réel. En tant que tel, il n'existe qu'au lieu de sa situation. Comme n'importe quel bien, la loi qui a vocation à l'encadrer ne peut être que celle de ce lieu de situation. Fort pertinente, cette compréhension se heurte cependant à l'immatérialité et à la dimension personnaliste du droit qui ne peut être niée. En particulier lorsque l'analyse porte sur le droit d'auteur et non pas sur le *copyright*. Or, la qualification propriétariste intervient selon une lecture moniste qui ne donne aucune fonction localisatrice aux prérogatives non patrimoniales. La conséquence est, comme nous verrons, un risque de territorialité non plus stricte mais absolue.

135. Une deuxième explication se fonde sur le caractère impératif de la législation du droit d'auteur. Celui-ci serait imprimé par l'intervention d'une personne publique dans l'octroi du droit et le domaine sensible que couvrent de tels droits. Cependant outre qu'en matière de propriété littéraire, le rôle de la personne publique est fortement relatif, pareille publicisation du droit donne là encore, en pratique, une étendue fort douteuse à la loi du juge saisi.

136. Une troisième approche consiste à considérer non plus la catégorie propriété ou le caractère impératif de la législation du droit d'auteur, mais plus largement le droit d'auteur en tant que droit subjectif. Celui-ci conduit à dégager une caractéristique commune : leur limitation territoriale aux ordres juridiques qui président leur naissance. La distinction des Etats en ordres juridiques souverains enfermerait dans les limites de ces ordres les effets de leurs droits subjectifs.

Deux objections ont cependant été relevées quant à cette proposition. D'une part, la limitation des droits subjectifs est une réalité relative. Elle apparait plus vraisemblablement comme une spécificité des droits de propriété intellectuelle que comme une caractéristique générale des droits subjectifs. Cette spécificité est due au fait que les droits de propriété intellectuelle concilient tant des intérêts de nature collective que ceux de nature privative. Ce faisant, la territorialité apparaît comme une norme fonctionnelle en lien avec le principe de souveraineté. Il permet à chaque Etat de régenter les conditions d'acquisition et d'utilisation des créations protégées selon les équilibres intrinsèques à sa propre législation. D'autre part, il en ressort que cette spécificité limitative impacte le régime transnational de ces droits qui doivent être soumis à l'ordre juridique auquel ils sont territorialement rattachés.

Chapitre 2. L'identification de la règle de conflit

137. Ambiguïtés terminologiques – Passée la question des fondements se pose celle tout aussi pointue du contenu de la règle de conflit elle-même ou plus spécifiquement celle du rattachement auquel cette règle renvoie. Le sens à donner à la notion de "loi du pays où la protection est demandée" est sans doute l'une des principales difficultés à laquelle on se trouve confronté en matière de loi applicable au droit d'auteur.

Quoiqu'on ait pu soutenir que la règle de conflit avait valeur universelle, force est de constater une réelle variabilité en termes d'interprétation.

138. Loi du pays « où » la protection est demandée – L'une des difficultés découle de ce que l'application d'une règle de conflit basée sur le principe de territorialité à un objet doué d'ubiquité comme le droit d'auteur est de nature à susciter une concurrence de rattachements. La formule traditionnelle pays « où la protection est demandée » a longtemps généré de nombreuses ambiguïtés. En d'autres termes, quel est le contenu de la *lex loci protectionis?* Quel rattachement est le plus à même de restituer notion de *lex loci protectionis* ? Le risque de cette imprécision sera plus souvent l'incertitude juridique car, au demeurant, l'idée même de loi du lieu de protection suppose que ce lieu peut être soit celui du juge saisi, soit celui de la violation, voire celui de l'exploitation. Une telle analyse est cependant risquée pour la sécurité juridique en l'absence de critères objectifs qui permettraient de cibler plus précisément le rattachement par lequel s'opère le choix de la loi applicable.

139. Nous verrons en ce sens que si la loi du lieu pour lequel la protection est demandée a longtemps été perçue comme celle du juge saisi (section 1) en raison notamment des commodités qu'une telle assimilation emporte, celle-ci ne peut être qu'incidente. De même l'assimilation de cette loi à une *lex rei sitae* emporte de fâcheuses conséquences et relève en réalité d'une analogie propriétariste contestée (section 2). En revanche, la protection ne pouvant être demandée que dans un pays où a eu lieu une exploitation, la *lex loci protectionis* renverra systématiquement au lieu de l'atteinte, ce qui en fait une forme de *lex loci delicti* (section 3).

Section 1ère : La *lex loci protectionis* entendue comme loi du juge saisi

140. Comme relevé précédemment, la formule « *loi du lieu où la protection est demandée* »

doit sa vulgarisation au succès de la convention de Berne. Textuellement, le rattachement à la loi du juge peut s'inférer de cette formulation. La loi du for jouit qui plus est, d'indéniables avantages pratiques (paragraphe 1). Il est vrai cependant que l'association systématique de la territorialité et de la loi du for est toujours perçue avec une certaine suspicion car les simplifications qu'elle emporte s'effectuent parfois au mépris de la complexité des situations internationales comme nous le verrons (2).

Paragraphe 1 : L'attractivité de la loi du juge saisi

141. Le glissement de la *lex loci protectionis* à la *lex fori*[300] est à la fois si aisé à opérer et pourtant fortement contesté. Ainsi que le soulignait un auteur[301], cette assimilation est sans doute une des plus grandes équivoques du droit international privé. Ces ambigüités sont sources de confusion puisque, de manière générale, le rattachement derrière la loi du pays de protection n'est jamais clairement défini. L'assimilation à la loi du for découle le plus souvent, soit d'une lecture littérale de la notion de *lex loci protectionis* (A), soit d'une confusion avec des notions proches (B).

A. L'interprétation littérale de la notion de loi du pays "où" la protection est demandée

142. Littéralisme – Prise littéralement, la formule « *loi où la protection est demandée* » semble de prime abord renvoyer à une localisation géographique correspondant au lieu où un recours est introduit. Il est notable en ce sens que l'article 5.2 de la Convention de Berne vise précisément « *l'étendue des droits* » ainsi que les « *moyens de recours* » qui seraient exclusivement soumis à la compétence du lieu où la protection est demandée. Pris à la lettre, on peut être tenté de penser que le texte conventionnel opère un rapprochement entre ce qui

---

[300] V. not. E. ERLANGER, « *Conflitto di leggi in materia di diritto di autore e specialmente in materia di radiodiffusione* », *Il diritto di autore*, 1936, p. 463. L'auteur émet cependant un avis contraire une publication ultérieure où il écrira que : « *le statut territorial ne se confond pas avec la lex fori. Il exige l'application de la loi où le droit d'auteur est appelé à s'exercer et non celle de la loi du tribunal qui connaît le litige* », *Nouv. rev. DIP* 1937, p. 397 s. ; A. BERTRAND, *op. cit.*, n°118.37

[301] J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 298, p. 209.

relève de la procédure, et ce qui est du droit applicable au fond. Comme si le déclenchement d'une procédure par la saisine d'un juge permettait de répondre par la même occasion au fond du litige.

Il est indéniable qu'en matière de droit d'auteur, au fond du litige, la loi du for trouve souvent à s'appliquer. S'il n'est pas exclu qu'une telle coïncidence fût souhaitée par les rédacteurs de la Convention de Berne[302] - en vertu de la philosophie protectrice de l'auteur qui guide ce texte, et de la confusion ambiante entre conflit de lois et condition des étrangers – il semble toutefois plus douteux qu'il s'agisse d'une règle générale et la doctrine quasi-unanime tend à rejeter un tel postulat[303].

143. Solution pratique – C'est sans doute une option de commodité[304] qui nous paraît être à la source de l'assimilation de la loi du lieu de protection avec la *lex fori*. Les juges ont traditionnellement tendance à appliquer leur propre droit aux situations qui leur sont soumises. Une telle option les dispense de la recherche et de l'interprétation potentiellement ardue du contenu de la loi étrangère[305] ; loi vis-à-vis de laquelle ils peuvent par ailleurs nourrir une certaine méfiance quant au niveau de protection qu'elle accorde aux œuvres de l'esprit. Ce serait en d'autres termes répondre à un impératif de justice dans la mesure où le juge n'aura qu'à appliquer le droit dont on suppose qu'il a une meilleure compréhension. Tandis que le recours à une loi étrangère présente un fort risque de dénaturation et au demeurant d'insécurité juridique.

144. Toutefois, il peut paraître particulièrement fragile de fonder une solution à un problème de conflit de lois sur l'argument de la commodité. Ce à quoi il faut ajouter l'hypothèse dans laquelle certaines situations relatives au litige ont pu se former à l'étranger. Le lien qu'entretient la situation avec le pays du juge pourrait s'avérer secondaire comparé à celui qu'elle a avec un autre ordre juridique. La simplicité n'est ici qu'apparente. En réalité, le choix de la *lex fori* introduit de la complexité, notamment lorsqu'il sera question par exemple du sort à faire aux droits acquis à l'étranger.

---

[302] En ce sens, N. BOUCHE, art. préc., spéc. p. 3000.

[303] V. en ce sens, TGI Bayonne, 16 mai 1972 : *RTD com*. 1972, note DESBOIS, p 624 s.

[304] S. DURRANDE, *op.cit*., p. 165.

[305] C. KESSEDJIAN, « Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1183 s., spéc. 1184.

B. L'assimilation à la loi du for résulte de confusions théoriques

145. L'assimilation de la loi du lieu de protection et de la loi du for a été facilité par la proximité entre compétence juridictionnelle et compétence législative particulièrement prégnante en matière de propriété intellectuelle (1). Elle peut aussi s'autoriser d'une extension de l'aspect pénal de la contrefaçon (2) ou du débordement du domaine de la loi applicable à la qualification principale sur le fond (3) et enfin, en droit conventionnel, du déplacement du principe d'assimilation sur le terrain du conflit de lois (4).

1. Confusion des compétences juridictionnelles et législatives

146. Alignement des compétences – Il a été parfois proposé le rattachement du droit d'auteur à la *lex fori* à partir de la solution donnée au « conflit » de juridictions[306]. Ce qui reviendrait en d'autres termes à aligner la compétence législative sur la compétence juridictionnelle.

Si ces dernières sont ordinairement distinctes en droit international privé, il est vrai que, le plus souvent, elles sont déterminées selon le même critère de rattachements surtout pour ce qui relève de la matière délictuelle[307] .

Cette proposition vise à éliminer les concurrences de *locus protectionis* par l'application pure et simple de la loi du juge saisi, en particulier dans les situations de délits complexes[308] ; la notion de lieu de protection pouvant selon les cas renvoyer à une quantité impressionnante de lois nationales. Par cet effet de confusion, le juge évite un potentiel effet extraterritorial mal venu de sa propre loi et limite la compétence de la loi locale aux faits juridiques localisés dans

---

[306] En ce sens, P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des oeuvre », *D.* 1996, p. 131 s. ; plus généralement sur l'admission l'alignement des compétences législatives et juridictionnelles, v. P. CARLIER, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*. Thèse Lille II, 2008.

[307] En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *ibid*, spéc. n° 6 qui renvoie sur la question à P. BOUREL, *Recueil des cours*, 1989-II, t. 214, p. 349.

[308] Il faut souligner d'emblée que cette confusion correspond plus vraisemblablement à une solution d'appoint visant à prévenir l'insécurité juridique résultant de la multitude de lois candidates en situation de délit complexe. L'option doit être entendue comme relevant d'un domaine spécifique pour ne pas dire limité des délits complexes.

sa propre juridiction[309]. On sait que le plus souvent, les parties saisissent le juge du territoire où une infraction à un intérêt protégé a eu lieu. Le lieu où l'action en justice a été portée indiquerait ainsi l'attente légitime de la partie demanderesse quant au droit applicable au fond du litige.

147. Divergences de finalités – Cependant, une telle solution risque d'évoluer à rebours des grandes subdivisions du droit international privé parce que commandant une confusion non souhaitable des compétences législative et juridictionnelle. Or, tout l'intérêt de cette subdivision est de tenir compte des logiques spécifiques qui animent chacune de ces matières. En effet, la règle de conflit de lois contrairement à son homologue de conflit juridictionnelle a une fonction répartitrice[310]. La première vise à déterminer le domaine de chaque ordre juridique ayant prétention à régir un rapport de droit, tandis que la seconde vise uniquement à confirmer ou à infirmer la compétence du juge saisi. La première est donc rattachable à un conflit véritable tandis que le seconde renvoie à un « faux conflit ». Si l'on admet une telle confusion, ce serait reconnaître que le droit international privé n'emporte pas véritablement de problème de conflit de lois. La loi du juge saisi, définit systématiquement son propre champ d'application excluant l'applicabilité d'une loi étrangère. Un tel unilatéralisme ne semble pas réaliste.

148. Le risque de forum shopping et le déséquilibre des intérêts – L'avantage pratique de la confusion s'amenuit encore si l'on considère que la règle de conflit doit établir un certain équilibre entre les droits des parties. Or, la localisation juridictionnelle serait de nature à établir un déséquilibre des avantages entre les parties à un litige de droit d'auteur[311]. En ce qu'elle tire une inférence sur le conflit de lois à partir de la solution du conflit de juridictions, la solution au fond ressort dépendante de la stratégie processuelle de la partie qui initie l'action en justice. Naturellement, une telle situation comporte le risque d'une atteinte à la sécurité juridique ou aux attentes légitimes de la partie défenderesse, le plus souvent exploitant ou usager.

2. Extension de la territorialité des compétences pénales

149. L'influence du volet pénal de la contrefaçon – Une autre raison parfois avancée par

---

[309] CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill c/ Presse Alliance*, aff. C-68/93, Rec. I. 415, concl. DARMON et LEGER ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 63, note LAGARDE ; *JDI* 1996, p. 543, obs. HUET ; *D.* 1996, p. 61, note PARLEANI.

[310] MAYER et HEUZÉ, n° 288, p. 210.

[311] Sur la question de l'équilibre des avantages et du conflit de lois, v. R. MATULIONYTE, « *The Law Applicable to Online Copyright Infringements int ALI and CLIP Proposals: A Rebalance of Interest Needed*? » : *JIPITEC* 2/2011 p. 26 para 1.

la doctrine accréditant le rattachement du droit d'auteur à la loi du juge saisi, est le volet pénal de la matière[312]. En effet, la contrefaçon étant en partie soumise au principe de territorialité des lois pénales, il faudrait interpréter la volonté du législateur comme imposant à propos du conflit de lois la compétence de la loi du juge saisi. La logique en action selon cette proposition est certainement simplificatrice : le rattachement intégral du droit d'auteur au statut territorial comme gage d'une meilleure cohérence des solutions données au litige, la protection pénale obéissant aux mêmes ressorts que celle du civil ; comme si la territorialité du droit d'auteur était le corollaire naturel de la territorialité du droit pénal[313].

3. L'extension du domaine de la loi applicable à la qualification

150. Notion de qualification primaire – La fonction de la qualification et le domaine de la loi qui lui est applicable sont clairement définis en droit commun français[314]. En effet, l'opération de qualification en droit international privé consiste à faire rentrer dans une catégorie dite de rattachement, identifiée selon les conceptions d'un droit interne, un rapport juridique[315]. C'est pourrait-on dire déterminer la nature juridique d'une institution[316]. On conçoit certes que l'opération puisse paraître particulièrement ardue compte tenue de la spécificité du droit d'auteur, droit dualiste et intellectuel. Depuis l'arrêt *Caraslanis*[317] la jurisprudence s'est fixée à ce que la qualification s'opère selon les « *conceptions du droit français* », entendu selon la loi du for. Aussi, quoique l'activité de qualification soit fondamentale pour la résolution du conflit de lois, il s'agit d'un préalable et non de l'opération finale elle-même. Il est loisible de penser que la proximité de la solution au problème de la qualification principale en droit international privé avec celle du droit d'auteur – le partage d'une certaine approche territorialiste – a favorisé le passage de la qualification à la compétence législative.

---

[312] G.-G. NONNENMACHER, *Recueil des Cours*, préc., spéc. p. 65 ; L. d'AVOUT, *op. cit.*, n° 67, p. 95 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon », *D*. 2008, n° 3, p. 735

[313] J.-S. BERGÉ, art. préc., n° 14 s.

[314] En détail sur cette question, v. J.-S. BERGÉ, *op.cit*. n° 291, p. 206 s.

[315] MAYER et HEUZÉ, *op. cit*., n° 161; v. aussi, B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *JDI* 1980, p. 227 s.

[316] J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, n° 496 ; E. BARTIN, *Principes de droit international Prive*, p. 221; LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, n°236.

[317] Cass. 1ère civ.,22 juin 1955 : *Rev. crit. DIP* 1955, p. 723 note BATTIFOL ; *D*. 1956, p. 73, note CHAVRIER ; GA, n° 27.

Il faut cependant rappeler qu'en droit international privé, qualifier revient à vérifier la conformité d'un rapport de droit avec une catégorie de rattachement, elle tranche donc avec l'opération de juridicisation de faits pertinents afin d'en dégager le régime de droit interne. De manière logique, ce dernier mécanisme relèvera de la loi désignée par la règle de conflit libérale. Il pourrait donc se faire indifféremment selon les critères d'une loi étrangère ou de celle du for.

151. Jurisprudence extensives – L'analyse de certaines espèces[318] fait cependant ressortir une tendance à l'inversion dans le processus de qualification.

A titre d'exemple, l'arrêt « *Pravda* » rendu par la Cour d'appel de Versailles[319]. Dans les faits, la traduction en français d'un journal russe faisait l'objet d'un litige opposant un collectif de journalistes à un éditeur français. A titre préliminaire, la question portait sur l'intérêt à agir du collectif. L'approche de la Cour fut dans un premier temps de qualifier d'œuvre de collaboration le journal selon la loi française (tandis que l'éditeur soutenait la qualification d'œuvre collective). Par la suite, la qualité d'auteur fut quant à elle soumise à la loi du pays d'origine.

La logique des distinctions que nous avons posées précédemment aurait commandé que la question de la nature de l'œuvre – qui conditionne celle de l'intérêt à agir – fut préalablement soumise elle-même à une recherche en termes de conflit de lois. En d'autres termes, la distinction entre qualification principale et qualification subsidiaire appelait à ce que la question de la nature de l'œuvre, et donc de la qualité pour agir des demandeurs, soit soumise à la *lex causae*. Or, la Cour d'appel a retenu la qualification d'œuvre de collaboration sur la base directe du droit français. Il est possible de dire d'un tel raisonnement qu'il fait montre d'une application extensive de la qualification principale *lege fori* et d'une inversion dans l'ordre de ces qualifications. Ce qui le rend pour le moins inhabituel car, la présence d'éléments d'extranéité commande une recherche en termes de conflit de lois en matière de qualification de l'œuvre.

Une tentative d'explication de cette tendance jurisprudentielle a été proposée par le professeur BERGÉ. D'une part, selon cet auteur, le conflit de lois pâtirait de l'influence du droit processuel. En effet, la qualité pour agir est appréciée préalablement à l'examen du litige au fond. Cet examen préliminaire conduit ainsi à évacuer la question de la nature de l'œuvre sans recours au conflit de lois. D'autres part, la concordance traditionnelle entre la loi applicable à un droit

---

[318] TGI Paris, 19 mars 1964, *Ebb Tide* : *Rev. crit. DIP* 1965, p. 89, note H. DESBOIS ; Paris, 7e ch., 8 juin 1971, *Prince Igor*, : *D.* 1972, p. 383 ; Paris, 20 janv. 1975, *Franco London Films* : *RIDA* 2/1975, n° 84, p. 207 ; V. généralement sur cet tendance jurisprudentielle, J.-S. BERGÉ, *op. cit*., n° 291

[319] CA Versailles, 17 fév. 1993, « *La Pravda* », *RIDA* 1/1994, p. 448.

subjectif et celle qui détermine l'intérêt à agir est aussi de nature à favoriser un phénomène d'anticipation de la part des juges quant à la qualification secondaire.[320]

Il faut cependant souligner le caractère tout à fait relatif de cette tendance. L'on remarquera en ce sens que l'intégralité des affaires où la qualification principale *lege fori* est étendue au conflit de lois demeure circonscrite aux questions relatives à l'intérêt pour agir.

4. L'interprétation conflictualiste du principe d'assimilation

152. Ambiguïtés du droit conventionnel – Ayant acté la tendance territorialiste du droit conventionnel, il a parfois été soutenu que du point de vue du droit applicable, certaines des règles qu'il pose dictent la compétence exclusive de la *lex fori*. Ainsi que nous l'avons posé en amont hormis les règles spécifiques aux conflits de lois, trois principes sont au fondement des solutions de droit conventionnel : le minimum conventionnel, le traitement national et le principe d'indépendance des protections. Le mécanisme des deux premiers principes doit en réalité être compris comme relevant des règles matérielles que de véritables règles de conflit bilatérales. Il est vrai cependant qu'en la matière, les ambiguïtés sont de mise. Elles sont entretenues par la lettre des textes du droit conventionnel, et la portée de ces principes – le principe d'assimilation ou traitement national – n'apparaît pas toujours avec la plus grande clarté.

153. Traitement national comme principe conflictuel – Toute la difficulté en notre matière est l'absence de définition au sein de la Convention « mère » de la notion centrale de *loi du lieu de protection*. Bien au contraire, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, les termes de l'article 5 sont de nature à favoriser une approche extensive du traitement national. L'amalgame se prolonge au sein d'autres dispositions conventionnelles, à l'instar notamment de la convention de Rome dont l'article 2 stipule :

> *« on entend par traitement national, le traitement que l'Etat contractant sur le territoire duquel la protection est demandée accorde, en vertu de sa législation nationale*
>
> *a) aux artistes interprètes ou exécutants, qui sont ses ressortissants, pour les exécutions qui ont lieu, sont fixées pour la première fois, ou sont radiodiffusées sur son territoire ;*

[320] J.-S. BERGÉ, *op.cit.*, n° 291, p. 206.

b) aux producteurs de phonogrammes ...;

c) aux organismes de radiodiffusion ayant leur siège social sur son territoire, pour les émissions radiodiffusées par des émetteurs situés sur ce territoire. »

Le constat est particulièrement déroutant dans la mesure où l'unique disposition de droit conventionnel donnant une définition claire de la notion de *lex loci protectionis* se réfère directement au principe du traitement national. Il a de ce fait paru aisé[321] d'en tirer une forme de solution matérielle au profit de la *lex fori*, considérant que le traitement national est précisément soumis à la loi du juge saisi.

154. Jurisprudence – De manière illustrative, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris[322] en date du 6 octobre 1988 est caractéristique d'une telle tendance. Motivant le choix de la loi française sur le terrain du droit applicable les juges ont très explicitement statué que : « *le principe du traitement national posé par la Convention de Berne implique (...) l'application de la loi du pays où la protection est demandée* ». Le choix du critère de rattachement à la loi du for est pour le moins étrange puisqu'en l'espèce, la loi française aurait pu jouer en tant que loi du lieu de réalisation du dommage.

155. Distinction des domaines – Cependant, nous avons déjà exprimé nombre de réserves quant à l'utilisation en conflit de lois de ce principe dont il a été établi en jurisprudence notamment et en dépit d'ambiguïtés textuelles persistantes qu'il relève de la condition des étrangers. Il est à noter que depuis la révision de 1908, la Convention de Berne opère en deux temps conformément à une démarche classique de droit international privé. Dans un premier temps, l'article 5.1 répond spécifiquement à la question des droits dont un auteur étranger peut se prévaloir par la règle du traitement national. Puis, l'alinéa 2 de cette disposition tout en constatant l'inaptitude de la loi du pays d'origine à conditionner le bénéfice d'une protection à l'étranger[323], répond au conflit de lois par la compétence de la loi du pays où la protection est

---

[321] V. aussi, R. PLAISANT, op. cit., p. 191 s.; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the protection literary and artistic works* : 1886-1986 : Queen Mary College, University of London, Center for Commercial Law Studies, Kluwer 1987, p. 193 s. ; P.-Y. GAUTIER, art. préc., p. 131 s.

[322] CA Paris, 4ème Ch., 6 oct. 1988, « *Sté. Swarovski* » *: Cah. dr. auteur* 2/1989, p. 25 ; *PIBD*, 1989, n° 453, III, 210.

[323] L'article 5 évolue on pourrait dire selon un parallélisme des formes puisque les versions antérieures du traité issues de la rédaction de 1886 commençaient par poser le principe du traitement national, avant de le conditionner à l'accomplissement dans le pays d'origine de formalités exigées pour la naissance du titre. Ainsi, de « les auteurs

demandée sans considération du traitement national.

Paragraphe II : Le rejet du rattachement exclusif à la loi du juge saisi

156. En raison de la fragilité des arguments qui la sous-tendent, l'assimilation systématique de la *lex loci protectionis* et de la loi du for doit être rejetée. L'on a certes pu lire qu'en matière de droit d'auteur, « *la juridiction française saisie ne pouvait qu'appliquer la loi française* [324] ou encore que « *chaque fois qu'une œuvre musicale est jouée en France, l'œuvre, objet du droit d'auteur s'y trouve comme transportée ; on doit appliquer la loi locale, la loi du pays où elle est représentée et où les droits d'auteur ont été perçus*[325]. Toutefois, dans l'immense majorité des cas, au-delà de l'argument de commodité de la loi du juge saisi, rien ne semble conceptuellement justifier la solution de la *lex fori*.

157. Exclusion du droit d'auteur du conflit de lois – L'admission d'une règle de conflit exclusive au profit de la *lex fori* conduit à raisonner comme si les problèmes liés au droit d'auteur étaient dénués d'éléments d'extranéité, de sorte qu'elles constituent des situations de pur droit interne et par conséquent nécessairement soumises à la compétence législative du juge saisi. Comme si, de manière effective, la notion de loi du pays où la protection est demandée correspondait à une solution matérielle renvoyant soit au meilleur des cas à une règle de compétence unilatérale[326], soit à une loi de police[327], soit encore de manière plus radicale à l'application pure et simple de la loi du juge saisi.

---

jouissent (…) » à « (…) aucune formalité » première partie de l'article 5 reprend la structure de l'ancien article 2 : traitement national / condition de double protection (rejet). Ce parallélisme posé, on conçoit plus aisément que le traitement national ne concerne que la condition des étrangers, alors que la véritable innovation en matière de conflit de lois est posée dès la première proposition de l'alinéa 2 : « (…) cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, 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. »

[324] CA Paris, 20 janvier 1975 : *RIDA* 2/1975, p. 207.

[325] *Aff.* Bessel I, préc.

[326] M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 239.

[327] G.-G. NONNENMACHER, *Recueil des Cours*, préc., p. 65.

En France, cette approche a été notamment défendue par M. Ch. BOUCHER qui écrivait en ce sens que « la Convention de Berne n'admet pas l'intervention d'une loi étrangère, elle laisse à chaque Etat le soin d'appliquer sa propre loi. Elle exclut, d'autre part, tout principe rationnel dont on pourrait dégager un conflit de lois. Ainsi donc, qu'il s'agisse du droit commun ou du droit conventionnel, la loi française, seule qualifiée pour déterminer la jouissance des droits accordés aux auteurs étrangers ne laisse pas à une loi étrangère le soin de régler les droits qu'elle a reconnus. »[328]. Le rattachement implicite à la loi du for serait en ce sens la conséquence directe du caractère indépendant des protections.

Cette frange doctrinale estime qu'une identité de situation au sein de systèmes juridiques différents est une condition *sine qua none* du conflit de lois. Or, en situation d'indépendance des protections, une telle condition est irréalisable dans la mesure où chaque système consacre un droit d'auteur distinct. Par conséquent, la *loci protectionis* exclurait toute compétence éventuelle d'une loi étrangère[329]

158. On ne pourra cependant pas se contenter d'une telle analyse. En effet, il est vrai que toute la difficulté à appréhender le lieu de protection en droit d'auteur est relative à l'ambiguïté de la notion elle-même. Mais il apparait encore moins que cette difficulté doive se solder par l'application pure et simple de la loi du juge saisi. A titre d'exemple, il relève d'un constat basique que la seule mise en réseau d'une œuvre est de nature à déclencher autant d'éléments d'extranéité selon que cette œuvre est accessible ou téléchargeable à tous les points de disponibilité de ce réseau. Il s'agit donc là d'une situation comportant des facteurs étrangers à laquelle il ne peut être répondu en déniant simplement la concurrence de compétences législatives qu'elle appelle naturellement. De même que l'argument d'une solution pratique ne

---

[328] En ce sens, Ch. BOUCHER, art. préc., spéc. p. 46 s. ; plus récemment, v. aussi, Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne, encore méconnue », *CCE*, 2008, n° 3 s.

[329] Sur cette doctrine d'inspiration italienne pour l'essentiel, v. R. LUZZATTO, *Problemi Internazionalprivatistici del Diritto di Autore, Studio in Memoria di Mario Giuliano*, Cedam, 1989, p. 589 s. ; v. encore sur ces questions, D. MOURA VICENTE, *Recueil des cour*s, n° 112, p. 255 s., v. aussi T. AZZI et E. TREPPOZ, « Contrefaçon et conflits de lois : quelques remarques sur la liste des conventions internationales censées primer le règlement Rome II », *D.* 2011, p.1293, spéc. n° 6 s. ; Il s'agit plus largement de la traduction en matière de droit d'auteur de la théorie de *l'exclusivisme de l'ordre juridique* défendue par une frange importante de la doctrine italienne de droit international privé; au sens de cette théorie, le juge ne peut théoriquement qu'appliquer sa propre loi au situations qui lui sont soumises dans la mesure où l'ordre juridique « exclut le caractère juridique de ce qui ne rentre pas en lui-même » ; sur cette question, v. R. AGO, « Règles générales de conflits de lois », *Recueil des Cours*, 1936, vol. 58, p. 302 ; v. aussi, MAYER et HEUZÉ, n° 88.

saurait satisfaire pour réduire la notion de loi du lieu de protection à la loi du juge saisi – par exemple, le lieu où l'auteur subit les effets économiques d'une atteinte à ses droits peut différer de celui du juge saisi ou à l'inverse, les répercussions d'une atteinte au droit moral d'un auteur peuvent très bien avoir des conséquences à l'étranger, notamment en termes de réputation.

159. Quant au principe d'indépendance – Il en va de même quant au principe d'indépendance dont on a parfois inféré qu'il favorisait la multiplicité des droits d'auteur proportionnellement au nombre d'ordres juridiques abstraction faite de la loi du pays d'origine. Dans cette perspective, l'autonomie des protections au niveau international commanderait que le juge ne puisse qu'appliquer sa loi aux atteintes localisées dans son ordre juridique.

Or, ainsi que nous l'avons souligné, le principe d'indépendance du droit conventionnel n'est pas de nature à exclure l'application d'une loi étrangère. La position contraire nous paraît le lieu d'une confusion entre indépendance des systèmes et indépendance des protections. L'indépendance des protections suppose le rejet au niveau du droit applicable de la condition de double protection requise jusqu'en 1908[330], tandis que l'indépendance des systèmes sous-tend l'idée que chaque ordre juridique ne peut édicter de normes que pour son propre compte.

Une telle donnée n'est pas de nature à empêcher l'application d'une norme étrangère. Puisque, en réalité, en considération du caractère hermétique de chaque ordre juridique, ce n'est pas la norme étrangère qui s'impose en vertu des critères du législateur étranger, mais bien l'ordre juridique du juge saisi qui lui accorde un pan de compétence d'après ses propres normes (règles de conflit). En d'autres termes, même en situation d'indépendance des protections, le juge n'est pas tenu d'appliquer systématiquement la loi matérielle du for. La prise en compte de faits réalisés à l'étranger peut incliner la solution du conflit vers la loi étrangère. L'indépendance des systèmes quant à elle dicte seulement que le juge résout la concurrence des lois en vertu des normes de son propre ordre juridique.

160. Il convient dès lors d'avoir une compréhension plus large et précise de la notion de lieu de protection qui respecte les évolutions tant théoriques que pratiques de l'exploitation des œuvres de l'esprit. En ce sens, force est de constater que la jurisprudence légéforiste est particulièrement vieillissante[331], ce qui témoigne de la volonté des juges à procéder à une recherche avec plus d'acuité de la loi applicable au droit d'auteur plutôt que de se limiter à une solution qui d'apparence commode, conduit à des situations d'insécurité juridiques pour les

---

[330] En ce sens, H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 54 s.

[331] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS- SCHLOETTER, n° 1361 s.

titulaires de droits et au forum shopping.

Au demeurant, la solution de la *lex fori* si elle doit être admise, conduit à douter de l'effectivité du conflit de lois en matière de droit d'auteur.

161. Conclusion de la section – Une lecture littérale qui indiquerait que la loi du pays pour lequel la protection est demandée, contenue dans le droit conventionnel, renvoie à la loi du juge ne serait pas parfaitement erronée, en raison d'une part de la formulation très ambigüe des instruments d'où cette règle tire son origine et, d'autre part, en raison de la facilité qu'elle présente de prime abord. L'observation montre que la jurisprudence s'est parfois laissé tenter par une telle compréhension de la règle de conflit.

Toutefois, lorsque l'on observe la composition des arguments, on réalise qu'ils procèdent de confusions théoriques, notamment par l'interprétation conflictualiste de mécanismes étrangers au conflit de lois. De plus, en pratique, en matière de propriété littéraire et artistique, l'application de la loi du for n'échappe pas à la critique qui lui est généralement adressée – en dehors des domaines où elle s'impose comme la procédure – qui est de nier la complexité des situations juridiques et au demeurant le conflit de lois lui-même. En pareille situation, on voit bien les difficultés qui risquent de découler quant à la préservation de la sécurité juridique.

Section 2 : La loi du lieu où la protection est demandée confondue avec la loi du lieu de situation fictive de l'œuvre

162. S'il est convenu que le droit d'auteur est d'abord une forme de propriété, la loi applicable à cette propriété doit être une loi réelle, loi du lieu de situation de l'œuvre. Cette lecture analogique renvoie à une approche territorialiste qui, de manière concurrente, selon les analystes correspond soit à la loi locale, voire à la loi du for soit à celle du pays d'origine[332]. Pour les besoins de la démonstration, nous nous tiendrons à ce stade à la présentation de la thèse moniste du droit d'auteur assimilant *lex loci protectionis* et *lex rei sitae* (paragraphe 1er) puis nous envisagerons en quoi une telle interprétation s'avère limitée (paragraphe 2).

[332] V. *infra*, n° 454 s. ; V. T. Azzi, note sous Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 2003 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 595 s.

Paragraphe 1er : Qualification réelle de l'œuvre

163. Qualification par analogie – La difficulté centrale relative à l'octroi d'un régime juridique aux œuvres de l'esprit tient sans doute à leur immatérialité. En principe, contrairement aux biens matériels, les œuvres de l'esprit ne se saisissent que par les effets qu'elles produisent soit positivement au profit détenteurs de droits, soit négativement à l'encontre des tiers, en tant que droits exclusifs. Si l'on s'accorde avec SAVIGNY que la localisation d'un rapport de droit s'opère en vertu de la nature de ce rapport, on pourrait difficilement envisager de localiser objectivement de tels droits[333], en particulier pour ce qui concerne le droit d'auteur[334]. Pourtant, à considérer formellement les critères du Code de propriété intellectuelle français, c'est de propriété qu'il s'agit, du moins en partie.

Ce constat a amené une franche de la doctrine à proposer, d'abord du point de vue de la nature du droit, une qualification exclusivement réelle de l'œuvre. Puis d'envisager sur le plan du droit international privé, un rattachement objectif. En d'autres termes, la loi du lieu où la protection est demandée correspondrait à la loi du lieu de situation de l'objet immatériel, comme la l*ex rei sitae* indique le lien de situation d'une chose matérielle.

164. Localisation fictive de l'objet de droit – Déjà en 1932, le conseiller PICARD écrivait à propos de l'affaire Bessel I : « la solution territoriale est opportune, possible, plausible, probable, souhaitable, mais pour trouver la véritable raison il faut arriver à la qualification du droit, à la nature du droit d'auteur. Il faut sacrifier la permanence[335] à la généralité… le droit d'auteur est un droit limité dans l'espace et le temps et la question se pose précisément de savoir si ce droit ne s'arrête pas aux frontières de l'Etat qui l'a institué. J'estime que oui ! »[336]. Le

---

[333] Comp. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3ème éd., n° 78, p. 95.

[334] On relèvera à titre de rappel que SAVIGNY s'était opposé au rattachement des successions à la lex rei sitae, estimant que la succession qui n'avait de localisation nulle part ne pouvait être soumise à la loi de situation sans en contredire la nature, rapporté par LOUSSOUARN, BOUREL et DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 675.

[335] La notion de permanence renvoie à la thèse de la loi du pays d'origine qui était opposée dans cette affaire au statut territorial afin de déterminer la loi applicable à des œuvres russes confisquées par les Soviets.

[336] T. civ. Seine, 14 févr. 1931 : *Clunet* 1932, p. 117, concl. PICARD.

raisonnement en l'espèce est clairement de nature analogique[337], l'œuvre de l'esprit étant assimilable à un bien que l'on peut localiser de manière quasi-matérielle dans un ordre juridique donné.

Ces vues ont inspiré les développements menés par F. ERLANGER[338], et plus récemment par le professeur J. RAYNARD[339], dont la démonstration est sans doute la plus aboutie en la matière. Plus spécifiquement, ce spécialiste commence par démontrer que du point de vue de sa nature, le droit d'auteur est centré sur ses caractéristiques pécuniaires, le droit moral n'en étant que l'accessoire. En d'autres termes, il s'agirait pour définir un statut juridique de l'œuvre de s'en tenir au droit de propriété. Les prérogatives extrapatrimoniales reconnues à l'auteur quant à elles n'auraient qu'une valeur fonctionnelle : favoriser l'exploitation de l'œuvre.

Or, quoique saisie par le prisme de la propriété, l'œuvre n'en demeure pas moins immatérielle. Ce faisant, la thèse du statut réel lui postule une véritable ubiquité juridique. Elle existerait universellement sans autre condition que le seul acte créatif. Soumise au statut réel, l'œuvre sera ainsi localisée dans tous les pays où la protection est demandée[340].

Le principe d'indépendance du droit conventionnel viendrait confirmer cette théorie en organisant les droits d'auteur dans la sphère internationale en mosaïque : l'auteur aurait ainsi autant de droits qu'il existe d'ordres juridiques.

165. Ainsi, par le jeu de la *lex loci protectionis*, chaque juge national n'aurait plus qu'à retenir la compétence de sa propre loi pour les litiges qui lui sont soumis. L'indépendance des protections appelant, selon cet auteur, la plus stricte territorialité.

Paragraphe 2 : Rejet du rattachement réel

166. Approche critique – L'admission d'une règle de conflit basée sur le principe d'une

---

[337] L. d'AVOUT, *op. cit.*, n° 68 s.

[338] F. ERLANGER, « Du conflit de lois en matière de droit d'auteur », *Nouv. rev. DIP* 1937, spéc. p. 303.

[339] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, préc.. v. *supra*, n° 47 s. ; v. aussi, A. BERTRAND, *op. cit.*, n°118.37 ; M. VIVANT, « *Lex loci protectionis* et loi réelle » : *D*. 2011, p. 2351 s. ; v. aussi dans la doctrine allemande, A. TROLLER, *Das internationale Privat– und Zivilprozeßrecht im gewerblichen*
Rechtsschutz und Urheberrecht, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1952.

[340] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 451, p. 406.

localisation objective, oblige à s'interroger sur deux points essentiels. D'abord que ce droit d'auteur est véritablement susceptible d'un rattachement réel ; qu'en d'autres termes, la nature du droit d'auteur autorise un raisonnement analogique en référence aux critères du droit de propriété (A). Ensuite, dans la mesure où il a été soutenu que la règle de conflit conventionnelle consacre une territorialité absolue, la problématique se doit d'être rapportée au droit conventionnel. Il est légitime, en effet, de se demander si celui-ci prend position sur la nature réelle de l'œuvre, confirmant ainsi le rattachement objectif proposé (B).

A. L'infirmation du rattachement au statut réel en droit positif

167. Si l'œuvre, centrale dans le processus de localisation des droits est un bien. Cette localisation devrait s'opérer selon les normes traditionnellement applicables aux autres biens. D'apparence, l'esprit pratique milite en faveur d'une telle inclinaison puisqu'il s'agit en l'espèce de partir du connu pour établir le régime juridique du similaire. Encore faut-il s'accorder sur la nature propriétaire du droit d'auteur. Or, en l'espèce, ainsi que nous l'avons relevé, celle-ci est pour le moins incertaine[341].

168. Place du droit moral – Caractéristique fondamentale d'une qualification réelle de l'œuvre, l'accessoirisation du droit moral telle que présentée dans la thèse du professeur RAYNARD, n'apparait pas clairement dans le traitement qui en est donné en droit international privé[342]. En effet, les prérogatives morales sont soumises à un rattachement propre défini depuis

[341] V. *supra*, n° 49 s. ; comp. J.-S BERGÉ, *op. cit.*, n° 97 s. et n° 300 s. ; contra : M. VIVANT, *« Lex loci protectionis* et droit d'auteur » : préc., pour qui le trait caractéristique qui rend admissible le vocable propriétaire n'est pas la matérialité ou non de l'objet, mais plutôt l'idée de maîtrise, commune à toutes forme de propriétés et universelle ; v. aussi en ce sens la thèse de M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 420.

[342] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 2018, p. 152 ; M. JOSSELIN-GALL *op. cit*, n° 152 ; J.-S. BERGÉ, *op. cit*., n° 302 s. ; L. d'AVOUT, *op. cit*, n° 70, p. 98 s.

l'arrêt *Huston*[343]. La compétence est dans ce cas certes échue à une loi territoriale de police[344], mais fondée non pas sur le principe d'un calquage du régime des droits patrimoniaux mais sur les droits moraux. Il s'agit bien au contraire de reconnaître que les deuxièmes revêtent une spécificité telle que l'aliénation des premiers à l'étranger n'est pas de nature à en conditionner l'exercice en France.

169. Indépendance des protections – la thèse du statut réel du professeur RAYNARD postule la plus stricte indépendance des droits puisque chaque œuvre est localisé dans un ordre juridique sans jamais interagir avec un ordre juridique étranger. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation a longtemps réfuté cette approche indépendantiste en matière de droit patrimoniaux.

En effet, depuis le fameux arrêt *Chant du Monde* [345], la jurisprudence s'était fixée sur une conception dite mixte quant à la loi applicable au droit d'auteur, rejetant ainsi la possibilité d'un droit objectivement localisé[346]. Une place était ainsi laissée à la loi du pays d'origine qui déterminait l'existence des droits, tandis que le monopole d'exploitation est soumis à la loi locale.

170. En droit conventionnel – Le rattachement réel serait ensuite confirmé en droit conventionnel dans la mesure la Convention de Berne pose le principe d'indépendance des protections.

Il est indéniable que la Convention de Berne procède selon une approche territorialiste. La thèse du rattachement réel postule en ce sens pour une territorialité ou une indépendance absolue des protections, la compétence devant systématiquement échoir à la loi locale pour tous les aspects

---

[343] Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Cts Huston c/ Sté Turner Entertainment Co et autres* ; *JCP E* 1991. II. 220, note GINSBURG et SIRINELLI ; *JCP* 1991. II. 21731, FRANÇON ; *Rev. crit. DIP* 1991. 752, note GAUTIER ; *JDI* 1992. 133, note EDELMAN ; *D.* 1993, p.197, note RAYNARD – Rappr. CA Paris, 24 févr. 1989, *D.* 1990. Somm. 52, obs. COLOMBET ; *RIDA* 1989.301, note P. SIRINELLI, p. 625 ; Comp. CA Paris, 6 févr. 1986, *JCP* 1989.I.3376, Annexe 7 et chron. EDELMAN, n° 29 s. ; *JCP Cahiers Droit de l'entreprise* 1989, n° 2, p. 33, note RAYNARD.

[344] P.-Y. GAUTIER, « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative » : *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752 ; Rappelons par ailleurs qu'il n'existe pas de rapport nécessaire entre loi de police et loi territoriale : en ce sens, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 157, p. 171.

[345] Cass. civ. 1ère, 22 déc. 1959, *Fox Europa c/ Le Chant du Monde* : *D.* 1960. 93, obs. HOLLEAUX ; *JDI* 1961. 420, obs. GOLDMAN ; *RIDA* juill. 1960, p. 79, obs. H. DESBOIS ; *Rev. crit. DIP* 1960. 361, obs. F. TERRÉ – Quoique depuis les arrêts ABC de 2013, le positionnement de la jurisprudence sur cette distinction paraisse pour le moins hésitant.

[346] L. d'AVOUT, *op. cit.*, n° 70, p. 99.

du droit.

On remarquera cependant que c'est plutôt une indépendance tempérée des droits qui est mise en œuvre par les règles de droit conventionnel. Ce qui à ce niveau fragilise l'hypothèse d'une territorialité absolue et partant d'un rattachement réel. En effet, bien que donnant par principe compétence à la *lex loci protectionis*, la Convention de Berne n'est pas exempte de règles de compétence renvoyant à la loi du pays d'origine[347].

A l'instar de la solution posée par l'arrêt *le Chant du Monde* en droit commun, l'articulation de certaines dispositions permet de tempérer le territorialisme de principe en œuvre dans la Convention de Berne. Ainsi de l'article 7 dont les différentes dispositions oscillent entre la compétence de la loi du pays d'origine et celle du pays dit de protection. L'article 7.1 dispose en effet que « *la durée de de protection (...) comprend la vie de l'auteur* ». L'article 7.6 quant à lui précise : « *Les pays de l'Union ont la faculté d'accorder une durée de protection supérieure à celles prévues aux alinéas précédents* ». Et l'article 7.8 de tempérer : « *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 dernier pays n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre* ». Ce mécanisme complexe consacre la règle dite de la comparaison des délais qui renvoie à la loi du pays d'origine pour déterminer la durée des droits. Il s'agit donc d'une situation de dépendance qui n'est de toute manière pas neuve puisqu'elle était déjà formulée dans la Convention initiale de 1886 qui conditionnait le bénéfice du principe d'assimilation à l'existence des droits dans le pays d'origine de l'œuvre (article 2). Dans la Convention, l'inclusion d'un principe d'indépendance n'a donc pas été totale d'un point de vue théorique.

171. Absence de parti pris sur la nature des droits – En tout état de cause, il est permis de douter de la vocation des règles de la Convention de Berne à prendre position sur la nature de l'œuvre dans le but d'opérer un rattachement de droit international privé[348]. Quand bien même une telle approche serait admise, on peut se demander si c'est en considération de la nature de l'œuvre, du lieu où elle est exploitée ou de celui dans lequel le droit subjectif d'auteur est censé

347

Comp. la Convention de Montevideo de 1889 dont l'article 2 consacre la compétence générale de la loi du pays d'origine en matière de droit d'auteur : *« Authors of a literary or artistic work and their successors shall enjoy in the Signatory States the rights granted to such authors by the law of the state in which first publication or production of the work took place* » (art. 2).

348 J.-S BERGÉ, *ibid*, spéc. n° 391 s.

produire ses effets.

172. Il semblerait plutôt que ce soit une option de commodité[349] qui a conduit les auteurs de la Convention à opter pour la loi du pays de protection au lieu d'un prétendu rattachement à la loi de situation du bien. Il faut se situer dans un contexte de faible harmonisation des législations et de multiples règles de discrimination vis-à-vis des auteurs étrangers. L'esprit de la Convention de Berne étant d'assurer une protection optimale à l'auteur unioniste, la consécration d'une règle de conflit donnant compétence à la loi du pays d'origine présentait le risque de renforcer les refus de protections toutes les fois où les règles du pays d'origine consacraient un niveau de rattachement moindre. Ce qui explique que dans la majorité des cas où une situation conflictuelle se présente, le rattachement est fait au profit du pays ou la protection est demandée. Ceci permettait au juge dans nombre de cas d'appliquer sa propre loi compte tenu de la proximité de cette règle de conflit avec la *lex fori* et de la tendance naturelle des parties à saisir le juge du lieu où une atteinte à leurs droits a été commise.

173. Certes séduisante sur le plan théorique, l'idée d'une localisation universelle de l'œuvre dans sa mise en application peine à justifier *la lex loci protectionis*. Soit que la territorialité absolue qu'elle suppose, conduise à rejeter implicitement le conflit de lois, soit qu'elle doive conduire à la nécessité d'un rattachement subsidiaire.

B. Le caractère insuffisant du rattachement au statut réel

174. Le risque de retour systématique à la loi du for – La thèse du statut réel encourt la critique en ce qu'elle opte pour un rattachement que l'on pourrait qualifier d'insuffisant, ou plus précisément, le rattachement à *la lex rei sitae* qu'elle élabore n'est au demeurant qu'apparent. En effet, s'il est vrai qu'en théorie, la thèse vise d'abord la loi de situation de l'objet, sa mise en pratique comporte toutefois le risque d'opérer un retour quasi-systématique à la loi du for[350], même en présence d'une loi concurrente plus indiquée selon la situation juridique.

Ainsi que nous venons de l'évoquer, l'idée d'une territorialité absolue renforcée par l'ubiquité des œuvres de l'esprit s'accorde mal avec l'esprit de la Convention de Berne. On est en droit

---

[349] Ceci dans la mesure où la convention initiale posait une solution universaliste qui se heurtait à des difficultés d'application en raison des disparités législatives.

[350] M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 263.

de se demander si une telle approche ne revient pas en définitive à nier la vocation conflictuelle des principes analysés[351]. En effet, si chaque œuvre est universellement localisée, que chaque ordre juridique a vocation à connaître des œuvres localisées en son domaine territorial, le prétexte d'une règle de conflit bilatérale risque de se transformer en blanc-seing pour l'application de la loi du for. On est tenté de penser qu'il reste peu d'intérêt[352] à rechercher la loi applicable à un droit intellectuel s'il est posé en termes de prémisse que l'œuvre intégrant ces droits est localisée partout[353].

Quand bien même une approche réelle du droit d'auteur serait admise, il n'est pas exclu qu'elle vienne perturber le caractère protéiforme de la règle de conflit, en particulier dans un contexte d'ubiquité renforcé par les moyens techniques d'exploitation offerts par les réseaux numériques. En effet, si l'on postule l'ubiquité des œuvres de l'esprit dès leur création, quand bien même une exploitation aurait eu lieu à l'étranger, il suffirait au juge pour retenir sa propre loi de constater la possibilité d'accéder à l'œuvre contrefaite en France par le biais du réseau ; ce qui risque au demeurant de conduire à l'application systématique de la loi du for.

175. Nécessité d'un attachement supplémentaire – Il est enfin à noter que l'analyse de la loi du lieu où la protection est demandée/*lex rei sitae* nécessite l'inclusion d'un rattachement supplémentaire, la seule localisation fictive de l'œuvre ne suffisant pas[354]. La désignation finale du droit applicable se fera ainsi le plus souvent, soit en considération du lieu d'atteinte[355], soit en application du principe d'assimilation donnant compétence à loi du for. On peut par conséquent relever l'aspect quelque peu inutile d'établir un rattachement sur le fondement de la localisation fictive d'un objet si en définitive, un rattachement supplémentaire ou alternatif doit intervenir afin d'obtenir la solution. Au demeurant, c'est reconnaître de manière implicite la fragilité d'une telle localisation, le facteur le plus décisif étant celui qui permet de désigner directement le droit applicable.

176. La thèse d'une assimilation de la *lex loci protectionis* avec une *lex rei sitae* est

---

[351] En ce sens, J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 301.

[352] F. POLLAUD-DULIAN, op.cit., n° 2018 : « (…) il y a quelque artifice à parler de localisation réelle ou de lex rei sitae à propos d'un bien situé partout à la fois. »

[353] En ce sens, Y.-GAUBIAC, art. préc., n° 4.

[354] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1368 ; E. TREPPOZ, *Rép. dr.. international : « contrefaçon »*, n° 6 s.

[355] J. RAYNARD, op. cit., n° 446 s. : « (…) la loi de chaque Etat a vocation à s'appliquer pour régler les atteintes consommées sur son territoire au titre de la lex rei sitae. »

théoriquement très séduisante. Seulement, la qualification par analogie qu'elle appelle demande à être admise. Or, tel n'est pas véritablement le cas. Les droits moraux ne jouent, selon cette approche, aucun rôle localisateur. Il faut toutefois relever qu'en raison de la très forte relativité des prérogatives morales en droit comparé, une telle mise en retrait ne parait pas opportune.
D'autre part, ce qui fait l'intérêt de la *lex rei sitae* est de localiser l'objet à un endroit donné unique et de faire rayonner le régime de la chose au lieu de situation dans les rapports transnationaux. Tandis qu'en matière de propriété intellectuelle, l'application du statut réel aboutit précisément à l'effet contraire. C'est-à-dire une pluralité de lieux de situations de l'objet dont les lois ont vocation à s'appliquer. Ceci oblige à superposer au rattachement réel un rattachement subsidiaire - délictuel - afin de déterminer parmi ces lieux, le plus pertinent, sous peine d'en revenir à un territorialisme absolu.

Section 3 : La loi du lieu de l'atteinte

177. Importance du lieu du délit – Les insuffisances théoriques et pratiques de la *lex fori* ont conduit la doctrine à rechercher ailleurs que dans la seule saisine d'un juge le sens à donner à la notion de loi du lieu de protection. Certains y ont vu consacrée la loi du délit. Il est vrai en ce sens que le droit d'auteur consiste d'abord en un droit d'interdire ou d'autoriser une utilisation d'une œuvre. Le lieu où cette utilisation se réalise est donc déterminant dans la recherche du droit applicable, puisque c'est en vertu de ce dernier qu'il faudra apprécier si cette utilisation était ou non licite. Il s'agit d'un constat logique et c'est sans doute la seule caractéristique universelle de ces droits.

178. On voit clairement l'impact des règles propres à la responsabilité extracontractuelle sur la résolution des conflits en matière de droit d'auteur, quitte à faire du délit le véritable critère de rattachement de la *lex loci protectionis* (paragraphe 1). Cette doctrine est parfois critiquée dans la mesure où la *lex loci delicti,* comme son nom l'indique est une règle de conflit associée à la localisation d'une infraction, le lieu où la protection est demandée n'y renvoyant que de manière incidente et non pas systématique. Toutefois, ces critiques n'épuisent pas le constat pratique d'une coïncidence entre loi du pays de protection et loi du délit (paragraphe 2).

Paragraphe 1er : un critère de rattachement fondé sur le lieu du délit

179. Le rattachement à la loi du délit part d'un postulat simple : la loi qui protège un droit exclusif d'auteur en le sanctionnant éventuellement d'une action en contrefaçon doit être retenue en cas de litige concernant une atteinte actuelle ou potentielle des prérogatives y afférant. Dans la logique traditionnelle du principe de territorialité, partagée en droit comparé[356], il serait incohérent d'alléguer que les droits exclusifs tels que définis par la loi française puissent faire l'objet d'une violation à l'étranger[357]. A supposer par exemple l'utilisation d'une œuvre française aux Etats-Unis au titre de l'exception de *fair-use*[358] ; utilisation *a priori* licite aux yeux de la loi américaine ; un utilisateur domicilié en France où cette exception est inconnue ; que sur cette base, l'auteur saisisse le juge français. En application du rattachement délictuel, la loi compétente devrait être la loi américaine et l'utilisation jugée licite au regard de celle-ci.

180. Faire égaler la loi du lieu de protection et celle du délit découle de ce qu'en matière de protection internationale des œuvres de l'esprit, de manière inexorable, le lieu du fait dommageable constitue le centre de gravité de la règle de conflit, puisque c'est à ce lieu qu'il faudrait apprécier les conditions de licéité de l'utilisation (A). L'observation du droit positif montre une tendance claire en ce sens (B).

---

[356] En droit américain, v. affaire *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*: le litige portait sur un contrat de distribution conclu entre une société, MGM/UA Communications Co., une filiale et Warner Bros, la première autorisant les suivantes à distribuer une œuvre cinématographique sur le territoire américain et à l'étranger, droits de distribution qu'elle avait obtenus de la sociétés Subafilms, Ltd. and Hearst Corporation. Or, pour ces dernières, l'accord initial conclu avec MGM/UA ne visait que la distribution aux Etats-Unis ; ils estimaient donc que cette autorisation constituait une atteinte à leur droits exclusifs au sens du *Copyright Act* de 1967. Les juges (*Ninth Circuit)* rejetèrent le pourvoi au motif que : *« les lois sur le droit d'auteur ne s'appliquant pas de manière extraterritoriale, chacun des droits conférés sous les cinq paragraphes de l'article 106 doivent être interprétés comme « n'ayant aucun effet au-delà des frontières » [américaines] (…) Par conséquent, une telle « autorisation » n'est pas de nature à engager la responsabilité* » (NT), v. 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994), *rev'g en banc*, 988 F.2d 122 (9th Cir. 1993).

[357] En ce sens, J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 387.

[358] Pour une approche plus générale de la notion de *fair use*, v. J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright américain*, p. 199 s.

A. Le lieu de l'atteinte comme centre de gravité de la règle conflit

181. Diversité d'analyses du rattachement délictuel – Théoriquement, le rattachement à la loi du délit a son connu succès en doctrine et continue d'avoir les faveurs d'un nombre grandissant d'auteurs. Les explications d'un tel choix sont certes diverses, mais ont pour trait commun de considérer le lieu où l'atteinte aux droits s'est réalisée comme le rattachement le plus pertinent. La *lex loci protectionis* serait en ce sens, la loi du lieu où une atteinte est actuelle ou potentielle.

Cette centralité de la contrefaçon dans la recherche d'une loi applicable au droit d'auteur apparaît très nettement chez G. de VAREILLES-SOMMIÈRES qui pose l'hypothèse selon laquelle la propriété littéraire et artistique serait moins une véritable propriété sur la conception qu'une forme de créance, un droit à des dommages-intérêts à « *l'encontre de quiconque prive injustement l'auteur du légitime salaire qu'il pouvait espérer du public pour le service rendu et le plaisir procuré* »[359].

Cette thèse est en apparence assez proche de celle du statut réel telle que présentée par le Pr. RAYNARD, puisque le droit d'auteur est saisi essentiellement selon ses prérogatives patrimoniales. Elle s'en écarte toutefois en ce que la nature du droit semble déduite de l'action octroyée pour sa sauvegarde, à savoir la contrefaçon[360].

Pour H. DESBOIS, le modèle délictuel semble avoir guidé l'élaboration des règles de conflit de la Convention de Berne et de Genève. Pour cet auteur, l'hypothèse principale qui appelle l'application de la loi du pays où la protection est réclamée est celle dans laquelle le litige est porté devant l'une des juridictions de l'Etat sur le territoire duquel le fait litigieux s'est produit. Le libellé du texte met irrémédiablement en balance la loi du for et celle du lieu où l'infraction s'est déroulée ; c'est-à-dire qu'il n'envisage pas directement le cas d'une dissociation entre le lieu de l'infraction et celui de l'action en justice. Toutefois, l'observation montre qu'une telle hypothèse n'est pas d'école. Faut-il dès lors privilégier le rattachement du juge saisi ou plutôt celui de l'infraction actuelle (ou potentielle) ? Pour DESBOIS, la loi du lieu de protection - telle qu'entendue par les Conventions de Berne et de Genève ne se confond avec la loi du for- que dans l'hypothèse où le fait litigieux est lui-même réalisé dans l'ordre juridique du juge saisi. Il

---

[359] G. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Cujas, 1972, n° 506, p. 313.

[360] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 451.

en conclut ainsi que de manière plus large, le droit conventionnel manifeste plutôt « *une préférence pour la lex loci delicti* »[361].

Toutefois, l'élaboration d'une analyse systématique opérant une assimilation entre loi du lieu de protection et *lex loci delicti* apparaît surtout dans écrits de MM. A. et H.-J. LUCAS et Mme. LUCAS-SCHLOETTER[362]. Pour ces auteurs, la *lex loci delicti* disposerait d'un domaine large englobant tant la violation des droits que ce qui relève de leur exercice positif. Ainsi, en matière de propriété intellectuelle, le rattachement serait moins le lieu de l'atteinte aux droits que plus largement celui de leur exploitation. Le régime du droit d'auteur serait pour ces auteurs analogue à celui de la concurrence déloyale[363] du point de vue du conflit de lois[364]. De sorte que la *lex loci protectionis/lex loci delicti* serait à même de jouer le rôle de règle de conflit unitaire, empêchant le recours à la loi d'origine pour certains aspects tels que l'existence ou la titularité initiale des droits.

La compétence de la *lex loci delicti* est encore dictée par la nature dualiste des modes d'exercice du droit reconnu à l'auteur. Le droit d'auteur est en effet tant un droit d'autoriser que de contester l'utilisation d'une création. Ainsi pour M. BERGÉ cette dualité conduit à reconnaître à la *lex loci delicti* une place partielle mais correspondant certainement à la loi du lieu de protection[365]. Cette dernière vaudrait ainsi pour l'exercice négatif du droit, complétée pour l'exercice positif par l'application de la loi du pays d'origine de l'œuvre. Cette analyse est encore partagée par M. POLLAUD-DULIAN pour qui la dualité des modes d'exercice des droits de propriété littéraire et artistique commande que la *lex loci protectionis* se confonde parfois avec la loi du délit sans pour autant la résumer[366].

---

[361] H. DESBOIS, « La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France », *TCFDIP* 1960-1962, p. 192, spéc. p. 192.

[362]A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit*., n° 1369 s. et 1474 s ; v. aussi, Ph. GAUDRAT, F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique, t.2*, n° 1027 s., p. 562 ; pour les droits voisins au droit d'auteur, v. T. AZZI, *op. cit*, n° 258 s. et n° 495.

[363] En ce sens, V. PIRONON, « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », in CORNELOUP et JOUBERT (dir.), *Le Règlement communautaire dit « Rome II » sur la loi applicable aux obligations extraconstractuelles*, Paris, Litec, 2008, p. 111-128

[364] Ibid. ; comp., art. 6.1 du règlement Rome II « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* ».

[365] J.-S. BERGÉ, *op. cit*., n° 307, p.215 s.

[366] Le droit d'auteur, n° 2015.

Pour Mme. JOSSELIN-GALL, la loi applicable doit différer selon qu'il s'agit d'un litige portant sur la nature patrimoniale ou non des droits revendiqués lors du litige. Les premiers devant être soumis à la loi d'origine, tandis que les autres, en tant que droits de la personnalité seront soumis à la loi locale[367].

M. d'AVOUT considère également que le « *panachage des lois applicables* », c'est-à-dire l'application partielle de la loi locale en matière de propriétés intellectuelle est plus pertinente en vertu de la nature de ces droits[368].

182. Ce signe d'égalité entre *lex loci protectionis* et *lex loci delicti* se retrouve encore dans la doctrine étrangère. Pour MM. GOLDSTEIN et HUGENHOLTZ, la loi du pays de protection correspond à celle du « *lieu où une œuvre est exploitée sans le consentement de son propriétaire* » (NT)[369]. Pour M. ULMER, en dépit des hésitations auxquelles peuvent donner lieu les règles du droit conventionnel, notamment en raison de sa proximité la loi du for, c'est en vertu du lieu où l'atteinte est réalisée qu'il faut entendre la notion de loi du pays où la protection est demandée[370].

B. La consécration de la loi du délit

183. Du lieu « *où* » la protection est demandée à celui « *pour lequel* » la protection est demandée – Il est vrai que, dès lors qu'on a rejeté la compétence de la *lex fori*, certes autorisée par une lecture littéraliste des termes de la convention de Berne (hypothèse minée par l'application en la matière de lois étrangères), il est plus aisé d'admettre que la loi du lieu de

---

[367] M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 250 s.

[368] V. L. d'AVOUT, Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, n° 69 s.

[369] P. GOLDSTEIN et P.B. HUGENHOLTZ, International copyright, Oxford, 2nd ed., 2010, p. 13 : « (…) In the absence of a dispositive contract provision or treaty rule, the law of the protecting country—the country in which the work is being exploited without the copyright owner's authority— dominates judicial choice of law respecting the protectability of a work and the rights that attach to it » ; v. aussi en ce sens, R. GARZA BARBOSA, « International Copyright Law and Litigation: A Mechanism for Improvement », 11 Intellectual Property L. Rev. 77 (2007), Disponible à http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/2.

[370] E. ULMER, *Propriété intellectuelle et droit international privé*, n° 17, p. 12 : dans le cas d'une utilisation non autorisée d'une œuvre à l'étranger, « l'auteur qui introduit un recours en Allemagne ne peut revendiquer la protection des lois allemandes sur sur le droit d'auteur. Ce n'est que lorsque l'acte illicite est commis en Allemagne que la protection qui peut être revendiquée (sur la base de la Convention de Berne) doit être accordée conformément aux dispositions législatives allemandes ».

protection vise la loi du pays « *pour lequel* » la protection est revendiquée, confondue avec le lieu de l'atteinte. Il s'agit d'une tendance qui se semble se dessiner durablement tant en législation qu'en jurisprudence.

184. Tendances du droit comparé – Ce glissement sémantique rend la règle de conflit plus intelligible dans la mesure où il permet plus certainement de déconnecter le droit applicable de l'ordre juridique du juge saisi.

Cette évolution est notamment explicite dans les dispositions de la loi suisse sur le droit international privé dont l'article 110 par. 1 dispose 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.* »

Il en va de même pour ce qui est de l'article 93 de la loi belge sur le droit international privé[371]. L'ambition de ces règles est claire : déplacer le curseur d'une territorialité absolue telle qu'elle semble esquissée en droit conventionnel vers une territorialité relative focalisée sur le territoire de la revendication des droits subjectifs en lieu et place de celui de l'action en justice.

185. Une portion non négligeable de juridictions étrangères en application de la *lex loci protectionis* retiennent traditionnellement la loi du lieu de l'atteinte au droit exclusif[372]. Il en va notamment des juridictions étasuniennes[373], qui à ce titre considèrent qu'en termes de *copyright*, la compétence échoit à la loi du lieu de la conduite litigieuse[374].

---

[371] « Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée ».

[372] J. C. GINSBURG, « Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks », OMPI, doc. GCPIC/2, at 34-36 (Nov. 30, 1998).

[373] Sur l'application de la *lex loci delicti* dans la jurisprudence américaine d'un point de vue plus général, v. F. MONÉGER, « *The last ten* ou les derniers Etats des Etats-Unis d'Amériques fidèles à la *lex loci* delicti » in *Mélanges Lagarde*, p. 575 s.

[374] G. B. DINWOODIE, « Developing a Private International Intellectual Property Law : The Demise of Territoriality ? » 51 *William & Mary Law Review* (2009), 711 ; « *Affirmation of territorial limits of US copyright protection :two recent decisions », EIPR 1992, p. 136 : « (...) in assessing an actor's conduct, the applicable law is the law of the state in which the infringement occurred, not that of the state of which the author is a national or in which the work was first published* »; v aussi, J. M. DRISCOLL, « It's a Small World after All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway, 20 *J. Int'l L.* 939 (2014) ;

Les juridictions allemandes[375] et autrichiennes[376] selon une logique de territorialité étendue privilégient elles aussi un rattachement délictuel.

186. L'approche délictuelle du règlement Rome II et la *lex loci protectionis* – Plus explicite encore est la règle de conflit en matière de droits de propriété intellectuelle. En effet, si de manière générale, le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles consacre en matière de responsabilité extracontractuelle la *lex loci damni*, disposant en son article 4 que « *sauf disposition contraire (…) la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* », il pose cependant des règles spéciales dérogeant à la compétence générale de la *lex loci damni*.

Ainsi de l'article 6 en matière de concurrence déloyale disposant que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. »

187. Il en va de même de la règle posée à l'article 8.1 sur la loi applicable aux atteintes à un droit de propriété intellectuelle. Celui-ci dispose que : *« la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* ». Ainsi qu'en témoigne cette disposition, le règlement Rome II fut l'occasion d'affirmer dans le domaine de la propriété intellectuelle « *le principe universellement reconnu de la lex loci protectionis, c'est-à-dire, l'application de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée* »[377].

Il convient toutefois de relativiser cet enthousiasme quant au droit d'auteur. En effet, l'article 28 réserve la primauté en matière d'obligations extracontractuelles aux Conventions préexistantes liant les pays de l'Union. Au titre de celles-ci compte les Conventions de Berne et de Genève. Cependant le système de primauté conventionnelle voue l'article 8 à une

---

[375] BGH, 2 oct. 1997, « *Spielbankaffaire* » : *GRUR Int.* 1998, p. 427 ; *JZ* 1998, p. 1015, obs. crit. H. SCHACK.

[376] Explicitement, l'article 34 al. 1 de la LDIP autrichienne dispose en ce que « la création, le contenu et l'extinction des droits sur les biens incorporels sont jugés selon la loi de l'État dans lequel se produit un acte d'utilisation ou de violation. » (NT) ; v. en ce sens, TE OGH, 16 déc. 2003, 4 Ob 238/03h ; TE OGH 9 août 2006, 4 Ob 135/06s.

[377] Proposition de règlement du 22 juillet 2003 ; formule reprise au considérant n° 26 : « En ce qui concerne les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, il convient de préserver le principe « *lex loci* protectionis qui est universellement reconnu. » ; v. aussi M. VIVANT, *Rep. Dr. International : Internet*, n° 20.

applicabilité relative pour ne pas dire nulle en matière de droit d'auteur[378]. On ne peut toutefois douter dans le contexte général d'harmonisation européenne, qu'il aura un impact certain sur l'interprétation que les juges retiendront désormais de la *lex loci protectionis*[379]. Il n'en demeure pas moins que cette disposition vise expressément les « atteintes » portées contre les droits de propriété intellectuelle et l'accord en doctrine semble se faire en doctrine dans le sens où cet article renvoie en fait à la *lex loci delicti commissi*[380].

Cette interprétation jouit par ailleurs d'une autorité constante dans la jurisprudence française.

188. Constance jurisprudentielle – En droit commun, il faut en préambule rappeler le partage réalisé par l'arrêt *Le Chant du Monde*[381] entre l'existence et l'exercice des droits. On sait qu'en vertu de cette décision, la loi du pays d'origine conservait une place quant à l'existence d'un droit revendiqué à l'étranger. Tandis que la loi territoriale, loi locale, trouvait à s'appliquer concernant l'étendue de la protection ; d'un point de vue sémantique, le principe posé s'applique bien aux « *atteintes portées en France* » à une œuvre dont il est démontré qu'elle bénéficie d'une protection dans son pays. La décision, prend *a priori* parti pour une identification de la loi du lieu de protection au lieu où l'infraction est commise.

Une ambiguïté est toutefois demeurée dans cette espèce, puisque l'arrêt n'exclut pas clairement la possibilité d'une application pure et simple de la loi du juge saisi au-delà des questions d'existence du droit[382]. En effet, si la sémantique utilisée permettait d'opérer un rapprochement

---

[378] En ce sens, N. BOUCHE, « Quelle loi en matière de contrefaçon », in C. NOURISSAT et E. TREPPOZ (dir), *Droit international privé et propriété intellectuelle*, p. 102 s., p. 111 ; v. aussi, E. TREPPOZ, « *Lex loci protectionis* et l'article 8 du règlement Rome II » préc. spéc. n° 5 s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le droit de la responsabilité à l'épreuve des géants de l'internet : aspect de droit international privé » in *L'effectivité du droit face à la responsabilité des géants d'internet*, p. 17 s., spéc. n° 28 s.

[379] On notera par ailleurs que la Convention de Berne n'est pas expressément mentionnée au titre des Conventions ayant la primauté sur le règlement. L'on est porté à croire que cette absence est justifiée par l'identité de règles de conflit entre les deux textes, ce qui constitue à notre sens une indication que l'article 5.2 doit désormais être compris précisément dans le sens de l'article 8.1.

[380] Contra : VIVANT et BRUGUIÈRE, n° 83.

[381] Préc.

[382] On notera avec intérêt cet échange entre MM. BATIFFOL et HOLLEAUX, l'un des artisans de l'arrêt *Chant du Monde* lors d'une des séances des travaux du comité français de droit international privé pour l'année 1962 (v. *TCFDIP*, *préc.*, p. 200) :

« M. BATIFFOL : M. Le président, je me permets de poser la question suivante : votre arrêt de 1959 [Le Chant du

avec la catégorie des délits, passée de cette analyse au demeurant pauvre, le doute persistait quant à l'identification précise du rattachement[383]. De sorte que la porte restait ouverte pour un retour de la *lex fori* pour la protection des droits[384]. La loi française serait-elle encore applicable si les faits incriminés avaient intégralement été réalisés à l'étranger ? Auquel cas, le lieu de la contrefaçon devait être entendu comme celui du juge saisi ; ou faudrait-il plutôt considérer que la loi française n'est applicable que dans l'hypothèse d'une atteinte portée à une œuvre en France, affirmant par la même la pertinence du rattachement aux délits.

189. Arrêt *Sisro* – Entre temps, la position de la jurisprudence s'est précisée. De manière constante désormais[385], les juges affirment l'assimilation de la loi du pays de protection sur un fondement délictuel. Une espèce relativement récente est à ce titre illustrative[386]. Le litige qui portait sur la contrefaçon d'un logiciel a été l'occasion pour les juges de poser sous la forme d'un arrêt de principe l'assimilation de la loi du lieu de la protection à celle de la contrefaçon. Les faits d'espèces opposaient une société française, Sisro à des homologues britannique et suédoise. La société Sisro avait depuis 1977 développé un logiciel de migration DOS/MVS dénommé *Cortex*. Par la suite, d'anciens salariés de Sisro, fondateurs de la société Ampersand LTD développèrent un logiciel ayant une fonction identique au logiciel Cortex. Entre temps, cette dernière avait cédé ses droits d'exploitation sur le logiciel litigieux à une société anglaise Ampersand Software BV qui avait elle-même accordé une licence d'exploitation à une société suédoise, Branschdata. Par la suite, Sisro assigna la société Ampersand en contrefaçon ainsi que les sociétés anglaise et suédoise bénéficiaires de divers droits contrats d'exploitation. Au fond, le TGI de Paris retint le motif de contrefaçon en application de la loi française. En appel,

---

Monde] vise-t-il la loi du lieu où la protection est demandée ou bien la loi du lieu où l'atteinte a été portée au droit d'auteur

M. Le Président [M. HOLLEAUX] : je vais vous faire un aveu sans fard, je ne m'en souviens pas. »,

[383] M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 265, p. 282.

[384] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *loc. cit.* ; D. HOLLEAUX, *D.*, 1963, p. 677.

[385] TGI Paris, 23 mai 1990 « *Magritte* » : *RIDA*, oct. 1990, p. 250.

[386] Cass. 1ère civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 : JurisData n° 2002-013316 : *Rev. crit. DIP* 2003, p. 440, note BISCHOFF ; *D.* 2002, p. 2999, note BOUCHE ; D. 2003, p. 58, note M. JOSSELIN-GALL ; *JCP G* 2002, II, 10082, note H. MUIR-WATT ; *Prop. intell.* 2002, n° 5, p. 56, note A. LUCAS. - Cass. 1ère civ., 30 janv. 2007, n° 03-12.354, *Lamore* : JurisData n° 2007-037152 ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 769, note T. AZZI ; *JDI* 2008, comm. 3, note M.-E. ANCEL ; *Prop. intell.* 2007, n° 24, p. 337, obs. A. LUCAS ; *Gaz. Pal.* 2008, 3, doctr. p. 1291, chron. E. TREPPOZ ; Cass. crim., 15 juin 1899 : *JDI* 1899, p. 819 ; *DP* 1900, 1, p. 81 ; *S.* 1901, 1, p. 303 ; V. T. civ. Bayonne, 16 mai 1972 : *RTD com.* 1972, p. 624, obs. DESBOIS. – CA Paris, 18 oct. 1996 : *JCP E* 1997, I, n° 12, obs. WALLET.

il est remarquable que la société Sisro défendait l'application de la loi du pays d'origine comme loi du lieu de protection. Elle soutenait à ce titre que les articles 5.1 et 5.3 consacrent une règle de conflit donnant compétence à la loi du pays d'origine qui était compétente pour l'occasion. Approuvant la cour d'appel d'avoir reformé la décision des juges du fond qui retenait l'application exclusive de la loi du fond, la Cour de cassation statua qu'en application de l'article 5.2, l'étendue des droits ainsi que les moyens reconnus à l'auteur pour sauvegarder ses droits devaient s'apprécier en fonction de la loi du pays où la protection est demandée, « *que la Cour d'appel a exactement considéré que cette loi désigne non pas celle du pays d'origine ou celle du juge saisi mais celle du ou des États sur le territoire desquels se sont produits les agissements délictueux* ».

Cette décision est sans doute dotée d'une portée clarificatrice dans la mesure où elle prend le soin de préciser la signification de la règle de conflit choisie qui doit être distinguée du pays du juge saisi d'une part, et d'autre part du pays d'origine. Il est par ailleurs intéressant de voir que la cour de cassation conclut son raisonnement en approuvant les juges du fond d'avoir fait une exacte application des règles de conflit en matière « *extracontractuelle* ».

190. Pour comprendre le rattachement délictuel qui sous-tend la *lex loci protectionis*, il convient d'observer la spécificité des œuvres de l'esprit, en tous cas telle qu'elle irrigue traditionnellement les conventions internationales et le droit commun qui optent pour la loi du lieu où la protection est revendiquée. Les œuvres de l'esprit sont des objets immatériels organisés territorialement sur lesquels chaque législation nationale (ou supranationale dans l'hypothèse où une convention internationale impose un niveau de protection minimal aux Etats membres) donne prise par le biais d'un droit exclusif. Ainsi donc, les droits d'auteur en tant qu'ils sont dépendants de conceptions nationales sont nécessairement tributaires des divergences dues aux spécificités qui parcourent ces différentes conceptions nationales, notamment quant aux conditions d'existence des droits, aux formes protégées, au contenu des droits, à leur durée d'existence. En tant que le droit d'auteur est territorialement organisé, la loi applicable à l'atteinte est naturellement celle qui organise la protection de ce droit. C'est donc en toute logique que la loi locale a vocation à se confondre avec la *lex loci protectionis* dans les cas d'atteinte au droit d'auteur.

Paragraphe 2 : Approche critique du rattachement délictuel

191. En ce sens, l'assimilation de la *lex loci protectionis* à la loi du délit a parfois fait l'objet

de critiques essentiellement sur deux points : l'inadéquation du rattachement délictuel en référence à la nature du droit saisi, et d'autre part en considération du domaine particulièrement élargi qui chez certains auteurs en découle.

Il est loisible de se prononcer à ce stade de l'étude sur la première de ces critiques, la seconde appelant d'autres développements par la suite.

192. (a) Divergence des d'objets – Pour une partie de la doctrine, la *lex loc*i *protectionis* ne pourrait valablement pas se résumer en une variante de la *lex loci delicti* en raison de la nature de ces droits. Théoriquement, le rattachement délictuel en tant qu'il suppose *a priori* la commission d'une infraction n'a pas vocation à régir les droits exclusifs de propriété intellectuelle qui sont des droits subjectifs organisés[387] et préexistant à la commission d'une infraction. Autrement, pratiquer une confusion entre ces deux règles de conflit reviendrait à réduire le droit à un simple fait.

Cette distinction de nature emporte des conséquences sur le champ d'application de ces deux règles. La première en effet ne pourra connaître que des aspects délictuels d'une question, tandis que la seconde pourra valablement être applicable à des questions non délictuelles, notamment aux licences d'exploitation[388].

Pour M. DREXL, une différence théorique doit encore être prise en compte entre loi du lieu de protection et loi du délit. Les deux règles n'opèreraient pas à des niveaux identiques localisation de l'atteinte ne s'opèrerait pas de manière identique entre les deux règles de conflit. Pour M. MOURA VICENTE, ce dernier soutient en effet, que la *lex loci protectionis* se réfère à « *un élément normatif : le système juridique sur lequel se fonde celui qui s'arroge un droit d'exclusif sur une création intellectuelle* », tandis que la *lex loci delicti* dans sa concrétisation, renvoie « *à un élément factuel : le lieu où ont été pratiqués les actes ou omissions qui constituent la violation d'un droit subjectif ou bien où ils ont produit leurs effets* ». La première aurait donc une vocation plus large à régir le droit tant dans son acception positive que négative, alors que la seconde présuppose une violation[389].

---

[387] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, p. 203.

[388] M. Van EECHOUD, *op. cit*, p. 105.

[389] D. MOURA VICENTE, « La propriété intellectuelle en droit international privé », *Recueil des Cours*, préc. spéc. p. 265 ; rappr. J. DREXL, « *Internationales Immaterialgüterrecht (IntImmGR)* » in: R. RIXECKER, Fr Jürgen Säcker (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Band 11): Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 25-248 EGBGB*, 6. ed., C.H. Beck, Munich 2015, 1219 – 136, spéc. n° 14 (cité par R. MATULIONYTÉ, *op. cit.* p. 59.

193. Enfin, il a parfois été reproché à la thèse de la *lex loci delicti* d'opérer dans la recherche de la loi applicable un déplacement injustifié du centre de gravité de l'auteur vers le contrefacteur[390]. La loi du lieu de l'atteinte aurait ainsi d'avantage d'importance que celle du titulaire des droits voire celle du pays d'origine de l'œuvre elle-même. Un tel rattachement serait donc critiquable du point de vue de sa proximité avec la situation observée, le règle de conflit courant par conséquent un fort risque de fortuité[391].

194. Ces critiques n'ont de véritable portée qu'à l'égard du domaine accordé au rattachement délictuel, et partant à la règle de conflit qui en découle comme nous le verrons plus en avant. Mais quant à la coïncidence entre la loi du lieu de protection avec celui de l'atteinte aux droits exclusifs, elles peuvent paraître inadaptées. Deux points essentiellement peuvent être soulevés à cet égard.

195. **(b) Centralité de la contrefaçon** – Il convient en effet de rappeler l'observation basique selon laquelle, l'exercice les droits exclusifs de propriété intellectuelle est en partie matérialisée par une action à mi-chemin entre la réparation et la revendication, la contrefaçon. Lorsque l'atteinte est avérée, dans sa composante civile, cette dernière est sanctionnée par les mécanismes de la responsabilité extracontractuelle[392]. On voit ainsi clairement que, au moins en partie, le droit d'auteur n'est pas étranger aux mécanismes de la responsabilité délictuelle et partant aux faits juridiques. Par conséquent, l'exercice négatif du droit rend cohérent le rattachement fondé sur le lieu du délit.

196. **Lieu de l'exploitation** – Sans doute la notion « d'atteinte » peut sembler un terme fort, sachant que cette atteinte ne pourrait être retenue que *lex causae*[393]. Un critère plus neutre pourrait être celui du lieu de l'exploitation. Le lieu où une exploitation présente en effet l'avantage de ne pas orienter immédiatement sur le chemin du délit puisque l'exploitation peut être licite ou non.

Dans tous les cas, c'est à ce lieu que confluent l'ensemble des intérêts des parties prenantes à l'utilisation de l'œuvre de l'esprit. C'est à ce lieu que doit s'apprécier la pesée de ces intérêts (notamment détermination de ce qui est protégeable et ce qui ne l'est pas, utilisation licite ou non des droits).

---

[390] En ce sens, POLLAUD-DULIAN, n° 2015 s.

[391] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, n° 1371 ; H. GAUDEMET-TALLON, *art. préc.*, n° 2, p. 735.

[392] M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droit voisins,* n° 82, p. 99.

[393] J. DREXL, préc.

Toutefois, pour juste qu'elle est, cette notion est partielle puisque l'œuvre peut avoir été exploitée à plusieurs endroits. Un contrat peut accorder une licence pour un pays A, mais le licencié peut aussi avoir utilisé l'œuvre dans un pays B au-delà des stipulations contractuelles. On aura donc deux pays d'exploitation et donc théoriquement deux pays de protection. De même, une seule utilisation peut donner des effets mondiaux, ce qui théoriquement matérialise autant de lieux d'exploitation que de pays où ces effets sont ressentis.

On a pu écrire dans une telle hypothèse qu'on « *ne peut soutenir que le lieu déterminant est celui où la protection est réclamée (…) ce qui est décisif, c'est de savoir où est commis l'acte qui, en vertu du monopole de l'auteur, devrait être autorisé par celui-ci, c'est de savoir où le monopole eût été exercé si l'auteur lui-même intervenait et non pas le contrefacteur, et cela équivaut à dire qu'il importe de connaître le lieu où le droit a été violé (locus delicti commissi)* »[394].

Le lieu d'exploitation n'évoque en fait qu'une réalité juridique partielle. Il faudra encore examiner si l'exploitation alléguée est licite ou non. *In fine* c'est la considération d'une atteinte potentielle dans un lieu donné qui justifie la compétence de ce lieu.

Il est toutefois loisible de considérer que les divergences entre *lex loci protectionis* et *lex loci delicti* sont essentiellement d'ordre théorique. On peut observer en pratique que si la loi du lieu de protection ne sera celle du for que de manière incidente, la conjonction avec le lieu de l'atteinte est quant à elle systématique[395].

197. Conclusion de la section – Affirmer la distinction systématique de la loi du lieu de l'atteinte avec celle du pays de protection en réalité relève d'un truisme dès lors que l'on a admis le rejet de la loi du juge saisi. Une telle démarche découle nécessairement du fait que le droit d'auteur est à la fois un droit d'autoriser et de refuser une utilisation de l'œuvre. Or, ce que l'on essaie de localiser par la loi du pays de protection, c'est le lieu où ce droit a potentiellement été lésé. Ce lieu peut certainement se démultiplier en vertu du principe de territorialité, mais il n'en demeure pas moins que la protection s'apprécie nécessairement au lieu où une utilisation litigieuse a eu lieu.

198. Cependant si une telle justification colle aisément à l'hypothèse d'une atteinte, elle semble moins adaptée dans l'hypothèse où le litige ne porte pas sur des faits de contrefaçon.

---

[394] BIRPI, art. préc., p. 99.

[395] R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 60.

Nous le voyons, l'essentiel des espèces examinées correspondent à des situations mettant en jeu l'exercice négatif du droit, c'est-à-dire la contrefaçon, hormis quelques approches dissonantes l'essentiel de la doctrine s'accorde pour considérer que la *lex loci protectionis* comme fondée sur un rattachement à caractère délictuel au moins en partie. La précision a son importance car en réalité, le fondement de la règle de conflit permet de mieux cerner son étendue. Dans un cadre purement théorique, telle ou telle situation sera naturellement soumise à la loi du délit si elle n'intègre que des faits juridiques à l'inverse et dans l'hypothèse contraire, la règle de conflit sera mal adaptée et devrait être soumise à un rattachement plus adapté. C'est dire en d'autres termes que demeure ouverte la question du domaine de la règle de conflit à laquelle nous viendrons par la suite.

199. Conclusion du chapitre – Il existe de réelles difficultés à cerner les notions de territorialité et de *lex loci protectionis*. En réalité, plusieurs compréhensions en sont autorisées, mais l'essence en est la même : la territorialité du droit d'auteur est le corolaire du principe de souveraineté et traduit la volonté des Etats de réguler l'utilisation et l'exploitation des droits de propriété intellectuelle sur leur territoire. Logiquement, il en résulte une segmentation du droit applicable correspondant aux espaces sur lesquelles chaque Etat étend sa souveraineté. Si la territorialité du droit d'auteur est liée au principe de souveraineté, ce n'est pas pour autant qu'elle est exempte d'une approche bilatérale en termes de conflit de lois. A ce titre, en dépit de similitudes, il n'est pas loisible de plaquer telle quelle les solutions admises en matière de propriété matérielle en raison du caractère immatériel des droits de propriété intellectuelle ; il n'est pas non plus judicieux de céder à la tentation de la loi du for. Tout au plus, devra-t-on admettre compte tenu de l'impact de la contrefaçon dans le traitement international du droit d'auteur que la loi du lieu de protection correspond au lieu de l'atteinte. Cette interprétation semble désormais faire autorité en droit comparé. Les implications en termes d'applicabilité n'en demeurent pas moins critiquables.

Titre 2 : Les limites de la *lex loci protectionis*

200. Unité ou pluralité de lois – Les évolutions jurisprudentielles et légales examinées dans les précédents développements ne permettent de cerner que partiellement les problèmes que soulève le principe dit de territorialité en matière de propriété intellectuelle. Une fois la règle de conflit déterminée se posera encore la question de son étendue, car il serait loisible d'arguer à raison qu'en matière de droit d'auteur, tout n'est pas contrefaçon.

Faudrait-il alors répartir les compétences selon les aspects du droit ? Pour une matière qui privilégie les grands ensembles synthétiques comme le droit international privé, la réponse négative peut sembler la plus cohérente en théorie. Se pose alors la question de savoir si une telle entreprise peut être admise sans aller au-devant d'un autre type d'incohérences, pratiques cette fois.

201. Surdétermination du facteur de rattachement – Le principe de territorialité qui s'incarne dans la *lex loci protectionis* est encore mis à l'épreuve quant à sa capacité à absorber les effets qu'emportent évolutions des modes d'exploitation des œuvres de l'esprit. En effet, il nous semble aller de soi qu'en présence de bouleversements économiques, politiques et sociologiques qu'ont entraîné la mondialisation et les nouvelles technologies de l'information, en particulier la déterritorialisation qui les caractérise, un principe juridique fondé sur la notion de territoire apparaît intrinsèquement remis en cause. La combinaison entre l'ubiquité des œuvres (effet du principe de territorialité) et de l'ubiquité des réseaux est de nature à produire une surdétermination des lois compétentes[396] qui se concrétise par la localisation universelle des lieux de protection et la concurrence des lois potentiellement compétentes. Cette situation appelle un effort interprétatif supplémentaire sinon une disqualification du rattachement critiqué.

202. L'autorité de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée n'empêche pas de constater qu'une telle règle pose en pratique de sérieuses difficultés en termes théoriques et pratiques, notamment en termes prévisibilité du droit applicable et donc de sécurité juridique.

---

[396] D. Bureau et H. Muir-Watt, n° 400 : « Il arrive que le support factuel du facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois ne permette pas, accidentellement, de localiser la question de droit litigieuse dans un ordre juridique, soit parce qu'il fait défaut, soit au contraire parce qu'il se démultiplie en se concrétisant dans plusieurs ressorts. »

Or, il s'agit indéniablement de deux orientations cardinales auxquelles la règle de conflit ne saurait déroger.

A ces différents égards, il sera pertinent d'examiner le domaine que le droit positif octroie à la territorialité et les incertitudes qui en résultent (Chapitre 1) avant d'examiner les difficultés qu'emporte une certaine exclusivité du rattachement territorial en particulier du point de vue de la démultiplication des lois locales (chapitre 2).

Chapitre 1ère : Le domaine de la règle de conflit

203. Règle de conflit concurrentes – Il est observable que la loi du lieu de protection, bien que communément admise par la plupart des instruments du droit international privé de la propriété intellectuelle, est concurrencée par des règles de conflit qui, soit du point de vue du droit commun, soit du droit conventionnel manifestent parfois une sérieuse prétention à régir au moins partiellement certains aspects du droit d'auteur ; il en va ainsi principalement de la loi du for, dont nous avons vu qu'elle a longtemps joué comme *lex loci protectionis* ; ce pourrait être aussi la loi sous laquelle s'est préalablement concrétisé un rapport juridique essentiel à l'existence de l'œuvre, comme la publication.

La difficulté revient alors à caractériser l'éventuelle spécificité de chaque aspect du droit afin d'énoncer s'il est pertinent ou non de le soumettre à une règle de conflit différente de la loi du lieu de protection. En d'autres termes encore, soit retenir une approche unitaire du droit caractérisant l'hégémonie de la territorialité, soit considérer le droit d'auteur comme subdivisé en sous catégories appelant une démarche plus différentiée en termes de droit applicable.

204. Subdivisions selon les aspects du droit engagés dans la situation juridique – En droit international privé, au titre des principes qui gouvernent le droit applicable figure l'idée que les situations juridiques relevant d'une même catégorie doivent être soumises à un même rattachement. Il s'agit d'un idéal qui n'est pas toujours réalisable compte tenu de la complexité de certaines situations.

Spécifiquement à la matière des droits intellectuels, des distinctions touchant aux divers aspects du droit ont parfois servi d'appui à la délimitation du domaine de la loi du lieu de protection. La première est fondée sur la *summa divisio* que connaissent certains systèmes de droit d'auteur à l'instar du droit français. Le droit d'auteur est en effet fondé sur une division entre prérogatives morales et patrimoniales. Les premières ayant vocation à protéger la personnalité de l'auteur par le bais de l'œuvre tandis que les secondes, lui permettent de retirer les utilités économiques de l'œuvre de l'esprit. Cette distinction a conduit en France à la soumission de chacune de ces protections à des rattachements différents. Ainsi, sur le fondement de la loi du 8 juillet 1964, qui consacre l'intangibilité du droit moral[397], la Cour de cassation a retenu

[397] En tous cas, d'un point de vue textuel, pour ce qui concerne le droit à la paternité et le droit a l'intégrité.

l'application impérative de la loi française en tant que loi de police[398]. La solution ainsi retenue a indéniablement pour conséquence de soumettre les différentes composantes du droit d'auteur à des rattachements différents. D'une part, le monopole d'exploitation soumis – au moins partiellement à la loi du lieu de protection – et d'autre part le droit moral soumis aux lois de police. Toutefois, cette subdivision n'apparaît pas particulièrement comme une entorse grave à l'application de la loi du lieu de protection. En réalité, le rattachement du droit d'auteur aux lois de police apparait à titre correctif[399] *a priori*, compte tenu du fait que, si le droit français considère le droit moral comme un pilier du droit d'auteur, cette conception n'est pas partagée en droit comparé. L'intervention des lois de police apparaît donc de manière exceptionnelle dans le but de sauvegarder cette spécificité française.

Une seconde distinction peut être posée cette fois-ci à l'intérieur même des prérogatives d'une même nature. Il ne s'agit plus d'appliquer un rattachement exceptionnel afin de sauvegarder une certaine conception interne du droit, mais de considérer que le monopole d'exploitation est porteur de sous-catégories propres à recevoir un rattachement spécial. Par exemple, le droit d'auteur n'étant pas un simple droit d'interdire, mais aussi d'autoriser, il est loisible de considérer que la question de la titularité n'obéit pas nécessairement aux mêmes logiques que la contrefaçon qui vise principalement l'aspect négatif du droit. De manière directe, c'est la question de la pertinence de la loi du lieu de protection reconnue comme ayant une applicabilité universelle qui est posée.

205. Cette remise en question du rattachement général se fonde sur la distinction entre exercice et existence des droits (section 1ère) qui a eu cours longtemps en France notamment avant d'être vraisemblablement abandonnée au profit d'une approche unitaire. Elle n'est cependant pas sans soulever un certain nombre de critiques en termes de sécurité juridique et de prévisibilité (section 2).

Section 1ère : Le distinction entre existence et exercice des droits

206. Un droit d'auteur est un droit exclusif naissant de l'effort créatif réalisé par une personne

---

[398] Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, « *Huston* » : *JCP G* 1991, II, 21731, note FRANÇON ; *JCP. E* 1991, II, p. 220 note SIRINELLI et J.-C. GINSBURG ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752, note P.-Y. GAUTIER ; *JDI* 1992, p. 133, note B. EDELMAN ; *D.* 1993, p. 197 note J. RAYNARD ;

[399] Nous reviendrons sur l'intérêt des lois de police à titre de correctif.

physique. S'il se distingue du brevet dont la procédure de dépôt conditionne l'accès à la protection par un droit de propriété intellectuelle, il n'en demeure pas moins que l'intervention externe d'une puissance publique contrôle les conditions de protection et d'existence en posant notamment les critères par lesquels la simple idée accède au statut de forme protégée. En d'autres termes, l'idée doit s'accommoder d'un certain nombre d'exigences légales pour accéder au statut d'œuvre, exigences posées par la loi. Or, les formes protégées varient d'une législation à une autre, ce qui pose les conditions idéales d'un conflit de lois. Il en va de même pour l'extinction des droits dont le terme varie d'une législation à une autre.

207. La conséquence en est que si l'Etat A considère que telle ou telle forme est protégée, l'Etat B peut valablement en décider le contraire[400]. En d'autres termes, en dépit d'une certaine convergence internationale, les contours des normes nationales de protection, pour une large mesure demeurent soumis à d'importantes variations.

208. Partant de cette observation, deux conceptions s'opposent. Soit, dans une logique universaliste, on estime que les conditions d'existence d'une protection s'apprécient selon le lieu où ce droit a été acquis[401]. Soit dans une stricte territorialité, on ne retient que la loi du lieu de protection pour l'ensemble des aspects du droit. La jurisprudence française a longtemps admis la première conception admettant ainsi l'application concurrente de la loi du pays de protection et de la loi du pays d'origine de l'œuvre (paragraphe 1) avant de l'abandonner au profit d'une application unitaire de loi du pays de protection (paragraphe 2). Si cette évolution présente les atours de la simplicité, elle n'en est pas moins passible de critiques pour les difficultés que sa mise en pratique emporte (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : La loi du pays de protection concurrencée : la conception mixte

209. Notion d'existence et exercice – La distinction entre existence et exercice correspond

[400] Voire encore l'assortir d'une protection ne relavant pas du droit d'auteur, ce qui va polariser le problème de la qualification à retenir dans cette hypothèse.

[401] A. PILLET, *Traité pratique*, t. II, n° 439, p. 80 : l'auteur postulait à ce propos qu'une œuvre qui n'est pas protégeable à son lieu de publication ne peut être protégée dans aucun pays, le germe premier du droit faisant défaut en pareil cas.

à l'idée que dans la sphère internationale, les droits d'auteur sont acquis à un point A mais peuvent être revendiqués en tous points. Ainsi, pour déterminer si un droit produit des effets dans un point B, il faut au préalable déterminer son efficacité dans le point A d'acquisition en vertu de la loi de ce lieu. Schématiquement, pour qu'un droit soit protégé à l'étranger, il doit l'être dans son pays d'origine. L'observation montre que cette exigence que l'on pourrait dire de double protection tire en réalité son origine de règle de condition des étrangers (A). Le mécanisme n'en a pas moins été converti sur le plan du conflit de lois (B) par le biais d'une application partitionnée des rattachements concurrents, en d'autres termes, une exclusion partielle du rattachement territorialiste (C).

A. L'exigence d'une double protection

210. Confusion des genres – Antérieurement à l'arrêt *Le chant du monde*, on ne peut que péniblement évoquer un traitement conflictuel du droit d'auteur[402]. La logique des juges était la suivante : l'auteur étranger est-il admis à la jouissance de ses droits en France ? Si oui, application directe de la loi française[403]; si non, refus de la protection. Or, le bénéfice de ces droits était lui-même conditionné par la situation de l'auteur dans son pays d'origine. La distinction existence-exercice du droit tire ainsi son origine du principe de « double protection » qui avait pour finalité de conditionner la jouissance en France des droits d'auteur à l'exigence que l'auteur étranger jouisse des mêmes droits dans son pays d'origine[404]. Cette double protection est posée tant en droit commun (1) qu'en droit conventionnel (2).

---

[402] V. particulièrement en ce sens, Ch. BOUCHER, « De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers », préc.

[403] POLLAUD-DULIAN, n° 2006 ; G. HOLLEAUX, note sous 22 décembre 1959 : *D.* 1960, p. 96 ; P.-Y GAUTIER, *Rep. Dr. International : Propriété littéraire et artistique*, n° 4 s.

[404] A. LUCAS, « Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », *Communication au groupe de consultants sur les aspects du droit international prive de la protection des œuvres et des objets de droits connexes transmis par les réseaux numériques mondiaux*, Genève, 16 - 18 décembre 1998, OMPI, disponible à : https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_1.pdf
Genève, 16 - 18 décembre 1998

1. Droit commun

211. L'observation de quelques décisions marquantes est particulièrement illustrative de cette situation[405].

212. L'arrêt *Verdi* – Dans l'arrêt *Verdi*[406], le célèbre compositeur italien tentait de s'opposer à la représentation en France de trois de ses opéras. Il invoquait à son bénéfice le décret du 28 mars 1852 qui interdisait et punissait la contrefaçon sur le territoire français d'ouvrages publiés à l'étranger. La Chambre des requêtes répondit cependant qu'en l'absence de disposition expresse, les œuvres théâtrales d'auteurs étrangers représentées pour la première fois à l'étranger ne bénéficiaient d'aucune protection en France. En effet, la discrimination établie par la jurisprudence de l'époque en interprétation du décret du 5 février 1810[407] ne visait pas directement la condition des étrangers puisqu'il était question *« d'œuvres publiées pour la première fois à l'étranger »*, celle-ci étant à ce titre exclues de la protection en France – il s'agissait d'une forme de « *condition des œuvres étrangères* »[408] selon la formule de DESBOIS. Mais s'il était permis aux auteurs étrangers ayant pour la première fois publié leurs œuvres en France de bénéficier de la protection, paradoxalement les auteurs français étaient admis à la protection sous condition de dépôt en France, quand bien même on aurait pensé que la stricte logique juridique inclinait à les en priver également. Il s'agissait donc bel et bien d'une règle de discrimination basée sur l'origine des œuvres d'un point de vue formel mais plus substantiellement sur la nationalité des auteurs.

213. L'arrêt *Grus* – L'arrêt *Grus*[409] était quant à lui basé sur des faits forts similaires à ceux de l'arrêt *Verdi* mais il se démarque par un glissement de la fonction de la loi du pays d'origine de la condition des étrangers vers le conflit de lois. L'affaire portait sur l'importation en France de partitions d'auteurs italiens sans le consentement des principaux ayant-droit. Ceux-ci agirent en contrefaçon en France sur le fondement du décret de 1852 étendant a répression pénale de la contrefaçon d'œuvres publiées à l'étranger. Les juges ne l'ont pas entendu de cette oreille

---

[405] Sur cette évolution jurisprudentielle, v. A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1285 s.

[406] Cass. req., 14 déc. 1857 : *DP* 1858, I, p. 161, rapp. FERREY ; *S.* 1858, I, p. 145.

[407] L'article 40 de ce décret posait pourtant le principe d'assimilation de l'auteur étranger au national.

[408] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1966

[409] Cass. civ. 1ère, 25 juil. 1887 : *DP* 1888, I, p. 5, rapp. LEPELLETIER, note SARRUT ; *S.* 1888, p. 17, note LYON-CAEN.

puisqu'ils statuèrent qu'en dépit du bénéfice de l'assimilation posée par le décret de 1952, il convenait de vérifier que les œuvres protégées fissent l'objet d'un « *droit privatif appartenant à l'auteur ou à ses ayant-droit, puisqu'à défaut de ce droit la contrefaçon étrangère n'existe pas* », que par conséquent afin de déterminer les droits privatifs protégés par la loi française, il fallait dès lors se « *reporter à la loi italienne qui, seule, a pu les déterminer* ». En opérant sur le principe d'un double niveau de protection comme condition d'existence du droit au sein du pays de protection, cette décision préfigure en réalité la conception mixte. L'existence des droits était appréciée selon la loi du pays d'origine de l'œuvre, en l'occurrence, la loi italienne.

214. Toutefois, il faudrait se garder de voir une véritable approche conflictualiste dans cette solution. La loi du pays d'origine ne jouait pas dans cette espèce comme une règle de conflit, mais plutôt comme un paramètre de la solution au problème de la condition des étrangers. En effet, la vérification de l'existence des droits au pays d'origine de l'œuvre découlait de ce qu'une convention franco-italienne réglait réciproquement le sort des auteurs des deux pays en imposant une règle de double protection qui exigeait ainsi que le droit revendiqué existât au pays d'origine pour être protégé à l'étranger. Il y a tout de même une véritable évolution, même si la logique de départ est discriminatoire, puisque la solution vise uniquement l'existence des droits privatifs sur l'œuvre litigieuse au pays d'origine et non plus la nationalité de l'auteur comme fondement du bénéfice de la protection.

215. Nous ne sommes certes pas dans une stricte logique localisatrice puisque la loi du pays d'origine n'intervient pas au terme d'un raisonnement associant un objet à une catégorie de rattachement, mais plutôt comme un outil de discrimination de l'œuvre ou de l'auteur étranger.

2. Droit conventionnel

216. La prise en considération des droits au sein du pays d'origine – Si l'alinéa premier de l'article 2 de la convention initiale posait le principe de l'assimilation, celui-ci était immédiatement relativisé à l'alinéa suivant par l'obligation faite à l'auteur d'avoir accompli toutes les formalités et conditions éventuellement requises au pays d'origine de l'œuvre. Or, ces formalités, quelles étaient-elles ? Il s'agissait de *« l'ensemble de ce qui doit être observé pour que les droits de l'auteur par rapport à son œuvre puissent prendre naissance* ». Le respect de ces formalités conditionnerait « *les effets et les conséquences de la protection (...) notamment en ce qui concerne l'étendue de la protection » certes « subordonnés au principe du*

traitement à l'égard des nationaux »[410].

217. Nature ambiguë de la règle – D'un point de vue critique, deux possibilités étaient dès lors admises. Soit reconnaître dans cette disposition une règle de conflit qui soumettait l'existence du droit à la loi du pays d'origine et la protection du monopole d'exploitation à la loi du for[411] ; soit considérer que l'article 2 ne posait aucune règle de conflit mais se contentait de conditionner la jouissance du droit au profit de l'auteur unioniste par l'accomplissement au pays d'origine des conditions et formalités éventuelles pour que l'œuvre fasse l'objet d'une protection par le droit d'auteur[412].

218. La jurisprudence française a semblé un temps sensible à cette dernière hypothèse, notamment à la faveur d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1899[413] Ainsi, dans l'arrêt *May*, la cour de cassation a vraisemblablement appliqué la loi d'origine au-delà de la seule vérification de conditions et formalités. Dans les faits, des ressortissants allemands prétendaient à la protection en France de dessins religieux d'origine allemande sur la base de la convention de Berne. La Cour de Cassation approuva les juges du fond d'avoir fait application de la loi allemande pour refuser la protection en France des dessins litigieux dans la mesure où selon l'article 2 de ladite Convention, pour obtenir la protection de la loi française, les juges étaient tenus de rechercher si les requérants avaient rempli les conditions et formalités prescrites par la loi allemande afin que leurs œuvres y soient protégées par le droit d'auteur. Or, précisément, la loi allemande ne disposait à proprement parler aucune formalité à accomplir mais privait toutefois de protection par le droit d'auteur une œuvre qui avait été incorporée dans une création à caractère industriel. Les juges ont ainsi adopté une interprétation large de la notion de conditions et formalités[414] incitant à penser que la notion de

---

[410] Ch. CONSTANT, Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Convention de Berne du 9 septembre 1886 et acte additionnel de Paris, du 4 mai 1896 : textes et documents publiés avec quelques observations, 1897, p. 8.

[411] V. sur cette question, J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 394 s. : pour cet auteur, cette tendance conflictualiste pourrait s'expliquer parce que les conditions et formalités étaient pour nombre de législations nationales attributives de droit, de sorte que la jurisprudence les a parfois adjointes aux conditions traditionnelles d'accès à la protection.

[412] N. BOUCHE, op. cit., n° 876 : pour cet auteur, dans la convention de Berne, « *la loi du pays d'origine (...) ne régit pas la jouissance du droit d'auteur dans le pays unioniste de protection, mais le conditionne.* »

[413] Crim. 15 juin 1899 : *JDI-Clunet* 1899, p. 818 ; *DP* 1900, 1, p. 81.

[414] F. RUFFINI, « De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques », *Recueil des cours* 1926, Vol. 012, p. 519 : « *Les tribunaux, obligés ainsi de consulter la loi du pays d'origine, ont été souvent*

conditions et formalités était au principe d'un conflit de lois donnant compétence à la loi du pays d'origine.

219. Quant à la seconde hypothèse, à savoir que l'article 2 ne posait qu'une règle de condition des étrangers, elle peut aussi s'appuyer sur les termes même de la Convention[415]. De manière explicite, l'alinéa premier visait bien la « *jouissance* » des droits et l'alinéa 2 conditionnait cette dernière à l'accomplissement d'éventuelles formalités au pays d'origine. On a ainsi soutenu qu'il ne s'agissait d'une simple règle matérielle de conditions des étrangers. M. BOUCHE souligne que dans l'esprit de la Convention de Berne, la loi du pays d'origine n'avait pas vocation à régir le droit applicable à la jouissance du droit déjà soumis au principe du traitement national mais seulement à conditionner cette jouissance au sein du pays de protection[416]. Ainsi précise cet auteur, pour que l'alinéa 2 soit compris au sens d'une règle de conflit, il aurait fallu que la référence aux conditions et formalités s'entende comme dictant la vérification de celles-ci au sein du pays d'assimilation.

220. En réalité, ainsi que nous l'avons déjà souligné, la Convention de Berne n'avait pas véritablement vocation à régir les problèmes de conflit de lois. Elle visait à assurer la protection des auteurs étrangers soumis à des règles discriminatoires dans les législations nationales. De ce fait, il n'est donc pas étonnant de voir une règle de condition des étrangers jouer sur le plan du conflit de lois. Cette prise en compte de la situation de l'œuvre à l'étranger s'est cependant poursuivie, mais plus nettement sur le plan du conflit de lois.

B. La distinction existence-exercice, un principe conflictualiste

221. Il faudra attendre 1959 pour que la jurisprudence se prononce de manière claire sur le partage de ce qui relève de la loi applicable et ce qui incombe à la condition des étrangers et partant précise la règle de conflit régissant le monopole d'exploitation (1). En droit conventionnel, c'est la stipulation d'un principe d'indépendance qui marque une révolution

---

conduits à s'enquérir de l'existence légale de la protection dans ledit pays et à envisager cette existence encore à d'autres points de vue qu'à celui de l'observation des conditions de forme et de durée. »

[415] CH. BOUCHER, « De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers », préc., spéc. p. 30 s.

[416] N. BOUCHE, *ibid.*, n° 875.

conflictualiste en posant de manière plus claire un cloisonnement entre la condition des étrangers et le droit applicable (2).

1. Droit commun : la jurisprudence *Le chant du Monde*

222. L'affaire *Fox Europa* fait office de tournant dans le traitement du droit d'auteur en droit international privé[417]. Ce fut l'occasion pour la jurisprudence de dépasser le prisme d'une stricte territorialité qu'imposaient les solutions matérielles de condition des étrangers et de poser les bases d'une véritable solution bilatérale qui fait jouer de manière distributive loi du pays de protection et loi du pays d'origine.

223. Les faits – de manière succincte, des œuvres de compositeurs russes avaient été incorporées à des œuvres cinématographiques en France sans l'autorisation de leurs auteurs. Ces derniers s'opposaient à une telle utilisation de leurs œuvres en arguant la protection de celles-ci en France. Les défendeurs quant à eux soutenaient que ces œuvres étaient dans le domaine public. Ce faisant, les auteurs russes n'étaient pas admis à la jouissance de leurs droits en France dans la mesure où, la France et la Russie n'avaient à l'époque aucune Convention sur la protection des œuvres de l'esprit.

224. La solution – Les juges répondirent sur un double terrain. Sur la condition des étrangers, la solution prit des atours libéraux assez rares dans la tradition jurisprudentielle antérieure puisque fut reconnu le principe selon lequel l'auteur étranger jouit en France de tous les droits qui ne lui sont pas expressément refusés par la loi[418]. Sur le terrain du conflit de lois, la Cour statua selon ces termes : « *la Cour d'appel, qui énonce que les compositeurs ci-dessus nommés, ainsi que la société « Le Chant du Monde », leur cessionnaire, puisaient dans la législation de l'Union soviétique, pays d'origine des œuvres littéraires litigieuses un droit privatif sur celles-ci, a décidé à juste raison que la protection civile contre les atteintes portées en France au droit dont ils avaient la jouissance, devait être exercée par application de la loi française, qui ne distingue pas suivant le lieu de première publication ou représentation de l'œuvre, et*

---

[417] Cass. 1re civ., 22 déc. 1959 : *D.* 1960, p. 93, note G. HOLLEAUX ; *RIDA* juill. 1960, p. 79, chron. H. DESBOIS, p. 361, note G. HOLLEAUX ; *JDI* 1961, 420, note GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1960, 361, note F. TERRÉ ; *RTD com.* 1960, 955, obs. Y. LOUSSOUARN.

[418] « *(...) que les étrangers jouissent en France de tous les droits privés qui ne leur sont pas refusés par une disposition expresse ; aucun texte ne prive les étrangers auteurs d'œuvres littéraires et artistiques » publiées ou représentées originairement de France comme en l'espèce, de la jouissance en France du monopole d'exploitation résultant d'un droit d'auteur* ».

spécialement de l'article 3 de la loi des 19-24 juillet 1793 ».

225. Apports de la décision – L'apport de cette décision est double[419]. Du point de vue de la condition des étrangers, l'arrêt pose le principe de la jouissance inconditionnelle des droits par l'auteur étranger. Il s'agit en réalité d'une évolution logique si l'on se rappelle que le droit d'auteur avait déjà été qualifié de « *droit naturel* »[420]. Cette affirmation était cependant demeurée sans grand effet dans la mesure où les juges avaient continué de refuser la protection aux œuvres étrangères en considération la nationalité de l'auteur.

226. L'autre innovation de cette décision est le refus d'annexer le conflit de lois sur la condition étrangers. Pour ce faire, l'arrêt se prononce sur une approche distributive des compétences fondée sur une distinction théorique entre l'existence d'un droit et les effets de ce droit. Pareille distinction laisse transparaître en filigrane un double rattachement avec d'une part le lieu de création/publication de l'œuvre et d'autre part le lieu où la protection est demandée. Il est vrai que cette méthode séquencée consistant à interroger au premier chef la loi du pays d'origine pour l'existence des droits, c'est-à-dire l'ensemble des conditions d'accès à la protection avant de reconnaître un monopole protégeable dans le pays de protection n'est pas sans rappeler le principe de double protection du droit conventionnel[421] jouant lui-même sur le terrain de la condition des étrangers et de la loi applicable[422]. Mais le principe de l'arrêt nous parait bien se situer sur le terrain du conflit de lois et pose une solution prenant en compte tant bien que mal la spécificité du droit d'auteur. L'idée selon laquelle le monopole d'exploitation n'est protégé en France que s'il existe dans le pays d'origine semble fondée sur un raisonnement de droit acquis. L'œuvre de l'esprit, objet ubiquitaire par excellence, serait localisé pour sa naissance dans un ordre juridique donné et produirait par la suite des effets à l'étranger[423].

---

[419] « L'affaire soulevait à la fois une question de condition des étrangers (…) et une question de loi applicable. Une fois admis que l'auteur étranger obtient accès à la protection en France, il convient de se demander s'il possède un droit sur l'œuvre (ndlr : existence) et par quelle législation, l'existence de ce droit est sa protection doivent être régies », POLLAUD-DULIAN, n° 2022.

[420] Cass. req., 14 déc. 1857, *préc.* ; v. aussi, Civ. 1ère, 27 juillet 1948, *Lefait* : *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 75.

[421] Art. 2 de la Convention de Berne dans sa rédaction initiale de 1886.

[422] Ce qui a autorisé certains auteurs à affirmer que la solution posée par la jurisprudence *Chant du Monde* n'était que la traduction en droit commun du principe conventionnel de double protection où la loi du pays d'origine n'avait qu'une valeur discriminatoire, v. en ce sens, A., H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1347 s.

[423] H. BATIFFOL, Traité élémentaire de droit international privé, 3e éd., n° 531, p. 578 : « (...) *c'est la publication qui donne à l'œuvre littéraire et artistique sa valeur propre dans les relations sociales : à partir de cette*

Certains auteurs se sont demandé si selon cette configuration, il ne paraissait pas plus judicieux d'opérer un rattachement unique à la loi du pays d'origine en tant que loi d'organisation du droit d'auteur en « *faisceau de prérogatives* »[424]. Une telle solution aurait toutefois été en contradiction avec le droit positif au moment de l'arrêt et en particulier avec le statut territorial du droit d'auteur qui commandait de soumettre le monopole d'exploitation soit à la loi du juge saisi, soit à celle du lieu de l'atteinte. Sans doute l'aspect pénal de la contrefaçon qui ne peut donner lieu qu'à l'application de la *lex fori* interdisait de soumettre à la loi du pays d'origine des droits l'ensemble des aspects du droit d'auteur[425].

227. *In fine*, on aurait pu dire que la jurisprudence française reconnaissait ainsi la division du droit d'auteur en sous catégories soumises chacune à un rattachement spécial.

2. Droit conventionnel

228. L'acte de Berlin – La principale innovation de la révision de 1908 réside dans la stipulation d'un principe d'indépendance ayant pour fonction de rejeter le rapport de condition posé dans la Convention initiale entre jouissance des droits au pays d'origine en bénéfice de la loi du pays d'assimilation. Désormais, il est clairement posé que pour l'auteur unioniste, la jouissance et l'exercice de ses droits « *sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre* ». La loi du pays d'origine perd ainsi son empire sur l'appréciation des formalités au pays d'origine au profit de la loi du pays où la protection est demandée. De ce fait, on pourrait de prime abord être tenté d'affirmer la compétence générale de la loi du pays de protection, mais force est de constater que le domaine de cette règle de conflit n'est pas tracé de manière aussi ferme qu'on a parfois cru l'affirmer.

Deux lectures s'opposent quant à la portée de la loi du lieu de protection. L'une pose qu'elle

---

publication, elle constitue un bien dont les tiers peuvent désirer tirer profit. Il est rationnel que l'Etat du lieu de la publication règle les droits respectifs de l'auteur et du public : il est expédient que les particuliers qui désirent s'informer des droits de l'auteur puissent s'adresser à la loi du pays où l'œuvre est entrée dans l'existence quant à eux. Si le but du droit est le bien commun, il est naturel que la communauté intéressée soit celle dans laquelle l'oeuvre est apparue comme objet d'intérêt collectif. »

[424] H. BATTIFOL, note ss. Civ. 1ère. 22 déc. 1959 : *Rev. crit. DIP* 1972, p. 272 ; Rappr. *RTD com*. 1960, p. 955 note F. TERRÉ ; H. DESBOIS, *RTD com*. 1960, p. 354 : où l'auteur proposait à la suite de la loi de 1964 la soumission de à la loi du pays d'origine de l'ensemble des prérogatives du droit d'auteur.

[425] H. D ESBOIS, « La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France — Questions d'actualité » In *Travaux du Comité français de droit international privé*, 21-23e année, 1960-1962, p. 185.

n'aurait qu'un domaine restreint si l'on s'en tient à une interprétation littérale, tandis que l'autre juge conforme à ce texte et plus largement à l'économie générale de la Convention, la compétence de principe de la loi du pays de protection pour tous les aspects du droit d'auteur.

229. L'exclusion partielle de la *lex loci protectionis* – Il a parfois été soutenu que la formule de l'article 5.2 de la Convention de Berne n'aurait qu'une portée partielle quant à la loi applicable au droit d'auteur.

Dans le sens de cette thèse, G. KOUMANTOS prend pour point de départ que l'exclusion de la loi du pays d'origine n'a de sens qu'en vertu de formalités visées à l'article 5. En effet, si l'article 2 de la Convention initiale conditionnait le bénéfice de la loi du pays de protection à l'accomplissement de formalités éventuellement exigées au pays d'origine, la portée du principe d'indépendance stipulée à l'occasion de l'acte Berlin ne doit comprendre qu'en vertu de ces dernières. Autrement dit, sur le principe, l'article 5 ne peut avoir pour conséquence l'exclusion générale de la loi du pays d'origine. Par la suite, les termes propres de cette disposition doivent conduire à opérer sur le mode distributif au point de vue du droit applicable. En effet, l'auteur relève que de manière expresse, la loi du pays d'origine vise « *l'étendue de la protection* » et les « *moyens de recours* ». Aussi, ces termes sont à interpréter de manière restrictive. Concrètement, la loi du pays d'origine exclue quant aux formalités dans le pays d'origine retrouverait ainsi son empire sur le terrain des conditions d'accès aux droits tandis que la loi du pays de protection aurait vocation à en régir l'exercice, c'est-à-dire à définir la loi applicable aux atteintes de ces droits et aux moyens de recours assimilables aux règles de procédure.

230. Pareille opinion est partagée par Mme. JOSSELIN-GALL qui estime que l'article 5.2 de la Convention de Berne ne viserait que « *l'étendue de la protection* » excluant ainsi du champ d'application de cette disposition tout ce qui est relatif à la condition de la protection, hormis les formalités qui y sont expressément visées.

231. Selon cette lecture restrictive du rôle octroyé au rattachement territorialiste, le droit conventionnel opèrerait donc sur le principe d'un double rattachement partagé entre d'une part le lieu de première publication de l'œuvre auquel serait rattaché l'ensemble des questions relatives à l'accès à la protection et d'autre part, le lieu de la contrefaçon compétent pour les effets du droit.

232. L'analyse n'emporte cependant pas l'adhésion et se voit régulièrement combattue en

doctrine et plus récemment en jurisprudence[426].

233. Applicabilité généralisée de la *lex loci protectionis* – A l'inverse, une frange grandissante de la doctrine de droit international privé se prononce en faveur d'une application la plus large de la loi du lieu de protection, jugeant qu'une telle extension correspond véritablement à l'esprit du droit conventionnel, comme si la finalité programmatique était l'harmonisation progressive des solutions nationales par l'exclusion de la loi du pays d'origine, perçue pour l'occasion comme le vestige d'une confusion dépassée entre droit applicable et condition des étrangers. Pour ces auteurs, hormis les cas où il est expressément fait appel à la loi du pays d'origine, l'ensemble des aspects du droit d'auteur doivent être soumis à la loi du pays de protection sur le fondement de l'article 5.2 de Convention de Berne. La distinction de rattachements entre existence et exercice du droit n'aurait logiquement pas cours en droit conventionnel.

234. La condamnation de toute approche distributive en ce domaine découlerait du texte même de la Convention qui, répondant aux solutions d'avant l'Acte de Berlin n'aurait pas pu limiter l'exclusion de la loi du pays d'origine aux seules conditions et formalités dans le pays d'origine. L'indépendance des protections posée à titre de principe au premier alinéa – quant à la jouissance et à l'exercice – impacterait nécessairement la solution du conflit de lois, en vertu notamment de la locution « *par suite* » établissant ainsi un rapport de cause à effet entre les deux parties de la disposition. De ce fait, la loi du pays d'origine, selon ces auteurs, n'aurait pas plus vocation à s'appliquer à l'étendue qu'aux autres aspects du droit d'auteur et la loi du pays de protection en ressort seule compétente.

235. Pour établir le domaine de l'existence des droits, la jurisprudence a dégagé plusieurs situations faisant intervenir un rattachement universaliste concomitamment à l'application de la loi du pays de protection. Le rôle de la loi du pays d'origine s'est ainsi précisé au fil des espèces.

C. L'exclusion partielle du rattachement territorialiste

236. Au titre de la distinction existence et exercice, le droit commun et le droit conventionnel reconnaissent une application limitée de la territorialité au profit d'une certaine universalité du

[426] V. *Infra* n° 265.

droit applicable. A cet effet, la loi du pays d'origine est intervenue afin notamment de régler les questions d'existence d'une protection (1), de durée (2) de titularité initiale (3).

1. L'existence d'une protection

237. La question dans ce cadre est de savoir selon quel ordre juridique détermine-t-on qu'un objet est digne d'accéder à la protection lorsque celle-ci est revendiquée dans le pays de protection. La position de la Cour de cassation dans le sens de la jurisprudence *Le Chant du Monde* procède de l'idée selon laquelle, le caractère protégeable d'une forme donnée s'apprécie selon son pays d'origine. Le conflit de lois dans ce cas peut résulter du fait que le degré d'originalité [427] est apprécié diversement selon les ordres juridiques. Un certain pays protègera les logiciels par exemples, lorsqu'un autre leur refusera la protection par le droit d'auteur par exemple[428].

Dans la droite lignée du droit conventionnel d'avant la révision de 1908, la protection de la loi française a parfois été refusée considérant que les conditions posées par la loi d'origine à la protection litigieuses n'étaient pas respectées[429].

238. M. BERGÉ[430] insiste sur le caractère conflictualiste de la démarche puisque, précise-t-il, le juge ne se contente pas d'exiger sommairement l'existence d'une protection à titre de principe, mais il applique concrètement la loi étrangère en contrôlant que l'œuvre litigieuse respecte les conditions d'accès à la protection tels que posées par cette dernière[431].
En d'autres termes, il faudrait donc que la forme dont la protection est demandée soit bénéficiaire d'une protection dans son pays d'origine pour pouvoir bénéficier d'une protection en France.

---

[427] D. MOURA VICENTE, *Recueil des Cours*, préc., spéc. p. 282.

[428] A. BERTRAND, *op. cit*., n° 118.37.

[429] TGI Paris 21 mars 1985 : *PIBD*, 1986 III, p. 16, *Cébal* : où il était question du refus de protection d'un dessin dont le pays d'origine était les Etats-Unis. ; TGI Paris, 19 juin 1986, *RDPI*, 1986, n° 7, p. 79 ; v. encore CA Paris 4e ch. 19 sept. 1994, *Masseaut c/ Interides* : *Gaz. Pal*., 27 janv. 1995, p. 17.

[430] J.-S. BERGÉ, *op. cit*. n° 245.

[431] Contra : R. PLAISANT, *thèse*. p. 169.

2. La détermination du titulaire initial

239. Etat de la jurisprudence française pré-*arrêts ABC* – De longue date, et de manière peu équivoque[432], la jurisprudence française a considéré que la recherche de la titularité relève de l'ensemble des conditions d'accès des droits et que par conséquent, elle devait se faire en considération de la loi du pays d'origine de l'œuvre.

C'est en ce sens qu'est intervenu l'arrêt *Almax International*[433] qui a retenu la compétence de la loi d'origine dans une affaire où était disputée la titularité des droits de propriété intellectuelle sur des têtes de mannequins. Dans les faits, une société italienne, La Rosa avait reproduit deux-cents têtes de mannequins pour le compte d'une société française, la Cofrad. Or, ces têtes reproduisaient des modèles de la société Almax international, ancien fournisseur de la Cofrad et avaient été commercialisés en France. La société Almax a par la suite assigné la Cofrad et La Rosa en contrefaçon. La Cofrad contesta la qualité pour agir de la Rosa estimant qu'au titre de la loi française applicable en l'espèce selon, la personne morale ne pouvait se prévaloir de la titularité initiale des droits de propriété intellectuelle. La Cour d'appel quant à elle retint que : « *qu'en l'absence de toute indication donnée par la Convention de Berne qui définit la loi*

---

[432] Il n'en demeure pas moins qu'à certaines occasions, ce retour à la loi nationale pour la détermination du titulaire initial a été remis en cause, complexifiant ainsi la lisibilité des solutions en la matière. Ainsi d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 19 septembre 2003 : *Propr. intell*. 2004, n° 10, p. 559, obs. A. LUCAS ; *JCP E* 2004, n° 52-53, chron. 1898, n° 11, p. 2072, obs. H.-J. LUCAS : à propos d'une action en contrefaçon en France, d'une œuvre initialement publiée en Egypte, la Cour retint que « *d'une part, s'agissant d'un agissement fautif commis, notamment, sur le territoire français et d'un dommage subi sur ce territoire, la loi française est applicable, d'autre part, l'Égypte étant partie à la Convention de Berne, il en résulte, selon les dispositions des articles 2 et 5, que les auteurs bénéficient dans un pays de "l'Union" des droits accordés par les lois "respectives" aux nationaux* ». L'évocation du principe d'assimilation est quelque peu déstabilisante dans cette espèce, comme si la règle de conflit – qui ne se confond pas avec le principe d'assimilation – ne suffisait pas à imposer l'application généralisée de la loi du pays de la contrefaçon ; chose qui nous semble-t-il affaiblit le raisonnement de la Cour ; V. aussi, CA Paris, 5e ch. A, 1er oct. 2008, « *Sté HMP et a. c/ Sté Marie-Claire Album* » : *JCP E* 2010, 1070, n° 7, obs. H.-J. LUCAS.

[433] CA Paris, 4e ch., 14 mars 1991, « *Sarl La Rosa c/ Sté Almax International* » : *JCP G* 1992, II, 21780, note J.-C. GINSBURG ; *JDI* 1992, p. 149, note F. POLLAUD-DULIAN ; Cass. 1ère civ., 7 avr. 1998 : *Rev. crit. DIP* 1999, p. 76, note J.-S. BERGÉ ; *RTD com*. 1999, p. 395, obs. A. FRANÇON ; *RIDA* 1998, n° 177, p. 255 et p. 197, obs. A. KÉRÉVER. – Cass. 1re civ., 22 mars 2012, n° 09-68.067 : *JCP G* 2012, 669, obs. T. AZZI ; *RTD com*. 2012, p. 779, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

applicable à la protection des droits, sur celle qui doit désigner le bénéficiaire de cette protection, il convient d'en revenir, sur ce point, au droit commun ; que (...) la règle française de conflit de lois remet à la loi d'origine la définition du titulaire des droits d'origine ». Elle reconnut donc à la personne morale employeuse la titularité des droits en vertu de la cession de droits réalisée par les salariés et régulière selon le droit italien.

L'apport de cette décision est double[434]. Il clarifie en effet le domaine de la loi du pays d'origine et par ricochet, répond aux critiques relatives à la nature du mécanisme d'intervention de la loi du pays d'origine qui, appliqué de la sorte ne peut plus être considéré comme un simple instrument de discrimination de l'auteur étranger. Il faut en effet rappeler que pour déclarer les œuvres litigieuses protégeables selon la loi française, la Cour a préalablement fait application de la loi italienne, loi de divulgation de l'œuvre, ce qui revenait à apporter une clarification sur le débat relatif à la nature de l'intervention de la loi du pays d'origine, la situant définitivement dans le champ du conflit de lois[435]. D'autre part, le principe de cette décision fixe de manière nécessaire les frontières entre la règle de conflit conventionnelle et celle nationale. Les faits mettaient en concurrence différents niveaux de protection, les pays concernés par les faits litigieux étant parties à la Convention de Berne. Aussi, l'une des parties soutenait-elle que la détermination du titulaire aurait dû découler de la règle de conflit conventionnelle donnant compétence à la loi du pays où la protection est demandée. Approche que le juges réfutent clairement, concluant à l'absence de règle de conflit conventionnelle sur la question de la titularité hors les cas spécifiquement visés. Revenant ainsi au droit commun, elle inclut expressément dans le giron de la notion d'existence la titularité initiale des droits. La solution n'est pas dénuée d'une certaine logique, si l'on considère dans le sens de la jurisprudence Le *Chant du Monde* qu'un droit doit exister à l'étranger pour être protégé dans l'ordre juridique local, encore faut-il que la personne qui en revendique la titularité puisse être reconnue comme tel par la loi d'après laquelle il prétend détenir ce droit.

240. Droit comparé – Une solution similaire est reconnue par la jurisprudence portugaise[436]. Il en va de même pour la jurisprudence américaine depuis l'affaire *Itar Tass*[437]. Les faits dans

---

[434] J.-C. GINSBURG, note ss. CA Paris, 4e ch., 14 mars 1991, préc.

[435] J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 246.

[436] V. *Acordao do Supremo Tribunal de Justiça*, 10 janv. 2008, *accordao* n° 07A2208.

[437] United States Court of Appeals for the Second Circuit 1998, *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc*, 153 F 3d 82 ; V. aussi, P. TORREMANS « Les œuvres retrouvées ou restaurées en droit d'auteur : l'affaire

cette affaire portaient sur la reproduction dans un journal américain d'articles de presse d'un journal russe. Se posait alors la question de l'existence et de la titularité des droits d'auteur sur ces œuvres. Sur ces deux questions, les juges ont exclu l'application du principe d'assimilation[438] au motif que ce dernier n'avait pas vocation à régler tous les aspects du droit d'auteur.

241. La jurisprudence française a toutefois fortement évolué sur la question de la titularité, essentiellement en matière conventionnelle ; mais rien n'indique que cette évolution y soit restreinte, comme nous le verrons, l'application de la jurisprudence *Le Chant du Monde* parait désormais compromise particulièrement en matière de titularité.

3. Durée du monopole d'exploitation

242. La question pratique dans ce cadre revient à se demander quelle loi sera applicable au calcul de la durée de protection lorsque l'œuvre fait l'objet d'une exploitation internationale. En droit commun, le rattachement de la durée au domaine de l'existence des droits ne s'imposait pas avec la force de l'évidence et était débattue en doctrine (a). Cependant, la loi du 27 mars 1997 est venue reproduire quasi à l'identique le principe de la comparaison des délais contenu dans la convention Berne (b).

a) Avant la loi du 27 mars 1997

243. L'hypothèse d'un conflit de lois en matière de durée des droits exclusifs suppose un traitement différencié quant à l'extinction des droits d'auteur selon les ordres juridiques ; c'est -à-dire qu'il existe un décalage entre le terme de l'extinction des droits en fonction des lois concurrentes. Selon le principe d'un double rattachement ainsi que l'a posé la jurisprudence *Le Chant du Monde*, le sort de la protection au sein du pays où ladite protection est demandée

---

Hyperion au Royaume-Uni », Les Cahiers de la Propriété intellctuelle, n° 19, 2007 ; A. TYDNIOUK, *« From Itar-tass to Films by Jove: The conflict of laws revolution in international copyright* », 29 Brook. *J. Int'l L.* 897 : « *According to the conventional understanding of national treatment, the law of a protecting country should determine all the issues of copyright, including ownership. This approach also comports with the related principle of territoriality because it regards copyright as consisting of separate sets of rights for each sovereign state. But the disparate copyright regimes envisioned by this conventional understanding hinder the uniform worldwide exploitation of a literary work. It is for this reason that the United States Court of Appeals for the Second Circuit in Itar-Tass v. Russian Kurier, Inc. rejected this conventional interpretation of national treatment.* »

[438] Se confondant comme souvent avec la loi du lieu de protection.

devrait être dépendante de la durée effective du droit au sein du pays. En d'autres termes, que l'œuvre ne soit pas tombée dans le domaine public au moment de sa revendication dans l'ordre local[439].

244. Certaines décisions ont été comprises en doctrine comme faisant intervenir la loi du pays d'origine afin de déterminer la durée des droits ce qui soumettait concrètement cet aspect du droit d'auteur au rattachement du lieu d'origine de l'œuvre[440].

Dans l'arrêt *Friedman*[441] les faits étaient relatifs à la validité d'une cession en France des droits d'une œuvre cinématographique. La cour de cassation refusa la protection de la loi française au motif que la loi d'origine, la loi américaine, fixait un certain nombre de conditions au renouvellement de ces droits à défaut desquels, l'œuvre tombait dans le domaine public, comme en l'espèce.

De même, dans l'arrêt *Télédis,*[442] était en cause la durée des droits sur une œuvre audiovisuelle. Le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir statué qu'une œuvre était tombée dans le domaine public italien antérieurement à la ratification par ce pays de l'Acte de Paris modifiant l'article 7 de la Convention de Berne et en dépit d'une stipulation contractuelle soumettant « *l'association commerciale en participation* » des producteurs à la loi française. La Cour de cassation retint qu'une telle stipulation ne pouvait avoir pour effet d'écarter la loi italienne, loi d'origine de l'œuvre, seule applicable à la durée des droits.

245. En réalité, la portée de ces décisions demeure controversée, tant le fondement des solutions est imprécis.

Dans l'arrêt *Friedman* par exemple, si le principe posé est celui de l'annihilation de toute protection au sein du pays où la protection est demandée du fait de la chute de l'œuvre dans le domaine public au sein du pays d'origine, en vertu de la loi du 27 mars 1957, la solution est tout de même rendue au visa de l'article IV de la Convention universelle de 1952. Le professeur BERGÉ souligne que cette référence à la règle de conflit nationale dévoile en réalité que le problème se situe, au moins en partie, hors du champ conventionnel[443]. De même, l'arrêt *Télédis*

---

[439] F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 2927 s.

[440] J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 247.

[441] Civ. 1ère, 15 décembre 1975, « *Friedman c/ Galba Films* » : *RIDA* 2/1976, p. 114, note A. FRANÇON ; *JCP G* 1976, II, 18394, note A. FRANÇON ; *JDI* 1976, p. 421, note H. DESBOIS.

[442] Civ. 1ère, C. partielle, 5 nov. 1991, « *Sté Télédis c. Sté Films sans frontières* « : *RIDA* 2/1992, p. 186.

[443] Rappr. A. FRANÇON, note ss. Civ. 1ère, 15 décembre 1975 : *RIDA* 2/1976, p. 114.

fait clairement intervenir l'article 7.8 de la convention de Berne[444].

246. Cette extension de la conception mixte est toutefois contestée par certains qui ne voient dans ces arrêts que l'application du mécanisme conventionnel de la comparaison des délais dictant que la durée de protection au sein du pays de protection ne puisse aucunement dépasser celle du pays de protection[445]. Le doute demeurait donc quant à la compétence de la loi du pays d'origine pour cet aspect de l'existence des droits.

247. Pourtant, la loi du 27 mars 1997 allait modifier cet état de choses en introduisant le mécanisme de la comparaison des délais.

b) La durée des droits soumise à un mécanisme de condition des étrangers

248. La loi du 27 mars 1997 a introduit dans le droit français un mécanisme similaire *prima facie* à la règle de la comparaison des délais. En effet, modélisée sur l'article 7.2 de la Convention de Berne[446], l'article L123-12 CPI dispose désormais que la durée de protection est définie selon la loi du pays d'origine de l'œuvre lorsque celui-ci est un pays tiers de la communauté européenne et que l'auteur n'est pas ressortissant d'un Etat membre de la communauté, sans que cette durée ne puisse excéder soixante-dix ans après la mort de l'auteur.

249. Nature de la comparaison des délais – La nature de cette règle est toutefois controversée tant en droit commun qu'en droit conventionnel. En effet, si le mécanisme de la comparaison des délais a parfois été analysé comme une règle de condition des étrangers, une approche plus récente propose d'y voir une véritable règle de conflit donnant compétence à la loi du pays d'origine dans la mesure où elle ne vise aucunement l'auteur en soi, mais l'œuvre

---

[444] V. cependant, TGI Paris, 3e ch., 24 mai 2000 et CA Paris, 12 avril 2002, « Albin Michel » : *Propr. intell*., 2002, n° 8, p. 55, obs. A. LUCAS. Ces décisions retenaient que la durée du monopole se calcule d'après chaque loi locale contractuellement désignée. La solution des juges du fond qui se basait en réalité sur la loi contractuelle a cependant été cassée et la discussion sur le pourvoi a davantage porté sur l'interprétation des stipulations contractuelle que sur la loi applicable à la durée des droits ; toutes choses qui en relativisent la portée au vu de notre sujet ; v. Civ. 1ère, 25 mai 2005, « *Société Albin Michel c/ Cts de Jouvenel* » : *Propr. intell*., juill. 2005, p. 345.

[445] En ce sens, A. LUCAS, *J. cl. PLA : « Droit International »*, fasc. 1911 spéc. n° 27.

[446] « 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 dernier pays n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre », de manière générale sur la question de la durée, V., C. ALLEAUME, J. cl. PLA: « Durée de la protection », fasc. 1270, 2003, spéc. n°7 et n° 44.

elle-même. Ceci revient à dire que l'auteur, même dans son pays d'origine sera soumis à la comparaison des délais avec la loi du pays de première publication[447].

Une telle conclusion ne peut toutefois être déduite du texte de l'article L123-12 CPI. Celui-ci semble en effet instituer un principe d'ordre discriminatoire entre les auteurs ressortissant de l'espace communautaire et ceux de nationalité extra-communautaire[448]. Les premiers bénéficient simplement du délai de soixante-dix ans en vigueur dans l'espace communautaire. En dehors de ce cadre, les œuvres sont soumis à un mécanisme complexe de comparaison des délais. Il est observable en ce sens que, en comparaison, la LDA belge, par exemple, qui pose une solution du même type n'opère aucune discrimination sur le fondement de l'origine de l'auteur[449]. Toutes choses qui ont fait douter une certaine partie de la doctrine de la nature de la règle posée à l'article L. 123-12 du CPI. Certains auteurs y voient une règle de condition des étrangers[450].

250. En dépit de ce que constate une certaine part de la doctrine, il apparait en définitive [451], le domaine de la loi du pays d'origine tend à s'éroder au profit de la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Cette érosion progressive a été récemment accélérée par la jurisprudence française qui reconnait désormais un domaine le plus large à la territorialité.

---

[447] V. J. RAYNARD, *op. cit.* n° 556 ; K. SPOENDLIN, *op. cit.*, p. 96.

[448] La solution posée par la LDA française tranche nettement sur ce point le principe de la comparaison des délais sur un point central avec la règle de comparaison des délais du droit conventionnel.

[449] Comp. Art. XI.289 CDE belge : « sans préjudice des dispositions des conventions internationales, les auteurs et les titulaires de droits voisins étrangers jouissent en Belgique des droits garantis par le présent titre sans que la durée de ceux-ci puisse excéder la durée fixée par la loi belge. Toutefois, si ces droits viennent à expirer plus tôt dans leur pays, ils cesseront au même moment d'avoir effet en Belgique. »

[450] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1338, quoi pour ces auteurs, tout en posant une règle de condition des étrangers, l'article L. 123-12 n'en affecte pas moins le conflit des lois, où elle aurait même me plus d'impact, dans la mesure où elle dicte l'application de la loi locale au détriment de la loi du pays d'origine ;

[451] En ce sens, J.-C. GINSBURG, préc., p. 6 ; G. KOUMANTOS, « Sur le droit international privé du droit d'auteur », préc. p.456, 476-77 ; DESBOIS, obs. sous TGI Paris 14 fév. 1977 : *RTD com*. 1978, p.799 s. ; M. WALTER, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois », *RIDA janv*. 1976, p. 45 s. ; Contra, G. BOYTHA, « Le droit international privé et la protection des droits d'auteur : analyse de certains points spécifiques », préc., p. 422.

Paragraphe 2 : Le triomphe de la loi du lieu de protection : l'abandon de la conception mixte

251. La conception mixte issue de la jurisprudence *Le Chant du Monde*, a fait l'objet de nombreuses critiques en particulier d'auteurs défendant une application unitaire de la règle de conflit territoriale. Il faut reconnaître en effet que les ambiguïtés de cette application distributive des lois applicables n'ont pas été parfaitement levées par la jurisprudence ou du moins les précisions apportées n'ont pas convaincu les commentateurs. Il faut sans doute y voir les difficultés d'interprétation soulevées par l'ascendance confuse de la conception mixte. Qui plus est, l'adjonction de lois étrangères pour le traitement conflictuel d'une même catégorie de droits n'est que rarement accueillie avec faveur dans un domaine comme le droit international privé qui privilégie la compétence d'un rattachement unique aux questions de nature similaire. La distinction existence-exercice appelant une partition des compétences a souvent été dénoncée comme artificielle et limitée (A), ce qui a sans doute joué dans son récent abandon par la jurisprudence française (B).

A. Les limites de l'application distributive des lois compétentes

252. L'approche universaliste adoptée par la jurisprudence a cristallisé les critiques, tant sur le plan théorique que d'un point de vue plus pratique.

253. La nature du mécanisme faisant intervenir la loi du pays d'origine– En ce sens, certains spécialistes ont soutenu que dans la conception mixte du droit applicable telle que posée par la jurisprudence *Le Chant du Monde*, la loi étrangère n'est pas intervenue au titre d'une règle de conflit mais comme un mécanisme de vérification d'une situation de réciprocité.

254. Pour le professeur J. RAYNARD[452], la loi du pays d'origine ne règle pas le sort de la

[452] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 494 ; v. aussi, B. GOLDMAN, *Travaux du Comité Français de droit international privé,* année 1972, p. 95.

naissance des droits car n'intervenant pas dans une perspective de conflit de lois[453]. Aussi, reprenant l'analyse de DESBOIS[454] l'auteur souligne-t-il que l'intervention de la loi du pays d'origine dans l'arrêt *Le Chant du monde* s'écarte de la méthode conflictualiste traditionnelle au profit d'un procédé plus analytique : si la loi étrangère pose le principe d'une protection, le droit est protégé. Si celle-ci est inexistante, la protection ne peut être reconnue au sein de l'ordre juridique local.

255. En d'autres termes, au prisme de cette méthode analytique, ce serait en réalité une règle de réciprocité législative qui serait posée car l'inexistence du droit dans le pays d'origine aura pour résultat la neutralisation internationale des effets du droit d'auteur. Finalement, relève l'auteur, ce sont ces effets, à savoir les conséquences discriminatoires qui permettent de caractériser la nature du mécanisme d'intervention de la loi du pays d'origine dans la jurisprudence *Le Chant du Monde*.

256. Ces critiques de la conception mixte ont pour point commun de s'interroger sur la nature de l'intervention de la loi du pays d'origine dans l'arrêt *Le Chant du monde* ; il est loisible de s'accorder sur le fait que cet arrêt n'est pas de la plus grande clarté. On comprend mal en effet le retour à la notion de « jouissance » mis en perspective avec le droit applicable lorsqu'avait déjà été posé le principe selon lequel cette jouissance est acquise au profit de l'auteur sans condition.

257. Il faudrait certes ne pas perdre de vue le caractère évolutif de la jurisprudence précédemment évoquée dont la finalité a constitué en dernier ressort à poser le problème du droit d'auteur en termes de conflit de lois. En d'autres termes, la problématique initiale du droit commun français se situait à proprement à l'extérieur du champ conflictualiste. Dans ce contexte et compte tenue de la proximité historique de ces domaines, l'influence méthodologique qu'a exercé la condition des étrangers sur la solution en termes de droit applicable paraît indéniable.

258. Toutefois, il est loisible d'observer à ce propos avec le professeur BERGÉ[455] que c'est bien une application distributive des lois en concurrence que retient la cour de cassation dans la conception mixte. En effet, l'intervention de la loi étrangère dans le cadre de la conception

---

[453] V. en ce sens T. corr. Seine, 20 déc. 1929 : *JDI* 1930, p. 681 ; CA Paris, 28 juill. 1932 : *DP* 1934, II, p. 139, note LEPOINTE ; *JDI* 1934, p. 641.

[454] H. DESBOIS, La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France, préc., spéc. p. 195.

[455] *Op. cit.*, n° 249.

mixte vise à localiser le lieu de naissance des droits privatifs et à en tirer un certain nombre de conséquences quant au droit applicable. L'œuvre étrangère est donc concrètement saisie dans un rapport comportant un élément d'extranéité. Elle est de ce fait rattachée à un ordre juridique étranger, précisément celui de sa publication et c'est en vertu de sa législation, *lex causae* que l'existence ou la non-existence des droits est appréciée. Il ne s'agit donc pas d'une référence abstraite puisque, pour vérifier que l'auteur puise un droit dans une législation étrangère, il convient de localiser le pays d'origine de l'œuvre et de faire application de ses règles matérielles. En l'espèce, les juges (du fond) avaient déterminé que le pays d'origine des œuvres était la fédération russe, qu'en vertu de cette dernière, une protection existait bel et bien, qu'une cession des droits litigieux avait été organisée en vertu de la législation de cette dernière[456]. Et comme nous l'avons vu, la jurisprudence ultérieure est cependant venue consolider l'approche conflictuelle en précisant le domaine de la loi du pays d'origine.

259. Le risque d'incohérences – La solution a aussi été critiquée pour son caractère artificiel. Les droits de propriété intellectuels seraient en ce sens un ensemble de prérogatives énoncées les unes en considération des autres. Or, séparer ainsi les droits selon qu'il s'agit de l'existence ou de l'exercice reviendrait à dénier le caractère systématique de ces ensembles. Des auteurs notent en ce sens à propos de la titularité que « *le risque majeur que représente l'application de la loi du pays d'origine à la titularité initiale, plus encore qu'à l'existence du droit d'auteur, est d'en faire une sorte de « question préalable », bref une catégorie autonome impliquant la division de la matière en deux ensembles distincts (…) or, il est artificiel de vouloir transformer des questions aussi proches en catégories de rattachements distinctes et de vouloir ainsi séparer le droit d'auteur de son titulaire, au risque de multiples incohérences, alors même que le premier ne peut se définir qu'en fonction du second, par préférence à la notion même d'auteur, sans laquelle la notion de droit d'auteur serait proprement inconsistante.* »[457]

260. Principalement, l'application de la loi du pays d'origine pour définir la forme des œuvres protégeables et l'existence d'un droit privatif risquerait ainsi de générer des contradictions s'agissant d'un droit aussi fortement teinté de territorialité que le droit d'auteur. M. VIVANT[458] souligne en ce sens qu'il y aurait « *une grave incohérence à soutenir que doit recevoir*

---

[456] *Ibid*., n° 241.

[457] A., H.-J., LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1354.

[458] « Déroutante territorialité », préc., spéc. n° 4.

protection en France une œuvre contre des « agressions » subies en France alors que, selon les canons français, l'œuvre en cause ne mériterait pas protection et qu'en symétrique il faille refuser protection en France à une œuvre contre des « agressions » subies en France, quand cette œuvre serait jugée digne de protection selon le droit français, parce que la loi d'origine, la loi ouzbek ou la loi bélizienne par exemple, lui refuserait protection ».

261. Dans le même ordre d'idées, selon M. MOURA VICENTE[459], il y a risque d'incohérence du système interne lorsque notamment la loi locale appliquée concomitamment avec celle du pays d'origine reconnaît une protection sur un objet auquel cette protection n'aurait pas été accordée en considération des critères retenus par son propre droit substantiel.

262. En effet, la reconnaissance d'une protection relève de critères que définit chaque ordre juridique pour lui-même. S'il existe un droit exclusif sur un bien, c'est parce qu'il remplit les critères posés par l'ordre juridique local qui assortit éventuellement la protection octroyée d'une action de sauvegarde. Séparer l'existence du droit de son exercice reviendrait donc à déconnecter les critères d'accès au droit subjectif, c'est-à-dire l'ensemble des éléments qui y donnent prise, de sa protection effective. On risque d'aboutir en pratique à une situation dans laquelle un ordre juridique reconnaît une protection par un droit exclusif de propriété intellectuelle à des objets qui ne sont pas des œuvres de l'esprit selon sa propre logique. Par exemple, le pays A protège les logiciels par le droit d'auteur, le pays B refuse une telle protection, si l'on s'en tient au principe d'une application de la loi d'acquisition/création à l'existence du droit, le pays B est *a priori* tenu d'accorder une protection aux logiciels – sous réserve du respect de l'ordre public. A supposer par exemple que le pays A exigé un faible niveau d'originalité pour accéder à la protection comparativement au pays B., on se retrouverait donc dans une situation de déséquilibre où le niveau d'originalité de l'œuvre serait apprécié différemment en vertu de l'origine de celle-ci.

263. En d'autres termes, les conditions d'accès à la protection et le contenu de cette protection entretiennent des liens si étroits qu'il peut paraître artificiel de leur appliquer des régimes juridiques différents.

264. Ce point de vue semble désormais validé par la jurisprudence consacrant ainsi une approche plus territorialiste du conflit de lois et la consolidation de la place de la loi du lieu de protection en matière de droit d'auteur.

---

[459] Préc., *Recueil des Cours*, spéc. p. 282

B. La consécration de l'approche unitaire

265. Les évolutions récentes tant en termes jurisprudentiels que législatifs montrent une tendance à la remise en question de l'application distributive des lois applicables. L'observation du droit comparé montre en effet une convergence des solutions nationales et supranationales dans le sens d'une application unitaire de la loi du lieu de protection.

266. L'affaire *ABC News* – En France l'affaire *ABC News*[460] a été l'occasion pour la Cour de cassation d'affirmer sa position sur le domaine de l'article 5.2 de la Convention de Berne. Dans les faits, des anciens cameramen licenciés pour motif économique arguaient la violation par leur ancien employeur, une chaîne de télévision américaine, de leurs droits moraux et patrimoniaux sur des reportages réalisés dans le cadre de leurs contrats de travail. Les œuvres litigieuses avaient été réalisées sous l'égide de la loi américaine, ce qui fondait les prétentions de l'employeur qui en revendiquait la titularité initiale au titre des *works made for hire*[461].

267. Il est vrai qu'au fond[462] de cette affaire, les juges avaient fait application du principe issu de la jurisprudence *Almax International* préconisant un retour aux règles de conflit nationales pour désigner le titulaire initial de l'œuvre. Il convenait d'en revenir sur ce point à la règle de conflit nationale donnant compétence à la loi américaine. La censure de la Cour de cassation advint toutefois au motif que « *la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit édictée par l'article 5.2 qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée* ».

268. Il faudrait ainsi en déduire que la Cour de Cassation s'est définitivement refusée à

---

[460] Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, *ABC News c/ Etcheverry, Peyrano et Moussus*, Bull. civ. I, n° 68 : *D.* 2013. 2004, note T. AZZI ; *ibid.* p.1973, chron. M. VIVANT ; M.-E. ANCEL, « Reportage en quête d'auteur : de la loi applicable à la titularité initiale des droits sur une œuvre de l'esprit », *CCE*, nov. 2013, Etude n° 18 ; *JCP* 2013. 701, obs. E. TREPPOZ ; P.-D. CERVETTI, « La recherche de la titularité des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit se fait en application de la lex loci protectionis », *RLDI* 2014 p. 94.

[461] Notamment sur le fondement de l'article 201 du Titre 17 de l'USC disposant : « *In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.* »

[462] CA Paris, 15 déc. 2010 : *JCP E* 2012, p. 1126, n° 8, obs. H.-J. LUCAS : «

soumettre divers aspects du droit d'auteur à des lois différentes en dehors du cadre précisément réservé par les règles conventionnelles[463]. D'un point de vue théorique, une telle interprétation de l'article 5.2 présente l'avantage de la simplicité car elle soumet à une même loi l'ensemble du droit d'auteur, ce qui fait l'économie des difficultés issues de la recherche du pays d'origine de l'œuvre. Seront aussi évités les éventuels défauts d'articulation qui pourraient résulter de la superposition des conceptions de plusieurs ordres juridiques dont les visées peuvent s'avérer contradictoires. Le droit d'auteur y est perçu comme un ensemble cohérent dont la loi applicable permet de préserver la vision systémique de chaque ordre juridique : l'ordre juridique qui définit ce qui est protégeable est aussi celui qui détermine celui qui peut être compris comme auteur, comme si la cohérence interne des législations rendait indissociable la définition de l'auteur de celle de l'œuvre.

269. Il convient toutefois de préciser que cette solution intervient à titre de revirement de la jurisprudence de droit conventionnel, ce qui d'un point de vue technique pourrait laisser croire que les applications de la conception mixte en matière de titularité demeurent d'actualité. A titre d'exemple, certains juges du fond attribuent encore un rôle à la loi du pays d'origine en matière de titularité, en se fondant notamment sur les dispositions de l'article 5.3 de la Convention ; ce qui est susceptible de laisser planer le doute sur le caractère définitif de la solution précitée[464]. On notera toutefois avec intérêt que la Cour de cassation a étendu à la titularité initiale des droits voisins, la solution issue de la jurisprudence ABC et ce, en l'absence de toute référence à une disposition de droit conventionnel[465].

---

[463] V. cependant CA Paris, 8 sept. 2015 : *LEPI* 2015, n° 180, obs. A. LUCAS ; *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 76, obs. A. LUCAS : où était en cause la titularité d'un dessin de bateau apparaissant dans l'œuvre d'Hergé. La Cour d'appel retient la compétence de la loi du pays d'origine au motif que l'œuvre avait été initialement publiée dans un journal Belge. La portée de cette décision n'est cependant pas sans susciter la confusion, ce qui relativise son intérêt. En effet, contrairement à la jurisprudence constante, la compétence de la loi du pays d'origine n'est pas discutée sur le fondement de l'article 5.2 de la Convention de Berne, mais étrangement sur celui de l'article 5.3 qui fixe le droit applicable à l'œuvre dans le pays d'origine et n'aurait donc pas vocation à s'appliquer aux situations internationales, sauf à procéder à une bilatéralisation.

[464] V. CA Paris, ch.1, 8 sept. 2015, « *Cts Boquillon Liger-Belair c/ SNC Hachette Collections et SA Moulinsart* » : *Propr. intell*. 2016, n°58, p.36, obs. LUCAS, *LEPI* 2015, n° 180, obs. A. LUCAS ; *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 76, obs. A. LUCAS ; Rappr. Bruxelles, 5 mai 2011, « *Copiepresse c. Google* » : *RDTI* 2011, p. 35, note A. de FRANCQUEN ; Bruxelles, 3 octobre 2013, « *RTL Belgium et crts c. D. (Permis d'rire)* » : *JLMB* 2014, p. 446 ; *contra* : A. LUCAS-SCHLOETTER, note sous arrêt ABC, *JCP G.*, n° 18, 29 Avril 2013, p. 493.

[465] V. Cass. 1re civ., 19 juin 2013, n° 12-18.032, « *Henry, Dillon et Moore c. EMI* » : *RTD com*., 2013, p. 729 et

270. Rapprochements en droit comparé – On pourrait voir dans ce revirement jurisprudentiel une volonté d'harmonisation implicite des règles de conflit européennes et internationales. La solution adoptée par la Cour de cassation dans les arrêts précédents se rapproche en effet des solutions allemande[466], autrichienne[467], néerlandaise[468], suisse[469], belge[470] et espagnole[471] où la loi du pays de protection bénéficie d'un domaine le plus large. En dehors de l'Union, un domaine analogue est reconnu à la territorialité par les solutions japonaise[472], chinoise[473], et coréenne[474]. La Cour de cassation tend donc visiblement à reconnaître le caractère universel de la loi du lieu où la protection est revendiquée que suggère le considérant n° 26 du Règlement Rome II.

271. Influence du règlement Rome II – Le changement de position pourrait aussi se justifier en considération de l'effet du règlement Rome II entré en vigueur en 2007. On sait que l'article 8.1 réserve une place particulière au principe de territorialité et la loi du pays de protection. Ce dernier, quoique visant essentiellement les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ne pose directement aucun retour à la loi du pays d'origine, ce qui laisse présumer qu'il condamne indirectement l'ancienne jurisprudence française. Il convient toutefois de rappeler que l'articulation de la Convention de Berne et du Règlement devrait conduire à une inapplicabilité de la seconde au risque de priver d'intérêt la première. L'influence interprétative du règlement quant à elle peut être valablement envisagée compte tenu de la proximité des solutions retenues

---

p. 725, obs. POLLAUD-DULIAN ; *D.* 2013, p. 2004, obs. AZZI ; *JCP* 2013, p. 493, obs. LUCAS-SCHLOETTER, et p. 701, note TREPPOZ ; *RLDI* juin 2013, n° 94, note P.-D. CERVETTI, M. VIVANT, « Droit d'auteur : déroutante territorialité », préc. ; M. -É. ANCEL, « Reportages en quête d'auteur », préc.

[466] Bundesgerichtshof, 17 juin 1992, « *Alf* » : *GRUR* 1992, 697 ; Cour Fédérale de Justice, 02 Oct. 1997, « *Spielbankaffaire* » : *GRUR* 1999, 152.

[467]V. l'article 34 de la LDIP autrichienne ; Cour Suprême, 17 juin 1980, *Hotel-Video* : *JBl.* 1986, 655 ; *GRUR Int.* 1986, 728.

[468] HR 16 Avr. 1999 : *NJ* 697, comm. P.B. HUGENHOLTZ ; *AMI* 9, p. 147, comm. H.J. COHEN JEHORAM.

[469] V. l'art. 110 de la LDIP suisse ; Trib. fédéral suisse, 13 janv. 1998 : *GRUR Int*. 1998, 1009

[470] V. en ce sens, l'art. 93. al. 1 du Code de DIP belge : « Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit du pays pour le territoire duquel la protection est demandée. »

[471] V. en ce sens, l'art. 10(4) du Code civil espagnol : « Les droits de propriété intellectuelle et industrielle seront protégés sur le territoire espagnol conformément à la législation espagnole, sans préjudice de ceux établis par les conventions et traités internationaux auxquels l'Espagne est partie » (NT)

[472] Cour suprême, 17 Oct. 2006, *Minshû*, vol. 60, n°. 8, p. 2853, « *Hitachi* »

[473] V. art. 48 de LDIP chinoise du 28 oct. 2010.

[474] V. l'art. 24 de la LDIP coréenne.

par ces deux instruments.

272. La distinction entre existence et exercice trouve sans doute ses origines dans un mélange de genres entre l'auteur et l'œuvre qui longtemps prévalu dans le traitement international des droits d'auteur. Or, cette idée selon laquelle l'auteur ne peut jouir dans le pays de protection que des droits qui lui sont conférés dans son pays d'origine s'est progressivement convertie sur le plan du conflit de lois sous la forme d'un rattachement du droit d'auteur lui-même au sein du pays d'origine. En dépit toutefois de cette évolution, la distinction entre existence et exercice semble globalement mise à l'écart par l'essentiel des législations et jurisprudences nationales examinées. Le principe semble désormais largement partagé en droit comparé que le droit d'auteur ne peut être soumis à des rattachement différents selon les aspects. Le principe de territorialité couvre le domaine le plus large puisque des questions qui ont parfois été analysées comme précédant la question de la contrefaçon doivent à ce titre être soumises à la même loi. Certes, un tel discours s'entend plus aisément sur le plan théorique : les divers aspects d'un même droit sont intrinsèquement liés et les disséquer peut s'avérer source de difficultés. Elle n'est cependant pas à l'abri de la critique et une lecture plus nuancée notamment du point de vue ses implications pratiques laisse entrevoir certaines limites.

Section 2 : Les limites du rattachement unitaire

273. La nette tendance à l'unicité du rattachement au profit de la loi du lieu de protection pour une large proportion de pays peut se comprendre si l'on met en perspective, comme nous l'avons fait, les obscures origines du dépeçage des lois applicables en droit d'auteur et certaines faiblesses des rattachements concurrents.

274. Toutefois, la recherche de solutions synthétiques dont témoigne cette tendance à l'unicité du droit applicable ne manque pas, nous semble-il, de laisser de côté une certaine analyse fine de l'exploitation des œuvres de l'esprit. Or, la règle de conflit qui ne prend en compte qu'une cohérence technique au-delà des exigences pratiques de la matière ne se disqualifie-t-elle pas ? En d'autres termes, la cohérence théorique qui est assurée par le principe de territorialité (Paragraphe 1er) ne va-t-elle pas à l'encontre d'une certaine sécurité juridique et d'une prévisibilité que doit assurer toute règle de conflit (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 : La cohérence du système interne contre la continuité des solutions

275. Cohérence du système interne – Indéniablement, le principe de territorialité a vocation à assurer une certaine cohérence de l'ordre juridique interne. C'est en tous cas l'argument principal mis en avant par l'essentiel des auteurs qui défendent l'application unitaire du droit au profit du rattachement territorialiste[475]. Mme. NAJM qui conçoit le principe de cohérence comme l'un des objectifs fondamentaux du droit international privé définit ce dernier comme celui prescrivant aux tribunaux « *de se prononcer de telle sorte que la teneur de leurs décisions puisse s'harmoniser avec celle d'autres décisions intervenues ou pouvant intervenir dans le même Etat. L'objectif est de réaliser l'harmonie, dans l'Etat du for, entre des décisions prises sur des questions connexes. Il s'agit donc ici, non pas d'éviter les conflits avec d'autres systèmes juridiques mais de préserver l'harmonie interne des règles de fond à appliquer.* »[476] Il y a une certaine coïncidence entre ce principe et le principe de territorialité dans la mesure où ce dernier permet d'assurer le caractère systématique de chaque ordre juridique en particulier lorsqu'il s'applique exclusivement à l'ensemble des aspects du droit. En effet, le respect de la cohérence des situations juridique dicte non seulement de ne pas soumettre les droits d'une même nature à des rattachements différents, mais encore, et ce logiquement, de ne pas soumettre les aspects d'un même droit à des rattachements différents ; ce qui serait source d'incohérence lorsqu'il faudra faire collaborer sur une situation juridique des lois ayant des approches différentes.

276. L'intérêt du principe de cohérence est double dans la mesure où, il assure le respect des finalités de chaque système juridique, mais aussi l'intérêt des Etats – qui pourrait se voir relativisé par des accolements de normes divergentes. En considération du principe de cohérence en tant qu'objectif du droit international privé, il faut reconnaître que le principe de territorialité apparait particulièrement indiqué dans le cadre du droit d'auteur, dont il a été relevé qu'il est fortement dépendant de sa définition légale – variable donc selon les pays – et qu'il

---

[475] Mais il est parfois aussi utilisé par ceux qui estiment que le droit d'auteur est un droit organisé pays par pays et que, pour assurer la prévisibilité des solutions et la cohérence de l'ordre juridique au sein duquel le droit a été acquis, il faudrait appliquer la loi de ce pays – loi du pays d'origine donc – à tous les aspects du droit.

[476] M.-C. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, Dalloz, 2005, n° 78.

emporte des arbitrages propres à chaque pays, voire chaque culture juridique.

277. Continuité des solutions – La cohérence des systèmes n'est pas, il faut le souligner le seul objectif du droit international privé. Il existe en effet à coté de cette exigence de cohérence l'idée fondamentale sur laquelle repose le droit international privé à savoir qu'aucun ordre juridique n'évolue en vase clos et que les problèmes de droit international privé découlent très justement de l'existence de communications transfrontalières. Cette prise en compte du caractère interactif des situations de droit international privé est matérialisée par le principe de continuité juridique. Ce dernier a vocation à assurer aux personnes engagées dans ce type de relations une pérennité du traitement de leurs situations en dépit des frontières. L'idée qui sous-tend une telle préoccupation est que la solution donnée à un problème de droit soit la plus proche possible de celle adoptée par l'ensemble des Etats impliqués dans le problème juridique[477]. La cohérence aura donc tendance à exacerber les divergences interétatiques, pendant que la continuité visera à les gommer.

278. Il s'oppose ainsi au principe de cohérence et à la territorialité en ce qu'il vise plus une forme de coordination des systèmes en présence, tandis que ces derniers se focalisent essentiellement sur l'harmonie au sein d'un seul système. Or, le principe de cohérence conduit parfois à méconnaître un statut valablement acquis à l'étranger dans la mesure où, les ordres juridiques de référence adoptent des positions opposées sur l'un des aspects de la situation juridique. Par exemple, la demande de protection d'un droit subjectif valablement acquis à l'étranger dans l'ordre juridique d'un pays qui ne reconnaît pas un tel droit. Lorsque la loi locale est appliquée exclusivement, on se retrouve dans une situation dans laquelle, la qualité de titulaire de droits variera selon le pays dans lequel ce droit sera revendiqué. La cohérence sur ce point compose mal avec la sécurité juridique. Alors que la continuité des solutions revêt une utilité supérieure sur ce dernier plan. Comme le relève Mme. NAJM, « *la discontinuité de traitement des situations juridiques consacre des situations choquantes, des incohérences inadmissibles dans la situation des personnes ; elle encourage par ailleurs le forum shopping et la fraude à la loi. L'uniformité des solutions n'est donc pas simplement appelée par des exigences théoriques d'une société internationale, elle correspond à des besoins humains.* »[478].

279. Le droit positif en matière de loi applicable au droit d'auteur s'oriente clairement vers une application unitaire de la loi du pays de protection, ce qui revient aussi à dire que la

---

[477] M.-C. NAJM, *op. cit.* n° 74.

[478] *Ibid.*, n° 75

cohérence théorique du système interne est privilégiée à la continuité des situations juridiques. Ce parti pris n'est pas sans comporter certaines limites.

Paragraphe 2 : La territorialité contre la prévisibilité des solutions et la sécurité juridique

280. Limites de l'approche unitaire – Le principe qui vise à appliquer une loi unique à l'ensemble des droits qui entrent dans une catégorie juridique est certes louable dans la mesure où il vise à limiter autant que possible les contradictions, mais en réalité, il risque de s'opposer à la prévisibilité et à la sécurité juridique. Or, la sécurité juridique et la prévisibilité du droit applicable sont eux aussi des impératifs du droit international.

281. Il est loisible de retorquer que la prévisibilité du droit applicable ne s'impose pas avec la même vigueur dans toutes les situations juridiques. Lorsque la situation juridique implique un rapport dans lequel la prévisibilité des effets de droits est primordiale, il est logique, que ce principe de prévisibilité rejaillisse sur le traitement international de ce rapport avec la même force. Mais à l'inverse, certains rapports n'ont pas pour caractéristique centrale l'organisation préalable des effets de droit, partant, la prévisibilité du droit applicable y sera moins centrale.

282. Cependant, spécifiquement au droit d'auteur, s'il est vrai qu'une certaine variabilité du droit applicable est intrinsèque à la violation du droit – parce que cet aspect est rattachable aux délits – celle-ci s'explique avec moins de clarté pour les problèmes liés à la durée et à l'existence du droit. Cependant, à ces derniers niveaux, la variabilité est encore admissible car, la durée et la définition de ce qui est protégeable sont établies Etat par Etat, et la volonté des parties est inefficace à influencer ces aspects du droit. En d'autres termes, la durée et les critères d'existence d'un droit d'auteur relèvent de la loi et sont invariables même en présence d'un contrat. Ils ne peuvent être conventionnellement réorganisés et il ne paraît donc pas particulièrement choquant que le caractère protégeable d'une œuvre soit remis en question selon les pays ou que la durée varie selon la loi compétente. En revanche, il est indéniable que certains aspects du droit peuvent faire l'objet de convention par les parties. En effet, le droit d'auteur peut faire l'objet de contrats d'exploitation, entrer dans le champ d'une relation de travail. Dans ce cadre, les parties prenantes ont besoin de stabilité et de prévisibilité. Partant, sur ces questions, la sécurité juridique et la prévisibilité du droit applicable sont centrales.

283. En réalité, lorsque l'on s'intéresse au domaine de la loi du lieu de protection, c'est surtout la question de la titularité qui illustre les difficultés que soulève l'application généralisée de cette règle de conflit. Le revirement qu'a opéré la cour de cassation en droit conventionnel – et très probablement en droit commun – relève d'une interprétation extensive de termes de la convention (A) et l'application unitaire toute logique qu'elle puisse paraître posera plus de difficultés en pratique qu'elle n'en résout (B).

A. L'interprétation extensive des termes de la convention

284. La soumission de la titularité des droits d'auteur à la loi du lieu de protection résulte d'une logique systématique qui n'apparaît pas avec la plus grande clarté à la lecture du texte conventionnel qui semble la fonder. Il convient toutefois de relever que cette interprétation extensive de l'article 5 de la Convention de Berne est moins récente qu'il ne pourrait paraître puisqu'au sujet de cette disposition, le *Bureau de Berne* affirmait déjà en 1937 que « *la loi du lieu où le droit d'auteur est exercé (éventuellement violé) est aussi applicable pour déterminer qui est l'auteur […] et si une personne juridique peut être auteur* »[479]. M. AZZI en conclut dans le même sens que la notion d'étendue de la protection contrairement à ce que peut laisser penser le texte doit être comprise comme « *visant non seulement l'exercice du droit d'auteur, mais également son existence et donc, entre autres, la question de sa titularité* » [480].

285. Il est vrai aussi que l'article 14*bis* a) de la Convention de Berne qui fixe le régime de la loi applicable à la titularité des œuvres cinématographiques adopte une solution similaire à l'article 5.2. Celui-ci dispose en effet que « *la détermination des titulaires du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique est réservée à la législation du pays où la protection est réclamée* ». Si précisément, cet article ne règle que la titularité des œuvres cinématographiques, certains y ont vu une volonté générale des rédacteurs de la Convention de marquer plus profondément l'exclusion de la loi du pays d'origine sur le conflit de lois relatif au titulaire initial[481].

286. En réalité, hormis le domaine des œuvres cinématographiques qu'elle aborde, cette

---

[479] BIRPI, « La condition civile des étrangers et les conflits de lois en matière de propriété littéraire et artistique », préc., spéc. p. 100.

[480] Note ss. Civ. 1ère, 10 avril 2013, préc.

[481] *Ibid*., spéc. n° 5.

disposition est de peu de secours sur la question. Tout au plus, peut-elle servir à confirmer que les rédacteurs de la convention n'ont pas octroyé de compétence générale à la loi du lieu de protection. Il convient premièrement de tenir compte du contexte de naissance de cette disposition[482]. On sait que cette stipulation a été introduite à la demande de la délégation du Royaume-Uni[483] dont la théorie juridique du *works made for hire* s'oppose à la conception humaniste de l'auteur romano-germanique et autorise que les droits d'auteur naissent sur une personne autre que le créateur de l'œuvre, notamment le producteur d'une œuvre cinématographique. Or, en considération des divergences nationales sur la conception de l'auteur ou du titulaire initial des droits d'auteur, l'applicabilité du *works made for hire* se serait vue menacée au Royaume-Uni si la Convention soumettait cette question à loi d'origine de l'œuvre. L'on est tenté de penser qu'une telle règle de conflit avait plus vocation à court-circuiter l'application éventuelle d'une loi étrangère et préserver la théorie du *works made for hire* chaque fois que le juge britannique serait saisi[484]. La solution de l'article 14*bis* ne résulte donc pas d'une discussion plus large sur la valeur théorique de tel ou tel rattachement mais plutôt de la prise en compte pragmatique des intérêts impactés par le choix d'une règle de conflit.

287. Par suite, on pourrait douter que la nécessité d'une règle spéciale pour les œuvres cinématographiques eût été ressentie si les rédacteurs de la Convention avaient entendu donner une compétence générale à la loi du pays où la protection est demandée[485] auquel cas, la titularité de telles œuvres qui sont expressément assimilées aux « *œuvres originales* »[486] aurait été réglée par les termes de l'article 5.2. La règle de conflit de 14*bis* vient donc en appoint de celle de l'article 5.2, la première excluant sur la question de la titularité initiale en matière d'œuvres cinématographiques le retour aux règles de conflit nationales – en particulier la loi du pays d'origine – potentiellement induite par la seconde.

---

[482] L'article 14*bis* a été introduit par la Révision de Stockholm en 1971.

[483] DESBOIS, FRANÇON, KÉRÉVER, *op. cit.*, n° 181.

[484] Notons qu'à l'époque l'amalgame tant en jurisprudence que dans la doctrine entre lex loci protectionis et lex fori était encore prégnant. V. en ce sens, M. van EECHOUD, *Choice of law in copyright and related rights*, Kluwer, 2002, p. 118.

[485] E. TREPPOZ, « Loi applicable à la titularité : quelle place pour l'universalisme après le repli territorialiste de la Cour de Cassation » in *L'entreprise et la titularité des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2015, p. 16 s.

[486] V. art. 14bis.1 de la Convention de Berne : « Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale ».

288. Certes, la loi du lieu de protection a vocation à régir l'existence des droits au vu du principe d'indépendance, il ne semble pas aller de soi que le droit Conventionnel et en particulier l'article 5 de la Convention de Berne impose le choix d'une règle de conflit unique à l'ensemble du droit d'auteur et interdise le retour pour certains aspects aux règles nationales de droit international privé[487]. Il est loisible de constater qu'à de multiples reprises, les rédacteurs de la Convention de Berne ont pris le parti de la pluralité des rattachements en faisant jouer de manière cumulative ou alternative loi du pays de protection et loi du pays d'origine. Ceci montre bien que la philosophie du système conventionnel n'envisage pas la compétence d'une règle de conflit unitaire à tous les aspects du droit d'auteur comme un absolu et par conséquent, qu'il n'y a pas lieu de l'imposer au seul motif de son attrait logique

B. Le risque d'insécurité juridique

289. La prise en compte d'un principe de cohérence et la nécessité de respecter au mieux les ensembles législatifs dans le système juridique interne incite à considérer tous les aspects du droit d'auteur comme indissociables, mais force est de constater que cette recherche de la loi applicable par le prisme unique d'une cohérence théorique du système interne n'est pas moins problématique. Si la *lex loci protectionis* permet de préserver la cohérence de l'ordre juridique interne, elle fausse cependant la recherche d'une continuité des situations internationales qui est pourtant tout aussi cardinale en droit international privé[488]. En effet, il ne peut être contesté que l'application du principe de territorialité à la question de la titularité conduit à reconnaître autant de titulaires des droits d'auteur qu'il existe d'ordres juridiques[489], ce qui au point de vue de la coordination des systèmes ne peut être vu comme une solution satisfaisante. Dans la mesure où la validité des situations nées à l'étranger en ce qui concerne l'aliénation des droits patrimoniaux seraient systématiquement remise en question en fonction du lieu de l'exploitation[490]. On se trouve donc au cœur d'un dilemme entre la cohérence interne que privilégie le principe de territorialité et l'harmonie dans l'articulation des systèmes concurrents

---

[487] VIVANT et BRUIGUIERE, n° 91.

[488] E. JAYME, *Recueil des cours*, préc., spéc. p. 129 s.

[489] En ce sens, M.-E. ANCEL, « Reportage en quête d'auteurs », préc., spéc. n° 10 ; F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC vol 39, Lausanne, 1999, p 651.

[490] *Cf.* Cass. 1ère civ., 30 janv. 2007, « *Lamore* » ; Cass. 1re civ., 5 mars 2002, « *Sisro* ».

portée par le principe d'universalisme[491].

290. Sur le terrain logique premièrement, l'argument de la cohérence peut être retourné. En effet, si l'on s'accorde sur ce que la loi du lieu de protection correspond le plus souvent à une *lex loci delicti*[492], c'est-à-dire que les aspects du droit d'auteur qu'elle est appelée à connaître sont rattachables au statut des délits, force est de constater que la question de la titularité parait mal adaptée à un tel rattachement dans la mesure où elle n'implique pas toujours une contrefaçon[493]. On pourrait ainsi dire que toutes les fois où l'on appliquerait la loi du lieu de protection à la titularité en l'absence de contrefaçon[494], l'on risquerait de se retrouver en situation de fortuité de la loi compétente.

291. D'un point de vue pratique, l'approche territoriale qui irrigue la loi du lieu de protection est source d'insécurité juridique puisqu'elle conduit à faire varier le titulaire du droit en fonction du lieu de l'exploitation de l'œuvre ou de son atteinte risquant ainsi de freiner l'exploitation internationale des œuvres de l'esprit[495]. En effet, l'exploitation d'une œuvre protégée requiert l'autorisation des titulaires des droits ; ceux-ci peuvent varier selon les pays et selon la qualification de l'œuvre. En la matière, l'application de la loi du pays de protection implique pour les exploitants de devoir s'adresser à des interlocuteurs différents pour obtenir les autorisations légales dans tous les pays où l'œuvre sera exploitée. Lorsque l'œuvre est exploitée sur les réseaux numériques, on perçoit aisément les difficultés d'une solution en matière de prévisibilité et de sécurité juridique. Dans cette optique la certitude de l'identité du titulaire des droits ne pourra jamais être atteinte avant que l'exploitation ne fasse l'objet d'un litige.

Le choix d'une règle de conflit purement territorialiste est d'autant plus critiquable qu'il risque en pratique de complexifier les relations entre les auteurs et les exploitants, notamment en

---

[491] Rappr VIVANT et BRUGUIERE, n° 91 : « La question mérite d'être posée toutefois si l'on veut d'un droit qui ne soit coupé de la pratique et de ses impératifs dès lors que les disparités qui existent entre systèmes juridiques sur la question de la titularité ont des incidences toutes particulières. Cela veut dire, en effet, qu'il ne s'agit plus pour un même titulaire d'avoir à invoquer des droits différents […] mais que, d'un pays à l'autre, le titulaire pourrait ne pas être le même : par exemple l'auteur salarié, personne physique, qui a réalisé un dessin ou une photographie pour son entreprise serait en France le titulaire des droits, mais, sur le même dessin, ou la même photographie, ce serait aux Etats-Unis son entreprise. On sent bien que cet éclatement n'est pas du tout satisfaisant. »

[492] Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, « *Lamore* », préc.

[493] POLLAUD-DULIAN, n° 2031.

[494] H. BATTIFOL, note sous Cass. civ. 1ère, 29 avr. 1970 : *Rev. crit. DIP* 1971, p. 270.

[495] Rappr. N. BINCTIN, « Droit international privé et propriété littéraire et artistique – le repli français », *Cah. Prop. Int.*, 2016, Vol. 28, no 2, p. 338 ; v. aussi P. GOLDSTEIN, *International copyright*, 2001, p. 101.

présence de relations contractuelles. On sait que certaines législations – notamment dans le contrat de travail – font naître le monopole d'exploitation sur d'autres personnes que l'auteur – l'employeur par exemple. Si dans ce type de relation, la possibilité est donnée à l'auteur qui a ainsi librement cédé ses droits patrimoniaux – et non nécessairement ses droits moraux – de remettre en question cette répartition des prérogatives en invoquant la loi du lieu où l'œuvre est exploitée en dehors du pays d'origine, c'est indéniablement une atteinte indirecte à la sécurité juridique qui s'opère par le biais de la règle de conflit. Un risque de *forum shopping* est ainsi encouru si l'ensemble des pays ne comprennent pas la *lex loci protectionis* de manière identique (loi du délit ou loi du for par exemple).

292. La sécurité juridique comme impératif du DIP – L'argument de la cohérence interne des systèmes nous semble de nature à céder lorsqu'il se trouve en confrontation avec d'autres impératifs soulevés par le problème de la coordination des systèmes. Il doit notamment céder dans le sens où cet impératif n'est que relatif lorsque le juge est conduit par sa règle de conflit à appliquer la loi étrangère. Cette relativité découle en outre de ce que le juge ne peut dans ces conditions ériger la cohérence interne d'un système étranger en impératif catégorique, alors que les arcanes théoriques de ce système ne s'offrent à lui que de manière superficielle[496]. La préservation de la systématique du droit interne apparait comme un idéal, une directive. Il convient en ce sens de la concilier avec d'autres impératifs tels que la sécurité juridique, la prévisibilité des solutions et plus exceptionnellement, les règles impératives du for. La sécurité juridique sert l'effectivité du droit. Il nous semble qu'une règle qui n'assure pas un tel objet risque la disqualification et pourrait même conduire à desservir les intérêts des parties faibles dans les relations juridiques qui n'auraient pas les moyens de se prémunir de l'application des lois qui ne leur seraient pas les plus favorables. Dans l'hypothèse où une règle de conflit risque gravement de porter atteinte à la sécurité juridique, peut-être l'application de cette règle devrait-

[496] Mme KESSEDJIAN, « Le droit international privé : archétype de la coordination des ordres juridiques », préc. spéc. p. 1185 : « *le juge qui doit appliquer la loi étrangère un droit étranger, parce que sa règle de conflit le lui dicte est confronté à plusieurs dilemmes. Puisqu'il n'appartient pas au système de droit qui a énoncé la norme à appliquer, il ne peut se préoccuper de la cohérence de la décision qu'il s'apprête à rendre avec l'organisation logique du système auquel il emprunte la norme. Il ne le peut car il n'a pas l'éducation appropriée pour tenir ce rôle. Il ne le peut car ses connaissances sur le système en cause sont limitées. Il ne le peut, enfin car il n'a pas le temps ni les moyens pour s'assurer que la décision qu'il doit rendre est cohérente par rapport au système de référence (…) Le juge doit se contenter de vraisemblance et de justice pratique, concrète, dans le cas qui lui est soumis sans se préoccuper de savoir si sa décision est parfaitement conforme à l'organisation conceptuelle et pratique du système de référence*. »

elle subir des amendements exceptionnels visant à préserver la sécurité juridique des parties qui n'est pas une moindre ambition du droit international privé[497].

293. Conclusion de la section – L'unicité du droit applicable ne paraît pas en matière de droit d'auteur revêtir la nécessité que semble lui attribuer certains auteurs. L'évolution tracée tout au long de cette dernière séquence dans le droit positif, mais aussi dans le droit étranger montre bien qu'il s'agit d'une simple commodité mais que, sans qu'il soit nécessairement préjudiciable à la sécurité juridique, une approche alternative peut être admise. L'application d'un rattachement unique, posée certes en concordance avec le respect des ensembles juridiques comporte un risque vis-à-vis de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit applicable. Le principe de territorialité comporte l'inconvénient intrinsèque de déstabiliser la prévision des parties lorsque certains aspects du droit ont trait à des relations préétablies entre les parties au litige. Ce sera le cas principalement de la titularité des droits, notamment dans le cadre d'un contrat de travail ou de commande.

294. A l'observation, l'intérêt d'un tel rattachement pour l'ensemble des aspects du droit ressort mitigé.

295. Conclusion du chapitre – La question du domaine de la loi applicable au droit d'auteur a longtemps été le lieu d'un affrontement entre d'une part, une conception unitaire-territorialiste du droit applicable fondée sur une approche rigoriste du respect des ensembles législatifs contre une lecture plus nuancée, privilégiant la permanence des situations internationales. En l'Etat du droit positif, la première semble avoir triomphé. Toutefois, cette application généralisée du rattachement au lieu pour lequel la protection est demandée, au-delà d'une cohérence théorique qu'elle assure, n'est pas sans laisser fortement dubitatif sur sa capacité à assurer la prévisibilité du droit applicable. Devrait-on vraiment se convaincre qu'il n'y aura pas de difficultés supplémentaires pour les parties prenantes à l'exploitation d'une œuvre de l'esprit lorsque le titulaire des droits peut être remis en question au gré des diverses exploitations ? La réponse positive n'a jamais paru si évidente même à l'époque de la rédaction de la Convention de Berne et de ses différentes modifications.

Bien entendu, la règle de conflit ne devrait déroger à la recherche d'une cohérence du système de référence que dans les cas où cette dérogation est rendue nécessaire en fonction des

---

[497] MAYER et HEUZÉ, n° 32 ; H. MUIR WATT, « La codification en droit international privé », *Droits*, n° 27/3, 1998, p. 151.

impératifs de la situation juridique. Mais il semble justement qu'assurer la permanence des situations juridiques dans la sphère internationale lorsque celles-ci ne contreviennent en rien à l'ordre public du for ou à certaines règles d'application nécessaire est un autre des impératifs du droit international privé. Ce d'autant plus qu'il touche à la sécurité juridique.

Le droit conventionnel qui a influencé l'essentiel des solutions en matière de droit applicable génère des ambiguïtés et laisse au demeurant libre champ à toutes les interprétations.

L'observation montre indéniablement que l'essentiel des législations de droit positif penchent indéniablement dans le sens d'une territorialité étendue.

In fine, ce triomphe de la territorialité, en raison du peu d'anticipation qu'il engage dans la résolution des problèmes de droit international privé met à mal la sécurité juridique. Ce risque redouble en raison de l'importance qu'ont pris les réseaux numériques dans l'exploitation des œuvres de l'esprit. Ainsi, la territorialité qui semblait à la fin du XIXème siècle une évolution positive commune aux auteurs et aux exploitants des droits intellectuels, tend dans nombre de situations à jouer comme un obstacle au développement optimal de leurs relations économiques. Ceci peut d'autant plus être affirmé que, l'application de la loi du lieu de protection au niveau des atteintes, où pourtant sa légitimité n'a que rarement été remise en question, apparait désormais problématique, ainsi que les développements suivants vont le démontrer.

Chapitre 2 : La démultiplication des lieux de protection

296. Lieu d'atteinte unique – Bien qu'il soit majoritairement admis que le *lex loci protectionis* renvoie à une forme de *lex loci delicti*, le constat ne suffit pas à épuiser l'ensemble des difficultés interprétatives que soulève cette règle de conflit. Certes, l'identification de la loi du lieu de protection en ressort plus évidente lorsque le délit est localisé dans un seul ordre juridique. A supposer une œuvre de langue francophone publiée dans un pays A ; cette dernière est reproduite, traduite en allemand et commercialisée dans le pays B voisin. En considération des développements précédents, le principe de territorialité mènera dans l'un ou l'autre de ces pays à l'application de la loi du pays B.

297. Dissociation dans l'espace des éléments de l'atteinte – Cependant, une telle simplicité réserve l'hypothèse d'une dissociation dans l'espace des différents éléments de l'atteinte. En effet, en la matière, les instruments législatifs n'abordent pas directement la question, de sorte qu'ils peuvent paraître *a priori* de peu de secours et nécessitent une exégèse incertaine dans l'identification de la loi du lieu de protection. Cette faiblesse instrumentale a parfois commandé le retour pur et simple aux solutions consacrées en dehors du domaine de la propriété intellectuelle quitte à voir se diluer la spécificité de la propriété littéraire et artistique dans la responsabilité extracontractuelle[498]. Pourtant, dans le processus de localisation du dommage, l'hypothèse même d'une dissociation des éléments de l'atteinte est parfois niée au titre de cette spécificité des droits de propriété intellectuelle, droits subjectifs territoriaux au rayonnement limité. En d'autres termes, la qualification de l'objet du conflit de lois, le droit d'auteur impacterait la typologie du délit. En effet, plus l'attraction territoriale est forte, moins l'hypothèse d'une dissociation des éléments de l'infraction est admissible et inversement.

298. Or, force est de constater que cette dissociation s'impose non seulement en vertu de la spécificité du droit d'auteur dont il n'est établi qu'il soit frappé d'une territorialité absolue, mais aussi en vertu des nouveaux modes d'exploitation des œuvres de l'esprit, qui élargissent nécessairement le spectre de diffusion de ces œuvres. On peut douter en effet que les rédacteurs de la Convention Berne à la fin du XIXème siècle aient eu en vue l'hypothèse d'une diffusion des œuvres musicales sur les réseaux numériques. L'obsolescence des analyses classiques en matière de loi applicable vient sans doute de ce décalage et doit conduire à une adaptation interprétative.

---

[498] J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. civ. 1ère, 5 mars 2002, préc.

299. Seulement, si l'on admet qu'en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, les éléments de l'infraction peuvent être dissociés, se pose nécessairement la question de la pluralité des rattachements, et partant celle de l'identification de la loi locale pertinente (section 1). A ces problèmes, la jurisprudence un temps hésitante a fini par privilégier la loi du dommage non sans adaptation, solution qui présente cependant certaines limites (section 2).

Section 1ère : L'identification de la loi applicable en situation de pluralité des rattachements

300. Notion de délit complexe – L'éclatement des éléments d'une infraction renvoie à une hypothèse somme toute classique en droit international privé de la responsabilité civile délictuelle. Il s'est longtemps agi d'un cas d'école[499] , avant que la Mondialisation des échanges et l'évolution des technologies de l'information ne viennent en banaliser la concrétisation.

Il s'agit concrètement d'une dissociation dans l'espace entre le lieu où un acte délictueux est enclenché et celui où se produisent ses effets. Le délit pourrait valablement se résoudre en tenant compte de la centralité du fait causal mais, identiquement, le lieu où sont ressentis les effets négatifs d'une conduite prohibée exerce sur les plans théorique et pratique une attraction justifiée.

Par conséquent, dans ces cas de figure, l'on se retrouve en situation de concurrence des rattachements.

301. Orientations diverses des régimes de responsabilité délictuelle – En réalité, la réponse est étroitement liée à la fonction qu'occupe la responsabilité civile délictuelle dans le système juridique de référence. La primauté variera le plus souvent selon que la fonction privilégiée est préventive ou plutôt qu'elle est sanctionnatrice. L'approche préventive ou sanctionnatrice commandera la compétence du lieu du fait générateur ; tandis que l'approche réparatrice inclinera la tendance vers le lieu de réalisation du dommage[500].

302. Imprécision des instruments de la propriété intellectuelle – Spécifiquement au droit

---

[499] On citera l'exemple classique de l'archer qui tire une flèche par-dessus une frontière ou du déversement d'un substance polluante dans les eaux du Rhin en Allemagne dont les fluides se répandent dans les cours des pays voisins, V. Sur ces cas, A. WEILL, « Un cas épineux de compétence législative en matière délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », *Mélanges Maury*, Paris 1960, p. 545 s.

[500] E. BARTIN, *Principes*, t. II ; p. 396 s. ; MUIR-WATT et BUREAU, n° 985.

international privé de la propriété intellectuelle, la pluralité des rattachements indique une pluralité des lieux de protection et des lois applicables. Or, de prime abord, rien n'indique dans la formule « *loi du pays où la protection est demandée* » laquelle de la loi du pays du fait générateur ou de celle du dommage est visée, ce qui participe à complexifier une règle de conflit dont la compréhension s'est déjà montrée problématique.

303. L'exégèse de la règle de conflit appelle à procéder par paliers. La spécificité des droits protégés peut influencer la typologie du délit et plus largement le rattachement choisi. Le premier palier consiste ainsi à déterminer quelle forme de délit la nature spécifique des droits intellectuels emporte-t-elle sur le plan du droit international privé. En ce sens, le principe de territorialité pèse encore sur la solution, selon qu'il est relatif ou absolu (paragraphe 1er). Le second palier consiste dès lors que l'on a admis une concurrence des rattachements du fait de l'éclatement des éléments de l'infraction à résoudre le conflit de *locus protectionis* y afférant (paragraphe 2).

Paragraphe 1er. L'influence du principe de territorialité sur la qualification de l'atteinte

304. La spécificité des faits qui peuvent ou non caractériser une atteinte appelle une diversité typologique en droit international privé (A). La variation s'opère selon que les effets d'un acte seront purement limités dans les frontières d'un pays ou selon qu'elles revêtent une dimension transnationale. Il est vrai cependant que la ligne de démarcation entre ces différents types de délits n'est pas évidente et le droit d'auteur est particulièrement représentatif de cette difficulté qualificative. Dans ce dernier cas, le principe de territorialité vient en effet s'agréger comme un élément de complexité supplémentaire (B).

A. La typologie des délits en droit international privé

305. Diversité des délits – A la suite de P. BOUREL[501], la doctrine admet traditionnellement

[501] Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles, LGDJ, 1961, Paris, p. 65 s. ;

deux types de délits dont chacun emporte des conséquences différentes en termes de loi applicable[502].

306. i) Les parcelles d'activités délictuelles – La première hypothèse est celle d'une qualification de l'acte délictueux en parcelles d'activités délictuelles. L'acte est selon cette qualification éclaté entre entres les ordres juridiques qu'il impacte et chacun de ceux-ci connaît un délit distinct indépendamment du fait générateur de la responsabilité[503]. Selon cette première hypothèse, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle correspond en réalité à une pluralité d'infractions chacune individuellement localisée. La reproduction d'une œuvre dans un pays A et sa diffusion dans d'autres pays doivent en ce sens être considérés comme autant d'infractions distinctes soumises à des lois différentes[504].

307. ii) Le délit unique dissocié – La seconde qualification correspond au délit unique dissocié. Il n'existe dans cette hypothèse qu'un seul délit dont les ramifications dépassent les frontières de l'état au sein duquel l'acte tire son origine[505]. Par exemple, la mise en ligne d'une œuvre constitue le fait générateur, élément déclencheur du droit à réparation et la diffusion dans plusieurs pays, le préjudice plurilocalisé.

On comprend dès lors que dans le premier cas, le débat entre loi du dommage et loi du fait générateur se trouve relégué au second plan et la concurrence des lois compétentes s'opère entre les potentiels pays de protection revendiqués.

A l'inverse, si l'on analyse les faits délictueux comme un seul délit internationalement dissocié, cette concurrence est déplacée entre le lieu de l'acte et ceux de réalisation du dommage.

308. En réalité, la qualification du délit en droit international privé dépend non seulement des faits relatifs à chaque cas, mais aussi de l'intensité du régime de territorialité.

---

[502] V. sur ces questions, E. TREPPOZ, *Contrefaçon – Répertoire Dalloz*, 2010, n° 12 ; V. encore D. REBUT, *JCP* 1999 -II-10108

[503] Civ. 1re, 14 janv. 1997, nº 94-16.861, « *Sté Gordon and Breach* » : *Rev. crit. DIP* 1997, p. 504, note BISCHOFF ; *JCP* 1997. II. 22903, note H. MUIR-WATT ; *D*. 1997. 177, note M. SANTA-CROCE.

[504] En ce sens, E. TREPPOZ, *ibid*.

[505] CJCE 7 mars 1995, aff. C-68/93 : *Rev. crit. DIP* 1996. 487, note LAGARDE ; *JDI* 1995. 543, obs. A. HUET ; Europe 6/1995. Chron. n° 7, obs. IDOT ; *D*. 1996. 61, note PARLEANI.

B. L'influence relative du principe de territorialité sur le régime de qualification du délit complexe

309. Les conséquences en termes de loi applicable varient selon l'importance qui sera donnée au principe de territorialité. La territorialité la plus stricte du droit appelle une qualification en termes de parcelles d'activités délictueuses (1). Mais, si la territorialité du droit est réelle, celle de l'effet transnational d'une utilisation l'est aussi et risque le cas échéant de peser sur la qualification dans la mesure où l'acte délictueux unique se diversifie du point de vue de ses conséquences internationales (2).

1. Territorialité stricte

310. L'influence du principe de territorialité indique de procéder à une analyse en parcelles d'activités délictuelles pour le droit d'auteur. Si l'on pousse jusqu'au bout la logique territorialiste d'une certaine partie de la doctrine, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle devrait pas pouvoir s'analyser selon les termes d'un délit dissocié[506]. Selon cette doctrine, il y aurait autant de droits d'auteur que de territoires et comme les effets d'un droit subjectif seraient strictement limités au territoire qui les a fait naître, il ne peut y avoir d'extraterritorialité du droit d'auteur. Par conséquent, lorsqu'un droit de propriété intellectuelle est atteint, c'est nécessairement en vertu de la protection accordée pays par pays. Quand bien même les effets d'une seule infraction initiée en un pays A se feraient ressentir dans un pays B, le droit exclusif atteint ne serait pas le même en vertu de cet hermétisme qu'entraîne la territorialité du droit. La dissociation entre fait générateur et lieu du dommage dans ces conditions s'avère impraticable sinon sans réel intérêt.

311. En réalité, la qualification du délit en parcelle d'activité ne pose aucun doute en propriété littéraire et artistique lorsque les faits générateurs sont multiples ce qui conduit à localiser dans l'espace autant de délits autonomes que de lieux de l'infraction. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur ce cas à l'occasion du fameux arrêt *Sisro*[507] où les débats

---

[506] En ce sens, N. BOUCHE, « Quelle loi en matière de contrefaçon », préc. spéc. p. 122 s.

[507] Cass. civ. 1ère, 5 mars 2002, *Sisro* : *Rev. crit. DIP* 2003, p.440, note J.-M. BISCHOFF ; *D*. 2002, p. 2999, note N.

portaient sur la contrefaçon d'un logiciel en France, en Angleterre et aux Pays-Bas. Affirmant la compétence de la *lex loci delicti* en tant que loi du lieu de protection, la Cour a localisé plusieurs délits distincts au sein de chacun de ces pays et a retenu par conséquent l'application distributive de chacune des leurs lois.

312. A l'inverse, lorsque le fait générateur et les conséquences d'un acte sont séparés dans l'espace, une telle qualification parait moins évidente et la qualification du délit unique dissocié admissible.

2. L'admission du délit dissocié

313. L'existence d'un acte unique aux conséquences transnationales – Force est de constater que l'idée d'un véritable délit complexe en matière de propriété littéraire et artistique n'est pas qu'une vue de l'esprit[508]. Le développement des réseaux numériques tend à faire voler en éclat le discours d'une territorialité stricte dans la localisation du dommage[509].

La territorialité, si elle est comprise de manière trop étroite risque de montrer ses limites vis-à-vis de certains modes d'exploitation et de diffusion des œuvres de l'esprit. Peut-on valablement qualifier en termes de parcelles d'activités délictuelles la diffusion d'une œuvre sur un réseau tel que l'internet lorsque cette diffusion a pour principe d'échapper à toute dimension strictement territoriale en touchant une audience potentiellement mondiale ?

Le cas d'une transmission à distance de l'œuvre, qu'elle s'opère par satellite ou par réseau numérique ne peut s'analyser exclusivement en termes de parcelles d'activités délictuelles. Contrairement à la situation où plusieurs actes de distribution ou de reproduction dans plusieurs pays sont commis, dans le cas d'une diffusion par l'un de ces canaux, il s'agit d'un acte unique qui emporte des conséquences transfrontalières. En effet, le cas d'une transmission à distance de l'œuvre n'implique qu'une phase active, la mise à disposition de l'œuvre sur un réseau, la réception ou l'accessibilité n'en étant que la conséquence. Cette mise à disposition de l'œuvre constitue ainsi l'acte fondateur de l'infraction, l'éventuelle responsabilité au sein d'ordres juridiques différents n'étant envisageable qu'en contemplation de ce premier acte positif. Cela

---

BOUCHE ; *D.* 2003, p. 58, note JOSSELIN-GALL ; *JCP G* 2002-II-10082, note MUIR-WATT ; *Propr. intell.* 2002, n° 5, p. 56, obs. A. LUCAS.

[508] E. TREPPOZ, Répertoire Dalloz – Contrefaçon, spéc., n° 1 s.

[509] Comp. M. VIVANT, « Propriété intellectuelle, lex loci protectionis et loi réelle », préc., spéc. n° 10.

ne revient pas, à dénier l'influence du principe de territorialité, mais simplement à reconnaître une vocation localisatrice tant au lieu du fait générateur à celui du lieu où le dommage est subi.

Paragraphe 2. La pluralité des lois locales

314. Les réseaux numériques comme vecteurs de complexité – Selon ce qui précède, l'identification de la loi du pays de protection s'avère d'autant plus complexe lorsque l'éclatement des éléments de la contrefaçon découle d'une transmission à distance de l'œuvre que celle-ci se réalise par satellite ou par internet.

Actuellement, il s'agit de l'hypothèse topique d'une dissociation entre lieu du fait générateur et lieu du dommage. De manière schématique, le conflit de lois découle de la situation suivante : un individu installé dans un pays A copie et charge (*uploading*) un fichier contenant une œuvre dématérialisée sur un réseau à partir de ce pays A. L'œuvre peut être est reçue et éventuellement téléchargée (*downloading*) de manière simultanée dans un pays B puis C et ainsi de suite dès lors que le réseau sur lequel l'œuvre a été chargée est accessible.

315. Distribution ou représentation – Compte tenu de la nouveauté des modes de diffusion visés, la doctrine s'est interrogée dans un premier temps sur la qualification d'une telle mise à disposition. En effet, on a pu considérer que l'acte de transmission mettait en jeu le droit de distribution[510]. Toutefois, le droit de distribution emporte nécessairement un transfert de propriété et ne concerne que les copies matérielles[511].

La diffusion d'une œuvre est en réalité plus valablement assimilable à une représentation[512]. Le législateur à l'article L122-2 CPI l'a reconnu en disposant que « *la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* » puis de préciser que « *la*

---

[510] Le droit de distribution constitue selon l'article 4.1 de la directive no 2001/29 « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs oeuvre ou de copies de celles-ci »; Sur cette question, V. P. SCHONNING, « *Applicable law in transfrontier on-line transmissions* », *RIDA*, oct. 1996, p. 21 s. ; Telle était notamment le sens d'une proposition de loi étudiée par le Congrès américain considérant que les transmissions en ligne permettant à l'utilisateur de réaliser une copie devaient être assimilées à des acte de distribution d'exemplaires, V. *NII Copyright Protection Act of 1995*.

[511] A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n° 280 s.

[512] *Ibid*., n° 269.

télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature. Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite ». Par conséquent, le mode de communication en réalité importe peu[513], seul comptent, pour identifier une représentation l'existence d'un acte positif de mise à disposition de l'œuvre et la possibilité que celle-ci rencontre un public[514].

De même, l'article 11*bis* de la Convention de Berne confère à l'auteur le droit d'autoriser toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée. Par extension, on peut considérer que ce droit de communication au public par radiodiffusion est applicable à d'autres formes de diffusion à distance[515].

316. Quelle que soit la qualification de l'acte de diffusion, demeure celle de la loi applicable à cette diffusion, en particulier si, comme nous l'avons relevé, celle-ci est génératrice d'une forte concurrence des rattachements.

Plusieurs orientations semblaient envisageables. Soit l'élaboration de règles adaptées prenant en compte la spécificité du média utilisé. Soit l'admission de solutions reconnues en matière de responsabilité extracontractuelle quitte à les adapter à l'aide d'une méthode ponctuelle d'interprétation. L'observation montre qu'en réalité le législateur et la jurisprudence ont progressivement adopté chacune de ces positions.

Pour ce faire, la première option a consisté en la mise place de critères techniques d'où pointait manifestement une prédilection pour la loi du fait générateur (A). Toutefois, ces solutions par trop spécifiques aux types de diffusions qu'elles visaient ont vite montré leurs limites sollicitant un affinement supplémentaire des critères localisateurs (B).

A. L'identification de la loi du lieu de protection par des rattachements techniques

317. Dissociation de l'émission et de la réception – L'opposition entre loi du pays de réception est apparue à l'occasion du débat sur la localisation de l'acte de représentation dans

---

[513] A. KÉRÉVER, « Droit d'auteur et satellites spatiaux » : *RIDA*, juil. 1984, p. 27 s., spéc. p. 33

[514] En ce sens CJUE 7 mars 2013, « *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catch Up Ltd* » : *D*. 2014, p. 2078, obs. SIRINELLI ; *D*. 2013, p. 2487, obs. LARRIEU; *RTD com*. 2013, p. 267, obs. POLLAUD-DULIAN

[515] V. en ce sens, T. DUSURMONT, « Qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA*, oct. 1996, p. 55.

le cadre d'une diffusion de l'œuvre par réseau satellite[516]. Il s'agissait en effet d'un cas topique de dissociation entre les différents éléments de la contrefaçon. Techniquement, il s'agissait d'édifier un rattachement en opérant un choix entre la loi du lieu de départ de la transmission de l'œuvre ou d'injection du signal et celle du lieu de réception de ce signal. Toutes choses qui, rapportées au domaine de la contrefaçon exigeaient d'identifier le lieu de protection soit au lieu du fait générateur de l'infraction, soit à celui du dommage correspondant ici à la multitude des lieux de réception.

318. Il s'agissait donc de rattachements, non plus désignés selon leur fonction juridique (lieu du fait générateur ; lieu de réalisation du dommage) mais selon leur caractéristiques techniques (lieu de l'émission du signal ; lieu de la réception du signal) (1). Les spécificités des réseaux numériques au premier titre desquels l'internet ont cependant fait les limites de ces solutions (2).

1. L'Opposition entre loi du pays d'émission et loi du pays de réception

319. La loi du pays d'émission ou loi du fait générateur – Le parti pris de l'émission consiste à assimiler le pays de protection avec le pays de transmission de l'œuvre. Une telle solution présente en effet l'avantage de la prévisibilité. En localisant l'acte au lieu où le signal avait été émis, l'exploitant n'est pas contraint de se conformer à l'ensemble des règles des pays au sein desquelles l'œuvre est potentiellement accessible par injection du signal. Cette logique parait justifiée si l'on raisonne d'après l'idée selon laquelle l'on ne devrait être sanctionné que sur la base d'une loi que l'on aurait pu connaître, dans la mesure où c'est elle qui autorise ou interdit une conduite donnée. La loi du lieu d'émission se confond dans ce cadre avec celle du lieu du fait générateur.

320. La loi du pays de réception ou loi du dommage : A l'inverse, la théorie de la réception renvoyait à l'idée qu'en cas de transmission de l'œuvre sur le satellite, la loi du lieu de protection pertinente était celle du lieu où le signal était concrètement reçu. C'est en vertu cette théorie, le lieu où l'œuvre est reçue que se matérialise le dommage. Dans notre domaine, l'application d'une telle solution devait conduire la concurrence de l'ensemble des pays où

[516] V. not., P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des œuvres », préc. ; A. KÉRÉVER, « Droit d'auteur et satellites spatiaux », préc. ; v. aussi J.- S. BERGÉ, « Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques », préc. ; E. DELIYANNI, « La loi applicable en matière de radiodiffusion par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur », *RIDC*, Vol. 41 n°2, 1989. pp. 429 s.

l'œuvre était potentiellement reçue, ce qui devait conduire inévitablement à l'édiction d'un rattachement subsidiaire dans le but de les départager.

321. Approche égalitaire des rattachements – compte tenu de la neutralisation mutuelle des rattachements en présence, une solution de compromis a émergé en doctrine. La théorie dite de « *Bogsch* »[517] visait en ce sens dans un premier temps à mettre sur un pied d'égalité la loi du pays de réception et celui du pays de réception puis d'introduire un critère matériel afin d'apporter une réponse finale au conflit. Techniquement, il s'agissait pour le diffuseur de se conformer à l'ensemble des pays impactés par la transmission, incluant de fait tant le pays d'émission du signal que ceux où cette dernière est reçue. A la suite de quoi, il était proposé de résoudre concrètement le conflit de lois en donnant compétence à la loi la plus favorable à l'auteur.

322. Cette règle de conflit à coloration matérielle quoique particulièrement favorable aux intérêts des auteurs, n'en a pas moins été critiquée. Certains en ont relevé le manque d'objectivité[518] ; sans doute la résolution du conflit de lois à l'aide d'un critère matériel exclusivement basé sur la loi la plus protectrice de l'auteur au détriment de rattachements plus certains en termes de localisation de l'atteinte était-elle difficilement justifiable. En particulier quand on sait que la Convention de Berne n'adopte pas cette logique matérielle en ce qui concerne l'identification de la loi du lieu de protection. D'autres ont vu dans cette résolution du conflit par le principe de faveur, l'introduction d'un critère fragile risquant d'engendrer une certaine imprévisibilité[519] du droit applicable. Ces limites ont probablement convaincu le législateur de positionner en faveur d'une indentification de la loi du pays de protection au lieu de l'émission.

323. Le choix de la loi d'émission – Spécifiquement aux œuvres transmises par satellite, le choix s'est porté sur la loi du lieu d'émission. L'article L.122-2 CPI dispose en effet qu' « *est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite* »[520] ; puis, l'article L.

---

[517] En ce sens, D. MOURA VICENTE, « La propriété intellectuelle en droit international privé », *Recueil des Cours* préc., n° 121

[518] A. KÉRÉVER, art. préc., spéc. p. 65.

[519] Ph. GAUDRAT, « La protection de l'auteur lors d'une transmission spatiale de l'œuvre », *RIDA*, avr. 1980, p. 10.

[520] La valeur conflictualiste de cette disposition est cependant discutée en doctrine. V. en ce sens, N. BOUCHE, *op. cit.*, n° 812 ; contra : P.-Y. GAUTIER, *Répertoire dr. int. : PLA*, n° 30 ; V. aussi. J.-S. BERGÉ, note sous CA Paris, 3 oct. 2001, « *Soc. Europe 1 Communication c. SPRE* », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 315.

122-2-1 de rajouter que « *le droit de représentation d'une œuvre télédiffusée par satellite est régi par les dispositions du présent code dès lors que l'œuvre est émise vers le satellite à partir du territoire national*. » Le critère central de la localisation dans cette disposition est le lieu de l'exploitation, en tant qu'il représente le centre de gravité de la diffusion de l'œuvre[521]. En plus de satisfaire à l'exigence de prévisibilité, la solution jouit indéniablement d'une certaine logique car, dans l'hypothèse d'une transmission en réseau, il ne peut y avoir réception d'une œuvre s'il n'y a pas au départ la décision d'utiliser un procédé technique de transmission à distance d'une œuvre de l'esprit. C'est au centre névralgique de la transmission, c'est-à-dire au lieu primaire où se prend la décision d'une exploitation que s'apprécie dans ce cadre sa licéité[522] La loi du fait générateur présentait dans cette hypothèse un avantage concurrentiel non négligeable.

324. Correction du rattachement – Dans un système harmonisé comme l'Union Européenne, la solution se justifie aisément. L'effort d'égalisation des niveaux de protection minimise l'intérêt de manipulations des rattachements au détriment des ayants-droit. Mais sorti de ce cadre, sa mise en application paraît plus problématique. En effet, il a parfois été relevé pour en dénier la légitimité qu'une telle solution du conflit conduirait à l'édification de « paradis numériques », les exploitants étant en quelque sorte incités à s'établir dans les pays à faible niveau de protection. Le législateur a cependant pris le soin de corriger la limite technique intrinsèque à la loi du pays d'émission en fixant des critères à partir desquelles elle peut être écartée au profit de la loi du pays de réception. Ainsi, l'article L122-2-2 CPI dispose que la loi française a vocation à régir l'émission par satellite d'une œuvre lorsque celle-ci provient d'un pays non membre de l'Union et n'assurant pas un niveau de protection équivalent à la loi française, si la liaison montante vers le satellite a lieu à partir d'une station située sur le territoire national ou autrement, « *lorsque l'émission est réalisée à la demande, pour le compte ou sous le contrôle d'une entreprise de communication audiovisuelle ayant son principal établissement sur le territoire national* .»

325. La solution présente l'avantage de prévenir le risque de démultiplication des lois applicables en fixant une loi unique applicable à l'ensemble du litige. La question s'est donc posée de son extension à d'autres situations de dissociation géographiques des éléments de l'infraction, en particulier dans le cas voisin des mises à disposition d'œuvres protégées sur les réseaux numériques et la réponse a été négative.

---

[521] POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 2047.

[522] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1333.

2. L'insuffisance des rattachements techniques

326. Extension de la solution – La solution des articles L. 122-2 CPI et suivants est-elle généralisable à l'ensemble des diffusions d'œuvres à distance ? Il est vrai que dans l'esprit, quel que soit le média, la diffusion d'une œuvre en réseau pose la même problématique à savoir la dissociation des éléments de l'infraction. Aussi est-on tenté au premier abord d'inférer qu'à identité de problèmes, identité de solutions[523]. L'extension de la solution retenue en matière de satellite a donc été proposée pour les délits complexes résultant de la transmission sur les réseaux numériques d'une œuvre protégée[524]. Pareille analyse encourt cependant le reproche de superficialité.

327. Particularité de la transmission d'œuvres par internet – En effet, les caractéristiques techniques du média conditionnent en réalité la pertinence de la règle de conflit. En d'autres termes, la diffusion de l'œuvre de l'esprit sur les réseaux numériques présente une spécificité qui remet en cause l'application telle quelle de la solution admise pour les diffusions par satellite. La transmission par satellite s'effectue dans le cadre d'un réseau *a priori* limité au sein duquel sont clairement identifiables l'ensemble des lieux où le signal est reçu. *De facto*, l'empreinte du réseau permet de localiser une portion relativement faible de pays au sein desquels l'atteinte pourrait être subie. A l'inverse, l'empreinte mondiale du réseau internet, démultiplie à l'échelle de la planète les lieux de réception de l'œuvre et partant de réalisation du dommage[525].

328. Par ailleurs, l'indentification du lieu de la transmission ne s'impose pas avec la même évidence hors du domaine d'exploitation des œuvres par satellite. Les risques de manipulation qui étaient dénoncés à propos de la localisation des atteintes au sein du pays d'émission étaient

---

[523] V. Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM (95) 382 final.

[524] P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le « *village planétaire* » au titre de l'usage immatériel des œuvres », spéc. n° 4.

[525] V. notamment les développements intéressants de la CJUE dans l'arrêt « *Football Dataco c/ Sportradar* », préc., *D*. 2012. 2736, et 2013. 533, obs. ALAPHILIPPE ; *RTD eur*. 2012. 947, obs. TREPPOZ ; *Europe* 2012. Comm. 506, obs. IDOT : « *un tel mode opératoire de mise à la disposition du public se distingue, dans son principe, des modes traditionnels de diffusion par l'ubiquité du contenu d'un site internet, lequel peut, en effet, être consulté instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de l'exploitant de ce site visant à la consultation de celui-ci au-delà de son Etat membre d'établissement et en dehors de son contrôle.* ».

en partie relativisés par l'envergure de l'infrastructure nécessaire à la diffusion par satellite. A l'inverse, l'établissement d'une connexion à un serveur internet exige *a priori* des moyens financiers, techniques et infrastructurels bien plus faibles. Or, toutes ces caractéristiques ne sont pas sans impacter l'identification du lieu d'émission.

329. A cette légèreté de l'infrastructure, il faut ajouter une certaine manipulabilité des moyens techniques. A supposer par exemple que le pays d'émission soit pour l'occasion celui du serveur, encore faudra-t-il localiser ledit serveur. Cependant, cette localisation ne s'impose pas avec la force de l'évidence[526]. Quand bien même ledit serveur serait affilié à un domaine national, aucune certitude ne pourrait être tirée de sa localisation au sein du pays visé. L'exploitation d'un nom de domaine par un serveur n'est pas subordonnée à la présence du serveur dans le pays visé[527]. Ces facilités offertes par la technique relativisent les certitudes quant à la désignation du lieu d'émission.

330. On voit donc que la réponse du rattachement par le pays d'émission – en tous cas tel que retenu par la directive satellite – est en l'occurrence de faible utilité et qu'une solution plus adaptée doit être recherchée, notamment au sein des règles de rattachement en matière délictuelle.

B. L'affinement des critères de localisation

331. En l'absence d'indications précises sur la résolution du délit complexe sur les réseaux numériques la jurisprudence s'est orienté vers les solutions traditionnelles en guise de sources d'interprétation de la règle de conflit avant de développer une jurisprudence plus spécifique. L'évolution de cette interprétation n'a cependant pas été linéaire. La loi du lieu de protection a

---

[526] En ce sens, B. VANBRABANT et P. WAUTELET, « Territorialité et droit international privé » in *20 ans de nouveau droit d'auteur*, Anthemis, 2015, p. 327, spéc. p. 366.

[527] Nous reprendrons ci-dessous l'exemple Cité par M. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives » : *Auteurs et Médias* 2000, n° 3, p. 210 s. : « *il serait possible que le serveur hébergeant les informations sous le nom de domaine « coca-cola.be » soit localisé aux Etats-Unis. En effet, la société Coca-Cola disposant d'une filiale en Belgique et détenant les droits de marque sur le signe « Coca-Cola » pour le territoire belge pourra, selon les règles du DNS belge, obtenir l'enregistrement du nom de domaine « coca-cola.be », mais ce nom de domaine pourra être rattaché à une adresse IP correspondant à un serveur localisé dans un autre pays.* »

de fait tour à tour été identifiée à la loi du fait générateur (1) avant de se confondre à celle du lieu où le dommage est subi (2).

1. Le lieu de protection identifié au lieu du fait générateur

332. Correspondances – La compétence du lieu du fait générateur comme lieu pour lequel la protection est demandée peut se justifier si l'on considère le droit d'auteur comme octroyant une faculté d'autoriser et l'idée selon laquelle la responsabilité civile délictuelle a d'abord une vocation sanctionnatrice (a). Le caractère territorial des régulations compose mal avec cette approche universaliste de la responsabilité et pourrait en pratique autoriser des manipulations regrettables (b).

a) Les fondements de la compétence la loi du fait générateur

333. En raison des imprécisions du corpus juridique applicable au droit d'auteur, une partie de la doctrine[528] s'est prononcée en faveur de la loi du lieu du fait générateur au détriment de celle du lieu où le dommage est subi.

334. Spécificité de l'action en contrefaçon comme guide du rattachement – Selon cette approche, l'interprétation de la loi notion de *lex loci protectionis* peut s'appuyer sur la spécificité de l'objet saisi par la règle de conflit. Autrement dit, en cas de délit complexe, le juge serait appelé à opérer un arbitrage mettant en jeu les différentes fonctions qu'assurent les mécanismes de responsabilité. Mais ce choix ne tiendrait pas simplement compte d'une fonction générale de la responsabilité civile délictuelle, il viserait aussi la nature intrinsèque de l'action délictuelle en cause. Un auteur note à ce titre que : « *ce qu'on appelle le fait générateur consiste ici dans la violation d'un droit de propriété intellectuelle (…) La cessation de l'acte, qui est une fonction générale de la responsabilité civile, prend ici toute son importance, ce qui déplace le centre de gravité vers le lieu de commission de l'acte.* »[529] En d'autres termes, la contrefaçon serait portée par une philosophie sanctionnatrice qui, en toute logique privilégie le

[528] Surtout A., H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1333 s. ; V. cependant pour une qualification hybride de l'action en contrefaçon, A. LUCAS-SCHLOETTER, « La cessation de l'action en contrefaçon » : *RIDA*, avr. 2018, p. 209 s.

[529] Note sous TGI Paris, 18 déc. 2009, Sté Editions du Seuil et autres c/ Sté Google Inc. et Sté Google France : Prop. Intell., 01/2010, spéc. p. 647.

lieu du fait générateur en tant qu'il définit les critères de cessation de l'acte délictueux.

335. Dans le même ordre d'idées, il est d'autre part souligné que l'hypothèse même d'un délit complexe inciterait de manière naturelle, pourrait-on dire, à pencher pour la loi du lieu du fait dommageable compte tenu encore de la distinction fondamentale entre propriété industrielle et propriété littéraire et artistique. Les variations en termes de régime entre ces différentes formes de propriétés – formalités d'enregistrement pour les premiers et automaticité de la protection pour les seconds – impliquent en droit international privé que, si pour les premières, une territorialité absolue est admise par principe, elle n'est que relative pour les secondes. Partant, on pourrait considérer que c'est l'acte fondateur de la responsabilité, la mise à disposition de l'œuvre au public, fait générateur qui occupe la place centrale dans la localisation du fait dommageable. L'argument n'est certes pas dénué de logique puisque la responsabilité découle nécessairement de cet acte premier. La jurisprudence s'est même faite l'écho de cet argument[530].

336. Une telle orientation de la règle de conflit est sans doute justifiée par la stabilité du droit applicable qu'elle assure.

337. L'unicité de la loi compétente – Il est vrai en effet que la solution de la loi du fait générateur favorise l'émergence par la règle de conflit d'une loi unique applicable à l'ensemble du litige. Alors qu'à l'inverse, l'application de la loi du dommage emporte l'élection d'une multitude de lois de protection, risquant par ailleurs d'affecter d'un coefficient d'incertitude la proximité de la loi désignée avec le rapport de droit en question. Si l'on devait simplement se placer sur le principe de prévisibilité de la loi applicable, c'est indéniablement vers un tel rattachement qu'il faudrait se concentrer. Le second argument est celui de la facilitation de l'activité des diffuseurs.

338. Facilitation de l'exploitation des œuvres – Lorsque l'œuvre fait l'objet d'une diffusion sur les réseaux numériques, chaque réception en constitue potentiellement une représentation. Cela revient à dire qu'en cas de diffusion, il est attendu de l'exploitant qu'il se conforme à l'intégralité des lois des pays de réception au risque de voir sa responsabilité engagée dans n'importe lequel pays au sein duquel il n'aurait pas obtenu un droit de diffusion de l'œuvre. La difficulté semble insurmontable. Une telle situation a été dénoncée comme pouvant constituer un frein potentiel à l'exploitation légale des œuvres. Les exploitants se trouvent indirectement incités à mettre en place des mesures de contournement visant à limiter leur responsabilité. La

[530] Cass. com., 8 nov. 2017 : *LEPI*, fév. 2018, p. 7, obs. A. LUCAS.

loi du fait générateur permet au contraire d'afficher un rattachement stable et prévisible, le diffuseur n'ayant qu'à se conformer à la loi du pays au sein duquel la transmission a eu lieu.

339. Jurisprudence – Il est loisible de penser que l'influence de la solution en matière de transmission par satellites ainsi que l'approche généralement admise en matière de délits complexes[531] a favorisé l'inclinaison des solutions en matière de droit d'auteur vers la loi du dommage.

340. Ainsi, à propos du célèbre arrêt Lamore, l'on a pu lire que : « la législation du pays où la protection est réclamée n'est pas celle du pays où le dommage est subi mais celle de l'Etat sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, l'obligation à réparation n'étant que la conséquence éventuelle de ceux-ci »[532]. La décision avait le mérite de poser de manière claire et concise le principe d'une inégalité des rattachements en matière de délits complexes ; le lieu de protection pertinent étant désormais confondu avec celui du fait générateur. L'œuvre litigieuse quoique non publiée, rédigée en anglais avait fait l'objet d'une adaptation non autorisée aux Etats-Unis et celle-ci avait été diffusée en France. Cette diffusion ne justifiait pas selon les juges l'élection d'un rattachement particulier dans la mesure où elle n'avait qu'une valeur secondaire vis-à-vis de la réalisation du film, source du conflit localisé aux Etats-Unis.

341. Pourtant, la quasi-totalité de la doctrine a relevé qu'une telle accessoirisation de la loi du préjudice étranger ne seyait pas au cas. En ce sens, la diffusion du film en France devait être considéré comme un délit autonome justifiant l'application de la loi française. Ainsi, nonobstant cette clarté d'apparence dans le principe d'une inégalité entre la loi du préjudice et celle du fait incriminé, la portée de cette décision s'est avérée fortement douteuse en raison notamment de l'incertaine qualification de délit complexe retenue par les juges.

342. En dépit des critiques qu'a suscitées la solution de l'arrêt *Lamore*, celle-ci fut dans un premier temps reprise dans l'affaire « *Google c/ Saif* »[533] dont la cause était la numérisation et

---

[531] Cass. civ. 1ère, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 132, *Bureau Veritas c/ Groupama* : *JDI* 2007. 949, obs. LÉGIER.

[532] Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, *Lamore* : *Propr. intell*. 2007, n° 24, p. 337, obs. LUCAS ; *RIDA* 2007, p. 261, obs. SIRINELLI ; *Rev. crit. DIP 2007*, 769, note AZZI ; *JDI* 2008, note ANCEL ; *D.* 2008, p. 1508, obs. JAULT-SESEKE ; *Gaz. Pal.* 2008, doctr. 1291, chron. TREPPOZ ; *RTD com*. 2008, p. 556, obs. POLLAUD-DULIAN.

[533] TGI Paris, 3e ch., 20 mai 2008, *SAIF c/ Sté Google Inc.* : *RDTI* 2008, 501, note J.-C. GINSBURG ; Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne encore méconnue », *CCE* 2008, Étude 22; V. aussi, Cass. crim 9 sept. 2008, « *Il Foglio* » : *D.* 2009, p. 1992, obs. TREFIGNY ; Crim. 29 nov. 2011, *D.* 2011, p. 2994 ; *AJ pénal* 2012, p. 164, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RSC* 2012, p. 167, obs. J. FRANCILLON ; *RTD com*. 2012, p. 207, obs. B. BOULOC.

la représentation sur le moteur de recherche « Google.fr » d'œuvres sans autorisation des ayants droit. Reprenant de manière quasi identique la solution précédemment posée en matière de délits complexes, le jugement retint que la loi du pays de protection devait s'entendre de celle où les faits délictueux se sont réalisés – en l'espèce, les Etats-Unis – à savoir le pays du fait générateur par opposition à celui où le préjudice est subi. Cette décision est porteuse d'un double intérêt. Dans un premier temps, elle confirme la tendance à l'exclusivisme du rattachement à la loi du fait générateur. Mais elle en radicalise aussi l'esprit. Il a été noté en ce sens, que si la jurisprudence *Lamore* attribuait la compétence par principe à la loi du lieu du dommage, elle n'excluait cependant pas l'application hypothétique d'une autre loi en application du principe de proximité[534]. Avec cette décision, la supériorité de la loi du pays du dommage est clairement affirmée.

b) L'exclusion de la loi du dommage

343. La fusion de principe entre la loi du lieu de protection et celle du fait générateur en cas de délit dissocié n'est toutefois pas à l'abri de toute critique. En dépit de l'unicité de la loi applicable qu'offre le rattachement au fait générateur, la capacité d'une telle loi à pallier la complexité des transmissions des œuvres sur les réseaux numériques est parfois remise en question.

344. Polymorphie de la notion de fait générateur – La première étape d'un rattachement par le fait générateur consiste dans la localisation de l'acte de mise à disposition de l'œuvre. Cette localisation peut paraître en soi problématique car aucun texte ne la définit avec exactitude.

345. La désignation du pays du fait générateur peut découler soit d'un critère technique, soit d'une approche plus économique de la notion[535]. D'un point de vue purement technique, le fait générateur correspond au lieu de commission de l'acte de contrefaçon, c'est-à-dire, dans

---

[534] Dans l'arrêt *Lamore*, la compétence de la loi du fait générateur en effet précédée de l'énumération d'un certain nombre d'éléments, à savoir la conception, la réalisation la représentation du film aux Etats-Unis, de même qu'une adaptation littéraire là encore aux Etats-Unis, ce qui a fait dire qu'en réalité, la compétence de la loi américaine en tant que loi du fait générateur procédait d'un raisonnement « proximiste » V. en ce sens, H.-J. LUCAS, note sous Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *JCP E*. 2008, 1144, n° 11.

[535] En ce sens, T. AZZI, « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois : De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Prop. intell*., 10/2009, spéc. p. 333.

l'hypothèse d'une transmission de l'œuvre sur les réseaux numériques, du lieu d'injection du signal, acte fondateur de la responsabilité.

Le lieu du fait générateur peut encore procéder d'un critère économique renvoyant au lieu d'établissement du diffuseur[536]. La solution bénéficie en effet de l'argument de la pérennité puisqu'elle a été consacrée auparavant pour désigner le pays d'émission dans le cadre des transmissions par satellite. Cette approche économique de la localisation du lieu du fait générateur est partagée en jurisprudence qui l'identifie au lieu sont prises les décisions d'exploitation[537].

346. Pourtant, quelle qu'en soit le critère de désignation, le rattachement exclusif à la loi du fait générateur apparaît critiquable à plusieurs égards.

347. Risque de manipulation du lieu de transmission – Cette limite était déjà soulevée à l'occasion des satellites ; elle est aggravée pour les réseaux numériques où la manipulation du point d'émission emporte des moyens techniques peu couteux. En pratique, la combinaison de la compétence du fait générateur et de la manipulabilité offerte par le média internet risquent de favoriser la délocalisation[538] des serveurs vers les pays à faible niveaux de protection. On pourrait ainsi assister à une situation de dumping de la propriété littéraire et artistique favorisant une certaine inégalité entre les exploitants. Ceux qui se localisent dans les pays à faible niveau de protection seraient astreints à des exigences moins fortes que ceux établis dans des espaces à niveau de protection élevée comme l'Union européenne[539].

348. On a certes soutenu que l'élargissement du critère au lieu d'établissement de l'exploitant avait vocation à relativiser les risques liés à l'éventuelle délocalisation des exploitants vers les paradis numériques ; mais le critère localisateur ainsi élargi demeure encore fort perfectible. D'une part, le fait qu'il s'agit d'un critère économique conçu pour une exploitation industrielle laisse de côté un élément sociologique important, à savoir qu'une proportion non moindre de utilisateurs et des diffuseurs des œuvres de l'esprit sont des individus isolés, ce qui relativise la pertinence du rattachement économique au siège social. Quand bien même ce lieu serait plus

---

[536] Favorables à celle localisation au lieu d'établissement du diffuseur : A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1374 ; V. aussi, E. TREPPOZ, *Répertoire dr. int. : PLA*, spéc. n° 18.

[537] TGI Paris, 20 mai 2008, « *SAIF c/ SARL Google, Sté Google* », préc. ; V. encore, CJUE, 19 avr. 2012, *Wintersteiger AG c/ Products 4U* : *GAPI*, n° 14, T. AZZI.

[538] VIVANT et BRUGUIÈRE, n° 84 ; CA Paris, 11e ch. A, 17 mars 2004, *T. K., Yahoo ! INC c/ Assoc. amicale des déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie, MRAP* : *CCE*, avr. 2005, n° 4, comm. 72, A. LEPAGE.

[539] T. AZZI, art. préc., spéc. p. 334.

largement compris comme celui du domicile de l'exploitant, la justification théorique d'un tel critère peine à convaincre. Il s'agirait en effet d'une interprétation très permissive de la règle de conflit du droit d'auteur que certains[540] ont dénoncée comme emportant un risque de dévoiement de sa finalité. Il est vrai qu'en identifiant systématiquement le lieu du fait générateur au domicile de l'exploitant, le risque est celui d'une personnalisation indirecte du rattachement focalisée sur le potentiel contrefacteur. Or, la finalité de la règle de conflit en droit d'auteur étant d'abord la protection des intérêts de l'auteur, il est à craindre qu'une telle lecture ne vienne en déplacer le centre de gravité.

349. Par ailleurs, la préférence d'un critère économique ne neutralise pas de manière définitive le risque de délocalisation[541]. Dans le cadre du développement de l'industrie des contenus, n'est pas exclu une situation dans laquelle certains Etats peu scrupuleux de la protection des auteurs mettraient en place des politiques d'attraction des hébergeurs. La manipulabilité du critère de rattachement présente de ce fait une limite qui fragilise l'avantage de stabilité qui lui est reconnu. S'il est indéniable qu'un tel rattachement à la loi du fait générateur présente des vertus certaines dans le cadre d'un espace harmonisé comme l'union européenne, sorti de ce cadre, il apparaît fort limité.

350. Inversion de la centralité des intérêts – Le système du fait générateur fait courir le risque de donner à la personne prétendument contrefactrice un avantage inconsidéré sur l'auteur. Or, qu'il s'agisse de la philosophie générale du droit d'auteur pris en tant que droit exclusif ou des principaux instruments conventionnels du droit international privé, tels que la Convention de Berne ou l'article 8.1 du règlement Rome II, c'est la protection des prérogatives du titulaire des droits exclusifs qui est mise au centre. Par le rattachement à la loi du lieu de la commission des faits, il y aurait donc comme une inversion des valeurs, de la centralité des intérêts au profit du contrefacteur dont le choix de transmettre l'œuvre à partir d'un pays donné peut simplement avoir été motivé par la nécessité d'échapper à un régime exigent de protection des œuvres de l'esprit.

351. Un tel système n'apparaît au demeurant pas satisfaisant pour une protection optimale du

---

[540] Ibid.

[541] L'hypothèse n'est pas purement théorique, si l'on se souvient de l'étrange de décision de la société MegaUpload, ancien géant de l'hébergement et du partage de fichiers en ligne alors en conflit avec le gouvernement américain de délocaliser au Gabon, V. sur la genèse de cette affaire : https://www.numerama.com/magazine/24208-megaupload-le-gabon-suspend-deja-mega.html.

droit d'auteur dans l'ordre international, d'où la proposition de lui substituer la loi du lieu du dommage.

2. Le lieu de protection identifié au lieu où le dommage est subi

352. Autres correspondances – La compétence du lieu du dommage renvoie aux idées de droit d'auteur parcellisé internationalement et de responsabilité civile délictuelle centrée sur la réparation L'acte générateur perd en puissance au profit de ses seuls effets (a). Mais la surdétermination des lois compétentes qu'un tel parti pris implique en donne un rendu tout aussi insatisfaisant (b).

a) Fondements de la compétence de la loi du dommage

353. La fonction répartitrice de la responsabilité comme guide du rattachement – L'attribution par principe de la compétence à la loi du pays du fait générateur n'emporte cependant pas la conviction généralisée. En témoigne les nombreuses critiques désapprobatrices de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Lamore*. En ce sens, une large frange de la doctrine se prononce en faveur d'une inégalité des rattachements mais cette fois-ci, en l'inversant au profit de la loi du pays où le dommage est subi.

354. La compétence de la loi du lieu où le dommage est subi reposerait sur la fonction réparatrice de la responsabilité civile délictuelle ; ce qui conduit à minimiser l'intérêt de l'élément causal dans la résolution du conflit de lois[542]. Théoriquement, l'atteinte à un droit exclusif constitue toujours un trouble à l'ordre public en ce qu'il caractérise la transgression d'un interdit formulé par un système juridique pour la protection d'un intérêt déterminé. Il en découle que, pour les partisans de la loi du fait générateur, c'est au lieu où une méconduite est alléguée que ce trouble est constitué, il paraîtrait par conséquent logique de le localiser à cet endroit.

A l'inverse, pour les auteurs favorables à la loi du dommage, le trouble à l'ordre public est en réalité constitué à l'endroit où un intérêt protégé est atteint. Or, ce qui caractérise l'atteinte, c'est le préjudice qui en découle. Il paraît dès lors plus judicieux de localiser le délit au lieu du

[542] Contra : J.-S. BERGÉ, « Actualité du conflit de lois sur le droit d'auteur : bataille au pays des fantômes » : *Gaz. Pal.* 2003, p. 1629, spéc. p. 1630.

préjudice[543].

355. La compétence de la loi du fait générateur exprimerait aussi une certaine tendance du droit international privé à la localisation des rapports de droit par leurs éléments extérieurs. Or, dans la mesure où le lieu du préjudice matérialise l'endroit où un équilibre est rompu entre les intérêts des parties, autrement dit celui où un déséquilibre est ressenti dans le patrimoine de la personne lésée, la logique du droit international privé devrait conduire naturellement à y localiser l'atteinte[544].

356. Spécifiquement au droit d'auteur, ces orientations générales de la responsabilité civile délictuelle devraient faire pencher la balance de l'interprétation de la loi du lieu de protection en tant que *lex loci delicti* du côté de la loi du préjudice. Pourtant, l'article 5.2 de la Convention de Berne ainsi que la grande majorité des instruments du droit international privé qui consacrent la loi du lieu de protection ne font référence au préjudice ou au fait générateur. M. AZZI relève cependant à propos de cette disposition que « *ni l'acte générateur du délit ni la personne qui en est à l'origine n'y sont mentionnés. L'élément mis en avant est la « protection » que recherche la victime. Il faut donc s'attacher au pays dans lequel ses intérêts sont affectés, c'est-à-dire le pays où elle subit le dommage.* » En d'autres termes, l'accent mis par le législateur conventionnel sur la protection constitue l'indice référentiel sur lequel s'appuie la logique favorable de la loi du dommage[545]. Par conséquent, ce serait au lieu où les intérêts de l'auteur sont potentiellement atteints qu'il faut apprécier la licéité de l'acte incriminé.

357. Au-delà de ces justifications théoriques, la loi du dommage est surtout renforcée par les faiblesses du rattachement au lieu du fait générateur, en particulier dans le cadre des réseaux numériques.

358. Renforcement de la protection des ayants droit – La loi du lieu de réception est présentée comme s'inscrivant dans le sens d'une meilleure prise en compte des intérêts de l'auteur ou des ayants droit. En effet, le choix de la loi du pays du fait générateur fait courir le risque de déplacer le centre de gravité du droit applicable des titulaires de droits vers le

---

[543] A. WEILL, « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle », préc., spéc. p. 552.

[544] Sur ces arguments en faveur de la loi du dommage, v. A. WEILL, *ibid*., p. 545 s.

[545] Contra : A. LUCAS, note sous TGI Paris,3e ch., 2e sect., 18 décembre 2009 : « on peut, cependant, répondre qu'on n'y trouve pas non plus la moindre référence au dommage subi ni à la personne de celui qui le souffre. En vérité, pour considérer que le mot « protection » impose de privilégier le point de vue du titulaire du droit d'auteur, il faut ériger en principe que la loi le met au centre du dispositif. »

contrefacteur dont la situation devient de manière indirecte le critère déterminant de la localisation. Le contrefacteur n'aurait plus qu'à choisir la loi la plus favorable à son activité. A l'inverse, la loi du préjudice a pour vertu d'élargir le champ des lois applicables. Ainsi, la transmission de l'œuvre sur le réseau à partir d'un pays à faible niveau de protection n'impacte que faiblement la possibilité pour l'auteur d'en appeler à l'application d'une loi plus protectrice de ses intérêts. La compétence de la loi du préjudice aurait ainsi pour conséquence d'éviter le nivellement vers le bas en termes de protection induite par la loi unique et prévisible du fait générateur[546]. La prévisibilité cède à la protection optimale du droit exclusif.

359. Fusion des compétences – D'un point de vue pratique, le caractère mondial de la contrefaçon selon le rattachement à la loi du lieu de réception facilite la coïncidence entre les compétences juridictionnelle et législative[547]. Si l'on pousse la logique d'un exclusivisme du rattachement à la loi du pays au sein duquel le dommage est subi, il en résulte que la loi française aura systématiquement vocation à s'appliquer dès lors que l'œuvre est accessible en France, puisque cette accessibilité constitue de fait la caractérisation d'un dommage au sein de l'ordre juridique français. L'intérêt d'une telle confusion des compétences – qui au demeurant ne serait pas sans risquer de faire basculer le conflit de loi dans une forme de lexforisme inavoué – présente un intérêt pratique certain en termes d'économie d'interprétation de la loi étrangère.

b) Insuffisance de la loi du pays du dommage

360. La loi du pays du préjudice ne manque certes pas d'intérêts au premier titre desquels court-circuiter les risques de fraude à la loi qu'emporte la loi du fait générateur. Elle n'en demeure pas moins critiquable sur certains aspects déterminants.

361. Limites théoriques : la remise en cause du délit complexe – Théoriquement, on ne peut que constater qu'une telle solution, du point de vue ses effets, risque de conduire à la dénégation de la complexité du délit de contrefaçon. L'application de la loi de chaque pays de réception s'apparente en effet à une analyse de l'atteinte en termes de parcelles d'activités délictuelles. La solution paraît en effet portée par un territorialisme rigide, c'est-à-dire que les effets d'un droit intellectuel ne peuvent en toute hypothèse outrepasser les limites du for de leur édiction. C'est ce cloisonnement territorial qui justifie la compétence de chaque pays où le

---

[546] CSPLA, « Loi applicable et juridiction compétente en matière de propriété littéraire et artistique », *LEGICOM* 2004/1, n° 30, p. 138 s., spéc. p. 139.

[547] A. LUCAS, note sous TGI Paris,3e ch., 2e sect., 18 décembre 2009, préc.

dommage est potentiellement ressenti. Or, comme nous l'avons souligné précédemment, l'absence d'intervention de l'autorité publique dans la création des droits de propriété intellectuelle suggère de relativiser le rôle du principe de la territorialité pour ces droits et autorise de privilégier une analyse en termes de délit complexe lorsque l'œuvre est transmise par internet. Aussi, la solution qui par principe reviendrait à nier la complexité du délit de contrefaçon dans le cas des œuvres transmises par réseaux numériques est de fait récusable dans la mesure où ses effets sont discordants avec les fondements de l'objet saisi par la règle de conflit.

362. Limite pratique : l'impraticabilité de la solution – On ne peut certes douter que toute personne doit être tenue responsable de ses propres actes, il n'en demeure pas moins que la prévisibilité de la loi applicable est un principe juridique tout aussi fondamental. Se posera nécessairement le problème de la conciliation de ces deux impératifs, avec une acuité doublée en situation d'éclatement des éléments constitutifs de l'atteinte. Or, considérer qu'en pareille circonstance, la loi du dommage est compétente par principe revient à dire que la loi de chaque pays du globe où le réseau est accessible est compétente pour une partie du litige. L'exploitant d'une œuvre en ligne se retrouverait par la même dans cette situation quasi-insurmontable où il doit se conformer à l'ensemble des territoires éventuellement impactés par la transmission. Il serait donc reconnu potentiellement en faute quand bien même l'émission serait légale au lieu où elle a lieu.

Dans l'hypothèse d'un réseau globalisé qu'est l'internet, nul besoin d'insister sur l'insécurité juridique qu'une telle règle de conflit implique. Dans un tel cas de figure, le risque pratique encouru est celui que la règle de conflit vienne à la longue s'imposer comme un handicap à l'exploitation optimale des œuvres de l'esprit sur internet. L'interprétation de la règle de conflit pose ainsi les termes d'un dilemme entre la recherche d'une protection optimale des ayants droit et l'instauration de conditions favorables à une meilleure circulation des œuvres de l'esprit ; impératif que compromet théoriquement la compétence de la multitude des lieux de réception.

363. L'évolution récente de la jurisprudence traduit cependant une tendance à transcender une lecture par trop manichéenne des critères de rattachement.

3. De la recherche des liens les plus étroits à celle de liens substantiels

364. Les limites relevées tant dans l'application de la loi du lieu où le dommage est subi que pour celle du fait générateur montrent bien que l'hypothèse d'un délit complexe en matière de

droit d'auteur ne peut se satisfaire de l'application pure et simple de l'une ou de l'autre de ces lois. La jurisprudence s'est orientée dans un premier temps vers le principe de proximité dans le but de localiser le fait dommageable (a). Cette sortie vers le haut permettait de ne pas avoir à opérer de préférence pour l'un ou l'autre des rattachements. Cette recherche des liens les plus étroits a vraisemblablement évolué vers une méthode plus spécifique moins attachée à la localisation. La loi du pays pour lequel la protection est demandée s'entend désormais comme celui entretenant des liens substantiels avec la situation, à savoir, celui vers lequel l'acte litigieux est orienté (b)

a) L'application d'un principe de proximité

365. L'égalité des rattachements – La solution n'est en réalité que d'une nouveauté relative si l'on se rappelle que dès les premières décisions en matière de délits complexes, la Cour de cassation avait très tôt posé le débat selon les termes d'une égalité entre lieu du préjudice et lieu où se sont réalisés les faits litigieux. On pouvait lire à propos de l'arrêt « *Gordon and Breach* » que : *« la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier.* »

366. Puis, de manière plus spécifique au droit d'auteur qu'en « présence de la pluralité des lieux de commission de ceux-ci, la loi française, en tant que loi du « lieu du préjudice », n'a pas vocation exclusive à régir l'ensemble du litige en l'absence d'un rattachement plus étroit, non démontré, avec la France ». A l'observation, il s'agissait déjà d'un premier coup de boutoir à l'application exclusive de la loi du fait générateur puisque la Cour en appelle au principe de proximité dans la localisation finale de l'atteinte ; de sorte que si la loi du fait générateur jouissait d'une compétence de principe, il ne s'agissait que d'une présomption simple qui pouvait être renversée au profit de la loi du lieu où le dommage est subi par la démonstration de liens plus étroits avec celui-ci.

367. Cependant, la solution de l'arrêt *Sisro* apparaissait limitée dans la mesure où les faits délictuels ne recouvraient pas la qualification d'un véritable délit complexe, s'agissant d'une pluralité de faits délictuels localisés de manière autonome. La Cour de cassation ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisque, tout en évoquant un mécanisme « *proximiste* », elle n'en a pas moins procédé à l'application distributive des diverses lois concurrentes.

368. La jurisprudence n'a toutefois pas manqué d'occasions de faire jouer sur le terrain du

délit complexe en droit d'auteur, le principe de proximité ; l'appliquant par ailleurs avec une certaine irrégularité[548]. Ainsi dans l'affaire opposant la société Google aux Éditions du Seuil et portant sur la numérisation aux Etats-Unis d'œuvres françaises puis leur diffusion en France par le site <Google.fr>, le juges ont retenu la compétence de la loi française en rejetant comme ils y étaient incités par la société Google – invoquant la jurisprudence *Lamore* – l'application de la loi américaine, en tant que loi du lieu du fait générateur. L'absence d'approche dogmatique résulte de ce qu'en prémisse, les juges ont rappelé le principe de l'arrêt *Gordon and Breach*, à savoir la mise sur un pied d'égalité du lieu du fait générateur et de celui où le dommage est subi. Ce qui appelait en toute logique à établir un faisceau d'indices visant à départager entre ces lois égales. Rejetant la compétence de la loi américaine qui avait été retenue au fond, la Cour de cassation s'est attelée à mettre en évidence divers facteurs établissant un rattachement plus étroit à la France parmi lesquels : l'usage du français du site, l'accessibilité du site en France, la saisine du tribunal français, le siège social français de la société Google France, la terminaison en « .fr » du site. La solution semblait introduire un équilibre dans l'interprétation de la *lex loci protectionis*, partant implicitement de constat d'insuffisance de toute approche dogmatique dans la localisation du fait dommageable.

369. L'observation montre cependant une mutation de l'usage du principe de proximité qui remet en question le raisonnement égalitaire sur lequel son application se fondait jusqu'à une période récente. L'on est en réalité passé d'une proximité, visant à exclure celle de la loi du fait générateur ou du lieu du dommage qui entretient le moins de liens avec le litige, à la sélection entre les lois du pays de réception elles-mêmes. En d'autres termes, la proximité joue désormais à l'intérieur même des lois du lieu où le dommage est subi.

b) L'abandon de l'opposition des rattachements : la recherche de liens substantiels

370. Accessibilité *versus* focalisation – Dans le sens d'une compétence exclusive du pays

[548] TGI Paris, 20 mai 2008, préc., où le tribunal a retenu que la loi du lieu de protection désignait la loi du fait générateur sans rechercher si la loi du dommage n'entretenait pas des liens plus étroits. La décision a cependant été cassée (CA Paris, 26 janv. 2011 : *RIDA* 3/2011, p. 488 et p. 391, obs. SIRINELLI ; *Comm. com. électr*. 2012, chron. 1, n° 13, obs. ANCEL ; *Propr. intell*. 2011, p. 201, obs. LUCAS ; *JCP E* 2011, 1586, n° 11, obs. H.-J. LUCAS ; *RLDI* 2011/70, 2295, obs. J. LACKER) mais uniquement en ce que le tribunal n'avait pas procédé à la recherche desdits liens les plus étroits. L'inégalité des rattachements au profit de la loi du pays générateur demeure cependant de principe dans la droite ligne de l'arrêt *Sisro*.

de réception, il a certes été proposé de retenir la compétence virtuelle de tous les pays où l'œuvre était potentiellement accessible, avec le risque réel de retenir une loi n'entretenant que peu de liens avec la situation visée au-delà de la seule accessibilité du site exploitant l'œuvre.

De fait, face aux limites pratiques qu'une telle solution emportait, c'est une approche plus ciblée de la localisation qu'a privilégié la jurisprudence. De telle sorte qu'en dépit de l'accessibilité mondiale que le réseau internet permet en principe, seule la loi qui présente des liens suffisants avec le litige sera reconnue compétente. Il s'agit en d'autres termes de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, « *un lien suffisant, substantiel ou significatif* » entre les faits ou actes incriminés et le dommage allégué[549].

371. La notion de focalisation ou du ciblage – La méthode de la focalisation part du principe qu'un simple lien distendu avec une situation juridique n'est pas de nature à justifier la compétence juridictionnelle ou législative d'un Etat donné[550]. L'idée est selon M. VIVANT, « *qu'un agissement, même susceptible de produire virtuellement des effets tous azimuts, ne devrait être pris en considération que dans la mesure où il serait effectivement « dirigé » vers un lieu donné* ». Or, le cas du délit complexe est en réalité topique d'un tel risque en particulier lorsque l'utilisation litigieuse s'est réalisée en ligne[551].

Dans notre domaine, il s'agirait en quelque sorte de reconnaître que la seule ubiquité rendue possible de manière théorique par le principe d'indépendance mais aussi matériellement par le biais d'internet, est insuffisante à localiser le pays de protection pertinent. Ce qui oblige à l'élaboration d'un faisceau d'indices propres à déceler la volonté d'un exploitant de diffuser l'œuvre au sein du lieu pour lequel la protection est demandée.

372. Subjectivité des critères – La méthode de la focalisation s'inscrit dans une logique volontariste. Il s'agit dans ce cas de ressortir l'ensemble des éléments témoignant de la volonté

---

[549] TGI Paris, 26 avr. 2006 *: RLDI* 2008, n° 523, obs. PECH ; *CCE* 2006, comm. 106, obs. CARON ; 2007, chron. 1, n° 8, obs. ANCEL : La formule est certes tirée d'un arrêt visant la désignation du juge compétent, mais l'observation montre en notre matière non pas une convergence des solutions à proprement parler sinon un rapprochement des méthodes ; TGI Paris, 6 juin 2007, *JCP* 2007. II. 10151, ANCEL ; TGI Paris, 9 nov. 2007, *JCP* 2008. II. 10016, note CHABERT ; TGI Versailles, 26 juin 2008, *D.* 2008, p. 2284, obs. MANARA.

[550] BUREAU et MUIR-WATT, n° 1017.

[551] D'inspiration américaine, la solution a été proposée par O. CACHARD dans sa thèse, V. *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, spéc. n° 107.

d'un agent de cibler un territoire particulier[552]. Selon la jurisprudence de la chambre commerciale, la caractérisation de cette volonté découle du comportement de l'exploitant du site de diffusion, de l'orientation ou de la destination qu'il donne à celui-ci. L'établissement d'un lien suffisant et substantiel avec un pays donné ne peut pas simplement découler de la diffusion de l'œuvre dans un pays donné *via* un réseau internet, encore faudrait-il démontrer une volonté de l'exploitant du site de viser le public de ce pays en particulier. Entre autres indices, la caractérisation d'une telle volonté pourra résulter de la langue utilisée par l'opérateur, du contenu des publicités visant le public d'un pays spécifique, de la monnaie utilisée sur le site[553], la disponibilité des produits litigieux dans le pays au sein duquel la protection est revendiquée.

373. La mise en application de la méthode – L'observation de la jurisprudence montre que cette méthode sert désormais de base à l'interprétation de la *lex loci protectionis*. Plusieurs arrêts vont non seulement dans le sens d'une condamnation de la tendance exclusiviste au profit de la loi du fait générateur que l'on a pu observer à propos des arrêts *Lamore* et *Google*, mais aussi consacrent le rejet de la seule accessibilité du site comme chef de compétence de la loi locale.

374. Compétence juridictionnelle – La solution a d'abord été mise en place en matière de compétence juridictionnelle dans la mise en place de l'article 5-3 de la Convention de

---

[552] On relèvera aussi la mise en œuvre de cette logique volontariste à l'occasion du débat sur les diffusions par satellites, notamment dans la « *théorie de Bogsch* » où étaient reconnues potentiellement compétentes l'ensemble des pays couverts par l'empreinte du satellite ; Certaines décisions étrangères faisant application de cette théorie ont parfois expressément reconnu la compétence de l'ensemble des lois des pays de réception dans la mesure où ceux-ci constituaient la « *zone de réception intentionnelle* », V. en ce sens, Cour d'appel de Vienne, 30 novembre 1989 : cité par A. KÉRÉVER, « La radiodiffusion par satellite et le droit d'auteur », *Bull. dr. auteur* 1990, n° 3, p. 19.

[553] V. en ce sens, CA Paris, 11e ch. A, 17 mars 2004, « *Yahoo* ! », préc., : « Qu'il est avéré que, si la société exerce son activité dans son pays à destination de ses résidents, elle développe et amplifie son activité auprès des internautes du monde entier, dont ceux de la France ;

Qu'en l'espèce, il est établi que la société Yahoo a continué de diffuser, malgré les décisions du juge des référés mentionnées supra, permettant ainsi aux internautes installés en France, et en particulier dans le ressort du tribunal de grande instance de Paris, de visualiser sur l'écran de leur ordinateur les services et sites incriminés ; que l'élément intentionnel de la société Yahoo est donc caractérisé ;

Qu'il a été démontré par ailleurs, que lorsqu'une connexion à son site d'enchères litigieux était faite à partir d'un poste situé en France, la société répondait par l'envoi de bandeaux rédigés en langue française, ce qui confirme que l'information n'est pas délivrée sur son site mais sur le poste de l'internaute »

Bruxelles[554]. Plusieurs arrêts font état d'une orientation claire de la jurisprudence dans le sens d'une identification du pays de protection par le biais de la focalisation[555]. Le principe en la matière avait été posé par l'arrêt *Hugo Boss*[556], certes en matière de droit des marques – mais l'observation montre qu'à la suite d'une brève hésitation, la solution en a été transposée au droit d'auteur. Dans cette décision, une marque de luxe, *Hugo Boss* poursuivait un site allemand au titre de contrefaçon en France d'une marque qu'elle exploite. Le site avait en effet à plusieurs reprises utilisé le logo de la marque sur des produits qu'elle proposait à la vente. Pour rejeter la compétence de la loi française, la Cour de cassation relève non seulement que le site n'était pas rédigé en français, mais qu'il pouvait se déduire des précisions apportées par le site lui-même que les produits n'étaient pas disponibles en France.

375. Extension de la focalisation en matière de loi applicable au droit d'auteur – Cette solution volontariste a été reconduite en droit d'auteur à partir du célèbre arrêt *aufeminin.com*[557]. Il s'agissait en substance de la disponibilité non autorisée d'une photographie sur le site de recherche Google.fr. La société Google, dans le sens de la jurisprudence *Lamore* soutenait la compétence de la loi américaine au détriment de la loi française incriminant une telle diffusion. La Cour de cassation retient la compétence de la loi française en relevant que le

---

[554] L'innovation vient surtout de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la chambre civile s'étant dans un premier temps tenu à la seule condition d'une accessibilité du site. Ainsi, dans le célèbre arrêt « *Cristal* », portant sur l'action en contrefaçon en ligne intentée par une société française contre une homologue espagnole à propos d'une marque de vin mousseux dite « Cristal », la 1ère chambre civile retint que le site qui était hébergé en Espagne, quoique passif était tout de même « accessible aux internautes français qui en connaissaient l'adresse », justifiant ainsi la compétence de la juridiction française. V. Cass. civ. 1ère, 9 déc. 2003 : *Rév. crit. DIP* 2004, p. 632, note CACHARD ; *JDI* 2004, p. 872, note HUET ; *JCP* 2004-II-10055, note CHABERT.

[555] V. sur cette séquence jurisprudentielle, S. DURRANDE, « Panorama propriété intellectuelle – Droit des marques », *D*. 2011, p. 908.

[556] Com. 11 janv. 2005, nº 02-18.381 : *D*. 2005. 428, note MANARA ; *JCP E* 2005. 571, note CASTETS-RENARD ; *JCP* 2006. I. 103, § 21, obs. CARON ; *JCP E* 2006, nº 1195, obs. VIVANT ; *Propr. intell*. 2005. 203, nº 15, obs. BUFFET-DELMAS ; *RLDI* févr. 2005. 27, nº 57, obs. COSTES ; *Légipresse* 2005, nº 221, III, p. 77, note P ASSA ; *CCE* 2005. Comm. 35, note CARON ; V. aussi, Cass. com., 10 juill. 2007 : *D*. 2007, p. 2112, obs. DALEAU et 2009, p. 691, obs. DURRANDE ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 322, note TREPPOZ ; *RTD com.* 2007, p. 712, obs. AZÉMA.

[557] Cass. Civ. 1re, 12 juill. 2012, *Bull. civ.* I, nº 162 ; *D*. 2012. 1879, obs. MANARA 2071, concl. PETIT, 2075, note CASTETS-RENARD, 2339, obs. d'AVOUT, 2348, obs. TREFIGNY, et 2850, obs. SIRINELLI ; *JCP* 2012. 1007, note Bruguière ; *Propr. intell.* 2012, nº 45, p. 416 et 420, obs. A. LUCAS ; *CCE* 2012, nº 91, obs. CARON, et 2013. Chron. 1, nº 14, obs. M.-E. ANCEL ; *RLDI* oct. 2012, nº 85, 2866, note GATEAU et COSLIN ; *RTD com.* 2012. 780, obs. POLLAUD-DULIAN ; *Rev. crit. DIP* 2013. 607, note USUNIER ; *JDI* 2013. 147, note AZZI

site Google.fr visait manifestement le public français. Pour ce faire, elle relève que « *le litige portait sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en Français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en « .fr » et que le lieu de destination et de réception des services Google Image et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France* ». La mise en exergue d'éléments tels que la langue, le domaine, et le pays d'origine des liens renvoyant à l'image litigieuse ayant pour fonction de caractériser la destination du site, correspondent à n'en point douter à une approche nouvelle du délit complexe. Celle-ci met l'accent sur les effets concrets d'une exploitation en se basant sur le fait ou non que l'exploitant vise un pays donné[558].

376. La Cour de Justice de l'UE considère elle aussi que c'est l'identification du public visé qui permet de déterminer le pays où la protection est revendiquée. Ainsi dans l'arrêt *Dataco Football*[559], où était en cause la réutilisation non autorisée d'une base de données appartenant à une société anglaise par une société allemande, la Cour a estimé que la seule accessibilité du site contenant les données litigieuses à partir d'un pays donné ne suffisait pas à caractériser un acte de réutilisation par l'exploitant au sens de la loi de ce pays. Encore fallait-il caractériser un certain nombre d'indices permettant de conclure que cet acte révèle l'intention de son auteur de cibler les personnes situées sur ce territoire. Pour ce faire, la Cour relève à propos de matches concernent le championnat de football anglais, que le lien litigieux était accessible à partir de sites de paris visant le public anglais, que la langue de ces derniers était l'anglais quand le site original est dans une autre langue. Il en est déduit que le public anglais est visé spécifiquement, ce qui permet de localiser le dommage en Angleterre.

377. Certains auteurs ont vu dans la méthode du ciblage une application du principe de proximité. L'arrêt *Sisro* ainsi que l'arrêt *Gordon* visaient en effet la recherche des liens les plus étroits selon un jeu classique fondé sur l'opposition entre la loi du fait générateur et celle du lieu où le dommage est subi[560]. Mais, toute référence à cette opposition ayant disparu de la jurisprudence récente, la focalisation s'opère uniquement entre les divers pays de réception de l'œuvre. La méthode de la focalisation consiste en effet à choisir entre les différentes lois des lieux où l'œuvre est potentiellement atteinte. Il s'agit comme l'ont souligné certains auteurs de

---

[558] Comp. précédemment, TGI Paris, 12 déc. 2009, *Éditions du Seuil et al. c. Google Inc. et al.* (aff. Google Books).

[559] CJUE 18 oct. 2012, aff. C-173/11, *Football DataCo c/ Sportrader GmbH, préc*.

[560] Un auteur s'interrogeait cependant déjà sur la possibilité d'une telle mutation fonctionnelle du principe de proximité à l'occasion de cette de l'affaire *Sisro* mais cette fois ci au profit de la loi du fait générateur, V. BISCHOFF, note sous Cass. civ. 1ère, 5 mars 2002, préc.

localiser le lieu de l'impact[561], c'est-à-dire le lieu où les intérêts de l'auteur sont le plus atteints de manière actuelle ou potentielle.

378. Justification de la solution – D'un point de vue général, l'affinement de la règle de conflit ici engagée montre surtout l'amorce d'une meilleure prise en compte de la spécificité du droit d'auteur dans la résolution du conflit de lois, au détriment d'une dissolution de cette spécificité dans les solutions propres à la responsabilité extracontractuelle.

La solution semble justifiée du point de vue de la territorialité du droit, même relative. On considère dans cette logique que l'œuvre fait l'objet d'une localisation individualisée dans chaque ordre juridique – et non plus que les effets d'un droit exclusif en un pays A se prolongent en un Pays B. En ce qui concerne les atteintes, la loi du dommage apparait la plus indiquée au détriment de celle du fait générateur, qui en pareille circonstance n'a plus qu'une portée localisatrice relative voire nulle. Ce qui importe dans ce cas, ce sont les résultats et non pas les faits qui en sont à l'origine.

La solution s'inscrit enfin dans le sens général des régimes modernes des responsabilité civile délictuelle que l'on dit caractérisés par « *l'idéologie de la réparation*[562]*, accompagnée du foisonnement de régimes de responsabilité sans faute* »[563]. Or, sur cette base, en tant que lieu de l'effet, du résultat objectif, la loi du dommage semble l'emporter dans l'interprétation de la notion de *lex loci protectionis.*

379. L'intention de viser un public – La solution de la focalisation peut encore trouver une justification dans l'argument suivant. La mise en œuvre du droit de communication au public comporte un élément volontariste : l'intention de mettre l'œuvre à la disposition du public. Or, ce qui lie la responsabilité lorsque l'œuvre est transmise par réseau numérique, c'est précisément cet acte de communication au public. Ceci revient à dire que dans le cas d'une transmission à distance, le public auquel s'adresse l'auteur de l'acte revêt une dimension

---

[561] VIVANT et BRUGUIÈRE, n° 84 ; J.-C. GINSBURG, « La localisation de l'acte de mise à disposition », in *Mélanges A. Lucas*, p. 414.

[562] On ne peut s'empêcher de déceler l'influence de la règle générale en matière de délits du règlement Rome II (article 4 al. 1er) dont la logique semble par ailleurs irriguer la règle spéciale en matière de droit de propriété intellectuelle. Le considérant n° 16 du préambule dispose d'ailleurs en ce sens que la compétence de la *lex loci damni* a vocation à créer « un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne de la responsabilité civile et au développement de systèmes de responsabilité objective. »

[563] BUREAU et MUIR-WATT, n° 985.

primordiale, indirectement, c'est lui que l'on localise dans le conflit de lois. C'est au lieu vers lequel cette communication est réalisée que seront concentrés à la fois les intérêts de la collectivité qui accède à l'œuvre, ceux de l'exploitant qui tire profit de la mise à disposition de l'œuvre et ceux de l'auteur dont le patrimoine est potentiellement atteint.

380. Conclusion de la section – La compétence de la loi du pays pour lequel la protection est demandée, qui se confondra le plus souvent avec la loi du délit, peut difficilement être remise en question pour les atteintes au droit d'auteur. C'est sans doute le domaine où la territorialité passe pour le principe le plus légitime. Si cette hégémonie pose peu de difficultés dans le domaine matériel, c'est-à-dire pour les modalités classiques d'atteintes aux droits, la donne est bien plus complexe s'agissant des atteintes réalisées grâce aux moyens de communication et d'exploitation qu'offrent les nouvelles technologies. Force est de constater qu'à ce titre, la loi du pays pour lequel la protection est demandée comprise comme le reflet d'une stricte territorialité (même à l'exclusion de la *lex fori*) devient elle-même source de difficultés et d'incertitudes pour les utilisateurs. Ce rattachement conduit à une surdétermination des lois applicables qui trahit une certaine obsolescence du principe de territorialité vis-à-vis des systèmes modernes d'exploitation.

En réponse à ces limites des solutions jusqu'à lors admises, l'évolution de la jurisprudence de la localisation vers la focalisation doit être saluée. Il n'en demeure pas moins que des sérieux points d'ombre restent à éclaircir. En d'autres termes, la focalisation ne suffit pas à combler les failles du principe de territorialité en termes de délits plurilocalisés.

Section 2 : Les Limites des solutions positives

381. L'application de la loi du lieu de protection dans un cas de délits complexes apparait comme une solution déséquilibrée en référence aux intérêts que soulève l'exploitation des droits d'auteur (paragraphe 1). Quoique la méthode dite de la focalisation ou du ciblage soit de nature à augmenter la prévisibilité du droit applicable, son application en matière de droit d'auteur n'est cependant pas sans réserver un certain nombre d'ambiguïtés (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le déséquilibre du système

382. Déséquilibre structurel de la *lex loci protectionis* – En matière délictuelle – dès lors qu'on a admis que la loi du lieu de protection renvoie à la *lex loci delicti* – la pertinence d'un rattachement peut toujours s'apprécier à l'aune de l'intérêt qu'il privilégie[564].

En ce sens, la loi du lieu de protection combinée à une territorialité stricte renvoyant systématiquement à la loi du dommage présente un sérieux risque de déséquilibre du système. Supposer que la loi du lieu de réalisation du dommage soit toujours compétente emporte la responsabilité virtuelle de l'utilisateur dans tous les lieux où l'œuvre est accessible.

La règle de conflit joue en ce sens comme une faveur offerte à l'auteur qui n'aura plus qu'à se réfugier à l'abri de la loi la plus favorable, tandis qu'à l'inverse, l'utilisateur est laissé dans une situation d'incertitude permanente.

383. On voit ainsi que les bases profondément territoriales de cette règle établissent un déséquilibre dans la relation tripartite qu'emporte le droit d'auteur. Certes, on pourrait arguer que la règle de conflit, s'inscrivant dans la finalité générale de la Convention de Berne a pour fonction principale la protection des titulaires contre les contrefacteurs. Il n'en demeure pas moins que c'est l'exploitation qui constitue le point d'achoppement du droit exclusif. Quoiqu'à la source d'un droit d'autoriser et d'interdire, l'œuvre elle-même n'a de sens en réalité que si elle est replacée dans sa dimension sociale, c'est-à-dire en tant qu'objet d'une confluence d'intérêts. Ce serait donc nier la dimension sociale de l'œuvre de l'esprit et partant du droit d'auteur lui-même que d'avaliser par la règle de conflit un pareil déséquilibre.

384. Inversion du déséquilibre – *A priori*, la méthode de la focalisation permet de combler un tel déséquilibre par la recherche des liens les plus étroits.

Cependant, à observer de plus près cette logique volontariste, l'on est portée à craindre qu'elle ne conduise au demeurant qu'à l'inversion pure et simple du déséquilibre. Effet, ce que l'on recherche dans la méthode de la focalisation, c'est bien l'élément traduisant la volonté de l'agent de viser un public donné. Ici, l'intention est primordiale dans la localisation de l'atteinte. Ne risque-t-on pas dans cette situation de retomber dans le travers dénoncé à propos de la loi du fait générateur qui avait pour défaut d'orienter la règle de conflit uniquement d'après

[564] En ce sens, A. WEILLL, préc., spéc. p. 551 s.

l'activité du potentiel contrefacteur ? La conception personnaliste du droit d'auteur ne se trouve-t-elle pas tout autant heurtée lorsque la loi du fait générateur est applicable par principe que dans l'hypothèse dans laquelle c'est la volonté du tiers qui dicte l'interprétation de la règle de conflit pourtant elle-même basée sur l'idée de protection[565]? Le doute est réel quant à l'inversion de la polarité des intérêts. Force est de reconnaître que l'approche volontariste déplace sensiblement de centre de gravité de la règle de conflit sur le tiers[566].

Paragraphe 2. Faiblesses des critères localisateurs

385. Risque d'inadaptabilité de la méthode – En tant qu'elle vise à localiser avec précision le public ou le marché dans lequel l'utilisation litigieuse d'une œuvre produit ses effets, la méthode de la focalisation parait particulièrement adaptée aux droits de la propriété industrielle et en particulier au droit des marques. Toutefois, un doute s'élève quant à la transposition telle quelle de cette méthode en droit d'auteur. En effet, ce qui caractérise, l'atteinte en droit des marques par exemple – qui comme on l'a vu a servi de matrice à cette méthode – correspond à l'usage ou à l'exploitation de la marque dans un pays donné, notamment par la disponibilité des produits marqués dans ce pays. On se souviendra en ce sens dans l'arrêt *Hugo Boss*, le juge avait refusé la compétence de la loi française en relevant l'indisponibilité des produits en France. Dans ce cas précis, la volonté de l'exploitant est pertinente puisque la disponibilité des produits ou la publicité sur le site dirigées vers un certain pays ne peuvent résulter que d'une

---

[565] A. LUCAS, note sous TGI Paris, 18 décembre 2009, préc., spéc. p. 649.

[566] On notera à titre exemplatif une décision de la chambre commerciale illustrative d'une application classique de la méthode la focalisation - Com. 11 janv. 2005, *Hugo Boss*, préc : dans cette décision, une marque de luxe poursuivait un site allemand au titre de contrefaçon en France d'une marque qu'elle exploite. Le site avait en effet à plusieurs reprises utilisé le logo de la marque sur des produits qu'elle proposait à la vente. Pour rejeter la compétence de la loi française, la Cour de cassation relève non seulement que le site n'était pas rédigé en français, mais qu'il pouvait se déduire des précisions apportées par le site lui-même que les produits n'étaient pas disponibles en France. Ce qui caractérisait l'absence d'atteinte sur le territoire français. On a cependant relevé que dans ce cas spécifique, c'est-à-dire lorsqu'était en question une marque notoirement connue, la seule utilisation en était fautive quelle que soit l'intention de viser un territoire en particulier, la marque jouissant d'une notoriété internationale (en ce sens, C. MANARA, « L'utilisation sur internet d'un signe identique à une marque française n'est pas une contrefaçon de celle-ci », *D.* 2005, p. 428.) On aurait pu imaginer que cette circonstance en plus de l'accessibilité du site en France vienne caractériser l'usage de la marque en France.

décision arbitraire de l'exploitant, démontrant ainsi sa volonté d'en établir un lien efficace et substantiel avec le public.

386. Toutefois, ce raisonnement pêche si reproduit en droit de la propriété littéraire et artistique[567]. Sur les réseaux numériques, l'atteinte résulte en principe de la transmission de l'œuvre et de son accessibilité ; il s'agit en effet d'une représentation[568].

387. De ce constat, deux orientations peuvent découler : soit l'exploitant en rendant l'œuvre accessible à un réseau mondial a voulu viser la terre entière ; soit, il n'a voulu viser aucun territoire en particulier – ce qui est envisageable par exemple lorsque le site propose plusieurs langues d'usage et ne limite l'accès à ses contenus par aucun moyen technique de filtrage par pays.

Selon la première hypothèse, la méthode de la focalisation se discrédite au profit de celle de l'accessibilité puisque la mise à disposition caractérise une représentation potentiellement mondiale[569], ce qui devrait en toute logique conduire à la compétence législative de tous les pays où l'œuvre est accessible. Selon la seconde, la recherche de la volonté de l'auteur est sans intérêt et pourra théoriquement déboucher sur une loi fortuite sauf à considérer que la loi française a vocation à s'appliquer immédiatement dès lors que le délit a lieu en ligne.

388. La volonté de l'exploitant peut s'avérer encore relativisée en raison de la pertinence de certains indices de la destination du site. Ne pourrait-on pas craindre par exemple que le critère de langue n'apparaisse peu relevant pour viser la France lorsque 57 Etats dans le monde ont en commun l'usage du français ? De même, comment interpréter l'usage de l'anglais sur un site dès lors qu'il est constaté que celle-ci s'est progressivement imposée comme la langue de référence dans le commerce international[570] ? L'usage d'une langue peut encore revêtir un caractère relatif en termes quantitatifs. A partir de combien de signes l'usage sera-t-il pertinent[571] ? Le critère volontariste strictement appliqué apparait ainsi limité, soit qu'il conduit à la compétence virtuelle de tous les Etats du monde, soit qu'il renforce le risque de fortuité de la loi du lieu de protection élue. Supposons à titre exemplatif un site de streaming, rédigé

---

[567] En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », *D*. 2008, p. 735 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 159

[568] En ce sens, M. VIVANT, *Rép. dr. int. : Internet*, spéc., n° 28 s.

[569] Sur cette conclusion, V. POLLAUD-DULIAN, n° 2043.

[570] Comp. A. LUCAS, note sous CA Paris, 9 septembre 2009, « *Gazmuri-Guttmann* » : *Propr. intell*., n° 34, p. 641.

[571] Dans l'arrêt *Hugo Boss* par exemple, le pourvoi tirait la compétence de la loi française de l'affichage en introduction du site litigieux du mot « *bienvenue* ».

intégralement en anglais, offrant de la publicité en anglais, ayant une terminaison en «.com » mais dont les œuvres sont accessibles et téléchargeables en France. On pourrait affirmer selon le critère de la disponibilité des produits que la possibilité de téléchargement rend la loi française compétente ; mais à y regarder de plus près la volonté de cibler le public français pourrait-être relativisée par le critère de l'anglais qui s'est imposé dans les usages du commerce comme langue de travail et qui, composé à l'indice de la terminaison du site en «.com » montre que l'exploitant n'a entendu viser aucun pays. En d'autres termes, la centralité du critère subjectif peut conduire à des incohérences d'où la nécessité d'une approche plus élargie des critères de localisation.

389. Conclusion de la section – *In fine*, l'application de la loi du pays où la protection est demandée s'avère un parti pris limité si le rattachement est compris dans le sens d'une territorialité stricte. Dès lors qu'il est indéniable que l'exploitation internationale des droits de propriété peut donner lieu où à des délits complexes, le couple ubiquité du réseau et ubiquité des œuvres rend peu lisible les solutions applicables. La démultiplication des lois applicables à laquelle conduit une telle règle, relativise son intérêt sur le plan de la prévisibilité du droit applicable.

Nous persistons cependant à penser qu'en termes de droit applicable la prévisibilité du droit est un objectif cardinal tant du point de vue théorique que pratique. D'une part, pour éviter les situations de fortuité de la loi compétente et d'autre part, dans le but de ne pas favoriser des stratégies d'évitement voire de fraudes.

390. Conclusion du titre – Ce titre avait pour finalité d'examiner le jeu de la territorialité appliqué concrètement par le biais de la loi du lieu pour lequel la protection est demandée. En ce qui concerne le domaine de la loi applicable, l'observation montre une hégémonie de la territorialité, quoique cette dernière fut longtemps contestée. L'application unitaire de la *lex loci protectionis* a actuellement les atours d'un acquis dans l'ensemble des législations nationales qu'il nous a été donné à observer. Force est cependant de constater que, si d'un point de vue théorique une telle évolution est justifiable au regard des grandes lignes du droit international privé, il n'en demeure pas moins qu'elle soulève elle-même autant de complexité qu'elle prétend en résoudre. La sécurité juridique ressort indéniablement sacrifiée au profit de

l'application unitaire d'une seule loi. De même, si la légitimité du principe de territorialité peut difficilement être contestée en matière d'atteintes, il est indéniable qu'en matière de délit complexes, ce principe vient brouiller là encore la lisibilité des solutions par l'effet de démultiplication des lois applicable qui lui est intrinsèque. La territorialité comme horizon indépassable du droit international de propriété intellectuelle ne peut donc pas être admise. L'utilisation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques en est une illustration.

391. Conclusion de la partie – cette partie avait pour but d'examiner le traitement conflictuel du droit d'auteur sous l'angle du principe de territorialité. Il en ressort que les ambigüités du principe de territorialité rejaillissent indéniablement sur la règle de conflit qui lui est attachée. Le maniement de ces notions s'avère délicat et a parfois incité à certaines analogies contestable – en particulier quant à l'assimilation de la loi du pays pour lequel la protection a une simple *lex fori*, alors que cette fusion ne peut être qu'incidente.

Il est ressorti que la territorialité qui sépare les droits d'auteur territoire par territoire n'est en réalité que la traduction juridique de la volonté des Etats de garder la maitrise sur l'exploitation des droits de propriété intellectuelle qu'ils reconnaissent. En dernier ressort, la territorialité du droit est le corolaire sur le plan du droit international du principe de souveraineté, sans pour autant qu'une telle affiliation soit de nature à bloquer l'existence de règles bilatérales à la matière du droit d'auteur. La *lex loci protectionis* quant à elle, correspond à la loi du lieu où un droit est atteint. Non pas parce que ce droit se localise à cet endroit comme une simple propriété réelle, mais parce que c'est à ce lieu que sont atteints les intérêts lésés et que s'apprécie la balance des intérêts (individuels et collectifs) qui est spécialement conçu par chaque pays. Le caractère « universel » de cette solution – comme en témoigne le règlement Rome II – apparait archaïque par certains côtés selon nous. Dans un contexte international où la donnée souveraineté-territoire est indéniablement en perte de vitesse, le maintien tel quel du principe de territorialité risque fort de conduire à des incongruités juridiques – on se rappellera la solution de l'arrêt *Lamore*. Une réévaluation du domaine des solutions auxquelles il donne lieu s'impose donc, encore faudrait-il en proposer des fondements cohérents. Telle sera l'objet de la partie suivante.

PARTIE 2. RELATIVITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITE COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES

392. Concurrence universaliste – Compte tenu des faiblesses qui ont été identifiées à propos de l'application exclusive de la territorialité du droit d'auteur, notamment en ce qu'elle renvoie à une démultiplication des lois compétentes, il a parfois été proposé de lui substituer une approche universaliste. Comme souligné précédemment, la mondialisation de l'économie et les évolutions technologiques sont porteuses d'une relativisation du principe de souveraineté, et par ricochet des règles fondées sur ce principe. En quête d'alternative, il pourrait être argué qu'une loi unique aurait vocation à régir le droit quel que soit l'endroit où il est revendiqué. En termes de prévisibilité la solution est sans doute opportune, encore faudrait-il rechercher des fondements solides lui servant de base (titre 1er). La déficience du rattachement universaliste ne permet cependant pas à notre sens d'en dénier tous les avantages. Ce faisant, une troisième voie pourrait être admise si l'on ne considère comme absolu, ni la territorialité, ni l'universalisme. En d'autres termes, des solutions nouvelles peuvent être proposées basées sur un compromis entre ces deux principes (titre 2).

Titre 1er : L'alternative universaliste

393. De manière schématique, la localisation d'un rapport de droit peut obéir dans la tradition du droit international privé à trois procédés. Elle peut porter sur le sujet, sur l'objet, ou sur la source du droit[572]. Puisque la dernière renvoie le plus souvent à la *lex loci delicti* (ou à la loi du contrat) que nous avons identifiée comme le corolaire de la loi du lieu pour lequel la protection est demandée, il est loisible de rechercher dans les deux autres éléments localisateurs le fondement d'une alternative au principe de territorialité. En d'autres termes, la recherche d'une alternative universaliste appelle à examiner un rattachement par le sujet du droit, l'auteur (Chapitre 1), puis de manière plus orthodoxe, par l'objet du droit, l'œuvre (chapitre 2).

[572] LOUSSOUARN, BOUREL et De VAREILLES-SOMMIÈRES, n° 218.

Chapitre 1 : Le rattachement universaliste en fonction du sujet de droit

394. Statut personnel et stabilité du droit applicable – Le statut personnel se définit traditionnellement en droit international privé comme l'ensemble des règles qui s'appliquent à l'état et à la capacité des individus. De manière générale, le rattachement au statut personnel se justifie dans les domaines où il y a nécessité d'une loi invariante. De sorte que la compétente législative ne vienne pas perturber les attentes légitimes des parties, notamment dans les cas où l'intérêt litigieux fait l'objet d'un droit acquis ou attaché à l'individu. Autant pour les bénéficiaires de ces droits que pour les tiers vis-à-vis desquels le droit exclusif constitue éventuellement une limitation des libertés, il pourrait s'avérer fâcheux qu'il varie au gré des ordres juridiques. L'état des individus, en ce sens qu'il draine à la fois des préoccupations liées à la culture, l'identité, les droits qui leur sont attachés en tant que personnes, ne peut se satisfaire d'une approche par trop territorialiste sans engendrer de graves incohérences. Il faut une loi stable qui suit la personne et traduit ainsi la permanence de son état en tant que tel. L'accord se fait donc sur ce que le statut personnel constitue le meilleur garant de l'effet international d'un droit en raison de sa propension à la permanence.

395. Sort de prérogatives patrimoniales – Aussi, lorsqu'en notre matière, on envisage un dépassement du principe de territorialité, le statut personnel apparait de prime abord comme une alternative naturelle. Une objection vient immédiatement à l'esprit, celle du sort réservé aux prérogatives patrimoniales. On sait que le statut personnel, regroupe essentiellement des droits de nature extrapatrimoniale. Comment admettre dans ce cadre théoriquement limité un ensemble complexe de prérogatives comme le droit d'auteur, composé notamment d'un monopole d'exploitation ?

396. Par rapport aux autres droits subjectifs, le droit d'auteur présente la spécificité de découler directement d'une manifestation de l'activité intellectuelle de l'auteur et l'œuvre est conceptuellement une projection de l'auteur en tant qu'individualité[573] ; cette spécificité se concrétise par l'octroi de prérogatives morales. L'exploitation de cette dernière caractéristique sur le plan de la loi applicable appelle un raisonnement de nature moniste, où seules les prérogatives intrinsèquement liées à l'auteur en tant qu'individu, auraient une vertu localisatrice. En d'autres termes, pour que le droit d'auteur puisse se rattacher au statut

[573] Rappr. A. R. BERTRAND, *op. cit.*, n° 101.73.

personnel, encore faudrait-il que les droits patrimoniaux n'aient qu'une valeur juridiquement secondaire par rapport à leurs pendants extrapatrimoniaux[574].

397. Si la défense du rattachement au statut personnel des droits d'auteur ne se rencontre quasiment plus en doctrine, elle demeure effective, au moins à titre subsidiaire, dans le droit positif et la qualification personnaliste du droit d'auteur y est encore soutenue. Partant du principe savignien que la nature des choses dicte le rattachement, il semble judicieux d'observer à titre d'hypothèse la praticabilité d'un tel rattachement. On verra en ce sens que l'hypothèse d'un rattachement personnaliste ne peut prospérer qu'en présence d'une logique moniste dont il faudra questionner les viabilités théorique et pratique (section 1) avant d'en critiquer l'effectivité en droit international privé (Section 2).

Section 1ère : Fondements théoriques d'un rattachement personnel

398. Qualification personnaliste de l'œuvre – Si de manière générale, la complexité des droits reconnus aux auteurs est admise par la plupart des pays continentaux, le caractère purement personnel de ce droit n'en a pas moins été soutenu. S'il est vrai en effet que l'institution du droit d'auteur voit ses premières heures dans le giron de la propriété, nous avons souligné que cette désignation est d'abord symbolique car étroitement liée à la place prépondérante que le concept de propriété occupe dans l'esprit des lumières[575].

399. Doctrine allemande – Pourtant, assez tôt dans la doctrine allemande du XVIIIème siècle apparait l'idée que le droit d'auteur ne peut être réduit à un droit de propriété mais qu'il correspond à une émanation de la personnalité de l'auteur lui-même. C'est à E. KANT qu'est traditionnellement attribué le rôle précurseur dans la doctrine que l'on dira par la suite personnaliste ou morale[576]. Afin de contrer l'idée en vogue à cette époque selon laquelle la contrefaçon serait autorisée car l'œuvre est un produit sur lequel celui qui en a la possession légitime détient un droit réel, KANT opère une distinction fondamentale entre le livre - « *opus mechanicum* » - *et le discours au public dont il est le support matériel. Il n'est donc pas question pour le droit d'auteur « d'un droit in re, à savoir sur l'exemplaire (car le propriétaire peut le*

---

[574] En ce sens, M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 258.

[575] V. *supra*, n° 43.

[576] Dans « Von der Unrechtmassigkeit des Buchernachdrucks » (1785), ainsi que dans «Metaphysische Anfangsgründe der rechtslehre » (1797).

brûler devant les yeux de l'auteur), mais d'un droit inné, inhérent à sa propre personne, qui implique la faculté de s'opposer à ce qu'un autre le fasse parler au public malgré lui ». Or, ce discours ne peut exister que par le biais d'une personne, l'auteur. Ce qui lui confère un droit inaliénable à parler en son propre nom ou à désigner un intermédiaire en la personne de l'éditeur pour ce faire. Chez KANT, cette notion de droit de la personnalité apparait de manière embryonnaire et n'a pas encore la forme que lui donneront les juristes allemands d'abord, puis français bien plus tard[577]. L'exposé de KANT ne vise par ailleurs pas directement le droit de l'auteur à proprement parler, mais plutôt celui de l'éditeur.

400. A la suite, c'est avec O. GIERKE que sera développée une véritable construction juridique tenant le droit d'auteur pour un droit de la personnalité. Chez GIERKE[578], la classification des droits subjectifs s'opère selon leur objet, c'est à ce titre que surviennent les droits de la personnalité qui vont permettre la jouissance au profit de leur titulaire, en référence à un tiers d'un « *bien personnel* » ou « *l'exercice d'une faculté personnelle* »[579]. Le droit d'auteur est perçu comme pleinement imputable à cette catégorie qu'il nomme encore droits « *éminemment personnels* », composée de prérogatives de nature hétéroclite lui assurant « un *pouvoir sur un élément inhérent à sa propre personnalité* », telles que « *la vie, la liberté, l'honneur,* […] *des noms ou des signes,* […] *les conditions ou les résultats d'une activité donnée,* […], *les fruits d'une activité intellectuelle créatric*e ». GIERKE fait ainsi partie des auteurs qui proposent une définition du droit d'auteur fondée certes sur la maîtrise d'un objet immatériel, mais précisément, sur un objet considéré comme l'émanation de la personne de l'auteur. Cette maîtrise qui est au placée au cœur du droit se résume principalement dans la faculté de disposer de la publication et de la reproduction de l'œuvre[580]. C'est au titre de cette idée de maîtrise que le créateur recueille « *les avantages matériels et moraux qui y sont attachés* ». Il n'y a donc pas chez GIERKE de césure entre droit moral et prérogatives patrimoniales, le lien juridique établi entre la personne de l'auteur et l'objet immatériel formant une unité indivisible. Mais si cette approche est unitaire, elle n'en demeure pas moins

---

[577] Il est toutefois notable que, la théorie kantienne pose les fondements de la future conception dualiste en distinguant pour la première fois, droit inné de l'auteur et faculté d'accorder à autrui la prérogative de s'exprimer en son nom (que l'on pourrait assimiler à une forme de droit patrimonial de reproduction avant l'heure), ce qui en fait déjà une réaction au moniste propriétaire des jeunes heures du droit d'auteur.

[578] O. GIERKE, « *Deutsches privatrecht* », Leipzig, 1895, p. 708 et s.; Cette présentation est empruntée à P. RECHT, *op. cit.*, p. 82 et s.

[579] En ce sens, S. STRÖMHOLM, *op. cit*., n° 69, p. 317.

[580] V. P. RECHT, *ibid*., p. 85.

personnaliste, s'agissant d'un droit exclusif portant sur une production incorporelle de la personnalité de l'auteur.

401. Doctrine française – En France, ce sont les difficultés à définir un régime de protection de l'auteur basée sur la transposition pure et simple du régime de la propriété traditionnelle aux œuvres de l'esprit qui suscitent les premières remises en cause de la logique purement propriétariste[581].

402. Pour ce faire, d'éminents auteurs tels que BERTAULD et MORILLOT seront les premiers à soutenir l'idée d'un droit d'auteur-droit de la personnalité, fondement d'un droit moral dont découlent les prérogatives patrimoniales elles-mêmes. Le trait commun de ces deux approches se situe dans le rejet d'une assimilation du droit d'auteur à une propriété au profit d'une ascendance personnelle ou naturelle. Pour BERTAULD, les prérogatives reconnues à un créateur sur une œuvre de l'esprit tranchent avec celles d'un propriétaire en ce que pour ces œuvres, l'objet du droit qui ne se confond pas avec le support est idéel ; or, pour ce type de création, l'appropriation est impossible, car elle nécessite l'existence d'une chose tangible. C'est donc dans la personne de l'auteur lui-même qu'il faut rechercher l'origine du droit. MORILLOT quant à lui, abonde en ce sens en réfutant l'idée d'une propriété sur soi. Le droit d'auteur est définitivement lié à la personne de l'auteur dans la mesure où, ce n'est que le résultat de l'exercice par ce dernier de sa liberté individuelle. Aussi, la contrefaçon ne constitue pas pour lui une atteinte sur une chose mais porte directement sur l'auteur en ce qu'elle atteint la personne humaine elle-même par le biais de l'œuvre[582]. Des approches analogues seront encore développées dans la pensée d'auteurs tels que SALEILLES[583], BERARD[584], NAST[585].

---

[581] *Ibid*, spéc. p. 109

[582] V. en ce sens, P. RECHT, p. 57 s. ; S. STROMHOLM, t1. p. 272 s.

[583] « Entre ces deux réalités de fait qui sont bien des réalités juridiques au premier chef, l'activité créatrice de l'individu considérée comme inhérente à la personnalité, comme force interne et agissante, prise en puissance, si l'on peut dire, et les produits de cette activité, il y a des degrés, des intermédiaires, des situations mixtes ; et la propriété littéraire nous présente précisément l'une de ces situations », v. note sous Cour de Paris, 1er fév. 1900, Sirey, 1900, II, p. 121.

[584] L. BÉRARD, Du caractère personnel de certains droits dans les régimes matrimoniaux, Paris, 1903, pp. 40-65 : « l'œuvre d'art porte l'empreinte de l'esprit et de la personnalité de l'artiste, elle livre toujours à qui sait l'surprendre le secret d'une âme et ma marque d'un caractère. Le droit d'auteur est une entité juridique, indivisible, susceptible de transaction mais essentiellement personnel. »

[585] Pour A. NAST, le droit moral « ne saurait être dissocié du monopole d'exploitation. Il est lui-même le monopole

403. Jurisprudence – Ce sont les incidences pratiques d'un droit d'auteur-propriété qui conduisent en jurisprudence à sa remise en cause. Le problème avait été soulevé à l'occasion du débat sur les conséquences matrimoniales du droit d'auteur en cas de divorce. L'approche qui fait du droit d'auteur une valeur exclusivement patrimoniale postulait pour la chute de ce dernier dans la communauté des biens.

C'est en tous cas la position qu'avaient adopté les juges du fond dans la célèbre affaire des œuvres du compositeur *Lecocq*[586]. Dans une perspective personnaliste, la Cour de Paris souligna quant à elle que, d'une part, le caractère spécial du droit d'auteur en faisait un bien insusceptible d'appropriation selon la législation en vigueur, et que d'autre part, des droits moraux qui y sont attachés demeurent même après cession liés à leur auteur. Ainsi, s'ils tombaient dans la communauté des acquêts ce dernier perdrait la faculté d'amender son œuvre. Infirmant cette solution et posant par la même les base d'une véritable doctrine jurisprudentielle[587], la Cour de cassation reconnut les difficultés pratiques qui eussent découlé d'une chute totale du droit dans la communauté, mais posa une différence de régime entre le monopole d'exploitation qui en tant que valeur patrimoniale issue de l'industrie des époux devait tout naturellement être soumis au régime de la communauté et la possibilité reconnue à l'auteur de modifier voire de supprimer sa création en tant que faculté intrinsèque à sa personne.

Allant plus loin dans une espèce similaire, la Cour de Paris définit le droit d'auteur comme « la faculté inséparable de la personne de l'auteur » qui « ne rentre dans aucune des classifications du Code civil et constitue un droit extrapatrimonial qui, par sa nature et en l'absence d'un texte imposant une solution contraire, ne saurait tomber dans la communauté »[588]. Certains affirmeront à ce titre que l'invention d'un droit moral au profit de l'auteur n'avait vocation qu'à faire échec aux déconvenues patrimoniales qu'une qualification en termes de simple propriété risquait d'emporter[589]. Il n'en demeure pas moins que l'on voit consacré en jurisprudence

---

d'exploitation, le droit véritable. Le droit de tirer des bénéfices de l'œuvre n'est rien d'autre que l'exercice de ce monopole, de ce droit d'auteur » ; v. note sous Trib. Seine, 1er avr. 1936, D., 1936, p. 2 et s.

[586] Cass. civ. 25 juin 1902 : *DP* 1903, 1, p. 5, concl. BAUDOIN et note COLIN.

[587] S. STRÖMHOLM, *op. cit.*, n° 65, p. 287.

[588] Cass. civ., 4 mai 1945 : *D.* 1945, 285, note DESBOIS ; *S.* 1945, 1, p. 101, note BATIFFOL.

[589] La solution ne semblait cependant pas aller de soi puisque l'hésitation gagnait aussi la jurisprudence. Ainsi de l'affaire *Masson*, Cass., 16 août 1880, *D.P.* 1881.1.25 : « *la propriété littéraire et artistique, essentiellement mobilière, a le même caractère et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait apporter à sa durée. Une telle propriété est meuble dans sa valeur principale comme dans ses produits et doit comme tel accroitre l'actif de la communauté.* »

l'existence d'un droit à caractère purement personnel alors que la catégorie des droits de la personnalité peine encore à se distinguer. C'est pourtant dans la doctrine posée par l'arrêt Lecocq, caractérisée par la juxtaposition d'un droit de la personnalité et de certaines prérogatives patrimoniales que la loi du 11 mars 1957 puise ses fondements les plus juridiques.

404. Centralité de l'auteur – Il n'est pas douteux que l'œuvre de l'esprit est d'abord la projection de la personnalité de l'auteur. Si l'on pousse cette logique, l'on pourrait admettre que, d'un point de vue théorique, la personnalité du créateur est centrale par rapport à l'objet créé. L'argument pourrait par ailleurs s'autoriser de l'observation tant du droit conventionnel que du droit commun dont l'esprit et la structure donnent une place prépondérante à la personne de l'auteur.

405. La Convention de Berne en effet, toute territorialiste que soit son esprit, met l'auteur au centre de son dispositif de protection. Son préambule se donne pour mission en ce sens, la protection la plus efficace des « *droits des auteurs sur leurs œuvres* ».

406. En droit commun, l'esprit personnaliste du droit d'auteur continental, particulièrement en France en tant qu'il découle de la pensée jusnaturaliste des Lumières peut mettre sur la piste d'une prépondérance de l'auteur sur l'œuvre[590]. L'influence que les droits moraux exercent sur le monopole d'exploitation montre bien que l'esprit humaniste qui caractérise le droit d'auteur continental n'a pas qu'une valeur incantatoire mais vise bien à placer l'auteur en tant que tel au centre du mécanisme de protection.

407. Cette lecture inégalitaire des prérogatives pourrait par ailleurs se fonder sur une certaine tendance jurisprudentielle relative aux rapports entre le droit de divulgation et le monopole d'exploitation. Il est loisible à titre d'illustration, de citer une affaire qui opposait les héritiers du philosophe E. LEVINAS[591]. Celui avait par testament réparti la gestion posthume de son œuvre entre son épouse, sa fille et son fils. Ce dernier recevait exclusivement le droit de publication et de conservation des manuscrits. A la suite de la numérisation d'une partie de ces œuvres et à la conclusion d'un contrat d'édition par le fils, sa sœur l'a assigné en justice pour méconnaissance de sa qualité de coindivisaire des droits d'exploitation. Elle relevait à l'appui de ses prétentions notamment que le droit de divulgation, prérogative morale du droit d'auteur

---

[590] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 32.

[591] Civ. 1ère, 25 mars 2010 : *D*. 2010. 888, obs. DALEAU, 1599, note EDELMAN et 1603, note ALLAEYS ; *AJ fam*. 2010. 235, obs. VERNIERES ; *CCE* févr. 2010, n° 59, obs. CARON ; 1599 ; *RTD civ*. 2010. 348, obs. REVET ; *RTD com*. 2010. 303, obs. POLLAUD-DULIAN.

n'a pour seul objet que la première publication et ne peut autoriser son titulaire à conclure un contrat d'exploitation. La question de droit revenait ainsi à déterminer si le droit moral de divulgation s'épuise par la seule communication de l'œuvre au public ou s'il se manifeste encore dans l'exploitation des droits patrimoniaux. Dans une décision abondamment critiquée, la Cour de cassation répond par la négative en soulignant que le fils, titulaire du droit moral était le « *seul habilité à décider de la communication au public des œuvres de son père, du choix de l'éditeur et des décisions de cette édition*. »

408. La solution s'inscrit nettement dans le sens d'un droit moral fort ; mais surtout, elle laisse penser qu'il existerait dans l'agencement des prérogatives du droit d'auteur une supériorité des droits moraux sur le monopole d'exploitation dans la mesure où le bénéfice d'une prérogative extrapatrimoniale emporte la faculté d'exercice d'un droit patrimonial théoriquement séparé. Tout se passe en définitive comme si le droit moral résumait parfaitement le droit d'auteur et que le monopole d'exploitation n'en était qu'un accessoire.

409. Est-ce à dire dès lors qu'il que l'on pourrait tirer sur le plan du conflit de lois les conséquences de cette prépondérance apparente de l'auteur ? Force est de constater qu'elle peine à convaincre tant la doctrine que la jurisprudence.

Section 2 : Le rejet du rattachement par la nationalité de l'auteur

410. La solution présente des avantages certains. Pourtant, elle n'a que rarement fait l'objet d'une systématisation doctrinale[592]. Ce qu'il faut sans doute attribuer aux obstacles qui ne tardent à s'élever contre l'admission d'une qualification du droit d'auteur en droit personnel.

411. Dans un sens propriétariste comme dans l'autre personnaliste, le droit positif ne consacre pas de logique hiérarchique entre les prérogatives du droit d'auteur, ce qui pourrait suffire exclure l'application d'une loi universaliste fondée sur la nationalité de l'auteur (paragraphe 1). Mais même en admettant hypothétiquement cette approche moniste, au profit du droit moral, compris comme un droit de la personnalité, force est de constater qu'elle conduirait en considération des données du droit positif à des résultats analogues à une approche territorialiste du droit applicable, c'est-à-dire privilégiant les conséquences de l'atteinte aux droits d'auteur (paragraphe 2).

[592] V. cependant, A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2ème éd., t. 4, 1912, p. 477.

Paragraphe 1. L'absence de hiérarchie entre les prérogatives du droit

412. Personnalisme moniste – L'approche moniste que suppose le rattachement du droit d'auteur au statut personnel peine, il est vrai, à emporter notre conviction comme fondement d'une règle de conflit universaliste. Certes, la solution inverse tendant à faire des prérogatives morales de simples accessoires du monopole d'exploitation – pour mieux asseoir le rattachement au statut réel – a fait l'objet de nombreuses critiques, mais celles-ci avaient essentiellement pour but de mettre en lumière la complexité du droit d'auteur, sans nécessairement viser une quelconque hiérarchisation des prérogatives.

L'absorption de la portée localisatrice des droits patrimoniaux par les droits moraux, en réalité ne trouve pas de fondement effectif dans le droit positif, quoique le créateur occupe une place centrale dans le dispositif théorique du droit d'auteur. Il faut sans doute associer cet état de fait au constat logique selon lequel l'œuvre et l'auteur constituent des notions strictement intimes et en déduire qu'une telle accessoirisation ne peut valablement prospérer sans dénaturer le droit lui-même. Sans revenir en détails sur ces arguments qui ont été développés en première partie[593], force est de constater que l'observation montre surtout des phénomènes d'interdépendance et d'autonomie entre les différents pôles du droit d'auteur.

413. Autonomie des prérogatives – Comme précédemment évoqué vis-à-vis de la thèse propriétariste, toute lecture moniste bute sur l'écueil théorique d'une autonomie de prérogatives. Il faudrait pour accréditer l'idée d'un droit d'auteur personnel relever que la mise en branle du droit moral soit de nature à influencer systématiquement le monopole d'exploitation. Or, tel n'est pas véritablement le cas.

Observons le droit à la paternité par exemple[594]. Lorsque les droits patrimoniaux ont été valablement cédés, les effets de la cession n'en sont pas pour autant remis en question du fait de la méconnaissance de cette prérogative morale. Tout au plus, le créateur de l'œuvre pourra-t-il obtenir la reconnaissance de sa qualité d'auteur, mais, la cession continue de produire ses

---

[593] V. *supra*, n° 52.

[594] V. sur cette illustration, J.-S. BERGÉ, *op.cit.*, n° 119 à propos de CA Paris, 1er février 1989, « *La Nuit du sérail* » : *RIDA*, oct. 1989, p. 301, obs. SIRINELLI ; *JDI* 1989, p. 1005, obs. EDELMANN ; *D.*, 1990, som. com. 52, obs. COLOMBET.

effets de manière autonome. Cela démontre qu'en droit positif, les différents aspects du droit d'auteur sont théoriquement ordonnancés selon une logique d'autonomie, que cette autonomie n'est pas frontalement remise en question du fait d'un droit moral particulièrement fort en droit continental.

Il est toutefois à noter que cette séparabilité n'est en rien absolue et en pratique, on observe des interconnexions[595] entre les différents pôles du droit, ce qui, loin d'accréditer la thèse moniste personnelle conforte surtout celle d'un droit complexe sur le plan de sa nature.

414. Imbrication des prérogatives – On a pu écrire dans le sens de cette imbrication que : « ces éléments que l'on classe sous l'étiquette commune de droit moral (…) agissent sur l'élément pécuniaire du droit d'auteur, « bien entrant dans le commerce », au point d'en transformer la physionomie. C'est dans l'interaction respective de l'élément moral et de l'élément pécuniaire qu'il faudra désormais chercher le secret de la nature du droit d'auteur. »[596]

On verra en ce sens apparaître des situations dans lesquelles le droit moral conditionne l'exercice des droits patrimoniaux[597]. Mais il n'en demeure pas moins douteux d'en conclure une quelconque relativité des droits patrimoniaux. Dans un esprit analogue, le professeur RAYNARD montre dans sa thèse[598] comment le monopole d'exploitation influe sur les prérogatives morales de l'auteur, bien qu'il oriente sa démonstration dans le sens d'une qualification exclusivement propriétariste. Sans aller jusqu'à admettre cette approche unitaire, on peut reconnaître des occasions où les droits moraux eux-mêmes se voient parfois affectés par certains aspects de l'exploitation patrimoniale de l'œuvre. L'imbrication des prérogatives

---

[595] POLLAUD-DULIAN, n° 65.

[596] J. RAULT, F. ESCARRA et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 1937, p. 14.

[597] En ce sens, V. A. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. n° 101.67. L'auteur note par ailleurs que cette imbrication de prérogatives fait est source d'une certaine dérive où l'on voit le droit moral instrumentalisé dans la pratique dans le but pour les auteurs d'obtenir de meilleures rémunérations. La pratique viendrait de ce fait contredire l'hypothèse d'une dualité entre prérogatives morales et patrimoniales en érigeant un droit moral quasi-patrimonial ; V. encore, P. SIRINELLI, note sous Cass. civ. 14 mai 1991, « *Chiavarino* » : *RIDA* janv. 1991, n° 151, p. 273 : « *Que dire par exemple d'un auteur qui dans un premier temps, en autorisant une adaptation de son œuvre, signe également, et moyennant finances, une clause par laquelle il renonce par avance à l'exercice de son droit ay respect tout en ayant conscience de la nullité d'un tel acte ? Qu'adviendra-t-il si l'auteur menace ensuite de demander l'interdiction d'exploiter l'œuvre en raison des atteintes portées à sa création, la clause renonciatrice n'ayant aucun effet ? Le droit d'auteur ne doit pas être le moyen d'un immense racket (ici, la perception de trois rémunérations, dont deux constituent « le prix du silence »)* ».

[598] *Op. cit*, n° 367 s.

apparaît à l'observation des effets de certaines exceptions visant pourtant le monopole d'exploitation mais dont l'effet se répercute sur le droit moral de l'auteur. Il en va ainsi de l'exception de citation à propos de laquelle certains auteurs ont pu relever qu'elle constitue « *par définition une atteinte à l'intégrité de l'œuvre* »[599]. Il en irait de même à propos de l'analyse et de la parodie[600].

415. *In fine*, ces exemples montrent bien qu'il est vain de tenter de méconnaître la dimension patrimoniale du droit d'auteur sans en dénaturer le sens. En réalité, les prérogatives reconnues à l'auteur sont d'une nature complexe et quoiqu'elles soient pensées comme autonomes, elles s'influencent mutuellement en pratique. Le fait que les prérogatives patrimoniales puissent parfois neutraliser le bénéfice du droit moral montre bien qu'ils ne sont pas de simples accessoires ou des effets secondaires des prérogatives morales mais bien une dimension fondamentale de ce droit.

416. Par ailleurs, quand bien même cette dimension personnelle serait admise, partant du principe que l'œuvre est avant tout une émanation personnelle de l'auteur et que seule cette considération doit être prise en compte dans le processus de rattachement, une telle approche risque de se heurter à quelques objections tant sur le plan théorique que pratique.

Paragraphe 2. L'ineffectivité du rattachement personnel

417. Hypothèse d'un droit moral qualifié de droit de la personnalité – A supposer l'effectivité théorique d'une hiérarchisation au profit des prérogatives morales, encore faudrait-il admettre la qualification de droit de la personnalité du droit moral. La thèse ne fait pas l'unanimité en doctrine.

Les droits de la personnalité portent sur des aspects divers du sujet considéré en lui-même. Cette catégorie dont les contours sont encore discutés comprend l'image, le nom, l'intégrité physique, l'honneur, la réputation. Les droits de la personnalité font le plus souvent l'objet d'une définition négative par opposition aux droits patrimoniaux. La doctrine considère globalement qu'il s'agit de « *droits extérieurs au patrimoine ; ils sont, dit-on in-susceptibles d'évaluation*

---

[599] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHOLETTER, n° 557

[600] Ibid.

pécuniaire, in-cessibles, in-disponibles, in-transmissibles à cause de mort et enfin in-saisissables. »[601]

418. En droit international privé, le statut personnel recouvre l'ensemble des situations juridiques dans lesquelles la personne se trouve directement mise en cause[602] : problématiques relatives à l'état et à la capacité des individus.

Or, théoriquement, si le droit d'auteur, centré sur les prérogatives morales est entièrement conçu lui-même comme un droit de la personnalité, extrapatrimonial, l'on pourrait en déduire son rattachement au statut personnel (A). Cependant, une série d'obstacles vient à l'encontre de cette qualification de droit international privé (B).

A. Le droit moral comme droit de la personnalité

419. Droit moral et droits de la personnalité – Le droit moral est traditionnellement conçu comme un droit rattaché à l'auteur en tant que personne. C'est basiquement le propre des droits de la personnalité. Toutefois, lorsqu'on observe le régime du droit moral, force est de constater qu'il diffère en de nombreux points avec les autres droits de la personnalité ; à ce point que la qualification personnaliste au-delà de la lettre est parfois contestée (1). En dépit de spécificités qui tiennent au fait que le droit moral nait par l'intermédiation d'une œuvre de l'esprit et qu'il côtoie un monopole d'exploitation, c'est bien dans la catégorie des droits de la personnalité qu'il convient selon nous de classer le droit moral (2).

1. Une qualification personnaliste contestée

420. Double niveau de contestation – Outre que la catégorie dans laquelle ce droit s'insère fait l'objet d'une certaine contestation, le droit moral est lui-même contesté en tant que droit de la personnalité notamment du point de vue ses caractéristiques (a). Cette contestation est renforcée par la possibilité qu'une personne autre que l'auteur d'exercer un tel droit, comme le montre le régime de l'œuvre collective (b).

---

[601] J.-Ch. SAINT-PAU (dir.), *Droit de la personnalité*, Lexis-Nexis, Paris, 2013, n° 444 s.

[602] MAYER et HEUZÉ, n° 507.

a) Divergences de caractéristiques entre droit moral et droit de la personnalité

421. Existence contestée des droits de la personnalité – Le premier obstacle est relatif à l'incertitude entourant l'existence d'une catégorie des droits des droits de la personnalité en général et du rattachement du droit moral à cette catégorie de règles en particulier. Sans entrer dans les détails des questions complexes que soulèvent les droits de la personnalité, on relèvera simplement que la notion de droit de la personnalité en tant que catégorie fait débat en doctrine[603].

Pour MM. CONTE et PETIT, il n'existerait pas de véritables droits dits de la personnalité propres à former une catégorie juridique distincte, mais seulement un ensemble de mécanismes généralement liés à la responsabilité civile délictuelle et destinés à sanctionner les atteintes portées à l'individu en tant que tel[604].

Pour le doyen ROUBIER, il s'agit moins à de droits subjectifs à proprement parler que « *d'intérêts juridiquement protégés* » [605]. Par exemple, l'atteinte physique ou morale portée à un individu ouvrirait seulement un droit à réparation, mais ne constituerait aucunement un droit au respect de l'intégrité physique. Or, en déduit MM. GHESTIN et GOUBEAUX, « *tout intérêt lésé donnant lieu à réparation n'est pas nécessairement un droit subjectif, à moins d'adopter une définition exagérément large de ce concept* »[606].

On peut cependant soutenir à l'encontre de cette lecture restrictive interdisant la notion de droit de la personnalité qu'un droit subjectif existe dès lors que le droit objectif octroie à un individu un pouvoir déterminé pour assurer la protection d'intérêts, ceux-ci pouvant être tant d'ordre moral que matériel[607]. L'article 1341-1 du code civil abonde en ce sens ; il dispose en effet que : « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur,*

---

[603] Pour un traitement d'ensemble de ces questions, V. J.-Ch. SAINT-PAU (dir.), *op. cit.*

[604] Ph. CONTE, B. PETIT. *Les Personnes*, PUG, 1992, p. 20.

[605] V. *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 : d'après la formule de R. von JHERING, *L'esprit du droit romain*, traduit par O. de MEULENAERE, 2e éd., t. IV, Maresq, 1880, § 70, p. 326 ; Dans la préface de la thèse de R. NERSON, ROUBIER nota à propos de la théorie des droits de la personnalité, qu'il s'agit de « *l'une des théories les plus absurdes du droit civil », composée de « droits fantômes conçus par des imaginations déréglées* », V. R. NERSON, *Les droits extra-patrimoniaux*, Thèse Lyon, 1939, préf. P. ROUBIER.

[606] J. GHESTIN et J. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Introduction générale*, LGDJ, 1990, n° 216.

[607] P. KAIZER, préc., spéc. p. 454.

à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. » Ceci implique qu'il existe bien tant au sens de loi qu'à celui de la jurisprudence des droits subjectifs détachés de la sphère patrimoniale à laquelle les créanciers notamment n'ont pas accès car strictement attachés à la personne de l'auteur. Il ne serait pas exclu d'y voir la reconnaissance, certes sous une forme imparfaite d'un principe général du droit de la personnalité.

422. Personnalité contestée du droit moral – Pour une partie de la doctrine c'est à cette catégorie qu'il convient de rattacher le droit moral dont la cause est l'implication de l'auteur en tant que personne dans l'œuvre elle-même[608].

Il est admis en ce sens que l'expression « *droits de la personnalité* » est apparu précisément à l'occasion d'une affaire concernant les droits extrapatrimoniaux de l'auteur. Dans l'affaire *Lecoq*, la Cour de cassation estima, à propos de l'entrée du droit d'auteur dans la communauté des acquêts que la mise en commun de ces droits, ne pouvait porter atteinte *« à la faculté de l'auteur, inhérente à sa personnalité, de faire ultérieurement subir les modifications à sa création, ou même de la supprimer* » [609]. Le droit moral aurait ainsi servi de modèle aux autres droits de la personnalité sans toutefois se confondre avec ceux-ci[610]. Certes sur un plan purement fonctionnel, ont-ils en commun la sauvegarde par des moyens juridiques de la personnalité de celui qui se prévaut du droit. Mais, contrairement aux autres droits de la personnalité qui se fondent principalement sur une logique de droit à la réparation, le droit subjectif inhérent à l'auteur passe nécessairement par l'œuvre. Aussi estime-t-on que l'existence d'un monopole d'exploitation adossé aux prérogatives morales ne constitue pas un obstacle à l'admission de ces dernières à la qualification de droit de la personnalité, à condition pour cela d'y voir une forme particulière de droits de la personnalité naissant par l'effort créatif et non assimilable à une propriété classique[611].

423. Pourtant, l'admission du droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité est parfois contestée. Certains lui préfèrent une qualification autonome[612], au motif notamment que son inclusion dans la catégorie voisine des droits de la personnalité emporte « *le risque de voir*

---

[608] V. entre autres, POLLAUD-DULIAN, n° 723 ; « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G.* 1993-I-3780, p. 331 ; P.-Y. GAUTIER, n° 189 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 325 ;

[609] Cass. civ. 25 juin 1902, préc.

[610] Ibid.

[611] P. KAIZER, préc., spéc. p. 473.

[612] J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 74.

le droit moral se fondre peu à peu dans une nébuleuse et s'affadir, donc s'affaiblir »[613].

Plus frontalement, M. BERTRAND relève que les trois caractéristiques principales du droit moral – à savoir son attachement à l'œuvre (et non à l'auteur), sa perpétuité, ainsi que sa transmissibilité – ne permettent pas de l'attraire dans le giron des droits de la personnalité[614].

Cette critique à l'encontre de la personnalité du droit moral est encore partagée par M. RAYNARD pour qui les droits moraux et les droits de la personnalité s'exercent selon des modalités fondamentalement différentes, ce qui trahit leur différence de nature. Pour cet auteur, alors que les premières s'exercent en considération d'une atteinte à la personne, les secondes n'ont vocation qu'à conditionner l'exercice du monopole d'exploitation et seraient ainsi plus attachées à l'œuvre elle-même prise comme un simple bien économique qu'à la personne de l'auteur[615].

Pour M. BINCTIN, l'approche dualiste consacrée en droit français notamment « fait du droit moral un droit de la personne alors que ce droit ne naît pas avec l'auteur, ne s'éteint pas non plus avec ce dernier, il est perpétuel », et d'en conclure que « le droit d'auteur est une branche du droit des biens et non du droit des personnes. Le droit moral est un élément du droit de propriété, il bénéficie notamment des moyens de protection de la propriété. C'est une composante de celui-ci et non un élément autonome et parallèle. »[616]

424. Il faudrait d'un point de vue global, retenir de ces contestations que le droit moral serait fondamentalement différent des droits de la personnalité, tant du point de vue de sa nature que de celui de son objet. Le premier viserait l'œuvre, dont la centralité dans le dispositif de protection induit nécessairement une certaine intermédiarité par rapport au bénéficiaire final du droit subjectif. Tandis que les seconds seraient invocables sans intermédiaire parce qu'intrinsèquement attachés au sujet lui-même.

b) Le cas des œuvres collectives

425. Droit moral et œuvre collective – Dans le même ordre d'idées, la reconnaissance du

---

[613] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 498.

[614] A. R. BERTRAND, *op. cit.*, p. 101.69.

[615] J. RAYNARD, note sous Cass. civ. 1re, 28 mai 1991 : *D.* 1993, jur. 197 ; V. aussi, *Droit d'auteur et conflit de lois*, n° 755.

[616] N. BINCTIN, « Le droit moral en France », *Cah. dr. propr. int.*, vol. 25, n° 1, p. 303 s., spéc. p. 311.

droit moral aux personnes morales notamment dans le cadre de l'œuvre collective[617] conduit encore certains à douter de sa qualification de droit de la personnalité[618].

A priori, la personnalité morale est théoriquement incompatible avec les droits de la personnalité, dès lors qu'ils sont conçus comme strictement attachés à la personne humaine. C'est une conséquence logique s'agissant d'une catégorie de droits dont on admet qu'elle a pour fondement le principe de dignité humaine, soit la notion même de personnalité entendue comme « *ce qui fait ou exprime l'individualité ou l'unicité de chaque être humain* »[619] .

Certes, l'évolution du concept et l'élasticité de la matière ont permis de diversifier les droits de la personnalité[620], faisant ainsi accéder les personnes morales au bénéfice de certains droits subjectifs, ce mouvement demeure cependant minoritaire, lorsque les aspects visés sont indéfectiblement liés à la personne physique[621].

426. Or, il s'agit précisément de la fonction du droit moral que de traduire juridiquement l'implication spirituelle de l'auteur dans l'oeuvre. Comment reconnaître dès lors à une personne morale un ensemble de prérogatives dont il est théoriquement admis qu'elles découlent de l'activité intellectuelle d'une personne physique et lui sont attachées en raison de cet état ? *a priori*, on serait, tenté de conclure sur ces bases que si le droit moral était un droit de la personnalité, il ne pourrait par définition pas profiter à une personne morale.

En dépit de ces critiques, la qualification de droit de la personnalité nous paraît toutefois admissible.

---

[617] Art. L. 113-5 CPI : « L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée.
Cette personne est investie des droits de l'auteur ».

[618] N. BINCTIN, « Personne morale et droit d'auteur », Rev. sociétés 2012, p. 496, où l'auteur note que : « Le droit d'auteur n'est pas un droit attaché à la personne de l'auteur mais un régime spécial de droit des biens dont jouit l'auteur ou toute autre personne désignée par la loi, dès la création, sur des biens intellectuels originaux. La personne morale peut donc bénéficier de tous les atours du droit d'auteur dès lors qu'elle est bénéficiaire ab initio du droit d'auteur. »

[619] G. LOISEAU, cité par A. LEPAGE, V. *Rep. dr. civil : droits de la personnalité*, spéc. n° 162 s.

[620] V. à propos de cette tendance à l'extension de la catégorie des droits de la personnalité, V. Ph. MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, 2007, n° 280.

[621] P. KAYSER, préc., spéc. n° 35.

2. Admission de la qualification personnaliste

427. Pertinence de la qualification de droit de la personnalité – Schématiquement, le principe fondamental d'une contestation du droit moral qualifié de droit de la personnalité peut se résumer comme suit : d'une part, le droit d'auteur protège l'œuvre, quand les droits de la personnalité protègent la personne humaine et, d'autre part, les caractéristiques du droit moral divergent de ceux des droits de la personnalité. Mais ces critiques méritent d'être relativisées.

428. Communauté de fonctions – Il existe en réalité tant une communauté de fonctions que de caractéristiques entre le droit moral et les autres droits de la personnalité.

Du point de vue fonctionnel, ces droits partagent une finalité défensive de l'individu, quoiqu'en matière de droits d'auteur, elle ne se réalise que de manière médiate.

En effet, le droit d'auteur ne peut sans réduction douteuse être limité à ses seules utilités économiques. Celui-ci établit un lien qui n'est comparable à aucune autre relation de type sujet/objet. La spécificité de l'œuvre est d'être une création intellectuelle où l'auteur extériorise sous une forme déterminée son for intérieur. En ce sens, l'œuvre est indéfectiblement rattachée à son auteur. Ce lien que traduit juridiquement le droit moral ne peut valablement prendre une forme patrimoniale ou être vu comme un accessoire du monopole d'exploitation sans renier sa propre fonction qui est la sauvegarde de l'auteur en tant que personne.

429. On objectera certes qu'une telle protection n'est envisageable qu'en présence d'une œuvre de l'esprit et que celle-ci est d'abord un bien dans le commerce. Mais, quoiqu'on ne puisse douter de sa centralité, l'œuvre n'est du point de vue des prérogatives morales qu'un canal vers la personne de l'auteur. Par exemple La mutilation non autorisée qui peut en être faite est sanctionnable parce qu'elle risque de trahir la vision de l'auteur, ses choix esthétiques, et *in fine,* donner une image faussée de sa personnalité.

Il est de ce fait loisible d'affirmer que le droit moral est bien un droit de la personnalité mais qu'à la différence des autres droits de ce type, sa mise en action passe nécessairement par le biais d'une création originale. Il s'agit seulement là d'une spécificité qui ne dément en rien la nature et la fonction du droit saisi.

430. La jurisprudence le reconnaît d'ailleurs dans la mesure où elle cantonne l'application du droit moral, qui ne pourrait servir à protéger les intérêts extrapatrimoniaux de l'auteur indépendamment de toute création. C'est ainsi que, la Cour de cassation, s'inscrivant dans une logique similaire a pu énoncer que : « *le droit moral de l'auteur, qui est seulement le droit de faire respecter soit l'intégrité de l'œuvre, soit son nom en tant qu'auteur est entièrement*

étranger aux autres droits de la personnalité »[622].

431. Cette approche réductrice est en fait la plus précise puisqu'elle reconnaît clairement la place du droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité en dépit de l'existence du média qu'est l'œuvre de l'esprit.

432. Communauté de caractéristiques – Cette communauté entre droit moral et droits de la personnalité se poursuit du point de vue des caractéristiques, quoique certaines spécificités liées au droit moral doivent être relevées.

On sait qu'en tant qu'il est attaché à la personne, le droit moral est inaliénable, perpétuel, et imprescriptible, tandis que plus généralement, les droits de la personnalité se caractérisent par leur caractère extrapatrimonial, incessible, indisponible et intransmissible. Le bât blesse cependant quant à l'indisponibilité et à l'intransmissibilité qui semblent parfois souffrir d'une certaine relativité.

433. Indisponibilité – En tout état de cause, le caractère indisponible des prérogatives morales ne peut être tenu pour absolu compte tenu de la nécessaire articulation de ces dernières avec le monopole d'exploitation. Comme on l'a vu, le droit moral impacte le régime de l'exploitation des œuvres, jusqu'à permettre à l'auteur de se retirer de ses engagements contractuels. L'importance d'un tel pouvoir de l'auteur nécessite parfois des ajustements dont la finalité est la conciliation des différentes sphères du droit d'auteur dans l'exploitation des œuvres. En d'autres termes, la dualité du droit d'auteur appelle en pratique une indisponibilité relative, justifiant dans certaines situations exceptionnelles l'admission de conventions portant sur un droit de la personnalité[623]. Aussi, loin de mettre en échec la qualification personnaliste, cette relativité, introduit pourrait-on dire une notion de proportionnalité des conventions touchant à ces droits. La cour de cassation a ainsi été amenée à rappeler que : « *l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation,*

---

[622] Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1993 : *D.* 1994. jur. 78, note FRANÇON ; V. toutefois l'article 6 de la Convention de Berne pour lequel la protection du droit moral se confond avec celle de l'honneur et de la réputation de l'auteur.

[623] D'ailleurs, le mouvement de patrimonialisation des prérogatives personnelles n'est pas propre au droit moral mais en réalité est constatable à l'égard de l'ensemble des droits de la personnalité ; les autres attributs de la personnalité pouvant selon ce même principe de proportionnalité faire l'objet de conventions, il n'est pas au demeurant pas choquant qu'un droit de même nature qui plus est accolé à un monopole d'exploitation bénéficie du même type d'ajustements visant à en assurer une exploitation effective, V. en ce sens, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 331.

diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changements auxquels il plairait à ce dernier de procéder. » [624] Il est judicieusement rappelé l'importance du droit moral, mais cette position générale laisse aussi entendre *a contrario* qu'une renonciation ciblée et strictement encadrée du droit de la personnalité peut être admise[625].

434. Transmissibilité pour cause de mort – Le caractère perpétuel que l'on pourrait évoquer comme le fondement d'un point de divergence doit encore, nous semble-t-il être interprété comme la marque d'une spécificité du droit d'auteur, nécessaire à ses modalités d'exploitation. Il est vrai que le droit moral tranche frontalement avec les autres droits de la personnalité en raison de son caractère transmissible[626] . L'article 121-1 CPI pose en effet que le droit moral est perpétuel et transmissible pour cause de mort. Il s'agit d'apparence d'une contradiction théorique, s'agissant d'un droit conçu comme attaché à la personne humaine mais transmissible à la mort de cette dernière.

Pourtant, si l'on considère que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et qu'elle survit à l'extinction de la personnalité juridique de celui-ci, il parait au demeurant logique d'aboutir sans ésotérisme mal venu, au principe selon lequel tant que cette dernière existe, l'esprit que l'auteur y a infusé y subsiste concomitamment[627]. Dès lors, une protection permettant de sauvegarder l'authenticité de cet esprit s'avère nécessaire.

De ce fait, la perpétuité du droit est donc une caractéristique justifiée tant par la spécificité du droit, qui ne s'exprime que par le biais d'une œuvre, que par la nécessité pratique d'une protection aux atteintes réalisées à la personnalité de l'auteur *post mortem*. Cette spécificité du droit moral n'est cependant pas propre entrainer son exclusion de la catégorie des droits de la personnalité. Il s'agit plus simplement d'un aménagement spécifique à l'objet saisi, à savoir l'œuvre de l'esprit.

435. Le régime exceptionnel de l'œuvre collective – Quant au régime de l'œuvre collective qui, comme nous l'avons relevé est utilisé comme un argument pour la réfutation de la personnalité du droit moral, son importance doit aussi être rapportée à sa juste proportion. Il

---

[624] Cass. civ. 1ère, 2 avr. 2009, « *aff. On va fluncher* » : *Comm. com. électr.* 2009, comm. 52, C. CARON ; *Propr. intell.* 2009, n° 32, p. 164, obs. LUCAS ; *RIDA* 2009, p. 361, obs. SIRINELI :

[625] Cass. civ. 1ère, 7 avr. 1987, « *Etat Gabonais c/ A2* » : *D.* 1988, 97, 2ème esp., note EDELMAN ; RTD com., 1988, p. 224, obs. FRANÇON.

[626] H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Les personnes*, 8ème éd., Monchrestien, 1997, Paris.

[627] En ce sens, F. POLLAUD-DULLIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », préc.

doit être lui aussi relativisé par d'une part, compte tenu de l'admission réservée de la théorie des droits de la personnalité au profit des personnes morales, et d'autre part, plus spécifiquement, le caractère imminemment dérogatoire et ponctuel du régime des droits extrapatrimoniaux dans l'œuvre collective.

Il est vrai que, si l'on fonde la notion de droit de la personnalité exclusivement sur le principe de dignité ou si on lui applique l'exigence d'une corporalité du sujet, la reconnaissance de droits de la personnalité à la personne morale peut certes sembler aberrante ; mais si l'on regarde plus largement le droit de la personnalité comme lié à « *une individualité perçue par les tiers* », que la personne morale « *peut souhaiter protéger contre les atteintes qui pourraient avoir pour effet de l'altérer* », l'extension devient bien plus plausible[628]. Or, d'un point de vue fonctionnel, la finalité du droit de la personnalité est la protection d'un individu des atteintes qui peuvent lui être portée en tant que tel.

436. La jurisprudence s'inscrit dans ce mouvement puisqu'elle a nettement reconnu aux personnes morales un certain nombre de droits de la personnalité. Il en va ainsi en matière de diffamation[629], de droit de réponse[630]. Mme. LEPAGE écrit en ce sens que « *l'admission des personnes morales au bénéfice de ces dispositions se justifie par le fait qu'elles ont une image sociale à défendre, comme les personnes physiques*. »[631]

Cette extension n'est toutefois pas absolue, certains droits de la personnalité demeurant fermés à la personne morale[632]. Demeure ainsi ouverte la question se rattachant précisément à notre propos, de savoir si l'analogie peut être poussée au point de reconnaître un droit de la personnalité résultant de l'activité intellectuelle à une personne morale, réalité abstraite par définition. Comme nous l'avons souligné précédemment, l'humanisme du droit d'auteur compris de manière stricte devrait faire pencher la balance dans le sens de la dénégation.

---

[628] A. LEPAGE, *op. cit.*, spéc., n° 169 ; J. MESTRE, « La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public » : *JCP* 1974. I. 2623, spéc. n° 4.

[629] Cass. crim. 2ème, 18 déc. 1995, Bull. civ. II, n° 312 ; Cass. crim. 19 juin 1996, Bull. civ. II, n° 153 ; Cass. crim. 2ème 15 avr. 1999, n° Bull. civ. II, n° 73 ; Cass. crim. 2ème, 20 avr. 2000, Bull. civ. II, n° 65.

[630] La Cour de cassation sur le fondement de l'art. 13 de la loi du 29 juill. 1881 a admis personne nommée ou désignée pour exercer le droit moral pouvait être physique ou morale, V. Crim. 6 nov. 1956 : *JCP* 1957. II. 9723.

[631] A. LEPAGE, *ibid.*

[632] La jurisprudence est nettement se montre nettement réticente par exemple à admettre au les personnes morales au bénéfice des du droit à la vie privée par exemple, V. sur cette question, A. LEPAGE, *op. cit.*, n° 181.

Telle n'est cependant pas l'option du droit positif qui, dans certaines circonstances reconnaît aux personnes morales une faculté d'exercice des prérogatives extrapatrimoniales de l'auteur[633]. Faut-il pour autant en déduire que pareille reconnaissance change la nature de ce droit ?

En réalité, le bénéfice des prérogatives morales d'auteur est fermé aux personnes morales. La solution retenue en matière d'œuvres collectives constitue certes une entorse à ce principe mais demeure strictement justifiée par les spécificités de ce type d'œuvres.

On sait que le régime de l'œuvre collective est largement dérogatoire du droit commun[634]. Cette spécificité explique mieux le traitement du droit moral dans l'œuvre collective qu'une quelconque patrimonialité de celui-ci. En effet, la reconnaissance du droit moral aux personnes morales dans la LDA française a surtout pour but de pallier les difficultés pratiques que soulève l'œuvre collective, au premier titre desquelles, la conflictualité d'intérêts qu'elle est susceptible de porter. Celle-ci se trouve en effet aux confluents d'intérêts, avec d'une part l'auteur et d'autre part, l'investisseur, personne physique ou morale; les auteurs souhaitant conserver un certain contrôle sur leur création et risquant ainsi de s'opposer à l'investisseur, exploitant l'œuvre – qui peut avoir notamment pesé sur le processus de création[635] en imposant que celle-ci reflète son individualité[636] – et qui en est à l'initiative[637].

Dans ce cadre, deux options logiques[638] s'affrontaient devant le législateur, l'une favorable au droit d'auteur dans sa pure tradition humaniste, l'autre à favorable à l'investisseur. Selon la première, l'investisseur ne reçoit que des droits patrimoniaux, le créateur demeurant investi de l'ensemble des prérogatives morales ; selon la seconde, l'ensemble des prérogatives d'auteur naissent *ab initio* sur la tête de l'investisseur, personne morale reposant sur une certaine dichotomie entre qualité d'auteur et titularité des droits. C'est la seconde logique qui est

---

[633] Sur cette question, V., A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 376.

[634] DESBOIS évoquait à propos du régime de l'œuvre collective, une « anomalie » au sein d'un droit « pétri d'humanisme. », V. *op. cit*., n°s 166 et 173.

[635] En ce sens, TGI, 28 janv. 2003 : *Com. com. élec.*, 2003, 2ème esp., n° 35, note CARON.

[636] V. faisant référence à la « marque de la personnalité » de la société Apple, à propos d'un logiciel : Paris, 5 mars 1987 : *JCP E* 1987. II. 14931, note VINCENT.

[637] En ce sens, B. EDELMANN, « Le recyclage d'une œuvre collective » : *D*. 2008, p. 2643.

[638] Ibid.

privilégiée dans la loi française[639].

La solution est par ailleurs confirmée par la jurisprudence récente[640]. Une espèce est assez illustrative de cette tendance. L'affaire visée opposait une styliste en parfumerie à son ancien employeur à propos de créations que celle-ci avait présentées comme siennes sur son site internet et par divers courriers. La société alléguait non seulement une violation de ses droits patrimoniaux, mais aussi celles des droits moraux sur ces œuvres. La cour de cassation fait droit à la seconde prétention en statuant que : « *la personne morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits d'auteur sur cette œuvre et, notamment des prérogatives du droit moral* ».

La portée de cet arrêt ne nous semble pas s'inscrire dans le sens d'une approche moniste[641] mais plutôt dans celui d'une confirmation de l'idée selon laquelle, dans le régime de l'œuvre collective, la logique de l'investissement prime celle d'un droit d'auteur pur. Le parti pris paraît en effet plus pragmatique que juridique[642]. La personne à l'initiative de l'œuvre n'est pas auteur à proprement parler[643], puisque les créateurs conservent cette qualité, elle est seulement reconnue titulaire sans cession préalable d'une faculté d'exercice de l'ensemble des droits d'auteur dans un souci d'efficacité et de cohérence. Tout se passe comme si la personne morale était fictivement investie[644] d'un mandat par les auteurs afin de défendre l'empreinte spirituelle

---

[639] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2012, 5ème éd., n° 233.

[640] Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012 : *D.* 2012. 1246, obs. J. DALEAU, note A. LATIL ; t 2842, obs. SIRINELLI ; *Rev. sociétés* 2012. 496, note BINCTIN ; *RTD* civ. 2012. 338, obs. T. REVET ; *RTD com*. 2012. 321, obs. POLLAUD-DULIAN ; *CCE* 2012. Comm. 61, obs. CARON ; V. encore : CA Paris, 18 mai 2018 : *LEPI*, sept. 2018, p. 2, obs. LEBOIS : où il a été jugé que l'œuvre photographique d'un graphiste commandée par une personne morale « *s'est fondue dans un ensemble créé à l'initiative de la société* » ; ceci tandis que celui-ci en était le seul contributeur, omettant ainsi la condition de pluralité de contributions et le principe posé à l'article L.111-1 al. 3 selon lequel le contrat de commande n'entraîne pas la renonciation de la jouissance des droits par l'auteur.

[641] Contra., N. BINCTIN, note sous Cass. civ. 1ère, 1er mars 2012, préc.

[642] Mme. BENSAMOUN note à propos de cette solution : « on ne peut *dénier que la démarche est cohérente et la solution sans conteste pragmatique. Notamment, parce que, en supposant que les apports des différents contributeurs sont identifiables et que le droit moral reste sur la tête de ceux-ci, quid du droit moral sur l'œuvre dans son entier ? En effet, les auteurs ne sont alors titulaires que des prérogatives intellectuelles sur leur apport et pas sur l'œuvre collective.* », V. « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? » : D. 2013, p. 376 ; L. MARINO, op. cit., n° 90.

[643] A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 224.

[644] C. CARON, *op. cit*., n° 237.

qu'ils dont ils ont marqué l'œuvre[645].

437. C'est donc une perspective fonctionnelle qui semble guider le législateur dans la présente la solution. Il s'agit en l'espèce de prémunir l'investisseur contre les éventuels retournements des auteurs et contre les atteintes des tiers qui toutes deux peuvent entamer la sécurité juridique et l'exploitation paisible des œuvres[646]. Il a semblé au législateur que le moyen le plus efficace d'atteindre cet objectif serait l'octroi *ab initio* de l'ensemble des prérogatives de l'auteur.

438. Toutefois, la personne physique ne disparaît pas parfaitement derrière la personne morale. D'abord parce qu'au sens de l'article L. 113-2 al. 3 du CPI, les contributeurs conservent la qualité d'auteur. Ces auteurs sont ensuite autorisés à utiliser leurs contributions à condition que celle-ci ne vienne pas concurrencer l'exploitation de l'œuvre d'ensemble. L'auteur se fait certes discret dans un souci pragmatique, mais le personnalisme relativisé de l'œuvre collective ne dément cependant pas la logique intrinsèque du droit d'auteur qui rattache le droit moral au créateur de l'œuvre.

On voit d'ailleurs que la jurisprudence entend faire jouer de manière stricte le principe de l'article L. 113-2 puisqu'elle maintient, même à propos de situations très proches comme celle de l'auteur salarié, le principe d'un rattachement du droit moral à la personne physique, créatrice de l'œuvre[647]. Ainsi à propos d'une SARL qui revendiquait un droit moral sur un ensemble de photographies réalisées par l'un de ses salariés au motif notamment que les clichés litigieux résultaient d'un « *travail de conceptualisation et de mises en scène provenant exclusivement de la société et traduisant nécessairement la créativité et le savoir-faire de cette entreprise* », la Cour de cassation a répondu que « *l'auteur, personne physique, jouit d'un droit moral inaliénable au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre, de sorte que ni l'existence d'un contrat de travail ni la propriété du support matériel ne sont susceptibles de conférer à la personne morale qui l'emploie la jouissance de ce droit.* »

Quoique le droit positif reconnaisse dans certaines circonstances la titularité du droit moral à une personne morale, cela n'implique pas nécessairement une dénégation de la qualification classique de ce droit.

439. Sur cette base personnaliste, le rattachement à la loi personnelle de l'auteur pourrait

---

[645] P.-Y. GAUTIER, *op. cit*. n° 693.

[646] Comp. à propos cependant du régime des « *works made for hire* », *ibid*.

[647] Cass. civ. 1ère, 16 novembre 2016 : *Dalloz IP/IT 2017*, p. 172, obs. DALEAU.

hypothétiquement être envisagé comme substitut au principe de territorialité. Cependant, force est de constater que la solution n'est pas sans emporter un certain nombre de critiques et s'avère en réalité impraticable, voire inopportune.

B. L'impraticabilité de la loi personnelle

440. Traitement des droits de la personnalité en droit international privé – Une objection décisive à l'application à la loi personnelle est le traitement des droits de la personnalité en droit international privé. Il apparait en ce sens, que si la spécificité du droit moral par rapport au monopole d'exploitation rejaillit bien dans le traitement de ce droit, celui-ci ne met pas de signe d'égalité systématique entre droit moral, droit de la personnalité et statut personnel.

De manière générale à propos de droits de la personnalité, plusieurs approches ont été parfois proposées. La première s'inscrit dans une logique personnaliste et conduit naturellement à la compétence du statut personnel. La seconde, qui voit une prédominance patrimoniale dans la nature des droits de la personnalité penche pour leur rattachement au statut réel. La troisième, privilégiant le rapport externe des droits de la personnalité, s'appesantit sur les conséquences de leur atteinte, appelant le rattachement au statut délictuel[648].

Moins soucieuse d'une démarche classique de conflit de lois, la méthode des lois de police peut aussi intervenir dans le traitement des droits de la personnalité, si on les considère comme porteurs d'intérêts supérieurs insusceptibles de subir les aléas de la méthode bilatérale.

441. La jurisprudence est en réalité peu diserte sur la loi applicable aux droits de la personnalité. Il est vrai cependant que le statut personnel a toujours exercé une attraction sur cette catégorie. *A priori*, la solution semble aller de soi, s'agissant d'un ensemble de droits rattachés à la personne et placé en face d'une catégorie de droit international privé visant à régir « *l'état civil des individus et les relations extrapatrimoniales qu'ils nouent* »[649].

442. Toutefois, au sein même des auteurs favorables au rattachement des droits de la personnalité, le domaine d'intervention de la loi personnelle est discuté. Certains se prononcent

---

[648] J.-Ch. SAINT-PAU (dir), *op. cit.*, n° 589.

[649] M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *op. cit.*, n° 5.

pour une application globale de cette loi personnelle[650]. D'autres préconisent un simple rattachement partiel[651]. Le dépeçage du droit applicable s'opèrerait entre, d'une part, les conditions d'accès et l'étendue du droit (soumis à la loi personnelle) et d'autre part, les conséquences de l'atteinte (soumis à la *lex loci delicti*). Toutefois, ce rattachement se voit de plus en plus remis en cause tant par la doctrine que par la jurisprudence.

En doctrine, il a été soulevé que la qualification personnelle pouvait tout d'abord apparaître insuffisante dès lors qu'il est admis que les droits de la personnalité, en tant qu'ils peuvent faire l'objet de conventions, ont nécessairement une dimension patrimoniale[652]. Certes, il n'est pas exclu que l'élaboration de la règle de conflit prenne en compte cette dualité en amont, mais l'application distributive qui en résulte semble parfois impraticable[653], compte tenu notamment des divergences de qualification entre les pays concernés par le litige.

De même, en termes de proximité, du droit avec la catégorie, la doctrine tend sur ce point à rejeter le rattachement au statut personnel. On relève en ce sens que la finalité du rattachement à la loi personnelle de l'individu consiste dans les domaines où celui-ci est retenu, à assurer la permanence du statut de l'individu et à le rattacher à une appartenance culturelle et étatique donnée. Cependant, un tel impératif ne se justifie plus si l'on admet que ces droits sont intrinsèques à la personne même, c'est-à-dire qu'ils le suivent quel que soit l'endroit au sein duquel il se situe. Partant, l'intérêt du rattachement apparait fortement dilué.

Une critique analogue peut être faite dans le rapport que les droits de la personnalité engagent avec les tiers. Ceux-ci se voient limités dans leurs libertés par les droits subjectifs de la personnalité. Aussi, l'étendue des possibilités qui leur sont admises sont nécessairement dépendantes des conceptions du milieu social dans lequel ils interagissent avec les bénéficiaires de ces droits. Or, si la règle de conflit découlant du statut personnel risque dans ces conditions de favoriser une variabilité du droit applicable qui nuit à l'impératif de prévisibilité et apparaît *de facto* comme inadaptée. Les tiers ont un intérêt légitime à connaître les limites du droit exclusif inhérent aux individus avec lesquels ils interagissent. On comprendrait mal en ce sens

---

[650]P. BOUREL et Y. LOUSSOUARN, n° 422, pour lesquels, le rattachement personnel doit se diversifier au profit de la loi du domicile.

[651]En ce sens, D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE De *La PRADELLE, Droit international privé*, n° 1106.

[652] J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 601.

[653] P. BOUREL, « Du rattachement des quelques délits spéciaux en droit international privé » : *Recueil des Cours* 1989, II, t. 214, spéc. n° 99.

que les standards varient selon la nationalité des personnes[654].

443. La jurisprudence s'inscrit dans le sens de ce rejet du statut personnel. En effet, si dans un premier temps, elle a paru sensible à une telle solution[655], elle raisonne désormais plus franchement en termes de statut délictuel. Ainsi dans l'affaire « *Farah Dibah* »[656] où étaient en cause la diffusion sans autorisation de clichés représentant l'épouse de l'ancien monarque d'Iran, la cour de cassation a clairement rejeté le rattachement au statut personnel en relevant que « l*es conséquences de l'atteinte à la vie privée d'une personne ou la violation du droit qu'elle possède sur son image relèvent de la loi où ces faits ont été commis.* »

444. Résistance du mécanisme des lois de police en matière de droit moral - Cette jurisprudence n'a toutefois pas eu d'influence en matière de droit moral[657] . En l'espèce, le mécanisme des lois de police s'est imposé depuis l'affaire *Huston*. La solution se justifie sans doute par la relativité du droit moral dans l'ordre international d'une part, mais aussi, par la consécration d'une logique de plus en plus publiciste en matière de droits de la personnalité, résultant elle-même de la proximité théorique entre droit de la personnalité et droit de l'Homme.

En l'état du droit, ces éventualités appellent cependant deux observations. D'une part, la soumission des droits de la personnalité à la loi de l'atteinte montre bien que la qualification personnaliste en droit interne n'est pas consubstantielle d'un rattachement au statut personnel et partant d'une loi permanente. En réalité, en l'état de la jurisprudence sur les droits de la personnalité, la loi applicable serait amenée à varier selon le pays de l'atteinte sur un principe analogue au jeu classique d'une règle de conflit territorialiste.

Si toutefois, *de lege feranda*, un rattachement au statut personnel était admis, force est de

---

654 J.-C. SAINT-PAU, *ibid.*

655 Ainsi à propos d'une affaire relative à la diffusion non autorisée d'un film documentaire relatant une cérémonie rituelle au sein d'une tribu mélanésienne, le juge français avait été saisi par le chef de cette dernière pour atteinte à la vie privée, au droit à l'image et au droit d'auteur, à titre personnel et au collectif. La cour de cassation répond en ce qui concerne l'action personnelle que s'il n'y a pas lieu de rechercher si le statut personnel de l'étranger « lui permet de revendiquer un droit au respect de sa vie privée ou sur son image car l'ordre public français lui permet de le faire valoir devant le tribunal saisi s'agissant de droits de la personnalité qui ne peuvent être détachés de la personne même de leur titulaire. » V. CA Paris, 20 déc. 1976, « *Tribu Bunlap et Bong Watase* » : *Gaz. Pal.* 1977, 1, p. 261, concl. SIMON ; *D.* 1976, p. 373, note AGOSTINI.

656 Cass. civ. 1ère, 13 avr. 1988 : *JDI* 1988, p. 752, note EDELMANN ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 546, note BOUREL ; *JCP* 1988, II, 21320, obs. PUTMAN.

657 A propos de la soumission du droit moral à la loi du délit, V. A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1659.

constater que la compétence de la loi du pays de l'auteur n'en présenterait pas moins quelques limites d'application.

445. Difficultés d'application de la loi personnelle de l'auteur – L'une des difficultés que risque de soulever le rattachement par le sujet de droit, est l'antinomie des approches culturelles et politiques relatives aux œuvres de l'esprit entre ordres juridiques. Si ces divergences sont intégrées aux fondements même du droit international privé en tant que méthode de coordination des systèmes de droit interne, elles pourraient se montrer particulièrement néfastes lorsque la réception d'une norme étrangère vient ébranler les conceptions fondamentales du système d'accueil. Or, l'application d'une loi universelle rattachée à l'auteur conduirait naturellement à la démultiplication de telles situation.

On pourrait par exemple se poser la question de la validité de la loi nationale qui autoriserait la censure d'œuvres. L'admission d'une telle mesure devrait-elle s'apprécier en vertu de l'ordre juridique du for ou de celui dont l'auteur est ressortissant. Sans doute faudra-t-il faire jouer de manière plus régulière l'exception d'ordre public comme dernier rempart. Il faut toutefois rappeler le caractère curatif de ce mécanisme ; de sorte que la règle de conflit doive toujours en réduire les possibilités l'intervention.

Vis-à-vis de certains aspects du droit d'auteur, le rattachement par le sujet de droit risque de conduire à des difficultés pratiques, du fait notamment d'une certaine redondance des concepts. Il en va ainsi à propos de la détermination de la titularité des œuvres. A supposer par exemple deux personnes de nationalités différentes revendiquant la qualité d'auteur sur une œuvre. Si l'on admet un rattachement par l'auteur, au moins sur cette question, on risque de se retrouver devant une aporie du raisonnement, puisque la finalité du litige porte précisément sur la désignation du bénéficiaire de cette qualité.

446. Pluralité d'auteurs, de nationalités et auteurs apatrides – on sait par ailleurs que la notion de nationalité est porteuse de ses propres spécificités qui risquent de complexifier plus qu'elles n'éclairciraient le régime du droit d'auteur en droit international privé. Cette complexification découlera notamment en situation de pluralité d'auteurs de nationalités différentes, résidant dans des pays différents[658]. L'hypothèse ne nous semble pas d'école si l'on tient compte de l'évolution des modalités de création en particulier dans le domaine numérique où les nécessités de l'industrie conduisent à la collaboration d'auteurs localisés à l'échelle mondiale. De nombreuses œuvres multimédia sont typiques de cette configuration.

[658] Sur ces questions, V. J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 395.

De même aux difficultés de localisation des droits d'auteurs pourraient de se rajouter les difficultés propres aux conflits de nationalités ; soit qu'il s'agisse de conflit positif, en cas de pluralité de nationalité d'un seul auteur ; soit d'un conflit négatif lorsque l'auteur est apatride.

La règle de conflit risque en présence de telles problématiques d'être perturbée tant dans sa pertinence que dans sa praticabilité. Certes, des correctifs peuvent être apportés. Il pourra s'agir d'une substitution de la loi personnelle par le pays de résidence ou encore d'un accord postérieur des auteurs sur le droit applicable. Mais ces solutions font indéniablement perdre au rattachement personnel son argument le plus efficace, la prévisibilité.

447. Conclusion de la section – Il ressort de l'observation que le droit moral est indéniablement un droit de la personnalité. Il est vrai que la catégorie des droits de la personnalité s'avère quelque peu diffuse, mais il est loisible d'y reconnaître les prérogatives qui sont dévolues à la protection de la personne en tant que telle. L'intermédiation d'une œuvre protégée, de manière inévitable, déforme la donne principale, donnant parfois l'impression que l'œuvre est protégée en tant que telle et que la personnalité de l'auteur y importe peu. Mais il s'agit d'une spécificité logique tenant au caractère central de cette oeuvre dans l'existence du droit d'auteur lui-même. C'est parce qu'il y a une œuvre qu'il y a un auteur, c'est parce qu'il y a un auteur qu'il y a une oeuvre. Le droit moral protège la personnalité de l'auteur se trouvant derrière cette œuvre.

Cependant, quand bien même le droit moral donnerait comme nous l'admettons au droit d'auteur sa coloration personnaliste, celle-ci ne pourrait suffire à gouverner le rattachement. D'une part en raison de l'approche moniste à laquelle elle nécessite d'adhérer ; et d'autre part, en l'absence d'égalité entre prérogatives extrapatrimoniales et statut personnel.

448. Conclusion du chapitre – L'hypothèse d'une compétence de la loi nationale de l'auteur semble difficilement admissible en l'état du droit. En effet, en dépit de l'importance du droit moral en droit français, la qualification moniste de ce droit semble devoir être rejetée. Mais quand bien même elle serait posée par hypothèse, comme alternative à une approche par trop propriétariste des prérogatives d'auteur, force est de constater que l'approche personnaliste de ce droit n'aboutit pas nécessairement à l'édification d'une loi permanente comme on pourrait *a priori* le penser. Le droit positif préfère en la matière une approche plus radicale tenant à la nécessité de protéger efficacement le droit moral dans l'ordre international, ce qui conclut à la

remise en question de la règle de conflit bilatérale au profit de l'application immédiate de la loi française.

Chapitre 2 : Le rattachement universaliste en fonction de l'objet du droit

449. L'objet du droit d'auteur comme alternative – Si l'hypothèse d'une loi extraterritoriale fondée sur la personne de l'auteur parait à l'observation mal venue, il semble néanmoins possible de rechercher ailleurs un tel effet. On sait que l'auteur et l'œuvre sont au centre de la propriété littéraire et artistique, de sorte qu'alternativement, c'est vers ce second rattachement qu'il convient de s'appuyer.

Il est loisible de constater d'emblée que dans le droit positif, le rattachement par l'œuvre est non seulement le plus commun, mais il ne permet pas en réalité d'affirmer la plus stricte territorialité, contrairement à ce qui est parfois admis en doctrine. Bien au contraire, il peut servir de base à une recherche du droit applicable dans une perspective d'interconnexion des droits revendiqués. Cette logique de dépendance que l'on rencontre tant en droit commun qu'en droit conventionnel permet de poser l'hypothèse d'une concurrence de rattachements pure autorisant la loi du pays d'origine comme une alternative au territorialisme généralisé.

450. Il conviendra à cette fin d'identifier la règle de conflit universaliste (section 1) avant de la soumettre à une lecture critique (section 2).

Section 1ère : L'identification de la règle de conflit universaliste

451. Hypothèse de l'extraterritorialité du droit – La variabilité de régime juridique est au faîte des difficultés qu'engendre le principe de territorialité. Mais, s'agissant pour une partie de la doctrine d'une droit réel localisé au pays où les droits sont revendiqués, le principe d'indépendance apparait comme la solution la plus logique et naturelle. Pourtant, on pourrait admettre, au moins par hypothèse, que la territorialité du droit d'auteur n'est pas une nécessité absolue. Cela voudrait dire en d'autres termes que les effets des droits d'auteur ne sont pas circonscrits aux Etats au sein desquels ils naissent. Il faudrait en outre repérer dans l'espace et dans le temps un acte permettant de rattacher le droit à un ordre juridique dont la législation aurait vocation à rayonner quel que soit le lieu d'exploitation.

452. Plusieurs fondements théoriques ont été proposés en ce sens, basés essentiellement sur la projection transnationale du traitement de l'œuvre en ce qu'il est convenu d'appeler son pays d'origine (paragraphe 1). Il est toutefois observable qu'une telle démarche n'échappe pas à

certaines ambiguïtés théoriques, notamment en ce qui concerne le domaine d'action des règles examinées. Il sera donc opportun de questionner ces équivoques et de voir dans quelle mesure l'intervention la loi du pays d'origine relève d'un mécanisme de conflit de lois (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Fondements de la règle de conflit universaliste

453. Le parti pris universaliste existe en réalité dans le droit positif, quoiqu'il soit souvent convenu en doctrine de raisonner en termes de territorialité stricte. Il se fonde sur l'idée qu'un droit d'auteur est un droit réel localisé dans le pays de sa première publication (A) ou encore que, l'acte de publication est générateur d'un droit acquis à effet transfrontière (B).

A. l'universalisme fondé sur une qualification réelle

454. Qualification réelle et rattachement au pays de première publication – L'extraterritorialité de la loi applicable peut découler d'un rattachement de l'œuvre au statut réel. L'hypothèse peut paraitre paradoxale puisque le rattachement au statut réel des droits de propriété intellectuelle est souvent affirmé comme le fondement le plus convainquant d'une stricte territorialité[659]. Il a pourtant été soutenu que, le statut réel ne constitue pas un véritable obstacle à l'application d'une règle de conflit extraterritoriale si l'on s'attache à la spécificité des droits portant sur les œuvres de l'esprit dans le régime des droits de propriété.

Cette qualification a surtout été défendue par E. BARTIN[660]. L'auteur part du constat basique selon lequel, les droits de propriété intellectuelle sont assimilables à des biens meubles incorporels. Il est donc posé comme axiome qu'à l'instar de leurs congénères, les biens immeubles, les droits de propriété intellectuelle sont soumis à la loi territoriale. L'auteur note en ce sens que : « *le monopole d'exploitation littéraire ou artistique est un droit réel, un droit réel de démembrement de la propriété, de même caractère et de même objet que l'usufruit,* mais

[659] J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 433 s. ; M. VIVANT, « *Lex loci protectionis* et loi réelle », préc. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, n° 7, spéc. note n° 6, p. 95, pour lesquels la notion de rattachement réel serait incompatible avec la loi du pays d'origine.

[660] « La localisation territoriale des monopoles intellectuels », *JDI* 1934, p. 781 s.

qui porte sur une œuvre qui est, en elle-même, une res communis, réfractaire, comme telle à toute à toute appropriation et à tout procédé d'appropriation privée »[661].

Ce monopole d'exploitation consisterait essentiellement en la faculté d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de l'œuvre. Partant, il faudrait déterminer selon quelle loi territoriale cette faculté s'apprécie. Or, les droits incorporels de la propriété intellectuelle ont précisément pour défaut de s'appliquer à des objets immatériels. De ce fait, ils n'offrent pas aux tiers la certitude en termes de droit applicable que l'on peut arguer à propos d'autres objets soumis au droit de propriété. Pour BARTIN, la loi la plus indiquée pour répondre à ce besoin de prévisibilité est celle du pays d'origine de l'œuvre. Sur ce point, BARTIN accorde une place centrale à la volonté de l'auteur et au lieu de première publication comme autant de facteurs de détermination de la nationalité de l'œuvre elle-même.

Le choix du lieu de première publication relèverait en effet d'un calcul de l'auteur. En effet, c'est après analyse des goûts et des spécificités du public, c'est à ce lui qu'il escompte obtenir succès. Cette première socialisation imposée par l'auteur influe sur le régime de protection de l'œuvre sur le plan du droit international privé. En publiant dans un pays donné, l'auteur manifesterait par la même son acceptation à se placer sous l'égide du système juridique de celui-ci. Cette approche théorique est au moins partiellement confortée par le droit conventionnel qui accorde une certaine place à la loi du pays de première publication, comprise comme loi d'origine de l'œuvre et influant dans certaines situations certes exceptionnelles le traitement accordé à l'œuvre dans le pays au sein duquel la protection est demandée[662].

455. Dans ses *Aspects philosophiques du droit international privé*, le Doyen BATIFFOL[663] s'inscrit dans une logique analogue pour justifier l'application de la loi d'origine. Pour l'auteur, la publication fait entrer l'œuvre littéraire et artistique dans la catégorie des biens intéressant la collectivité. En effet, compte tenu de leur immatérialité, une localisation effective des œuvres de l'esprit paraît *a priori* impossible. De fait pour l'éminent auteur, il faudrait, dans une perspective localisatrice considérer les actes matériels par lesquels l'œuvre s'extériorise. Au premier titre de ceux-ci se trouve la publication qui rendrait l'œuvre connue ou connaissable du public. L'acte de publication aurait en ce sens une valeur de publicité car elle introduit dans une

---

[661] *Ibid*, spéc. p 792.

[662] N. BINCTIN, « Droit international privé et propriété littéraire et artistique – le repli français », préc., spéc. p. 330.

[663] V. n° 109 s.

dimension sociale ce qui relevait jusqu'à lors de la dimension psychologique de l'auteur. La loi de ce lieu devrait selon l'analyse de cet auteur être compétente en tant que loi de la naissance du droit.

456. Le rattachement présente il est vrai un indéniable avantage pratique. Il assure en effet une meilleure prévisibilité en termes de droit applicable et partant une plus grande sécurité juridique. L'identification d'une loi unique assure en théorie une meilleure publicité des droits vis-à-vis des tiers intéressés puisqu'elle donne un point d'ancrage spatial à partir duquel ceux qui sont intéressés à l'exploitation d'une œuvre peuvent se référer. Il n'en va pas autrement à propos des autres formes de propriétés. Sur ce point, on voit que la théorie de BARTIN et de BATIFFOL renvoient à une lecture bien plus classique de la *lex rei sitae* à la différence de celle plus originale défendue par le professeur RAYNARD. Alors que ce dernier accorde une place prépondérante à l'ubiquité de l'œuvre quitte à multiplier les compétences législatives, BARTIN en réduit l'impact par une localisation fictive permanente au lieu de première publication, ce qui correspond en théorie au jeu traditionnel d'une *lex rei sitae* attachée à la localisation de la chose en un lieu unique.

457. La pluralité des lieux de publication – Le rattachement au lieu de la première publication pose cependant le problème des publications simultanées. Celui-ci risque en effet de perdre de son intérêt lorsque l'œuvre est publiée pour la première fois dans plusieurs pays. Puisque la publication témoignerait selon les auteurs favorables à ce type de rattachement d'un rapport juridico-sociologique particulier entre l'auteur, l'œuvre et le public, comment interpréter sur le plan de la loi applicable les publication multiples et simultanées d'une même œuvre dans différents pays ?

458. Deux orientations peuvent être prises. La première revient à donner la primauté à la loi du pays de première publication au détriment des autres lieux où l'œuvre est publiée. La seconde, à localiser les droits réels en tenant compte des publications ou représentations successives[664], quitte à relativiser l'argument d'une meilleure sécurité juridique des tiers et de la prévisibilité des solutions qu'assurerait le rattachement à l'acte de publication.

BARTIN se prononce en faveur de la première[665]. Or, s'agissant d'un droit réel portant sur un bien meuble et localisé par la publication, il peut paraître quelque peu illogique qu'en cas de modification de la situation de la chose, hypothèse analogue à un confit mobile, la loi demeure

---

[664] V. en ce sens, Trib. civ. Seine, 14 février 1931, *JDI* 1932, p. 115, concl. PICARD.

[665] BARTIN, art. préc., spéc. p. 804.

inchangée. Si bien que le raisonnement a parfois été qualifié d'artificiel[666]. En outre, si l'on se fie à l'argument fondamental énoncé au soutien du rattachement, selon lequel l'application de la loi territoriale du pays de publication aurait une fonction informative au profit des tiers auxquels le droit est opposable, il peut paraître injuste en cas de pluralité de publication de maintenir uniquement la première publication. L'on pourrait supposer par exemple que l'exploitant d'une œuvre de l'esprit se soit fié à la loi d'un pays de publication ultérieure. En pareille circonstance, rien ne devrait obliger à retenir la loi de la première publication sauf à considérer que seule la première publication est localisatrice, ce qui d'une part témoignerait d'un certain arbitraire et d'autre part, renierait au demeurant la qualification de droit incorporel mobilier précédemment posée.

B. L'universalisme fondée sur la reconnaissance d'un droit acquis

459. Principe – Une des manifestations les plus remarquables de l'extraterritorialité de la loi étrangère réside dans la théorie des droits acquis.

PILLET qui en est le plus éminent représentant posait que dans une perspective de respect des souverainetés, tout droit régulièrement acquis à l'étranger devait pouvoir produire des effets dans l'ordre juridique du for[667]. La théorie des droits acquis fonctionne en effet comme un principe d'harmonisation des rapports entre les ordres juridiques. Il peut paraître choquant estime l'auteur qu'une situation juridique valablement établie dans un pays donné, la qualité de propriétaire par exemple soit amenée à varier au gré des changements de territoire. La logique élémentaire inciterait donc à consacrer une loi unique applicable quel que soit le for concerné[668].

Appliquée à la propriété incorporelle, la théorie des droits acquis s'analyse comme le fondement d'une intervention de la loi étrangère rejetant l'hermétisme des ordres juridiques

---

[666] A., H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1366.

[667] L'auteur notait en ce sens : « L'idée qui nous guide ici, est une idée fort simple et en même temps fondamentale : c'est que, lorsqu'on invoque dans un pays un droit que l'on a acquis dans un autre pays, c'est ce droit lui-même dont on entend se servir; nous disons ce droit lui-même pour signifier que dans le pays où on l'importe, le droit ne se transforme pas, il ne devient pas un nouveau droit, mais reste tel qu'il était dans le pays étranger où il a pris naissance. », V. « La théorie générale des droits acquis », Recueil des Cours, 1925, spéc., p. 503.

[668] *Ibid*, p. 490.

traditionnellement admis en matière de loi applicable au droit d'auteur. Ainsi, par opposition au principe d'indépendance, le droit subjectif ne serait pas comme on a pu l'affirmer[669], nécessairement limité à l'ordre juridique qui l'a consacré mais, aurait vocation à voir ses effets outrepasser les frontières territoriales.

Ici encore, le droit d'auteur s'analyse comme un droit réel dont l'acquisition dans un seul ordre juridique consacre par la suite une opposabilité quelle que soit le pays concerné.

Dans la logique des droits acquis, il n'existerait pas véritablement de pluralité de propriétés, mais une seule projetée sur le plan international. L'application d'une loi permanente, celle du pays de première publication aurait vocation à éviter les incohérences qu'emporte la pluralité de propriétés tout en respectant la confiance légitime que les personnes concernées ont pu placer dans la validité ou l'efficacité d'un droit acquis à l'étranger. Par exemple, selon PILLET, lorsque la loi du pays d'origine et celle du pays de protection prévoient des durées différentes, il serait plus logique de retenir la loi du pays d'origine de l'œuvre, car l'auteur étranger ne pourrait bénéficier ni plus ni moins de droits que ce que lui garantit le pays de première publication. Sinon, l'on serait selon l'auteur en face d'une situation bancale au titre de laquelle l'auteur qui a vu ses droits expirer dans son pays d'origine continuerait de bénéficier de ceux-ci dans un pays étranger[670], ou à l'inverse, peut-on en déduire, serait privé dans l'ordre local d'un droit subsistant au pays de première publication de l'œuvre. Or, une telle situation ne se justifierait aucunement puisqu'il s'agirait en théorie d'un même droit observé sous deux ordres juridiques différents.

460. ***Nemo plus Juris*** - Il s'agit d'une application de l'adage *nemo plus juris.* L'auteur étranger ne pourrait selon cette théorie bénéficier de plus de droits qu'il n'en possède dans le pays d'origine de l'œuvre. Ceci permettrait de respecter tant l'efficacité des droits accordés par le pays d'origine que les éventuelles limitations à ces droits imposés par le pays de protection, puisque les droits accordés quel que soit ledit pays de protection ne pourraient valablement outrepasser ceux du pays d'origine, s'agissant d'une seule et même propriété[671]. Mais à l'inverse, lorsque la loi locale s'avère plus restrictive, l'auteur ou l'ayant droit serait admis à bénéficier d'une protection plus étendue octroyée par le droit matériel du pays d'origine de l'œuvre.

---

[669] N. BOUCHE, *op. cit.*, n° 89 s.

[670] A. PILLET, *Recueil des cours*, spéc. p. 506.

[671] *Ibid.*, spéc. p. 507.

461. L'application de la théorie des droits acquis apparaît ainsi comme un remède possible de la fragmentation des régimes applicables à l'œuvre au sens du droit international privé et de l'insécurité juridique que celle-ci emporte[672].

462. Positivité d'un raisonnement en termes de droit acquis – La théorie des droits acquis est fondée sur une logique acquisition/effet international des droits. En dépit d'un territorialisme de plus en plus étendu, force est de constater qu'elle n'est pas totalement incompatible avec le droit positif.

463. En droit commun, de longue date, les législations de droit international privé relatives au droit d'auteur laissaient une place prépondérante à la loi du pays d'origine. Cependant, cette approche est actuellement battue en brèche comme nous l'avons vu dans la jurisprudence récente. Or, le principe fondamental que renferme la référence à l'existence de droits privatifs dans le pays d'origine comme fondement à leur protection dans l'ordre local, est précisément celui qu'un droit né dans un ordre juridique donné peut produire des effets à l'étranger. L'on ne peut refuser d'y voir la distinction existence/effets des droits prônée par les auteurs favorables à la théorie des droits acquis. Dans ce cas, le raisonnement est que la première publication crée un droit acquis à l'égard de l'auteur ou de ses ayants droit. C'est en considération de cette première acquisition que le droit revendiqué dans le pays de protection sera légitimé ou restreint.

464. En droit conventionnel, un raisonnement analogue peut être mené, certes de manière moins absolue, en raison de l'indéniable logique territorialiste qui irrigue les instruments internationaux du droit d'auteur. En effet, si l'on se limite à l'analyse à l'article 5.2 de la Convention de Berne qui pose clairement un principe d'indépendance des droits en situation internationale, la théorie des droits acquis est réfutée. Toutefois, le principe de territorialité n'est pas absolu en la matière car le droit conventionnel recèle d'interstices qui viennent en limiter l'hégémonie au profit notamment de la loi du pays d'origine. Il en ressort qu'une approche de droits acquis n'est pas incompatible avec l'esprit de la Convention – elle existait bien dans sa version initiale. Il en va ainsi si l'on observe la structure des règles de conflit faisant appel à la loi du pays d'origine, notamment en matière de comparaison des délais où, certes à titre d'exception, l'idée d'une indépendance stricte des ordre juridiques est battue brèche. La règle

---

[672] Selon PILLET, le système de l'indépendance des droits ne découle d'aucune exigence théorique mais plutôt d'une logique opportune visant à garantir sur le plan international une multitude de droits à rémunération des ayants-droit ; *Ibid.*

de la comparaison des délais, nous semble-t-il est fondée sur le principe *nemo plus juris*, ce qui implique en théorie que ce sont les droits que l'on a acquis dans un pays donné qui étendent leurs effets à l'étranger de sorte qu'ils ne peuvent être la base d'une durée de protection plus étendue, sauf si l'ordre juridique de reconnaissance du droit en tenant compte de sa propre rationalité législative ou jurisprudentielle en décide de la sorte.

465. *In fine*, l'admission d'un droit acquis comme fondement d'une loi extraterritoriale n'est pas réfutable en bloc dans la mesure où est une logique existe en droit positif, en dépit d'un principe territorialiste, la possibilité d'une localisation des droits dans le pays d'origine et la reconnaissance de l'effet de ces droits hors de leur sphère territoriale d'origine.

Paragraphe 2. La reconnaissance d'un mécanisme conflictuel

466. Confusion autour de la loi du pays d'origine – Le recours aux mécanismes conflictuels en matière de propriété intellectuelle est pourrait-on dire, d'admission relativement récente. Au point qu'il est parfois soutenu que certains instruments du droit commun comme du droit international de la propriété littéraire et artistique, au premier titre desquels la Convention de Berne, ne contiennent aucune règle de conflit.

Toutefois, si comme nous l'avons vu à propos de l'évolution de la loi du pays pour lequel la protection est demandée, une telle lecture ne peut plus être admise, la genèse des règles de la Convention de Berne favorise un contexte d'incertitude quant à la nature et au domaine des mécanismes étudiés. Il en va de même à propos des mécanismes faisant intervenir la loi du pays de première publication. Parfois contestée quant à sa nature conflictuelle, elle aurait selon certains analystes vocation à jouer comme un mécanisme discriminatoire tant en droit commun qu'en droit conventionnel.

467. Il est vrai que le droit international de la propriété littéraire est artistique n'est pas exempt de mécanismes discriminatoires faisant intervenir la loi du pays d'origine de l'œuvre. De nombreuses ambigüités peinent à être levées et complexifient la lisibilité des règles applicables (A). Si l'on s'attelle toutefois à observer ces mécanismes du point de vue de leurs fonctions et de leurs effets, force est de constater que ce qui relève du domaine conflictuel peut valablement être distingué de ce qui n'en est pas (B).

A. La confusion des mécanismes

468. Ambiguïtés de la loi de 1964 – En droit français, il en va ainsi de la loi du 8 juillet 1964. Codifiée à l'article L. 111-4 CPI, celui-ci dispose que : *« sous réserve des dispositions des Conventions internationales auxquelles la France est partie, dans tous les cas où , après consultation du ministère des affaires étrangères, il est constaté qu'un Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France sous quelque forme que ce soit une protection suffisante et efficace, les œuvres divulguées pour la première fois sur ce territoire de cet Etat ne bénéficieront pas de la protection reconnue en manière de droit d'auteur par la législation française.* »

La portée de cette disposition est trouble et divise la doctrine spécialisée. On s'est demandé en effet s'il s'agissait d'une règle de réciprocité imposant une discrimination contre les auteurs étrangers, ou s'il s'agissait plutôt d'une véritable règle de conflit de lois faisant appel à la loi du pays d'origine pour les questions d'accès au droit [673].

Contrariété de la loi du pays d'origine au principe de non-discrimination – Au-delà même du mécanisme de double protection, il est vrai que la loi du pays d'origine entretient des liens

---

[673] Pour certains auteurs, l'esprit du texte incite clairement à prendre parti sur le terrain de la condition des étrangers) tant l'esprit que le texte renvoie à la condition des étrangers ; V. M. VIVANT et J -M. BRUGUIÈRE, n° 64, V. encore sur la question, T. AZZI, « Réciprocité et protection des droits de propriété littéraire et artistique : plaidoyer pour l'abrogation de l'article L. 111-4 CPI », *Mélanges G. Bonet*, Litec, 2010, p. 9. D'une part, les auteurs soulignent que les travaux parlementaires sur ce texte avaient pour ambition affichée d'étendre le bénéfice de la protection en France uniquement dans la mesure où les auteurs français seraient assurés de bénéficier à l'étranger d'une protection analogue. D'autre part, le texte s'ouvre sous réserve des dispositions internationales auxquelles la France est partie ; or on sait qu'en matière de droit conventionnel de la propriété littéraire et artistique, le principe d'assimilation fait office de pilier tant dans la Convention de Berne que dans celle de Genève. Ce qui suffirait à démontrer dans que « *le législateur français a voulu quand il en avait le pouvoir, s'écarter de la règle conventionnelle qui interdit toute discrimination* » (*Déclaration à l'assemblée nationale du ministre des affaires culturelles*, rapportée par DESBOIS, n° 798).

Le rôle de la loi du pays d'origine dans cette disposition est profondément ambigu. Au point qu'en voulant rendre compte de cette complexité, DESBOIS invoquait une règle de condition des œuvres étrangères ; cette formule traduit bien la difficulté de qualification de l'article L. 111-4 mais semble de peu de secours si l'on considère que le conflit de lois et la condition des étrangers obéissent à des sphères différentes.

très étroits avec le principe d'assimilation et que cette proximité a survécu à l'abandon de ce mécanisme. Le principe d'indépendance instauré par l'acte de Berlin a certes relativisé fortement l'implication de la loi du pays d'origine dans la recherche de la loi applicable, mais il n'en demeure pas moins que la logique subsiste dans certaines dispositions. En matière de durée par exemple, ou en matière d'œuvres d'art appliqué.

Ces ambiguïtés tendent à perturber les relations entre la Convention de Berne et le droit de l'Union européenne.

469. L'articulation de la Convention de Berne et des principes du droit de l'Union Européenne : contrariété de la loi du pays d'origine au principe communautaire de non-discrimination – L'interprétation de la loi du pays d'origine au titre des règles discriminatoires est en réalité corroborée par la jurisprudence communautaire lorsque cette dernière interprète les dispositions conventionnelles faisant intervenir ladite loi au prisme du principe de non-discrimination[674]. De cette confrontation, il ressort tendanciellement la contrariété de ces mécanismes au principe de non-discrimination.

470. Comparaison des délais et principe de non-discrimination – Cette contestation de la Convention de Berne dans l'espace communautaire trouve ses prémices dans l'affaire dite de la *Bohème* [675]. L'affaire ayant donné lieu cette décision concernait des opéras du musicien italien Puccini dont des représentations avaient été faites en Allemagne sans le consentement de l'ayant droit italien de ces œuvres. Concernant deux pays de l'Union de Berne, les faits tombaient sous le régime de l'article 7.8 de la Convention de Berne établissant la compétence de la loi du pays d'origine en matière de durée. Or, en l'espèce, si la loi pays d'origine retenait une durée de protection de 50 *post mortem*, celle du pays où la protection était demandée, en l'occurrence, l'Allemagne prévoyait une durée de 70 ans et opérait une distinction selon que l'auteur était un ressortissant allemand ou non, les auteurs étrangers étant exclus de la protection de 70 ans. Cependant, l'ayant droit s'est opposé à l'application de l'article 7.8 au motif qu'il emportait une discrimination contraire à l'article 6 du traité CEE. La juridiction allemande a alors recueilli l'avis de la CJCE par le biais d'une question préjudicielle. Celle-ci conclut à la

---

[674] Mouvement dont on peut situer l'origine à l'arrêt *Phil Collins c/ Imtrat*, CJCE, 20 octobre 1993, aff. C-326/92, Rec. I, p. 5145 : *RIDA*, janv. 1994, p. 304, *D*. 1995, p.133, obs. B. EDELMAN.

[675] CJCE, 5e ch., 6 juin 2002, aff. C-360/00, *La Bohème*, consid. 34 : *D*. 2002, p. 2334 ; *Légipresse* 2002, n° 197, III, p. 201, note KAMINA ; *Propr. industr.* 2002, comm. 72, obs. KAMINA ; Propr. intell. 2002, n° 4, p. 62, obs. LUCAS ; *RIDA* oct. 2002, p. 261, chron. KEREVER ; *RTD com*. 2002, p. 676, obs. FRANÇON. – POLLAUD-DULIAN, art. préc., p. 24.

contrariété de la loi allemande quant au principe de non-discrimination parce que fondé sur une divergence de traitement par référence à la nationalité.

471. La portée de cette décision demeura cependant controversée[676] ; les commentateurs se divisant entre ceux qui y voyaient la contrariété générale de la comparaison des délais vis-à-vis du principe de non-discrimination[677], et ceux qui n'y voyaient que la condamnation du droit matériel allemand sur la durée du monopole d'exploitation[678]. A l'examen de cette jurisprudence, ce second avis nous parait le plus juste, tant il est vrai que la Cour ne prend pas position sur l'article 7.8 en soit, qui ne vise à aucun moment la nationalité de l'auteur, mais se contente de renvoyer à la loi du lieu de première publication. Il y avait certes discrimination, mais celle-ci résultait non pas des termes de la Convention de Berne, mais du droit matériel allemand. On pouvait donc penser qu'*a contrario* en présence d'une loi locale n'établissant pas de traitement différencié selon la nationalité, l'application de la comparaison des délais demeurait en vigueur au sein dans l'espace intra-européen. Toutefois, c'est la première position qui s'est vue confirmée par la jurisprudence communautaire.

472. Loi applicable aux dessins et modèles et principe de non-discrimination – Il en va de même à propos de la règle posée par la Convention de Berne en matière d'œuvres d'art appliqués. Entre Etats membres de l'espace communautaire, la CJUE a disqualifié l'application de la loi du pays d'origine à la définition des droits protégés en tant qu'elle contrevient au principe de non-discrimination.

L'espèce portait sur une action en contrefaçon de modèles de chaussures alléguée par une société italienne à l'encontre d'une homologue française dont elle estimait que les chaussures commercialisées en France reproduisaient certains de ses modèles. La société française contestait toute contrefaçon sur le fondement de l'article 2.7 de la Convention de Berne, la société italienne ne pouvait se prévaloir de la qualité d'auteur sur les modèles disputés.

La CJUE est alors saisie d'une question préjudicielle ainsi formulée : « l'article 12 (…) CE, qui pose le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, s'oppose-t-il à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le

---

[676] V. sur cette question, A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1990.

[677] P. KAMINA, obs. préc., A. MALAN, « L'avenir de la Convention de Berne dans les rapports intra-communautaires » : *RIDA*, avr. 2004, p. 89 s., spéc. p. 107.

[678] H.-J. LUCAS, obs. préc. ; F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., spéc. p. 28.

pays d'origine de l'œuvre ? ». Ce à quoi il a été répondu que : « l'article 12 CE, qui établit le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre. »

L'application de loi du pays d'origine correspondrait par conséquent dans la jurisprudence de la CJUE à une discrimination indirecte, tant il est vrai que l'article 2.7 ne vise pas textuellement l'auteur étranger mais l'œuvre étrangère. Toutefois, la Cour explique cette extension par ce que factuellement, le pays de première publication se confond souvent avec celui dont l'auteur a la nationalité[679]. Dans le sens de cette décision, la notion de pays d'origine doit semble-t-il être comprise comme visant de manière égale la loi du pays de première publication et celle dont l'auteur a la nationalité. Or, cette lecture extensive déporte nécessairement le débat sur le domaine de la condition des étrangers. En suivant cette logique c'est le mécanisme d'intervention de la loi du pays d'origine lui-même qui en ressortirait modifiée. Si la portée finale de la loi du pays d'origine est d'instaurer une discrimination entre les auteurs selon leur nationalité, il convient plus vraisemblablement de l'analyser comme une règle de condition des étrangers plutôt qu'une véritable règle de conflit.

473. Cependant, en dépit d'ambiguïtés indéniables, une qualification conflictuelle des mécanismes faisant intervenir loi du pays d'origine de l'œuvre peut, nous paraît-il, être défendue.

B. L'admission d'une qualification conflictuelle : diversité fonctionnelle des occurrences de la loi du pays d'origine

474. La distinction fonctionnelle entre règle de conflit et règle de condition des étrangers – La distinction fondamentale entre une règle de condition des étrangers et une règle de conflit est fonctionnelle. La première vient désigner les droits auxquels l'auteur peut se prévaloir en

[679] « (…) les œuvres publiées pour la première fois dans un Etat-membre auront pour auteur, dans la majorité des cas, un ressortissant de cet Etat, alors que les œuvres publiées dans un autre Etat-membre auront généralement pour auteur une personne qui n'est pas un ressortissant du premier Etat-membre. Il s'ensuit que l'application d'une telle réglementation risque de jouer principalement au détriment des ressortissants des autres Etats-membres et est ainsi susceptible d'entraîner une discrimination indirecte selon la nationalité », V. points 26 et 27.

tant qu'étranger [680] ; tandis qu'une règle de conflit bilatérale et neutre[681] a pour fonction la désignation du régime applicable à l'œuvre elle-même. Le mécanisme de la première a l'auteur l'étranger pour pivot et n'impactera pas les œuvres de l'auteur national, alors que le second repose sur l'œuvre et s'appliquera *a priori* de manière indifférente que l'auteur soit un national ou un étranger. Force est de constater qu'en dépit de faiblesses rédactionnelles, les règles qui font intervenir la loi du pays d'origine tant en droit commun qu'en droit conventionnel obéissent à cette distinction fonctionnelle.

1. En droit commun

475. En dépit d'ambigüités qui ont longtemps persisté, la jurisprudence est parvenue comme nous l'avons démontré à dégager un domaine d'application de la loi du pays d'origine en donnant une véritable lecture conflictualiste de la distinction existence et exercice. Or, à cette occasion, elle a clairement posé que les étrangers jouissaient en France de droits identiques sur leurs œuvres à ceux d'auteurs nationaux. Seul l'exercice du droit est resté conditionné non pas à la loi du pays de l'auteur, mais à celle du pays de première publication – quoique des confusions ponctuelles entre les deux lois soient inévitables pour des raisons évidentes. Les décisions suivantes ont confirmé cette lecture sur laquelle nous ne reviendrons pas.

Quant à l'interprétation de l'article L. 111-4 CPI, il est indéniable que cette disposition ne vise pas directement l'auteur étranger mais l'œuvre étrangère. L'on est autorisé d'en inférer sa nature conflictuelle. On voit en effet qu'elle ne s'inscrit donc pas dans une logique subjective, mais est plus vraisemblablement fondée sur le critère plus objectif du lieu de première publication. De fait, la « discrimination » ne s'applique pas uniquement aux auteurs étrangers, mais à toute œuvre publiée pour la première fois à l'étranger, ce qui établit une égalité de régime contraire au mécanisme fondamental de toute règle discriminatoire. Ceci a permis d'affirmer que la solution visait à résoudre un problème de conflit de lois.

---

[680] BATTIFOL et LAGARDE, n° 159.

[681] Quoiqu'en matière conventionnelle, le critère de neutralité est très souvent relativisé au profit d'une approche plus matérielle, compte tenu des objectifs de politiques législatifs qui étaient ceux des rédacteurs de la Convention, à savoir la mise en place d'une règle plus ou moins harmonisé tenant compte de profondes disparités de droit interne.

2. En droit conventionnel

476. Variabilité fonctionnelle de la loi pays d'origine – La notion de pays d'origine peut recouvrir plusieurs acceptions dans les instruments du droit conventionnel. Il peut s'agir dans certains cas de la loi du pays de première publication et dans d'autres, celles du pays dont l'auteur a la nationalité. Il s'agit pour la doctrine et vraisemblablement pour la jurisprudence de la CJUE d'avatars d'un même rattachement. Il nous semble toutefois, qu'une distinction de nature doive être posée entre ces deux règles, sur la base des finalités qu'elles poursuivent. Il existe certes des entrecroisements entre les deux rattachements, mais pour l'essentiel, ceux-ci s'opèrent en dehors des règles de conflit à proprement parler. En d'autres termes, la loi du pays d'origine de l'auteur opère le plus souvent comme un critère discriminatoire, quand celle du pays d'origine de l'œuvre est plus généralement convoquée comme un véritable critère de rattachement du droit applicable.

a) Fonctions communes

477. Rattachement à la convention – les fonctions de la loi du pays d'origine de l'auteur et celle de l'œuvre se recoupent sur la question des points de rattachements à la Convention de Berne. En effet, le critère de la nationalité de l'auteur comme celui de l'œuvre constituent à égalité des critères d'application de la Convention.

Le critère réel est reconnu à l'article 3.1 b qui énonce la vocation de la Convention à s'appliquer aux œuvres publiées pour la première fois dans un pays de l'Union, nonobstant la nationalité de l'auteur.

Le critère personnel joue un rôle analogue aux termes de l'article 3.2. Celui-ci vise à faire bénéficier de la protection offerte par la Convention aux auteurs ressortissant à l'un des pays membres de l'Union. Le critère personnel se diversifie par ailleurs au bénéfice des auteurs non ressortissants. Ceux-ci sont assimilés aux auteurs unionistes lorsqu'ils ont leur résidence habituelle dans l'Union.

478. Les critères personnel et réel se recoupent encore quant à la désignation des situations soumises ou exclues de la Convention. En ce sens, l'article 5.3 est topique du recoupement fonctionnel entre critère personnel et critère réel de rattachement. La disposition vise en effet un cas d'inapplicabilité de la Convention, à savoir lorsque la protection est réclamée dans le pays d'origine de l'œuvre. Pour répondre à ce cas particulier, la solution emprunte tout à la fois au critère du pays d'origine de l'œuvre tout comme à celui de la nationalité de l'auteur. Ainsi,

la protection de la Convention ne bénéficie pas aux œuvres dans leur pays d'origine, compris comme celui de leur première publication. Elles y sont soumises à la loi nationale de l'auteur. En d'autres termes, la Convention ne s'applique pas lorsque le pays d'origine de l'œuvre coïncide avec celui dont l'auteur a la nationalité. En revanche, cette disposition fait l'objet d'un correctif. Il en va ainsi en cas de dissociation de ces deux derniers critères de rattachement, c'est-à-dire lorsque l'auteur est étranger au sein du pays de première publication. Dans pareil cas, il bénéficie de la protection conventionnelle.

479. Dans ces dernières dispositions, la loi du pays d'origine de l'œuvre et celle de l'auteur obéissent à des logiques similaires. Il est dans ce cas loisible de les considérer, du moins intellectuellement comme assimilables. Toutefois, à d'autres occasions, le rattachement personnel adopte véritablement une portée discriminatoire, de sorte qu'il convient de le placer hors du champ conflictuel, contrairement à la loi du pays d'origine de l'œuvre.

b) Fonctions spécifiques

480. La loi du pays d'origine de l'auteur et celle du pays d'origine de l'œuvre ont en réalité des domaines et des objectifs différents dans la Convention, ce qui permet d'en déduire des natures tout aussi divergentes. Il convient pour ce faire d'observer chacun de ces rattachements pour démontrer qu'en raison de leurs spécificités et des buts qu'ils poursuivent, ils ne peuvent être véritablement pensés comme équivalents et n'emportent pas les mêmes conséquences.

- **Domaine et les objectifs de la loi nationale de l'auteur**

481. Si la loi du pays d'origine peut être considérée comme une règle de condition des étrangers, c'est à condition d'être réduite à la loi personnelle de l'auteur, c'est-à-dire lorsque le rattachement au pays d'origine a pour fonction de déterminer la jouissance d'un droit sur le seul critère de la nationalité. L'article 14*ter* de la Convention de Berne est illustratif de cette approche.

482. Droit de suite. Discrimination entre auteurs unionistes - Le rattachement à la loi nationale de l'auteur intervient comme un véritable outil de discrimination au sein des dispositions relatives au régime conventionnel du droit de suite. L'article 14*ter* alinéa 2 dispose en effet que ce droit « *n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si Ia législation nationale*

de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée. » L'article 14ter impose une véritable règle de réciprocité matérielle[682]. Il semble justifié de prétendre à propos de cette disposition qu'elle ne prend pas parti « *sur le terrain du conflit de lois* »[683], il s'agit plus vraisemblablement d'une forme de clause de réciprocité « *droit pour droit* »[684]. L'auteur étranger n'est admis à demander la protection du droit de suite que dans la mesure de la loi du pays de protection. Cela veut dire par exemple qu'un « *auteur britannique ne saurait être fondé à réclamer le bénéfice du droit de suite en Belgique, la loi du Royaume-Uni ne le prévoyant pas. De même, si par exemple la législation nationale de l'auteur n'étend pas ce droit aux manuscrits originaux, le pays où la protection est demandée n'est pas tenu d'admettre Ia protection à cette catégorie*. »[685]

Une tentative d'harmonisation certes superficielle a été amorcée par l'obligation faite aux Etats reconnaissant le droit de suite de lui conférer les caractères d'inaliénabilité et de transmissibilité (alinéa 1er). Toutefois, le régime juridique en est surtout marqué par un principe de défaveur à l'égard de l'auteur étranger sans aucune référence à l'œuvre comme point de rattachement au sein du pays d'origine. On voit donc que le critère de la nationalité s'inscrit pleinement dans une logique discriminatoire[686]. Elle n'a pas vocation à supplanter le principe de territorialité comme ce serait le cas s'il s'était agi d'un problème de conflit de conflit de lois, mais bien à relativiser le bénéfice du principe d'assimilation[687].

La solution trouve sans doute son fondement dans la nécessaire prise en compte des disparités législatives internes en matière de droit de suite. Dans un contexte où la France était l'un des rares pays à avoir reconnu la protection par le droit de suite, la situation était en effet propice à créer un déséquilibre de protections entre les Etats selon que leur droit matériel accordait ou non une telle protection.

On pourrait en déduire qu'en dépit du principe d'assimilation, la Convention de Berne n'exclut pas totalement le recours aux mécanismes de réciprocité et en général, ces derniers retiennent comme point de rattachement au sens large, l'auteur.

---

[682] Guide de la CRB, p. 106 ; F. POLLAUD-DULIAN, n° 1978 s.

[683] A., H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1509.

[684] BATTIFOL et LAGARDE citant R. SAVATIER, n° 186-2.

[685] Guide de la CRB, p. 106.

[686] Contra : M.-P. PULJAK, Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité, PUAM, 2003, spéc. n° 515.

[687] En ce sens, V. P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 332.

Cette disposition pourrait être considérée *a priori* comme l'illustration la plus édifiante de l'ambivalence du rattachement au pays d'origine. Une telle lecture risquerait toutefois le reproche de superficialité. En réalité, il est loisible d'inférer qu'elle confirme au contraire la nature conflictuelle de la loi du pays d'origine, à condition de l'interpréter strictement.

Il faut reconnaître en effet que pour cette occurrence, la loi du pays d'origine ne vise pas l'œuvre comme c'est le plus souvent le cas, mais l'auteur lui-même. Le critère potentiellement discriminatoire n'est pas dans ce cadre le lieu de première publication (qui ne pourrait par extension induire qu'une discrimination indirecte) mais celui de la nationalité de l'auteur. L'article 14*ter* ne participe donc pas à invalider la nature conflictuelle de la loi du pays d'origine dans la mesure où cette disposition vise l'origine de l'auteur et non pas celle de l'œuvre.

483. Intervention exceptionnelle de la loi nationale de l'auteur sur le terrain du conflit de lois – Une objection à ce propos peut cependant être soulevée à l'observation de l'article 5.4 relatif à la loi applicable aux œuvres non publiées. Cette disposition soumet en effet à la loi personnelle le régime de l'œuvre non publiée. Mais, ainsi que relève M. POLLAUD-DULIAN, cette compétence présente en réalité « *un intérêt pratique des plus limités, puisque la plupart du temps, le litige surgira à propos de l'exploitation, qui suppose une publication, ce qui entraînera la qualification de pays d'origine pour le pays de première publication, quelle que soit la nationalité de l'auteur.* »[688] De manière plus générale, le recours à la nationalité de l'auteur vise à corriger les défauts des législations des Etats, non plus par l'harmonisation, mais par l'instauration d'un principe de défaveur à l'égard de l'auteur.

484. Sur cette base, il nous semble qu'une analyse en termes de règles de conflit doive être menée, dès lors que le rattachement est fondé non pas sur la nationalité, mais sur le rattachement objectif qu'est l'œuvre elle-même.

- Domaine et objectifs de la loi du pays d'origine de l'œuvre

485. Des règles applicables aux œuvres et non aux auteurs – La question est en réalité de savoir si l'on peut véritablement évoquer une discrimination et qualifier ainsi l'usage de la loi du pays d'origine comme une règle de condition des étrangers lorsque c'est l'œuvre elle-même qui est au centre du rattachement et non plus l'auteur.

[688] Note sous, CJCE 30 juin 2005, « *Tod's c/ Heyraud* », préc.

Il est judicieux de rappeler à cette fin que la différence entre une règle de condition des étrangers ou de réciprocité et une règle de conflit. En ce sens, la règle de conflit ne saurait fonder une discrimination tant elle vise à désigner le droit applicable sur la base d'un critère « *de différenciation objectif et non arbitraire et n'ayant qu'un rapport indirect avec la nationalité, puisque pouvant* produire *les mêmes effets à l'égard de certains nationaux* »[689] ; sauf à entendre la notion de discrimination au sens large, c'est dire comme ne s'appuyant plus seulement sur le critère de la nationalité de l'auteur, mais visant plus largement l'œuvre elle-même par le biais de sa « nationalité » propre[690].

Toutefois, même ainsi élargi, le critère demeure objectif et ne saurait convaincre pleinement d'attraire le rattachement au pays de première publication sur le terrain de la réciprocité. Si l'on s'en tient aux distinctions que nous avons précédemment posées, il résultera de cette objectivité la soumission des auteurs nationaux également au régime du lieu de première publication. En telles circonstances, la logique discriminatoire ne peut résulter que d'un forçage théorique ou d'un dévoiement de la règle consistant par exemple à corriger l'indifférence de traitement supposée par la réintroduction d'une logique préférentielle au profit des nationaux[691].

Or l'observation montre que ce sont de véritables règles de conflit que les rédacteurs de la Convention ont entendu introduire en visant le lieu de première publication. Cette logique conflictuelle s'apprécie notamment à travers la règle relative à la durée et à celle relative à la qualification des œuvres d'art appliqué.

486. Qualification des dessins et modèles – Il est vrai que, formellement, cette règle s'éloigne du schéma conflictuel classique, notamment en raison d'un double rattachement et d'une logique finaliste potentiellement défavorable à l'œuvre étrangère.

487. Toutefois, ces caractères ne sont pas exclusifs d'une recherche du droit applicable dans une logique de conflit de lois, car une telle structure matérielle n'est pas exceptionnelle en droit conventionnel. Le droit international privé est coutumier de ces règles de conflit dites

---

[689] F. POLLAUD-DULIAN, note sous CJCE, 30 juin 2005, préc.

[690] V. en ce sens la notion de condition des œuvres étrangères, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., n° 1096. On peut par ailleurs douter que le concept de nationalité propre aux personnes soit extensible aux œuvres de l'esprit – V. en ce sens, C. ALLEAUME, note sous Cass. com., 26 mars 2002, « Sté Rohl France » : *LPA*, 4 juill. 2002, n° 133, p. 24, spéc. n° 7.

[691] Par exemple, par la possibilité qui serait offerte uniquement aux nationaux d'accomplir une formalité – dépôt par exemple – afin de bénéficier de la protection du locale, V. en ce sens, Cass. crim. 30 janv. 1818 : *D. jurispr. gén.*, 1818, préc. n° 330, note 1.

matérielles ou substantielles certes d'apparition relativement récente. Celles-ci désignent selon MM. LOUSSOUARN, BOUREL et De VAREILLES-SOMMIERES, une forme particulière de règles conflictuelles « *visant à atteindre certains résultats matériels* » au sein desquelles « *l'ordre des raisonnements est inversé et que l'on vérifie le contenu des lois en conflit pour déterminer la loi applicable. Le caractère orienté de la règle apparait alors en pleine lumière et conduit à la doter d'une structure particulière qui se traduit notamment par l'utilisation de rattachements alternatifs, en cascade ou cumulatifs, ou encore par l'application de la loi la plus favorable à l'une ou l'autre des parties*. » [692]

488. L'article 2.7 est en réalité topique de ce type de diversification de la méthode conflictuelle. Ce sont en d'autres termes des préoccupations pratiques tenant à l'état du droit des pays membres qui ont commandé la mise au second plan du principe de neutralité de la règle de conflit. En effet, le minimum conventionnel ne posant pas de règles spécifiques en matière de protection des œuvres d'art appliqués, le défaut d'harmonisation risquait de se faire ressentir dans le traitement international de ces œuvres. Ainsi, en application du principe d'indépendance, certaines œuvres bénéficieraient d'un régime cumulatif favorable alors même qu'elles jouiraient d'un régime bien plus restrictif dans leur pays d'origine. La situation a été dénoncée par les pays pratiquant le cumul comme inégalitaire. Ce défaut d'équivalence fut donc pallié par l'instauration d'un système de limitation de la territorialité qui prend en compte le contenu matériel de la loi du pays d'origine de l'œuvre. Il faut simplement y voir la traduction en droit international privé du défaut d'équivalence entre les législations des pays de l'Union.

Quoi qu'il en soit, il semble qu'il faille bien analyser cette règle en termes de conflit de lois puisque la solution émerge d'un double rattachement objectif dans le pays de protection et dans le pays d'origine de l'œuvre. En effet, le bénéfice du droit d'auteur par les œuvres d'art appliqué au sein du pays de protection (rattachement de principe) est conditionné par l'existence d'un tel cumul au sein du pays de première publication (rattachement subsidiaire) et non pas au pays de l'auteur. Par la suite, que le pays de l'auteur coïncide avec celui de première publication ne relève que d'une réalité factuelle qui n'est pas juridiquement prise en compte par la règle[693]

---

[692] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, n° 204.

[693] M. LUCAS en observant la pratique en matière d'arts appliqués fait l'observation suivante : « le postulat que « les œuvres publiées pour la première fois dans un Etat membre auront pour auteur, dans la majorité des cas, un ressortissant de ce Etat », peut être discuté en matière d'art appliqué. Que sait-on réellement, au-delà des affirmations péremptoires, de la nationalité des auteurs (ou des personne morales titulaires à titre originaire des

analysée. On comprend mal pourquoi les rédacteurs auraient visé pour cette disposition l'œuvre dans le but d'atteindre indirectement un objectif discriminatoire alors que dans le même temps, d'autres dispositions se réfèrent directement la nationalité de l'auteur comme critère discriminatoire. Le professeur POLLAUD-DULIAN note dans cet ordre d'idées que « *la nationalité des auteurs ne joue qu'un rôle très limité dans la Convention de Berne et celle-ci repose sur le principe de l'assimilation de l'unioniste au national, de sorte que l'on ne peut vraiment pas soupçonner ses rédacteurs d'avoir réintroduit indirectement une telle discrimination à travers le critère du pays d'origine de l'œuvre, quand l'essentiel de leurs efforts tendaient précisément à instaurer la règle du traitement national.* »[694]

489. Comparaison des délais – une analyse analogue peut être menée à propos de la durée du monopole d'exploitation. Déjà à partir de la Convention initiale, la durée du droit dans l'Union de Berne était bornée par celle dont bénéficiait l'œuvre au sein du pays d'origine. L'article 7.8 reprend ce mécanisme de manière quasi identique en posant que, sauf disposition contraire, la durée de protection au sein du pays où la protection est réclamée ne pourrait excéder celle accordée dans le pays d'origine. Le recours à la loi du pays d'origine imposé par cette disposition a souvent été analysé en doctrine comme intervenant à titre de limitation du principe d'assimilation[695].

Une telle approche devrait cependant être réfutée.

D'un point de vue général, si l'on considère que la fonction des règles de conditions des étrangers est de déterminer les droits dont bénéficient les auteurs étrangers et que celle de la règle de conflit est d'identifier l'ordre juridique où se localise ces droits, on voit mal comment le principe d'assimilation pourrait répondre à cette dernière préoccupation, sauf à confondre définitivement les genres et à le désigner lui-même comme un principe de nature conflictuelle[696]. Mais nous avons retenu qu'une telle option était exclue sinon démodée en droit

---

droits sur les œuvres collectives) dans ce secteur ? N'est-il pas vrai que la majorité de designer travaillant en France dans l'industrie du meuble ne sont pas Français ? Comment peut-on affirmer tranquillement que les designers français publient en pratique pour la première fois en France alors que Raymond Loewy, qui n'est pas le moindre, a exercé son art pour l'essentiel à l'étranger ? Faut-il, au demeurant, s'attacher à la nationalité de la personne morale lorsque celle-ci est investie à titre originaire des droits d'auteur, comme c'est le cas en droit français lorsque l'œuvre est collective ? », V. note sous. CJCE, 30 juin 2005, préc.

[694] Rappr. C. ALLEAUME, note préc.

[695] B. Van BRABANT et P. WAUTELET, art. préc., p. 354.

[696] N. BOUCHE, *op. cit.*, spéc. n° 880 s.

conventionnel[697]. En d'autres termes, il convient d'admettre que précisément, il s'agit de questions particulières que de savoir si un auteur étranger peut être titulaire d'un monopole d'exploitation dans un pays donné d'une part, et d'autre part, de quelle durée est ce monopole.

490. Sur la question de la durée, c'est sur le terrain de la loi applicable que la Convention y répond. Deux options en termes de régime juridique s'offraient en réalité. Soit l'adoption d'une approche territorialiste, la loi applicable à la durée du droit d'auteur échéant par voie de conséquence à la loi du pays de protection ou à la loi du for ; soit une approche universaliste où la loi du pays d'origine aurait vocation à régir seule la durée du monopole.

L'option de la Convention de Berne est en réalité plus nuancée et se fonde là encore sur une logique de pluralité des rattachements. En effet, la première partie de l'article 7.8 précise bien que dans tous les cas, « *la durée est réglée par la loi du pays de protection* ». Il s'agit à n'en point douter d'un rattachement topique fondé sur le principe de territorialité. Mais la solution est relativisée par l'observation de la durée du monopole au sein du pays d'origine qui consacre un rattachement de type cumulatif. La solution est donc basée sur une application cumulative des rattachements concurrents.

A propos du traitement national, MM. De VISCHER et MICHAUX notent que la loi du pays d'origine « intervient (…) dans la formulation de la règle du traitement national et de sa principale exception, à savoir la question de la durée de protection (comparaison des délais) » mais aussi « à la fois pour compléter les conditions d'accès à la protection (…) et comme concept opératoire des deux piliers de la Convention, à savoir le traitement national et le droit matériel conventionnel (« traitement unioniste ») »[698].

A notre sens, la loi du pays d'origine intervient de fait non pas comme une limitation du principe d'assimilation puisque la durée du monopole échappe au domaine de ce dernier, mais plutôt comme un correctif du principe de territorialité. M. BERGÉ[699] en ce sens établit la nature de la loi du pays d'origine selon un parallélisme des formes qui rend bien compte de la logique animant cette disposition. L'auteur relève en effet qu'en dépit d'un large consensus doctrinal qualifiant l'article 7.8 de la convention de Berne sur le terrain de la réciprocité, il faudrait en

---

[697] V. *supra*, n°s 113 s.

[698] F. De VISSCHER et B. MICHAUX, op. cit., n° 763 ; dans le même ordre d'idées, V. M. van EECHOUD, op. cit., p. 70 : « The determination of the country of origin is important for two reasons : it regulates which authors or works are protected under the BC and it sets the boundaries of reciprocal treatment. »

[699] *Op. cit.*, n° 408 s.

réalité observer que la compétence de principe reconnu à la loi du pays de protection a vocation à régir le droit applicable. Il s'agit donc d'une règle de conflit. Partant, la cohérence juridique voudrait que la loi du pays d'origine qui intervient en guise de limitation du principe posé dans la première partie de la disposition visée s'analyse corrélativement comme une règle de conflit[700].

Il nous semble plus simplement que le droit conventionnel est paré d'une préoccupation régulatrice du commerce interétatique, répondant à un contexte de disharmonie des législations internes. Et dans les espaces où les rédacteurs n'ont pas pu imposer un véritable droit matériel conventionnel, ce sont les règles de conflit qui prennent le relais, par conséquent affectées pour nombre d'entre elles d'une certaine logique matérielle[701].

491. *In fine*, il ne nous semble pas que la loi du pays d'origine n'intervienne jamais dans la Convention de Berne au titre d'une règle de condition des étrangers lorsqu'elle vise l'œuvre, contrairement à la référence au pays d'origine de l'auteur qui elle s'inscrit clairement dans une telle optique en disposant une discrimination basée sur le critère de nationalité de l'auteur. Sauf à retenir comme dans le cadre de la jurisprudence de la CJUE une approche clairement extensible de la notion de pays d'origine, contraire selon nous à la *ratio legis* qui sous-tend l'adoption de la loi du pays d'origine dans la Convention[702]. Force est donc de constater qu'une lecture aussi extensive de la loi du pays d'origine est en réalité à rebours du droit positif.

Section 2 : L'application de la règle de conflit universaliste

492. La loi du pays d'origine passe théoriquement le test de sa qualification conflictualiste. Encore faudrait-il déterminer précisément le jeu d'une telle règle.

Pour autant qu'on le considère comme le gage d'une plus grande prévisibilité de la loi applicable, le rattachement à la loi du pays d'origine n'est généralement admis que dans un cadre fort restrictif. Peu de propositions vont dans le sens d'une extension du rattachement universaliste.

---

[700] Contra : B. VANBRABANT et P. WAUTELET, art. préc., p. 359.

[701] En ce sens, H.-J LUCAS, pour qui, pour qui « ce cumul répond alors à une logique de régulation des protections nationales, à une sorte de minimum conventionnel réduisant la protection à celle de la loi la moins favorable, mais sans volonté discriminatoire », V. obs. sous TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 5 déc. 2003, préc., JCP E, 2005, 1216.

[702] A. LUCAS, obs. préc.

493. Force est donc de constater que la loi du pays d'origine quoique comprise comme une véritable règle de conflit jouit toutefois d'un domaine incertain (paragraphe 1). La solution est encore critiquée en raison de nombreuses insuffisances théoriques et des incohérences dont elle serait génératrice (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le domaine de la loi du pays d'origine

494. Le domaine de la loi du pays d'origine est en réalité variablement apprécié selon qu'il s'agit de droit commun (A) ou de droit conventionnel (B). Pour l'un ou pour l'autre, des difficultés interprétatives interviennent, empêchant une lecture claire du domaine de la loi du pays d'origine.

A. Droit commun

495. Application de la loi du pays d'origine à l'ensemble des prérogatives du droit – L'hypothèse d'un système soumettant l'ensemble du droit d'auteur à la loi du pays d'origine identifiée comme la loi du pays de première publication a notamment été envisagée par une partie minoritaire de la doctrine sans jamais véritablement percer en jurisprudence.

La solution il est vrai, repose le plus souvent sur une préoccupation pratique visant à contrer l'imprévisibilité qu'engendre une solution purement territoriale.

496. H. DESBOIS note en ce sens qu'une telle solution « procède du souci de donner aux droits d'auteur un « point fixe de rattachement » et d'éviter que la loi applicable varie, pour une seule et même œuvre, selon que les faits litigieux se seront produits ici ou là, et par conséquent que la juridiction saisie sera située en deçà ou au-delà — de telle frontière. »[703] L'auteur en déduit la compétence de la loi du pays d'origine tant pour les droits patrimoniaux que pour le droit moral ; ce dernier, en tant qu'il constitue « le point d'application de tous les attributs du droit d'auteur » relèverait de la loi d'origine[704].

---

[703] H. DESBOIS, « La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France », préc., spéc. n° 185.

[704] Ibid.

497. M. TERRÉ[705] quant à lui réfute l'idée d'un double rattachement du droit d'auteur tel que posé par l'arrêt *Rideau de Fer*. La distinction entre existence et exercice du droit serait nécessairement artificielle dans la mesure où *« le droit pécuniaire de l'auteur est un faisceau de prérogatives admises de manière différente par les diverses législations (...) le régime juridique de ces divers attributs varie d'une législation à une autre, parce chacun d'eux n'est qu'un élément d'un ensemble cohérent* ». Aussi, l'auteur estime-t-il que l'une des pistes de résolution serait de ne pas « *cantonner si étroitement le rôle de la loi du pays d'origine* ». Toutefois, l'auteur réfute le rattachement par la première publication[706], car celui-ci relèverait d'une lecture étroite de la notion de pays d'origine. Tout en restant dans l'hypothèse d'une loi permanente, l'auteur propose en ce sens de dépasser l'analyse qui consiste à situer la naissance des droits patrimoniaux à la publication et « *d'une manière plus générale, préférer en effet la loi du lieu d'élaboration de l'œuvre.* »[707]

498. L'idée est encore présente chez le Doyen BATIFFOL, pour qui le rattachement à la loi du pays de première publication réalise une synthèse des intérêts drainés par le droit d'auteur. La publication constitue pour cet auteur l'acte par lequel l'œuvre acquiert un caractère social et une valeur pour la collectivité. Aussi, en déduit-il que « *la loi qui régit cette collectivité* » a vocation à réglementer « *naturellement* » le droit visé. Le droit d'auteur s'analyse pour BATTIFFOL comme un « *faisceau de prérogatives* » organisé au sein du pays de première publication, ce qui décrédibilise l'application de la loi du pays de protection – *lex fori* ou *lex loci delicti* – car la compétence d'une loi territoriale reviendrait à renier la logique qui sous-tend chaque régime de droit d'auteur en l'envisageant sous l'angle exclusif de la contrefaçon[708].

499. Admission d'un rattachement exclusif à la loi du pays d'origine en droit comparé – S'il est vrai que la loi du pays de protection fait l'objet d'un large consensus au point que le règlement Rome II évoque une règle de conflit universellement reconnue, il n'en demeure pas moins que certaines LDA ont admis le principe d'un rattachement exclusif universaliste à la loi du pays d'origine.

En ce sens, en dépit de l'influence annoncée du règlement Rome II en la matière, l'article

---

[705] Note sous Cass. civ. 1ère, 22 déc. 1959 : *Rev. crit. DIP* 1960, préc.

[706] L'auteur s'interroge à ce propos comme suit : « est-il opportun de faire dépendre le régime juridique du film, de la pièce, ou de la symphonie, du hasard de quelque festival », Ibid.

[707] V. *infra*, n° 733 s.

[708] H. BATIFFOL, note sous, Cass. civ. 1ère, 29 avr. 1970 : *Rév. crit. DIP* 1971, p. 270 s.

2624[709] du Nouveau Code Civil roumain de 2011 soumet ainsi l'ensemble des aspects du droit d'auteur, prérogatives patrimoniales et extrapatrimoniales comprises à la loi de l'Etat où la création intellectuelle a été pour la première fois porté à la connaissance du public quel que soit le mode de communication utilisé[710].

Dans le même ordre d'idées, l'article 67.1 de la LDA grecque du 4 mars 1993 dispose que : « le droit d'auteur sur une œuvre publiée est régi par la législation de l'État dans lequel l'œuvre est d'abord rendue légalement accessible au public. Le droit d'auteur dans une non publiée est régi par la législation de l'État dans lequel l'auteur est national. »[711] Au sens de cette législation, la lex loci protectionis[712] n'est compétente que pour la « protection judiciaire ». Ce qui laisse par ailleurs penser qu'elle se confond vraisemblablement avec la lex fori.[713]

500. La loi portugaise sur le droit d'auteur reconnaît elle aussi un rôle central à la loi du pays d'origine de l'œuvre. L'article 48, paragraphe 1 du Code civil dispose ainsi que « *les droits d'auteur sont réglés par la loi du lieu de la première publication de l'oeuvre et, lorsque celle-ci n'est pas publiée, par la loi personnelle de l'auteur, sous réserve de ce qui est établi par législation spéciale.* »[714]

501. La théorie de la *root-copy* – Si aux Etats Unis, il est admis de longue date que la

---

[709] V. sur cette question, A. OPREA, « Droit international privé et immatériel en Roumanie » in *L'immatériel*, p. 1080 ;

[710] La loi du pays de protection n'est admise selon la LDA roumaine que pour les atteintes aux droits de propriété et les droits de propriété industrielle territorialement rattachés par l'acte de d'enregistrement.

[711] L'ancien article 17 de la loi 2387/1920 s'inscrivait dans une logique analogue disposant que : « l'application des dispositions de la présente loi (…) peut être étendue à des œuvres littéraires ou artistiques produites à l'étranger, sous condition de réciprocité des Etats respectifs, par conventions spéciales ratifiées par décrets royaux ». Cette règle de conflit unilatérale était traditionnellement comprise comme soumettant les droits d'auteur à la loi du pays d'origine pour tous les aspects mis à la part la contrefaçon laissée à la loi du délit ; V. en ce sens, G. KOUMANTOS, « Sur le droit international privé », préc., spéc. p. 628.

[712] Si à l'inverse de la Convention de Berne ou du Règlement Rome II, la loi grecque soumet la quasi-totalité des aspects du droit à la loi du pays d'origine, un auteur souligne cependant que la lex loci protectionis, n'a jamais eu à jouer en tant que telle ; il relève en ce sens que la jurisprudence n'offre aucun exemple de revendication de protection d'une loi étrangère, V. sur cette question, G. PANOPOULOS, « Droit international privé et immatériel en Grèce » in *L'immatériel*, p. 1005 s.

[713] Comp. G. KOUMANTOS, *ibid*.

[714] Traduction de MOURA-VICENTE, *Recueil des cours, préc*., p. 279. Notons toutefois qu'en dépit de cette rédaction extensive au profit de la loi du pays d'origine, la jurisprudence portugaise pratique en fait un *panachage* des lois applicables analogue à la *conception mixte* de la jurisprudence française.

législation sur le droit d'auteur est de nature territoriale[715], on a cependant assisté au développement d'une jurisprudence allant dans un sens opposé à cette doctrine. En effet, dès 1939, la jurisprudence du *2nd Circuit* a régulièrement estimé la loi américaine compétente pour connaître de la reproduction d'œuvres à l'étranger lorsque celle-ci résultait d'une première reproduction aux Etats Unis[716].

Ainsi, dans l'affaire *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures*[717], un auteur revendiquait une atteinte à ses droits sur une œuvre dramatique protégée aux Etats-Unis. La pièce avait fait l'objet d'une adaptation cinématographique dont les négatifs avaient été distribués en Europe. Quoique cette distribution fût parfaitement légale au sein des pays dans laquelle elle avait été réalisée, le *Second Circuit* retint une atteinte aux droits en application de la loi américaine.

A l'inverse, dans l'affaire *Los Angeles News Service v. Reuters Television International*[718] où la revendication portait sur la distribution ultérieure, en Europe d'un reportage vidéo il fut conclu l'absence d'atteinte au motif que la reproduction et la distribution de l'œuvre protégée était autorisée et licite au sens de la législation américaine.

Globalement, il faudrait comprendre que la loi américaine s'applique dès lors que la copie initiale est américaine, peu importe les lieux dans lesquels elle est reproduite. Inversement, rapportée à une logique conflictuelle, il faudrait entendre par là que le juge américain devrait

---

[715] L'extraterritorialité d'une législation est admise par les tribunaux américains ; elle doit cependant avoir été clairement indiquée par le législateur, V en ce sens, G. W. Austin, « *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation* », 23 *23 Colum.-VLA J.L. & Arts 1,* 1999 : « *although it is accepted that Congress has the power to legislate with respect to activities abroad, it has not done so in the copyright context. Unlike the law of some countries, the United States Copyright Act of 1976 does not expressly limit its application to acts performed within United States borders. However, courts have consistently held federal copyright laws do not apply abroad*. » ; V. encore, C. A. BRADLEY, *Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism,* 37 *Va. J. Int'l L.* 505, 520 (1997) ; V. aussi, *Subafilms, Ltd., The Hearst Corp. v. MGM-Pathe Communications Co., 24 F. 3d 1088* : « *given the undisputed axiom that United States copyright law has no extra-territorial application, it would seem to follow necessarily that a primary activity outside the boundaries of the United States, not constituting an infringement cognizable under the Copyright Act, cannot serve as the basis for holding liable under the Copyright Act one who is merely related to that activity within the United States.* »

[716] *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures*, Corp., 106 F.2d 45 (2d Cir. 1939), aff'd, 309 U.S. 390 (1940) ; *Update Art Inc. v. Modiin Publ'g Ltd*., 843 F.2d 67 (2d Cir. 1988) ; *Famous Music Corp. v. Seeco Records, Inc*., 201 F. Supp. 560 (S.D.N.Y. 1961); *Fun-Damental Too, Ltd. v. Gemmy Indus. Corp.,* 41 U.S.P.Q.2d 1427 (S.D.N.Y. 1996).

[717] Préc.

[718] 149 F.3d 987 (*9th Cir*. 1998).

retenir l'application généralisée d'une loi étrangère lorsqu'il est compétent s'agissant d'une copie initiale localisée à l'étranger et reproduite aux Etats[719].

502. Il est toutefois remarquable que dans l'ensemble de ces espèces, les juges ont retenu la compétence de la loi américaine pour des allégations d'atteintes réalisées à l'étranger. Ceci laisse penser que la *copy-root theory* constitue en réalité un prétexte à l'application extraterritoriale de la loi américaine. Paradoxalement, une telle conception du principe d'extraterritorialité fait la part belle à la *lex fori* et au demeurant tend à rejeter le conflit de lois. De ce fait, cette jurisprudence a été la cible de nombreuses critiques en doctrine[720] et a favorisé la réaffirmation du caractère territorial du droit d'auteur aux Etats-Unis. La solution nous semble cependant présenter un intérêt lorsqu'elle est bilatéralisée et l'universalité rapportée à des proportions raisonnables.

503. *De lege feranda* – Intérêt renouvelé la doctrine des droits acquis : l'exemple de la méthode de la reconnaissance – Si l'on admet que la logique des droits acquis est la plus à même de justifier l'application de la loi du pays d'origine, il est loisible nous semble-t-il d'inclure dans le traitement conflictuel du droit d'auteur une solution basée sur cette théorie.

Certes, lorsqu'il est question de reconnaissance, l'attention est généralement portée sur les jugements et les actes publics. Toutefois, une partie de la doctrine propose une extension de la méthode quoique l'intervention la loi étrangère n'ait pas été concrétisée dans une décision.

504. Hors du champ de la propriété intellectuelle, l'exemple d'une telle d'application de la loi étrangère apparait à l'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé de 2011. Celui- ci dispose en effet que : « *lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé*[721]*, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique* »[722].

---

[719] La solution n'est pas sans rappeler celle retenue par la directive 93/83/CEE en matière de droit applicable aux émissions par satellite.

[720] En ce sens, G. AUSTIN, préc., p. 5 s. ; C. A. BRADLEY, préc. spéc. p. 510 s.

[721] Souligné par nous.

[722] P. LAGARDE (dir), La reconnaissance des situations en droit international privé, Pédone, 2013, p. 19.

Reste encore que selon une doctrine autorisée[723], la légitimité de la législation étrangère compétente pour la reconnaissance d'un droit acquis est systématiquement déduite de l'intervention d'une autorité publique quand bien même celle-ci n'aurait pas une forme décisionnelle au sein de l'ordre juridique d'où elle émane[724]. Cette intervention dans l'octroi d'un statut est à la base d'une « *cristallisation* » au sens où elle manifeste le point de vue concret de l'ordre juridique étranger sur la situation[725], tandis qu'en l'absence de cette intervention il n'existe que virtuellement. Pareille intervention de l'autorité publique fonde auprès des parties la confiance légitime en la validité de la situation juridique et en son efficacité internationale, de sorte que l'application de la règle de conflit du for conduisant à son invalidation constituerait une atteinte manifeste à ces attentes.

Un courant non moindre[726] estime quant à lui qu'une telle reconnaissance peut être admise en l'absence de toute intervention d'une autorité publique[727]. M. PAMBOUKIS note en ce sens que la raison de la soumission à la méthode de la reconnaissance des rapports effectivement créés n'est peut-être pas tant la matière que la durée du rapport dans le temps et un espace donné au sein d'un même ordre juridique. Ladite durée est productrice d'effets et crée une apparence, une croyance commune si forte que sa négation perturbe l'ordre des choses[728]. Il ne s'agit plus dans ce cadre d'une véritable cristallisation, mais plutôt d'effectivité. Dès lors qu'une situation s'est formée dans le cadre d'un ordre juridique étranger, qu'elle a produit des effets dans cet ordre, que la compétence législative de cet ordre était valablement prévisible par les parties et qu'elle n'atteint en rien les valeurs fondamentales de l'ordre de réception, il paraît légitime dans le sens de cette approche étendue de la reconnaissance des situations de lui donner effet dans l'ordre juridique local. Cette logique fondée sur l'effectivité de la situation permet de dépasser

---

[723] V. not. MAYER et HEUZÉ, n° 112.

[724] Par exemple celle en charge de la délivrance d'un acte ou d'un titre ; ce qui laisse à penser que d'un point de vue théorique, le for aurait plus vocation à abdiquer sa règle de conflit lorsque la revendication porte sur un titre enregistré, c'est-à-dire par définition celui qui requiert l'intervention d'une autorité administrative – comp. article 6*bis* de Convention Universelle de Paris, sur la reconnaissance internationale de la marque notoirement connue.

[725] En ce sens, P. MAYER, *Mélanges Lagarde*, préc., p. 556

[726] L'article 9 de la loi néerlandaise précité semble d'ailleurs en ce sens.

[727] Elle l'est déjà à propos des sentences arbitrales ; quoiqu'une telle admission relève en vérité d'une approche de la reconnaissance des décisions favorable à la validité des situations crées à l'étranger quitte à ne requérir qu'une faible intensité du pouvoir décisionnel de l'autorité compétente.

[728] C. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance » : *Rev. crit. Dip*., 2008, p. 513, spéc., n° 62.

la condition d'intervention d'une autorité étrangère caractéristique en réalité de la reconnaissance des jugements et de donner ainsi une orientation plus conflictuelle à la méthode. L'idée sous-jacente est qu'il existe entre la loi du pays d'origine et la situation donnée un lien effectif justifiant l'abdication de la règle de conflit du for.

Incontestablement, il apparait que les évolutions de cette méthode sont balbutiantes et marginales, inspirant moins « *la doctrine et les juges « apatrides » (de Strasbourg ou du Luxembourg) que la Cour de cassation ou le législateur.* »[729] Les applications en demeurent actuellement cantonnées aux questions relatives aux droits fondamentaux. C'est le caractère impérieux de ces problématiques qui appelle une remise en question exceptionnelle de la méthodologie traditionnelle au profit d'une approche plus libérale dans la réception de la norme étrangère. Aussi, quoique le Conseil constitutionnel ait récemment pris position pour une qualification des droits des auteurs sur le terrain des droit fondamentaux[730], il parait toutefois douteux qu'un revirement soit pour l'heure extensible aux problèmes intéressant plus spécifiquement la sphère économique.

505. Intérêt de la méthode de la reconnaissance en matière de propriété intellectuelle – Les avancées de la reconnaissance des situations sont intéressantes du point de vue méthodologique. Elles s'inscrivent dans un mouvement plus général de recul de la territorialité. Le principe d'une telle méthode remet en cause l'idée fondamentale selon laquelle les droits subjectifs n'auraient d'effets que circonscrits dans les limites d'un Etat puisqu'une situation créée à l'étranger est génératrice d'efficacité internationale.

Pourtant, sans nécessairement sortir d'une logique de rattachement qui fait parfois défaut en matière de droits acquis[731], on pourrait admettre une forme de contraction entre un rattachement réel universel par la publication et une approche de droits acquis. Dans le sens d'une interprétation renouvelée de l'importance de l'acte de première publication, il serait loisible de soutenir que par cet acte, s'opère une forme de cristallisation – c'est-à-dire, la confiance légitime des parties en l'efficacité d'une situation réalisée à l'étranger – convertible sur le plan

---

[729] BUREAU et MUIR-WATT, p. 684.

[730] Cons. Const., 27 juill. 2006, déc. n° 2006-540 – Sur cette question : V. M. VIVANT, J.-M. BRUGIÈRE, *op. cit.*, n° 75 ; D. ROUSSEAU, « De la constitutionnalisation de la propriété intellectuelle », *GAPI*, comm. n° 3.

[731] On sait que l'une des critiques générales adressée à la théorie de droits acquis était de faire fi de règle de droit selon laquelle un droit est acquis et partant de considérer les droits comme de simples faits. Savigny note en ce sens que pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir selon quel droit local nous devons juger de leur acquisition. » - cité par P. MAYER et V. HEUZÉ, n° 114.

conflictuel. L'œuvre serait localisée au pays de première publication car, par cet acte, l'auteur a manifesté son attachement à l'ordre juridique et économique et social de ce pays. En prenant compte de cette donnée, le juge serait tenu de reconnaître un droit acquis dans son for dès lors qu'il aura été établi la validité de ce droit au sein du pays de première publication.

Autrement, de manière plus modeste, la solution pourrait par exemple être admise au moins à titre de correctif pour certains aspects du droit d'auteur, lorsqu'une situation notoirement établie à l'étranger risquerait d'être remise en question par la règle de conflit du for[732].

B. Droit conventionnel

506. Il est traditionnellement admis que le principe de territorialité constitue l'un des piliers théoriques de la Convention de Berne et que la loi du pays d'origine n'intervient qu'à titre exceptionnel. Il en ressort que *a priori*, les stipulations conventionnelles n'admettent le jeu de la loi du pays d'origine que dans une moindre mesure, excluant ainsi toute possibilité de rattachement exclusif à cette loi[733]. Une position divergente a cependant été proposée par G. KOUMANTOS.

507. L'universalisme dans la Convention de Berne selon G. KOUMANTOS– Une approche extensive du domaine du pays d'origine[734] a cependant été proposée en doctrine, notamment

---

[732] Rappr. BUREAU et MUIR-WATT, n° 579-1.

[733] On posera à titre de rappel qu'en termes de droit applicable, le principe de territorialité n'a pas toujours bénéficié de la préférence dans les Conventions internationales. Ainsi la Convention de Montevideo stipulait-elle que Convention de Montevideo de 1889 dont l'article 2 consacre la compétence générale de la loi du pays d'origine en matière de droit d'auteur : « *Authors of a literary or artistic work and their successors shall enjoy in the Signatory States the rights granted to such authors by the law of the state in which first publication or production of the work took place* ».

[734] Comp. hors du domaine du droit d'auteur, l'art. 6bis 1) : « les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle-ci. »

par M. KOUMANTOS. La loi du pays d'origine n'aurait, dans ce sens de cette doctrine pas le domaine général qu'on lui octroie. L'interprétation des règles conventionnelles ambitionne de dépasser ces ambiguïtés conventionnelles en matière de droit applicable. Celles-ci découleraient d'abord de l'interprétation extensive de la règle d'assimilation qui selon l'auteur est injustement étendue au domaine du conflit de lois quand il s'agit d'une règle de condition des étrangers. Mais plus spécifiquement, M. KOUMANTOS rattache le droit d'auteur à la loi du pays d'origine en mettant en exergue les limites interprétatives de la notion de « *loi du pays où la protection est réclamée* ». L'approche polysémique qu'en a la doctrine dominante, tantôt loi du for, tantôt loi du pays de l'atteinte ne semble en rien justifiée, selon l'auteur. La seconde ambiguïté relève de l'étendue de la règle. S'il est en effet concédé que la loi du pays de protection résout les problèmes de droit applicables à deux aspects particuliers du droit d'auteur, à savoir « *les moyens de recours et l'étendue de la protection* », voire dans une plus large mesure « *le contenu du droit* », l'auteur exclut cependant du champ de cette règle de conflit « *tous les autres aspects du droit d'auteur (acquisition, titulaire, transmissibilité, et probablement, contenu, ect.)* » qui « *demandent leur propre règle* »[735]. L'auteur réfute donc l'idée d'une compétence par principe de la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Cela ne revient cependant à dire qu'il n'y a pas de règle de conflit de principe dans la Convention de Berne.

508. Pour M. KOUMANTOS, cette règle de conflit renvoyant à la loi du pays d'origine serait en définitive stipulée dans la lecture combinée des articles 5.1 et 5.3 de la Convention. Ces deux dispositions auraient selon l'auteur pour finalité d'exclure du bénéfice de la Convention les œuvres dans leur pays d'origine, l'exclusion étant par ailleurs explicitement formulée comme suit à l'article 5.3 : « *la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale* ». Cet article poserait une règle de conflit unilatérale qu'il conviendrait de bilatéraliser. Il faudrait donc en conclure la compétence de la loi du pays d'origine comme règle de conflit de principe au motif selon lequel « *si dans le pays d'origine la protection est réglée par la législation nationale de ce pays, dans tous les autres, pays elle doit être réglée par la législation nationale de ce pays, dans tous les autres pays, elle doit être réglée par la législation du pays d'origine. Donc, dans tous les pays de l'Union de Berne, pour les rapports entre ces pays, et pour autant qu'une règle spéciale n'en dispose autrement au sujet d'un aspect particulier du droit d'auteur, celui-ci est régi par la loi du pays d'origine de l'œuvre.* »

[735] G. KOUMANTOS, art. préc., p. 636 s.

509. Limites – La proposition de M. KOUMANTOS, quoique séduisante, se heurte cependant à quelques objections.

Elle se fonde en effet sur la lecture combinée des articles 5.1 et 5.3 de la Convention de Berne. Or, nous l'avons établi, ces dispositions ne visent pas la question du droit applicable. Du moins pas de manière directe. La première disposition pose le principe d'assimilation tandis que la seconde a vocation délimiter le champ d'application de la Convention et incidemment le cas dans lequel la loi nationale aura vocation à supplanter la Convention. Tout au plus peut-on y voir une certaine logique unilatérale. En effet, la Convention fixe elle-même la limite de son champ et renvoie pour ce faire aux législations internes. Toutefois, cet empiètement sur le domaine du conflit de lois n'est qu'incident, la fonction première de cette disposition étant de définir le cas d'une situation qui se rattacherait ou non à la Convention.

510. Sur la base cette interprétation extensive des dispositions visées, quand bien même, serait admise une logique plus bilatérale, il ne serait pas certain que cette dernière s'accorde avec le texte et l'esprit de la Convention. En effet, reconnaitre un domaine aussi étendu à la loi du pays d'origine sur la base de l'article 5 reviendrait à nier l'intérêt de l'Acte de Berlin en termes de loi applicable, mais aussi à réfuter incidemment la conflictualité de l'article 5.2.

On sait en effet qu'avant 1908, avait été établi un système de dépendance sur le fondement duquel le bénéfice du principe d'assimilation, clé de voûte du droit applicable était lui-même conditionné par l'accomplissement de conditions et formalités au sein du pays d'origine. Toutefois, ce système relativisait fortement l'intérêt de la protection conventionnelle et générait des incohérences[736].

L'innovation de l'Acte de Berlin a donc consisté essentiellement dans la stipulation d'un principe d'indépendance excluant non seulement les formalités et conditions du bénéfice de la protection au sein du pays où celle-ci était demandé, mais aussi dans l'attribution à la loi de ce pays d'une compétence pour « l'étendue » des droits revendiqués. De fait, on voit mal comment on pourrait sur le fondement de ce texte adopter revenir à la loi du pays d'origine, l'étendue d'un droit étant nécessairement corrélée à sa définition.

Certes, le texte et l'esprit de la révision convergent dans le sens que la loi du pays d'origine intervient comme une limitation du principe de territorialité dans certaines situations (en matière de durée notamment, où le principe est demeuré inchangé). Cependant, les conditions

[736] Crim. 15 juin 1899 : *JDI-Clunet* 1899, p. 818 ; *DP* 1900, 1, p. 81.

d'accès au droit sont tout autant que l'atteinte soumises à la loi du pays de protection.

511. *In fine*, l'observation montre que si la loi du pays de protection est admise comme une véritable règle de conflit, dans nombre de cas, seule une place restrictive lui est réservée ; ce qui revient à dire qu'un universalisme jouant sur le rattachement à la loi du pays de première publication ne saurait résulter que d'une lecture extensive du domaine de ce rattachement.

Force est cependant de constater que le rattachement à la loi du pays de première publication comme rattachement substitutif à la loi du pays pour lequel la protection est demandée est en réalité paré de sérieuses insuffisances théoriques et techniques.

Paragraphe 2. Les insuffisances de la loi du pays d'origine

512. En dernière analyse, l'admission du rattachement universel se heurte en réalité à deux séries de difficultés d'ordre pratique et théorique.

Sur le plan pratique, le rattachement au sein du pays de première publication n'offre pas systématiquement les gages de simplicité qu'il serait légitime d'attendre d'un rattachement aussi stable. En réalité, les circonstances et les formes de la publication influent en effet sur la localisation du pays d'origine. Or, ces dernières peuvent se présenter dans un contexte qui relativise l'acte de publication comme phénomène localisateur, soit du fait de multiples publications, soit en raison de l'immatérialité de cet acte de publication (I). Sur le plan théorique, le lieu de première publication revêt une pertinence moindre comparé au lieu de l'atteinte qui est lui proprement rattachable au principe de souveraineté (II).

I) La localisation du pays d'origine

513. Consécration élargie du rattachement à la loi du pays de première publication – En droit commun[737] comme en droit Conventionnel, la référence à la loi du pays d'origine est fondée sur le rattachement au lieu de première publication. En ce sens, l'article L. 123-12 du CPI qui règle la durée du monopole hors du cadre communautaire renvoie directement à la

[737] Cass. civ. 1ère, 22 décembre 1959, préc.

définition du pays d'origine de l'œuvre « *au sens de l'Acte de Paris de la convention de Berne* ». Au sein de la Convention de Berne, les modalités de désignation du pays d'origine d'une œuvre sont fixées par l'article 5.4[738]. Il en ressort la compétence générale du rattachement réel par le lieu de première publication, corrigé pour les œuvres inédites par la loi du personnelle de l'auteur.

514. Ainsi, compte tenu du lien étroit qui unit le pays d'origine à la notion de publication, cette dernière occupe une place centrale en droit international privé conventionnel et influe sur tout le traitement de l'œuvre, tant du point de vue du droit applicable – en matière de durée par exemple – que de celui du rattachement à la convention (A). Force est cependant de constater que la conception qu'a le droit positif de cette notion complexifie le jeu de la règle de conflit et risque parfois d'en atténuer la pertinence (B).

A. L'intérêt du rattachement par le lieu de première publication

515. Définition de droit conventionnel – Le Code de la propriété intellectuelle ne donne pas directement de définition de la notion de publication, contrairement à d'autres LDA[739] . Une telle absence s'explique sans doute parce que la loi du 11 mars 1957 tient la publication et

---

[738] « Est considéré comme pays d'origine de l'œuvre :

a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays ; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue ;

b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays ;

c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant ; toutefois,

(i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et,

(ii) s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays. »

[739] V. Par exemple la définition retenue par la loi américaine – 17 U.S. Code § 101 : « "Publication" is the distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending. The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute publication. »

la divulgation pour synonymes. Sur cette base analogique, la divulgation peut être comprise comme un fait matériel visant à rendre l'œuvre accessible au public[740].

Le droit conventionnel quant à lui en retient une définition plus précise. En effet, l'article 3.3 de la convention dispose que : « *par "œuvres publiées", il faut entendre les œuvres 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'œuvre.* »

Le critère de la première publication dans le mécanisme de localisation du pays d'origine conforte, nous semble-t-il, l'analyse du Doyen BATIFFOL selon laquelle, généralement, « *le droit international privé tend à localiser les rapports de droit par ceux de leurs éléments qui se manifestent extérieurement, donc de préférence matériellement, parce que l'intérêt des tiers, qui représente l'intérêt commun, but du droit s'en trouve mieux assuré et que la solution est déterminée avec plus de certitude*. »[741]

Il est vrai en effet que dans l'existence de l'œuvre, la publication correspond à la caractérisation d'un rapport social aisément identifiable. Lorsqu'une œuvre est communiquée au public dans le sens d'une publication, son existence dans la sphère publique ne peut plus être remise en cause. La publication renforce en ce sens la divulgation, en termes de publicité de l'œuvre, ce qui en fait un point de rattachement plus sûr[742]. C'est pourrait-on dire « *le lieu où l'auteur exerce pour la première fois ses droits de manière significative et visible de tous* »[743]. Solution d'autant plus compréhensible qu'elle intègre une approche multilatérale et collective qui n'est pas étrangère au droit d'auteur, quoiqu'il s'agisse d'abord d'un droit exclusif.

---

[740] V. A., H.-J. LUCAS, et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 459.

[741] Cité par A. WEILL, art. préc., p. 553. ; V. aussi, *Aspect philosophiques*, n° 109 s.

[742] Il existait toutefois un débat parmi les rédacteurs de la Convention de Berne quant à la pertinence du rattachement à la première publication en opposition à la loi nationale de l'auteur. La loi du pays de première publication l'a sans doute emporté car, en plus des facilités probatoires qu'elle emporte, en tant loi nationale, elle correspond beaucoup plus à l'esprit général de la Convention – V. en ce sens, S. RICKETSON et J.-C. GINSBURG, *op. cit.*, p. 244 s. ; Mais, le rattachement à la loi du pays de première publication constituait aussi une forme d'extension du domaine de la Convention à toutes les œuvres indépendamment de la nationalité de l'auteur, à la seule Condition que cette publication initiale ait eu lieu dans un pays de l'Union. En tenant compte de la logique assimilationniste de la Convention, le rattachement au lieu de première publication s'avérait bien plus adéquat que le critère de la nationalité de l'auteur.

[743] J.-S. BERGÉ, « Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques », préc.

Globalement, l'exigence d'une publication matérielle poursuit le but de donner une certaine fixité du rattachement, finalité que ne pourrait pas remplir une simple première divulgation de l'œuvre par exemple.

Cependant, à une époque où l'exploitation des œuvres avait nécessairement une dimension matérielle, l'option d'un tel rattachement jouissait d'une certaine légitimité, du fait notamment de l'assurance qu'il engendrait en termes de proximité entre l'ordre juridique retenu comme pays d'origine et l'œuvre. Mais, en présence du penchant pour la dématérialisation que connaissent les modes d'exploitation contemporains des œuvres de l'esprit, la justification d'un tel critère risque indéniablement d'être remise en cause. Se pose donc la question de la pertinence contemporaine d'un rattachement par la première publication, mais pris sous l'angle de sa capacité à rendre compte juridiquement de toutes les manifestations d'une communication de l'œuvre au public. Autrement dit, la localisation du pays d'origine sur le fondement de la première publication s'avère critiquable en considération de l'étroitesse du critère localisateur.

B. L'inadaptabilité du critère de la publication dans l'environnement numérique

516. Conception éditoriale de la publication – L'absence de domaine territorial que suppose l'environnement numérique tranche avec les notions de pays d'origine et première publication[744].

Si l'on observe la Convention de Berne, dont l'article 3.3 règle la question de la publication[745], on voit qu'en vertu de cette disposition, l'œuvre est réputée publiée (et donc initialement rattachée à un pays donné) dès lors qu'avec le consentement de l'auteur, aura été fabriqué une

[744] Généralement sur cette question, v. J. C. GINSBURG, « *Berne without borders: geographic indiscretion and digital communications* », *I.P.Q.* 2002, 2, 111-122 ; ALAI, Rapport sur la « Détermination du pays d'origine lorsqu'une œuvre est divulguée publiquement pour la première fois sur interne » : *RIDA* 2/2012, p. 3 s.

[745] « Par "œuvres publiées", il faut entendre les œuvres 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 quelle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'oeuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une oeuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une œuvre d'art et la construction d'une œuvre d'architecture ».

quantité suffisante d'exemplaires de manière à satisfaire les besoins raisonnables du public.

D'abord, il s'agit d'une approche éditoriale puisqu'elle suppose nécessairement une « *fabrication d'exemplaires* ». D'ailleurs, la fin de la disposition vient compléter et renforcer cette exigence de matérialité, en excluant de son champ d'application certains types de communication de l'œuvre dont on comprend aisément qu'elles ne peuvent techniquement pas satisfaire à l'approche matérialiste privilégiée par les rédacteurs de la Convention[746].

517. D'un point de vue technique, le critère de la première publication, tel que défini précédemment peut parfois laisser songeur. Il est vrai que les modalités de communication des œuvres au public ont grandement évolué depuis la dernière révision de la Convention et ce, vers des orientations techniques qui n'avaient pas été envisagées à l'époque. Il en ressort que la notion de publication y est assurément limitée vis-à-vis des modes de diffusion alternatifs à la publication matérielle par fabrication d'exemplaires, au premier titre desquels la transmission par voie numérique[747]. Le caractère passéiste des partis pris conventionnels sur cette question a parfois été dénoncé. Il illustre bien la difficulté qu'engendre le rattachement au pays d'origine dans le contexte d'une exploitation moderne des œuvres de l'esprit. Le problème de qualification[748] soulevé dans ce cadre revient à savoir si la diffusion d'une œuvre sur les réseaux numériques correspond à une simple représentation, une simple divulgation, ou une véritable publication au sens de la Convention de Berne.

518. En réalité, deux pistes interprétatives s'offrent quant à la notion de publication, l'une extensive, l'autre restrictive.

La première consisterait à admettre que la divulgation d'une œuvre sur les réseaux numériques constitue une publication au sens de l'article 3.3 de la Convention (1). La seconde, restrictive, consisterait à exclure de la publication un tel mode de diffusion, quitte à le soumettre à un correctif propre (2). Les deux alternatives seront envisagées.

---

[746] Ainsi sont expressément exclues : « la représentation d'une oeuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une oeuvre musicale, la récitation publique d'une oeuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une oeuvre d'art et la construction d'une oeuvre d'architecture ».

[747] Modes de diffusion dont il faut reconnaître d'emblée qu'ils étaient encore d'usage marginal voire inexistant lors des plus récentes modifications de la Convention de Berne, ce qui explique l'inadaptabilité des dispositions pertinentes et appelle sans doute à une plus large compréhension du concept de publication, notamment.

[748] J.-S. BERGÉ, « Droits d'auteur et réseaux numériques », préc., spéc. n° 20 s.

1. Interprétation extensive de la notion de publication

519. Extension par analogie – Il est vrai que l'inclinaison la plus naturelle devrait amener à considérer qu'une œuvre communiquée pour la première fois sur internet, puisqu'elle est accessible dans la sphère publique remplit substantiellement tous les critères pour être considérée comme publiée. Il s'agirait dans ce cadre d'une approche analogique[749] opérant un rapprochement entre le concept publication et celui voisin de divulgation.

520. Les critères de la publication appliqués à la première diffusion en ligne – Cette extension s'attache à déterminer un caractère substantiel dans le processus de publication. En effet, si l'on observe les dispositions de la Convention de Berne à relatifs à la publication, deux critères dominent : un critère de disponibilité[750] et un critère quantitatif. Force est de constater que, de manière substantielle, la transmission en ligne d'une œuvre de l'esprit remplit ces deux critères. Le critère de disponibilité (ou de contrôle effectif) est implicite dans l'article 3.3 de la Convention de Berne.

Le critère de disponibilité diverge de la simple accessibilité à laquelle peut donner lieu par exemple, la représentation d'une œuvre dramatique ou une récitation publique. Elle sous-tend l'idée que la publication doit favoriser un accès effectif. En d'autres termes, la publication doit être le vecteur d'une prise de possession effective d'exemplaires de l'œuvre par les utilisateurs. Il est à noter en ce sens que l'ancien article 3.3 de la Convention exigeait pour qu'il y ait publication que les exemplaires aient été mis à la disposition du public, c'est-à-dire en d'autres termes que ce dernier ait été mis en position de « *rentrer en possession d'exemplaires matériels* ».

Cependant, compte tenu de certains modes de diffusion[751] ne n'offrant pas une telle possibilité, le critère a été élargi. Il n'en demeure pas moins qu'au sens de l'article 3.3, les exemplaires doivent avoir été « *mis à disposition* » ; formule plus générale exprimant l'idée que, pour être réputée « *publiée* », l'œuvre doit faire l'objet d'une diffusion qui en permette la possession, que celle-ci s'opère de manière directe auprès du public, ou qu'elle passe par des intermédiaires

---

[749] Comp. sur cette approche large de la publication, l'article 2464 du code civil Roumain de 2011 visant le lieu où « l'œuvre a été pour la première fois portée à la connaissance du public par publication, représentation, exposition, diffusion ou de toute autre manière adéquate », rapporté par E.-A. OPREA, préc., ; l'auteur estime cependant que cette conception ne règle pas nécessairement la question de la diffusion par internet.

[750] En ce sens, v. S. DURRANDE, « La notion de publication dans les conventions internationales » : *RIDA*, janv. 1982, n° 111, p. 73 s.

[751] Les œuvres cinématographiques notamment.

adaptés, chargés d'en assurer la distribution[752].

Quant au critère quantitatif, il suppose la création d'exemplaires en nombres suffisants par rapport aux attentes raisonnables du public.

On pourrait certes arguer que la seule mise en ligne ne permet de remplir ces conditions, en particulier si l'on observe les exclusions de l'article 3.3. De prime abord, l'affichage d'une œuvre en ligne s'apparente davantage à une représentation qu'à une véritable mise à disposition de l'œuvre qui en permette la diffusion, alors que la Convention de Berne dans sa définition de la publication retient l'émission de copies tangibles. Il faudrait en d'autres termes pouvoir démontrer que lorsqu'une œuvre est transmise en ligne, il y a création de copies dans un sens analogue à celui prévue par la première des Conventions[753].

Pourtant, affirmer qu'il n'y a pas de création de copies, pourrait s'avérer une méconnaissance de la réalité des nouvelles technologies liées au numérique et aux possibilités de manipulation qu'elles offrent quant aux œuvres de l'esprit.

Il convient en effet de constater que, dès lors qu'une œuvre est mise en ligne, il existe une multitude de moyens techniques permettant aux utilisateurs du réseau de conserver une copie de celle-ci – moyens que précisément, les instruments du droit conventionnel, au premier titre desquels la Convention de Berne, ne pouvaient pas envisager de manière clairvoyante, en raison de leur nouveauté ou de leur inexistence à l'époque des divers amendements de ces instruments. Par exemple, il est techniquement possible aux utilisateurs par des moyens légaux ou non de télécharger les œuvres (par le biais d'une frappe d'écran par exemple s'il s'agit d'œuvre picturales) ou de copier le code-source d'une œuvre numérique. La condition de contrôle par la possession pourrait ainsi être acquise en présence de moyens techniques permettant une telle conservation. Partant, on pourrait en déduire que la communication de l'œuvre est semblable à fabrication matérielle d'exemplaires, dès lors qu'il est incontestable que cet acte permet aux

---

[752] *Ibid*., spéc. p. 103.

[753] En ce sens, Th. F. COTTER, « Toward a functional definition…», préc. spéc. p. 2008 : « the question of whether an author who transmits her work over the Internet has effected a publication could be resolved either way, depending upon whether the temporary RAM copy that a user's computer necessarily makes whenever the user accesses a website that incorporates the work is considered a tangible copy. » ; contra :R. E. SCHECHTER & J. R. THOMAS, Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, St. Paul, MN: Thomson/West, 2003, p. 81 (« It is clear ... that under the statutory language now in effect there has been no distribution of copies or phonorecords ... to the public and hence no publication when a work is disseminated electronically. »).

utilisateurs du réseau de disposer de copies numériques[754].

521. Ce qui importe dans cette optique est donc la disponibilité de l'œuvre de manière à satisfaire les besoins du public, quelle que soit le mode de diffusion par lequel celle-ci est rendue possible[755]. L'extension relève en ce sens d'une simple adaptation du cadre juridique à l'évolution technologique, sans laquelle il faut bien le reconnaître, le droit risque la déconnexion vis-à-vis du réel.

522. Toutefois, si le critère de la disponibilité fait tenir le raisonnement par analogie, il ne règle cependant pas la question du critère de localisation du pays d'origine. Bien au contraire, l'extension de la publication aux œuvres initialement transmises en ligne risque de rajouter une dose d'incertitude en démultipliant exponentiellement les points éventuels de localisation des droits. Cette approche extensive renouvelle d'une certaine manière la problématique de la territorialité. Peu de réponses ont été apportées à l'heure actuelle en droit français et de l'Union européenne[756].

523. Droit comparé – Des éléments de réponse émergent toutefois à l'étranger. La jurisprudence américaine a notamment été sollicitée sur la qualification d'une première diffusion en ligne d'une œuvre de l'esprit.

- L'affaire « Moberg v. 33T »

524. Le *leading case* en l'espèce est l'affaire « *Moberg v. 33T* »[757] . L'affaire concernait une série d'œuvres photographiques réalisées par un artiste suédois. Celles-ci avaient été initialement diffusées en 2004 sur un site allemand qui les offrait à la vente sous forme d'impression sur toile. Par la suite, en 2007, les photographies avaient été reproduites sur des

---

[754] Voir sur cette proposition, OMPI, « Basic proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works to be considered by the diplomatic conference », CRNR/DC/4, 1996, disponible à : https://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crnr_dc/crnr_dc_4-part3.html. V. précisément le point 3.06 : « *In traditional publishing, copies are first manufactured and then distributed. In electronic publication through networks, copies are produced at the recipient end after the act of dissemination. "The means of manufacture" in the former case is local production and in the latter case is "tele-reproduction". Nothing precludes the interpretation of Article 3 of the Berne Convention to include decentralized production of copies by means of communication networks.* »

[755] En ce sens, S. RICKETSON et J.-C. GINSBURG, « International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond », Oxford, 2006, n° 6.52

[756] V. cependant sur cette question, Rapport ALAI, préc.

[757] 666 F. Supp. 2d 415 (D. Del. 2009).

sites américains appartenant à des sociétés enregistrées aux Etats unis et gérées par des ressortissants français. L'auteur avait dès lors saisi une juridiction américaine en contrefaçon de ses droits par la diffusion des œuvres litigieuses.

La Cour devait se prononcer sur deux séries de questions : la diffusion d'une œuvre sur internet pouvait-elle constituer une publication au sens de la Convention de Berne, d'une part ? D'autre part, le cas échéant, l'œuvre devait-elle être considérée comme publiée simultanément dans tous les pays où le site est accessible, ou uniquement dans le pays au sein duquel le site à l'origine de la « *publication* » est situé ?

Les défendeurs soutenaient l'incompétence de la cour américaine puisqu'il est *« établi que les œuvres publiées sur internet le sont partout, en dépit du lieu de localisation du serveur hébergeant le site* » (NT)[758]. Cette publication simultanée dans le monde et de facto aux Etats-Unis aurait eu pour conséquence de soumettre l'œuvre aux formalités d'enregistrement en tant qu'œuvre américaine, formalités en l'absence desquelles le juge américain devait se déclarer incompétent pour connaître des actes incriminés. L'auteur contestait cependant que la première diffusion en ligne de ses œuvres constituait une publication simultanée en Allemagne et aux Etats-Unis.

La Cour fédérale répondit cependant que la diffusion des œuvres sur internet ne constituait pas une publication simultanée en Allemagne et aux Etats-Unis et que par conséquent, celles-ci devaient être qualifiées d'œuvres étrangères soumises à l'exonération des formalités prévue par la Convention de Berne. Le juge fédéral fonde notamment sa solution sur une analyse téléologique de la Convention de Berne dont la finalité est de soustraire les auteurs étrangers des formalités d'enregistrement aux fins de protection. Il relève en ce sens qu'un tel système qui nationalise aux Etats-Unis les œuvres du seul fait qu'elles ont été publiées sur internet risque d'étendre arbitrairement la loi américaine d'une part et d'autre part de dévoyer les finalités de la Convention de Berne[759].

La solution est cependant limitée car, si la Cour indique que la première diffusion en ligne n'est pas assimilable à une publication simultanée, elle ne précise clairement pas la qualification

---

[758] « [i]t is well settled that Internet publications are published everywhere simultaneously, regardless of the location of the server hosting the website. »

[759] « To require the plaintiff to register his photographs in the united stats prior to initiating suit against a United States company and the registrants of U.-S.-based websites for their violation of United States law, which protects plaintiff's copyrights, would flout the United States law and the inertantional union U.S has joined voluntarily. »

d'une telle diffusion. Ainsi, à l'exception de la publication simultanée, toutes les options demeuraient ouvertes. Il n'était donc pas exclu que la jurisprudence américaine considère implicitement le rattachement à la loi du pays de situation du serveur en cas de publication sur les réseaux numériques.

Cette position fort ambigüe a cependant été clarifiée à l'occasion d'une affaire relativement récente.

- Le revirement : l'affaire « *AcidJazzed Evening* »

525. L'affaire[760] qui a donné lieu à cette mise à jour de la jurisprudence américaine opposait Timbaland, le célèbre producteur américain de musique urbaine à une maison d'édition musicale finlandaise, Kernel Records. Le litige portait sur une composition musicale intitulée «*AcidJazzed Evening* » initialement créée par un artiste finlandais, Glenn Rune Gallefoss dont les droits avaient été transférés en 2007 à la société Kernel Records. Par la suite, une boucle de ladite composition avait été utilisée par le producteur américain dans un titre publié en avril 2007.

L'auteur dont l'autorisation n'avait pas été recueillie saisit alors une juridiction américaine en atteinte de ses droits sur la composition « AcidJazzed Evening ».

Les problématiques soulevées par cette espèce sont analogues à celles de l'affaire « *Moberg v. 33T* ». Il s'agissait en ce sens de déterminer si la diffusion d'une œuvre en ligne devait être qualifiée de publication au sens traditionnel et comment devait-on dès lors en désigner le pays d'origine. Kernel records soutenait en ce sens que l'œuvre n'avait pas été diffusée pour la première fois en ligne mais dans un « *Disc Magazine* » australien et que la publication en ligne n'est advenue que de manière ultérieure. L'Australie devait selon l'auteur être réputée pays d'origine et l'œuvre soumise au régime des œuvres étrangères régies par la Convention de Berne.

Le juge fédéral du *Florida South district* s'est cependant prononcé en faveur d'une position tranchant radicalement avec l'approche jurisprudentielle antérieure. Contrairement à l'arrêt « *Moberg v. 33T* » où la Cour s'était abstenue de se prononcer sur la qualification de la communication en ligne, la décision visée retient que la mise en ligne d'une œuvre correspond bel et bien à une publication au sens de la Convention de Berne. La Cour a estimé en effet que le magazine australien sur lequel l'œuvre avait initialement été postée correspondait en réalité

[760] 694 F.3d 1294.

à un magazine en ligne. La publication correspond selon la Cour a la possibilité donnée à l'utilisateur d'exercer un contrôle effectif sur l'œuvre ; constant par la suite que l'œuvre diffusée en ligne, qu'elle peut être téléchargée ou copiée, elle en a déduit qu'elle avait été valablement publiée au sens de la Convention de Berne. Or, en raison du caractère mondial du réseau, cette publication devait être réputée avoir eu lieu simultanément dans tous les pays où ledit réseau est accessible. Par conséquent, il en a été déduit que la composition litigieuse avait les Etats-Unis pour pays de première publication.

526. Critique d'une localisation universelle de la publication – Soit l'œuvre est simultanément publiée dans tous les pays où le réseau est accessible. C'est l'une des conclusions à laquelle il est loisible d'aboutir si l'on considère que l'internet est à la fois localisé nulle part d'un point de vue géographique et le réseau pourtant disponible partout. Toutefois, une telle approche risque de soustraire en partie la substance du rattachement à la loi du pays de première publication tel qu'envisagé dans la convention de Berne[761] car l'intérêt du rattachement par le lieu de la première publication est qu'il s'agit d'un critère fixe et unique. La plurilocalisation des lieux publication entame cet intérêt, le pays de première publication se confondant avec tout pays au sein duquel l'œuvre est accessible. On se retrouve au demeurant dans une situation paradoxale analogue aux problèmes que pose l'application du principe de territorialité où le rattachement choisi, loin de mener à l'identification d'une loi unique, complexifie l'identification de la loi compétente en démultipliant les chefs de compétence législatifs. Il va sans dire qu'un tel foisonnement de compétences législatives risque d'engendrer une situation d'incertitude peu souhaitable.

527. Une telle situation est à n'en pas douter défavorable aux intérêts de l'auteur qui n'aura pas nécessairement en vue les implications d'une première diffusion en ligne. La profusion de pays d'origine risque de conduire à des situations incongrues. A supposer une œuvre d'un auteur français, dont l'éditeur est lui-même français ; une atteinte est portée à cette œuvre en Malaisie dans sa version non traduite en malais. Si l'on s'en tient à la solution d'une publication simultanée ; la loi malaisienne devrait être reconnue pays d'origine de l'œuvre. Pourtant, au-delà de la pétition de principe selon laquelle l'œuvre publiée sur internet l'est universellement, on voit mal dans notre exemple quel rapport fondamental l'œuvre entretient avec la loi malaisienne.

528. Rajoutons que la notion de publication n'est pas exclusive d'une certaine logique

[761] En ce sens, Rapport de l'ALAI sur « la détermination du pays d'origine », préc., spéc. p. 4.

individualiste. La volonté de l'auteur est visée par deux fois dans l'article 3.3. D'une part, généralement, la publication sera le fait de l'éditeur avec lequel l'auteur est bien entendu en accord commercial, ce qui suppose que le lieu de cette première publication est réfléchi et négocié entre les principaux protagonistes. D'autre part, plus substantiellement, elle est encore visée dans la mesure où la validité de la publication nécessite le consentement de l'auteur. Or, l'idée d'une publication simultanée ne semble pas en adéquation avec ces logiques sous-jacentes. Un auteur qui procède à la divulgation de son œuvre en ligne n'entend peut-être pas que celle-ci soit réputée américaine qui plus est lorsqu'elle est rédigée en français et disponible sur un site français au seul prétexte qu'elle est disponible dans ce pays. D'un point de vue pratique, on assisterait à la perte de maîtrise par les auteurs du lieu qu'ils entendent investir comme pays d'origine de leur œuvre, alors même que cette faculté constitue l'un des sous-bassement de la notion de publication dans la Convention de Berne.

529. Dans la jurisprudence *Kernel v. Mosley* précédemment évoquée, l'œuvre litigieuse a été déclarée de nationalité américaine en raison de la « publication » simultanée par voie numérique dans le monde entier et notamment aux Etats-Unis ; conclusion qui imposait à l'auteur de se conformer préalablement aux formalités de dépôt imposées aux œuvres publiées pour la première fois aux Etats-Unis afin d'être protégée sur le plan civil. Cette espèce montre les limites d'une localisation universelle des pays de publications, en considération notamment du système de la Convention de Berne.

530. En effet, on sait que dès la rédaction initiale, le système instauré par l'Union de Berne a fait montre d'hostilité à l'égard des formalités imposées aux auteurs étrangers et plus généralement de tout traitement différencié des œuvres étrangères[762] ; hostilité manifestée par l'instauration d'un minimum conventionnel et d'un principe d'assimilation qui ne souffre que de rares exceptions. Pourtant, il apparait de manière indubitable que la localisation universelle des pays de publication est de nature à favoriser une application généralisée de la loi du for et à contrecarrer la philosophie généreuse de la Convention.

531. Certes, le problème se pose avec bien moins d'acuité en France et dans les pays qui n'imposent pas de formalités particulières à la protection des œuvres qu'au sein de ceux qui soumettent cette protection à des règles de dépôt par exemple[763] . L'intérêt de la question n'en

---

[762] En ce sens, pour le droit américain, V. Th. COTTER préc., spéc. p. 1730.

[763] La publication de l'œuvre aux Etats-Unis marque aussi le point à partir duquel l'œuvre peut être soumises à certaines exceptions telles que « *fair-use* ».

doit pourtant pas être minimisé, parce que d'une part, le droit conventionnel comme le droit commun réservent encore des cas d'application de la loi du pays de première publication, et d'autre part, l'industrie des œuvres de l'esprit accorde une place de plus en plus grandissante aux divulgations numériques. Cette approche analogique de la publication présente un risque en termes de sécurité juridique.

A certains égards, une telle solution aurait pour conséquence directe d'exclure du bénéfice de la Convention toutes les œuvres initialement diffusées en ligne. Si l'on se place en effet, du point de vue des pays qui imposent des formalités de dépôt en vue de la protection par exemple, la qualification de publication d'une diffusion en ligne risquerait de pervertir le système, par la nationalisation des œuvres visées au sein de ces pays ; elles seraient ainsi soumises aux conséquences indésirables de l'inaccomplissement de formalités requises.

Il en va de même quant au minimum conventionnel qui constitue avec la règle de l'absence de formalités, l'un des piliers de la Convention. En effet, l'article 5.3 de la Convention stipule que les œuvres sont soumises à la loi nationale dans leur pays d'origine. Toutefois, il précise que les auteurs étrangers bénéficient du traitement national. Il faut en déduire que l'auteur étranger qui divulgue une œuvre sur internet, pourra bénéficier du traitement national mais sera exclu du bénéfice du minimum conventionnel.

On voit que globalement, la solution emporte deux conséquences fâcheuses pour les auteurs étrangers. D'une part, elle risque d'organiser un système de retour à conditions et formalités du pays d'origine pour eux alors même que l'esprit de la Convention consiste précisément à les en prémunir ; d'autre part, elle risque d'exclure certains auteurs du minimum conventionnel, ce qui pourrait s'avérer préjudiciable lorsque le niveau de protection du pays d'origine visé est relativement faible.

Une telle position nous semble intenable en l'état du droit.

Toutefois, si le principe d'une publication simultanée dans tous les pays est critiquable, il n'en demeure pas moins que des aménagements peuvent être intégrés au mécanisme. Il convient d'en envisager les implications.

532. Recours aux Rattachements techniques – Si tant est que la diffusion d'une œuvre sur internet est admise en tant que publication, les désagréments d'une telle extension pourraient faire l'objet d'une adaptation pour plus de certitude et de prévisibilité dans la désignation du pays d'origine, tout en tenant compte des spécificités du média internet. Au titre de ces correctifs, a été proposée la compétence de la loi du pays du serveur d'une part et d'autre part,

celle du lieu de téléchargement de l'œuvre.

- **Loi du pays de téléchargement de l'œuvre sur le réseau**

533. A défaut de retenir la compétence de tous les pays au sein desquels l'œuvre est accessible, il est loisible de donner une valeur localisatrice à l'acte de mise en réseau de l'œuvre et de retenir comme pays d'origine, celui où cet acte a eu lieu.

534. Si un tel rattachement s'avère séduisant d'un point de vue pratique, il peine cependant à convaincre juridiquement. Prenons l'exemple d'un auteur français résidant en France qui diffuse pour la première fois une œuvre sur un site spécialisé hébergé en Angleterre. A supposer que cette communication se soit réalisée à l'occasion d'un voyage vers l'Australie, le temps d'une brève escale au Japon. Si l'on maintient l'hypothèse d'une compétence de la loi du pays de mise en ligne, le Japon sera réputé pays d'origine.

Ce cas de figure présente l'avantage de préserver l'impératif de prévisibilité, en raison notamment de la fixité du rattachement, mais la solution pèche du point de vue de la proximité. Il risque de s'avérer particulièrement ardu de mettre en évidence des liens substantiels entre l'œuvre et l'ordre économico-juridique du pays de téléchargement, le seul lien factuel admissible risquant le plus souvent de se déduire comme en l'espèce, de circonstances purement hasardeuses. Il faut en conclure que le rattachement à la loi du pays de téléchargement de l'œuvre sur le site ne permet pas de résoudre efficacement la question de la désignation du lieu de première publication en raison du fort risque de fortuité qu'il induit.

Quid de la loi du pays de localisation du serveur ?

- **Loi du pays de situation du serveur**

535. Si l'on assimile la diffusion sur internet à une publication, il ne serait *a priori* pas exclu de s'appuyer sur le lieu de situation du serveur hébergeant le site diffuseur afin de déterminer la loi d'origine. D'un point de vue logique, la solution est déjà plus aisément justifiable que la précédente. Il a en effet été relevé au soutien d'un tel rattachement que le site diffusant pour la première fois une œuvre en ligne, en substance, opère selon une logique analogue à celle d'un éditeur traditionnel. Le choix d'un éditeur est, il est vrai une décision forte dont les implications peuvent être traduites en droit puisque ce dernier joue un rôle de média entre l'œuvre, l'auteur

et le public. Il en va de même à propos du site internet qui divulgue l'œuvre[764]. Concrètement, le lieu de cette diffusion correspond sans doute à l'un des centres d'intérêts économiques du diffuseur. Partant, il semble loisible d'établir un lien entre l'œuvre et l'ordre juridico-économique du pays au sein duquel le serveur est situé.

536. La solution est a priori certes « *prévisible et raisonnable* »[765], le rattachement par le serveur facilitant la localisation du pays d'origine en un point non soumis à l'ubiquité des œuvres ou du réseau. Elle n'en a pas moins été critiquée car jugée superficielle. La solution a été jugée inopportune par certains auteurs car en dépit des avantages qu'elle présente en termes de prévisibilité, la loi du lieu de situation du serveur, à l'instar de celle du lieu de téléchargement de l'œuvre sur le réseau risque de n'entretenir que très peu de liens avec l'œuvre. Il en va d'abord de l'assimilation de l'éditeur et de l'exploitant de site internet, erronée dans la mesure où, « *l'éditeur traditionnel est implanté sur tel ou tel territoire* » *tandis que* « *le lien des exploitants de sites avec un pays déterminé risque d'être plus fortuit et transitoire compte tenu de la mobilité transnationale des activités en ligne* »[766].

2. Interprétation stricte de la notion de publication : retour à la nationalité de l'auteur comme rattachement

537. Absence de publication – Si l'on s'en tient à une interprétation stricte de la publication au sens de la Convention – supposant la fabrication d'exemplaires matériels et confrontée à une diffusion par essence immatérielle – il va de soi que la première mise à disposition d'une œuvre sur un réseau numérique n'aura pas vocation à constituer une publication[767]. Toutefois, de prime abord, un tel parti pris n'est pas sans laisser une impression d'insuffisance. D'une part, on serait en présence d'une œuvre mondialement accessible quoique non juridiquement publiée, ce qui constitue pour le moins un paradoxe, la publication visant à acter juridiquement l'insertion de l'œuvre dans un rapport social et, au point de vue du droit international privé à générer un point de rattachement[768]. D'autre part, d'un point de vue pratique, elle serait clairement à rebours de l'évolution du commerce international des œuvres de l'esprit, laquelle réserve désormais une

---

[764] Comp. J. MARTER, art. préc., spéc. p. 530.

[765] V. Rapport ALAI, préc., spéc. p. 4.

[766] Ibid

[767] *Ibid*, spéc. p. 3 s.

[768] En ce sens, H. BATTIFOL, *Aspect philosophiques*, p. 109.

place primordiale aux réseaux numérique.

Plusieurs alternatives peuvent cependant être envisagées.

538. Loi personnelle – Si l'on s'en tient à une lecture stricte, une première solution pourrait être tirée de la règle de conflit de l'article 5.4 de la Convention de Berne. Celui-ci pose en effet que le pays d'origine est « *pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant* ».

La loi personnelle de l'auteur présente il est vrai de sérieux arguments en tant que palliatifs de la loi du pays de publication, au premier titre desquels la stabilité. En effet, le rattachement par l'auteur vient de manière efficace remplir l'exigence de fixité du rattachement que, naturellement, la loi du pays d'origine ne permet plus d'atteindre dans les cas d'œuvres inédites. Il n'est pas étonnant dès lors que la doctrine, certes diserte sur la question penche en faveur d'une telle solution, qui s'inscrit dans la droite ligne de la Convention de Berne. Comme l'a souligné M. BERGÉ, « *le critère de rattachement à caractère personnel n'est évidemment pas affecté par l'évolution technologique des modes de circulation des œuvres* »[769]. Plus fondamentalement, M. RICKETSON estime de manière générale, la loi nationale de l'auteur aurait vocation à remplacer celle du lieu de publication en tant que loi du pays d'origine de l'œuvre[770].

539. Cette compétence de la loi personnelle sur le fondement de l'article 5.4 est encore préconisée par un rapport de l'ALAI de 2012 sur la détermination du pays d'origine[771]. Le rapport souligne en ce sens que les œuvres diffusées en ligne ne peuvent valablement être considérées comme publiées au sens de la Convention de Berne. Le comité d'expert souligne pour l'occasion que « *si une œuvre divulguée sur Internet n'était pas (et ne serait peut-être jamais) « publiée » au sens de l'article 3.3 de la Convention de Berne, le point de rattachement*

---

[769] J.-S. BERGÉ, « Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques », préc.

[770] S. RICKETSON, The Berne Convention, Londres/La Haye, Query Mary College/Kluwer, 1987, spéc. p. 211 s. : « concept of « country of origin » is only really necessary in the case of non-Union authors, and there is little justification for its use in other cases, particularly when the application of the above rules often means that the country of a published work will be different from the country of which the author is a national (…) in such case, it more logical that the country of origine of a work sould be the country of which the author is a national. » ; plus spécifiquement dans le cadres des diffusion numériques qualifiées de publication simultanée, v. S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, op. cit, spéc. p. 286.

[771] Préc.

selon l'article 5.4) c) serait alors la nationalité de l'auteur (au moment de la création de l'œuvre) ».

In fine, lorsque l'œuvre est diffusée pour la première fois en ligne, le rattachement personnel deviendrait le rattachement principal pour ce qui est de la désignation du pays d'origine de l'auteur.

540. Pluralité d'auteurs – Quoique conforme à une interprétation stricte de la Convention, ce correctif se heurte lui-même à quelques objections.

La solution posée par l'article 5.4 semble d'application simple si, hypothétiquement, l'œuvre litigieuse n'a qu'un seul auteur ou si tous les auteurs ont une nationalité identique. Elle s'avère toutefois d'un maniement plus problématique[772] si l'on est en présence d'une pluralité d'auteurs de nationalités différentes. Sur ce point, le rattachement risque de montrer ses limites puisqu'une telle hypothèse n'est pas directement prise en compte par la Convention de Berne. Or, il se trouve qu'un nombre important d'œuvres divulguées pour la première fois en ligne[773] sont des œuvres de collaboration et font très souvent intervenir des auteurs de nationalités différentes. Il en va ainsi principalement des œuvres multimédias[774].

541. Deux possibilités ont été envisagées par les auteurs favorables à cette approche personnelle. Soit la compétence de tous les pays dont les auteurs ont la nationalité, soit celle du pays de la majorité des auteurs sur la base d'un accord commun préalable[775].

542. L'avantage de la première solution serait d'obtenir un bouquet de pays d'origine comme dans le cadre d'une publication simultanée sans pour autant que la durée la plus courte soit nécessairement applicable, ni que le bénéfice du minimum conventionnel soit refusé aux

---

[772] On sait que la jurisprudence communautaire se montre de plus en plus frilleuse à admettre les rattachements basés directement ou non sur la nationalité de l'auteur (v. *supra*, n° 468). On peut donc s'interroger sur la survivance d'un tel rattachement non seulement dans le strict cadre communautaire (où sa contradiction avec le principe communautaire de non-discrimination ne fait plus de doutes) mais aussi en dehors de ce cadre, au regard de l'influence de la jurisprudence communautaire sur les règles de conflit de droit commun et de l'importance des publications numériques.

[773] V. plus généralement, sur cette question, Ph. GAUDRAT, « Réflexions sur les œuvres plurales crées en ligne » : *RTD com*. 2008, p. 323.

[774] J.-S. BERGÉ, art. préc.

[775] Rapport ALAI, préc., p. 6.

auteurs[776]. La seconde solution quant à elle peut selon nous séduire par son approche « quasi-autonomiste ». La prévisibilité serait en effet renforcée tant pour les auteurs dont le droit applicable sera celui déterminé par la communauté des auteurs, que pour les tiers[777], utilisateurs de l'œuvre, si tant est que les règles de désignation du pays d'origine sont portées à la connaissance du public notamment en tant que condition d'accès à l'œuvre de collaboration[778].

543. Toutefois, si l'on considère l'article 5.3 qui soumet l'œuvre à la loi nationale de l'auteur dans son pays d'origine, la solution présente l'inconvénient de placer les auteurs dans une situation inégalitaire quant droits dont ils jouissent pour une seule et même œuvre.

544. A supposer par exemple qu'une atteinte soit portée à l'œuvre dans le pays d'origine qui prévoit le régime de protection le moins élevé, l'auteur ressortissant de ce pays sera soumis, si l'on se place dans le cadre de la solution évoquée, à un régime défavorable en comparaison de ses homologues.

545. L'article 5.3 établit, il est vrai, une distinction de traitement, selon que l'auteur d'une œuvre est un national ou non dans le pays de première publication. Mais, dans son articulation avec le cas particulier d'une pluralité d'auteurs sur une œuvre non publiée, elle risque de placer ces derniers dans une situation inégalitaire où le bénéfice de la Convention sur une même œuvre serait conditionné par l'auteur qui intente l'action. Il faudrait idéalement dans ce cas qu'il ne soit pas un national afin de tirer parti de la protection offerte par la Convention. On peut toutefois douter qu'une telle logique soit véritablement en accord avec l'esprit de la Convention.

546. Quant à la solution d'un rattachement au pays dont la majorité des auteurs ont la nationalité sur la base d'un accord préalable, elle pèche par là où elle semble aussi la plus séduisante, c'est-à-dire sa logique autonomiste. En effet, la désignation du pays d'origine découle normalement des règles de conflit nationales ou conventionnelles. Pourtant, la solution visant à laisser le choix de la loi applicable aux auteurs reviendrait raisonner comme si la création collaborative créait une forme de contrat entre les auteurs qui seraient autorisés de fait, à se donner leur propre loi. Or, il est observable que les règles de la Convention de Berne font peu ou prou de place à l'application de l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le droit

---

[776] Dans la mesure où le principe d'assimilation de l'article 5.1 interdit non seulement un traitement différencié des auteurs selon leur nationalité mais aussi garantit « tous les droits spécialement accordés » par la Convention.

[777] A supposer par exemple qu'ils souhaitent se renseigner sur la durée de protection de l'œuvre ou le régime applicable à une œuvre d'art appliqué, ce qui exige d'en avoir au préalable déterminé le pays d'origine.

[778] Rapport ALAI, *ibid.*

applicable. Là encore, la solution semble s'écarter de l'esprit de la Convention.

547. Dans sa mise en pratique, les limites de la loi du pays d'origine sont tout aussi visibles quant aux incohérences qu'un rattachement tel quel au pays de première publication risque de soulever, au prisme notamment de la spécificité des droits de propriété intellectuelle.

II) La prééminence de la logique délictuelle

548. L'universalité contre la souveraineté – Si l'on se fonde uniquement sur une approche du conflit de lois faisant la part belle à la prévisibilité du droit applicable, la compétence d'une loi permanente semble la plus recommandée. Or, un rapprochement est inévitable entre les droits de propriété intellectuelle et la protection de l'ordre économique interne et plus largement le principe de souveraineté. Encore faudrait-il que le principe d'une loi permanente ne soit pas incompatible avec certains intérêts sensibles de l'ordre juridique de réception.

549. Ainsi pour Mme. NOVIER, le rattachement à la loi du pays d'origine s'avère superficiel et utopiste[779]. Superficiel d'une part, parce que le critère de première publication risque de n'avoir que peu de liens avec la situation juridique saisie, car il résulte le plus souvent du hasard plutôt que d'une véritable décision prise par l'auteur. Utopique d'autre part parce que, les droits de propriété intellectuelle touchent à la souveraineté des Etats en tant qu'ils sont intimement liés à la politique économique de ces derniers. Contrairement à la loi du pays de protection, une règle de conflit basée sur le principe d'universalité serait parfaitement inopportune puisqu'elle reviendrait à abdiquer, sur une question sensible intéressant la souveraineté de l'Etat, la compétence à une loi étrangère[780]. Or, les Etats ne seraient pas naturellement enclins à un tel sacrifice, sauf dans le cadre restrictif d'une communauté législative instaurée par un traité.

550. Pourtant, d'un point de vue général, la règle de conflit bilatérale implique nécessairement une part d'abdication de la souveraineté de l'Etat qui a la charge d'intégrer dans son ordonnancement juridique une norme étrangère. La solution contraire serait la négation pure et simple de ce conflit. Cette méfiance à l'égard de la loi du pays d'origine condamne à raisonner comme si le conflit de loi devait se résumer en un simple conflit de souveraineté,

---

[779] M. NOVIER, *op. cit.*, p. 143 s.

[780] Sur ce rapprochement territorialité/souveraineté, notamment dans la doctrine étrangère, V. M. Van EECHOUD, p. 96 s.

alors que les règles de droit international privé ont pour vocation essentielle de régler des conflits d'ordre privé. Ainsi, quoiqu'elle joue un rôle particulièrement important comme fondement du principe de territorialité, l'objection de la souveraineté n'est pas parfaitement dirimante. En outre, s'agissant d'un ensemble de prérogatives qui naissent du seul acte créatif, cette remise en question de la loi du pays d'origine tend à donner au droit d'auteur une dimension quasi-publiciste qui ne se justifie pas, même en considération de l'impact qu'un tel droit de réservation peut avoir sur l'ordre économique local. On pourrait en effet arguer que toutes les propriétés incorporelles s'insèrent nécessairement dans le système économique de chaque Etat qui les reconnait. Mais est-ce pour autant qu'elles sont toujours soumises au principe de territorialité ? En matière de créances par exemple, c'est par principe la loi de la source de la créance qui est généralement reconnue compétente. Certains auteurs la justifient traditionnellement par le fait que la règle de conflit ne doit pas « *accorder plus de droits au cessionnaire que n'en possédait le cédant et corollairement de ne pas faire supporter par le cédé plus d'obligations qu'il n'était prévu à l'origine*. »[781] On pourrait ajouter le domaine très large reconnu en matière de société à la *lex societatis*. Cette dernière a vocation à régir l'ensemble des questions liées à la vie sociale allant de la constitution à la dissolution et à la liquidation[782].

551. En réalité, c'est essentiellement la spécificité de l'action en contrefaçon et particulièrement l'aspect délictuel qui apparaît comme un véritable frein de l'universalisme.

552. Centralité de la logique délictuelle comme obstacle au principe d'universalité – La recherche d'une loi applicable sur un principe d'universalité risque de s'avérer source d'incongruité dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle sont des objets dont le régime est dominé par l'aspect délictuel.

553. Partant du principe que l'action en contrefaçon constitue la spécificité des droits de propriété intellectuelle, M. HAFTEL[783] note que *« l'un des effets – à vrai dire l'essentiel – des propriétés intellectuelle est de régenter les comportements, de manière assez binaire, en disant ce qui est interdit et ce qui est permis. Or, de manière très classique, la seule loi qui ait vocation à régir les comportements des individus est la loi du lieu dans lequel il se trouvent. A Rome, comporte-toi en romain disait Ambroise à Augustin (…) ça n'exclut pas l'unification du droit*

[781] BOUREL et LOUSSOUARN, n° 667 s.

[782] MAYER et HEUZÉ, n° 1041.

[783] *op. cit.*, p. 993.

de la propriété à un échelon supérieur (…) »[784].

554. Il est vrai en effet que l'utilisation d'un droit dans un pays A n'impacte pas nécessairement les droits de l'auteur dans le pays B. La validité de chaque utilisation ne devrait s'apprécier qu'en vertu des règles de l'Etat au sein duquel l'utilisation a lieu, puisque c'est à cet endroit qu'est appréciée la balance des intérêts entre l'auteur et ceux des utilisateurs de l'œuvre. De cette balance des intérêts découle comme nous l'avons dit l'ensemble des conditions de protection de l'œuvre. Il pourrait donc paraître injuste qu'une personne qui se conforme aux conditions d'utilisation licite d'une œuvre dans un point A soit reconnue contrefacteur en raison des conditions posés dans un point B. On comprend donc que la permanence du droit applicable ne puisse valablement être admise et risque au demeurant de jouer contre les utilisateurs. Par exemple, l'exploitant d'un catalogue d'œuvre dans le contexte d'une application unitaire de la loi du pays d'origine devrait se conformer aux lois de chaque œuvre exploitée. On reviendrait en quelque sorte à des travers identiques à ceux dénoncés pour la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée. L'imprévisibilité du droit applicable serait toujours d'une moindre importance lorsqu'une multiplicité d'éléments étrangers est impliquée. Il n'en demeure pas moins que ceci reviendrait à imposer une charge supplémentaire dans l'exploitation des œuvres de l'esprit alors qu'il serait bien plus avantageux d'apprécier la légalité d'une exploitation à l'endroit où elle a lieu.

De même, l'application de la loi du fait générateur qui correspond à une forme d'universalisme est fortement contestée en raison des risques manipulation qu'elle emporte.

555. Une application pragmatique de l'universalisme – Force est certes de constater que, de manière générale, le délit de contrefaçon s'accommode mal du principe d'universalité. Or, l'action en contrefaçon est indubitablement la caractéristique commune de toutes les propriétés intellectuelles, et de tous les systèmes nationaux de protection.

D'un point de vue pratique, le risque qui se pose concrètement est celui de la contradiction entre les contenus matériels des pays impliqués. Quelle serait en effet la pertinence d'un système si un acte licite au lieu où il est réalisé devait être jugé selon les critères d'un autre qui pourrait adopter un jugement contraire quant à la licéité de cet acte ? L'universalisme ne devrait être admis que dans la mesure où il est à même d'enrayer un tel risque. De manière certes imparfaite, il convient de constater un rapprochement des systèmes de protection en raison notamment des minimas qu'imposent les conventions internationales. Le risque de contradiction est réel mais

[784] Comp. A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1370.

doit être ramené à sa juste proportion, autrement dit relativisé au vu droit positif.

En d'autres termes, l'universalité du droit applicable pourrait être admise sur les bases d'une identité soit du contenu matériel, soit des conséquences des lois concurrentes. Ainsi, si l'on adopte une approche pragmatique – sans nécessairement s'appuyer sur la loi du pays d'origine ou le rattachement au lieu de première publication – une application proportionnée de l'universalité pourrait se combiner avec le principe de territorialité des droits[785].

556. Conclusion du chapitre – le rattachement universaliste par l'œuvre présente théoriquement l'avantage de la simplicité et de la sécurité juridique. Ces avantages ne surmontent cependant pas l'examen critique. L'analogie de la loi applicable au droit d'auteur à une *lex rei sitae* est par essence problématique en raison de l'ubiquité des œuvres et de leur dépendance à la définition légale qu'en donne chaque ordre juridique.

Quand bien même serait invoqué l'idée d'un droit acquis, les critères et les conséquences de cette acquisition demeurent eux même problématiques. La loi dite d'acquisition pourrait n'entretenir que des liens fort distendus avec la situation ; notamment lorsque le pays d'acquisition est censé être celui de la première publication, la pluralité ou l'absence de publications mine la pertinence du rattachement.

De même, quoiqu'un véritable débat porte sur la question, la cohabitation d'une règle universaliste fondée sur le rattachement au pays d'origine avec le principe de non-discrimination des traités de l'Union Européenne est source de tension. Sans doute faut-il y voir la persistance des juges et de certains auteurs à considérer la loi du pays d'origine comme un instrument de la discrimination des auteurs nationaux par assimilation de l'auteur et de l'œuvre. Il est vrai cependant que l'examen des règles faisant intervenir la loi du pays d'origine n'est pas aisée et que la recherche d'une régulation matérielle à partir d'une comparaison entre les lois en concurrence contribue à brouiller les pistes entre condition des étrangers et conflit de lois.

L'ensemble de ces difficultés relativise au demeurant l'intérêt d'une approche universaliste fondée sur des bases qui lui sont traditionnellement reconnues, qu'elles se réfère à l'auteur ou à l'œuvre elle-même.

557. Conclusion du titre : l'application d'une loi unique à l'intégralité des aspects du droit

[785] V. *infra*, n° 711 s.

d'auteur qui était l'idée de départ de cette partie. Elle ne semble pas confirmée en dépit de certaines consécrations de droit positif allant dans un tel sens. Certains droits nationaux y paraissent favorables en théorie. Fondée sur le rattachement au lieu de première publication, le droit conventionnel quant à lui reconnait une véritable règle de conflit dite *lex originis*. Toutefois, outre que cette dernière n'a en réalité vocation à s'appliquer qu'à des domaines spécifiques (existence des droits), force est de constater qu'elle peine à convaincre à titre de véritable alternative à la territorialité.

Le rattachement apparait en effet restrictif quant à sa mise en application vis-à-vis de certains modes de diffusion des œuvres. Au demeurant, cela risque de complexifier la localisation des droits, contrairement à ce qu'il semblait légitime de prétendre à propos d'un rattachement doté d'une certaine stabilité. Le matérialisme qui caractérise ce rattachement montre – comme pour le principe de territorialité – ses limites dans un contexte de dématérialisation d'exploitation dématérialisée. La démultiplication des lieux de publication risque en effet de créer des situations d'incertitudes analogues à celle qu'engendre la localisation de l'atteinte lorsqu'elle résulte d'une diffusion de l'œuvre en ligne.

Par ailleurs, le rattachement à la loi du lieu d'origine s'articule mal avec l'action en contrefaçon qui relève des délits. Or, il est indéniable que l'action en contrefaçon en dépit des multiples facettes que chaque pays est susceptible de lui octroyer constitue la spécificité des droits de propriété intellectuelle. Substantiellement, c'est à ce niveau que la territorialité apparait avec la plus grande vigueur.

Globalement, il ressort une faiblesse des rattachement universalistes généralement admis quant au droit d'auteur à compenser les limites de la territorialité susvisés. A ce stade de l'étude, la territorialité et l'universalité semblent à notre avis se neutraliser quant à leurs avantages et leurs inconvénients. Toutefois, la positivité du principe de territorialité lui accorde un avantage au moins symbolique incontestable. Partant du principe qu'une application extensive de l'un ou de l'autre des rattachements issus de ces conceptions du droit d'auteur ne convient pas, il nous parait judicieux d'observer sur quels fondements et de quelle manière une coexistence renouvelée peut être envisagée.

Titre 2 : L'édification de solutions conflictuelles nouvelles

558. Nécessité d'une approche pragmatique – Nous avons vu qu'en soi, l'approche territoriale comme celle universelle présentent chacune d'indéniables avantages. Il s'agit d'une certaine manière d'opérer un « bilan cout-avantage » de ces solutions et d'en faire ressortir un compromis théorique et pratique cohérent qui permettrait d'encadrer toutes les situations juridiques dans toute leur complexité. Il importe de trouver un équilibre dans cette perspective. La légitimité d'une règle de conflit ne peut en effet procéder d'une simple démonstration abstraite, hors sol, elle se doit d'intégrer un certain nombre d'impératifs pratiques. En d'autres termes, son effectivité ne doit pas être menacée par sa déconnexion du réel. Théoriquement, l'universalité présente un intérêt pratique, mais elle nécessite une connaissance approfondie de la loi étrangère par le juge et bute souvent sur les implications du principe de souveraineté. Quant à la territorialité, elle permet l'application de la loi du for et le respect de la cohérence des systèmes internes, mais exacerbe fatalement la concurrence des lois applicables et mine la prévisibilité des solutions.

Cette partie a pour finalité de présenter un ensemble cohérent de principes et de règles subséquentes permettant de venir à bout les difficultés soulevées tant par l'approche strictement territoriale que celle universelle. Cette affirmation indique indéniablement que les solutions envisagées reposent sur une logique de compromis.

Il n'est donc pas étonnant de constater à l'observation des évolutions récentes du droit positif, principalement européen, ainsi que des propositions savantes les plus récentes que l'assimilation entre propriété intellectuelle et territorialité ne suffit plus à répondre à l'ensemble des problèmes de loi applicable et qu'une approche plus fine est nécessaire.

559. Il conviendra donc dans un premier temps de poser les principes directeurs d'une réinterprétation des solutions conflictuelles (Chapitre 1er). Puis, adoptant une double démarche positive et prospective, il sera observé sur la base des règles de droit dérivé de l'Union Européenne et des travaux savants les plus récents comment le principe de territorialité peut faire l'objet d'amendements (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les principes directeurs d'une édification de solutions conflictuelles

560. Remise en question du cadre juridique – L'ensemble des développements précédents ont permis de mettre en exergue les limites d'une approche exclusivement fondée sur la territorialité d'une part ou sur un universalisme fuyant et parfois irréaliste d'autre part. Le triomphe de la loi du lieu où la protection est revendiquée en droit comparé a sans doute à voir avec les faiblesses des solutions universalistes. Mais cela ne suffit certainement pas à justifier le plus strict territorialisme sans risquer un certain dogmatisme par ailleurs décrié de longue date à propos du principe de territorialité[786]. Il est indéniable en effet que la généralisation de la territorialité des droits d'auteur a présenté des avantages à la fin du XIXème siècle pour une meilleure protection des auteurs. Cependant, l'intérêt et la justesse d'un tel principe sont fortement relativisés par les évolutions des rapports juridiques transnationaux accompagnés d'une transformation profonde de la perception qu'ont les utilisateurs des œuvres de l'esprit et des moyens techniques mis à leur disposition pour les exploiter. Certains ont à ce titre évoqué un vide juridique[787] à propos de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle dans les réseaux numériques. Si une telle affirmation est excessive, le *statu quo* n'en est pas moins inadmissible si l'on tient à l'effectivité des règles de droit. La complexité de ces questions et les multiples intérêts qu'emporte l'utilisation des droits d'auteur est telle qu'il paraît particulièrement ardu, voire impossible de faire émerger un principe absolu permettant de synthétiser l'ensemble des problèmes soulevés. L'extension de la territorialité qu'a engagé la Cour de cassation en opérant un revirement sur la jurisprudence *Le Chant du monde* est en ce sens critiquable.

561. Bases nouvelles – La remise en question du cadre juridique étant à ce niveau de l'étude acquise, il convient de poser les bases de solutions conflictuelles nouvelles. Théoriquement, l'identification d'une règle de conflit repose sur le respect de directives[788]. Ces directives permettent d'assurer à la fois une meilleure coordination des ordres juridiques tout en permettant d'aboutir à la solution la plus prévisible et juste. Il parait donc de partir de ces

---

[786] F. BEIER, « Territorialité du droit des marques et les échanges internationaux », *JDI* 1971, p. 5 s.

[787] En ce sens P.-Y. GAUTHIER, « Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des œuvres », préc.

[788] P. MAYER et V. HEUZE, n° 511.

principes afin d'évaluer si la territorialité la plus stricte se justifie et si une place raisonnée ne pourrait être octroyée à un certain universalisme.

562. Ces directives touchent d'une part à la recherche d'une catégorie (section 1ère) et d'autre part à celle d'un rattachement adéquat (section 2).

Section 1ère : Les Principes directeurs de la recherche d'une catégorie

563. Notion de qualification – La méthode bilatérale part du principe que les problèmes juridiques peuvent être répertoriés au sein de catégories prédéfinies. Ce processus dit de qualification consiste dans l'identification d'un trait caractéristique commun à toutes les institutions juridiques qui entrent dans le champ de ladite catégorie. Il s'opère *lex fori*. Une fois cette tâche accomplie, il faut relever un élément de fait dit rattachement qui permet en fin de compte d'obtenir la règle de conflit adéquate.

564. Il n'est cependant pas acquis qu'une institution juridique entre de manière aisée dans une catégorie. Des éléments de cette même institutions peuvent en effet toucher à la fois plusieurs catégories. La question revient alors de savoir quelle catégorie est la plus adaptée.

565. Or, la désignation d'une catégorie est directement liée à celle du domaine de la règle de conflit. En effet, si l'on diversifie les rattachements, pour une même institution juridique, les divers aspects d'une même institution pourront être soumis à des lois différentes. En réalité sur cette question deux théories s'opposent ayant chacune leurs avantages et leurs inconvénients respectifs. L'approche classique du droit international privé et plus largement une certaine compréhension de la cohérence juridique milite dans le sens d'un rattachement unique et par conséquent pour une loi unique (paragraphe 1er). Toutefois, la réalité des situations juridiques appréhendées par le droit international privé appelle parfois à relativiser ce principe au profit d'une approche certes plus complexe (paragraphe 2).

Paragraphe 1er : Le respect des ensembles juridiques

566. Impératif de cohérence dans la désignation de la loi compétente – l'un des principes directeurs de la désignation d'une règle de conflit est que la solution retenue ne doit pas être à

l'origine d'une fragmentation des questions considérées comme interdépendantes (réf). En effet, tout système obéit à une logique propre irrigant les règles qui le composent. Celles-ci doivent toujours être interprétées de manière à préserver cette cohérence. Cet impératif vaut tant pour les règles de droit matériel de chaque ordre juridique, que pour celles qui ont vocation à répartir les compétences législatives vis-à-vis de situations comportant des éléments d'extranéité[789].

567. Au niveau interne, le respect du caractère systématique de l'ordre juridique exige que l'interprétation des règles qui le composent n'aboutisse pas à des contradictions soit de sens, soit de valeurs[790]. Tant les législateurs que les diverses jurisprudences mettent en place des mécanismes visant à garantir cet objectif de cohérence. C'est en ce sens que s'inscrit le principe fondamental selon lequel, toute règle de droit trouve sa légitimité dans sa concordance avec celle qui lui est supérieure[791].

568. Hybridité des règles de conflit – A un niveau intermédiaire se trouvent les règles de conflit de lois qui, tout en faisant partie du droit substantiel de chaque ordre juridique, n'en assurent pas moins une fonction ayant trait aux situations internationales. Ce caractère hybride et indirect ne les exclut pas pour autant du respect du principe de cohérence. Dans le mouvement de rattachement d'une institution à une catégorie, il faut tenir compte des liaisons systématiques existant entre les règles qui gouvernent cette institution. Ces liaisons se concrétisent notamment par l'existence d'une concordance entre les conditions d'existence d'une institution et les effets de cette institution[792]. Ainsi, par exemple, les règles qui régissent les conséquences du divorce sont étroitement liées à celles du divorce lui-même ; de manière nécessaire, les unes sont toujours édictées en considération des autres. Elles s'inscrivent dans cadre de ce que le Doyen BATTIFOL nommait des « *ensembles législatifs* »[793].

569. Le respect du principe de cohérence dans ce cas prescrit de soumettre à une loi unique l'ensemble des questions soulevées par une même institution[794]. En effet, soumettre des questions relatives à une seule et même institution juridique à des catégories différentes peut

---

[789] Y. LEQUETTE, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *TCFDIP*, 5e année, 1982-1984. 1985. pp. 163-192.

[790] E. JAYME, *Recueil des cours*, préc., spéc. p. 129 s.

[791] E. JAYME, *ibid*.

[792] B. AUDIT, *Recueil des Cours*, préc., n° 349 s.

[793] H. BATIFFOL, Aspects philosophiques, préc. spéc. n° 10 s.

[794] M.-C. NAJM, *op. cit.*, n° 78.

avoir pour conséquence l'application de lois différentes[795]. Or, chaque système obéissant à sa propre logique édicte naturellement ses règles en tenant ses vues quant à telle ou telle question pour prioritaires. Si l'on procède à un découpage sans tenir compte du système qui les anime, « *on risque d'aboutir à ces incohérences du fait que l'élément ainsi isolé était solidaire d'un autre* »[796].

570. Spécifiquement, la matière de la propriété littéraire et artistique est un terrain fertile à la survenance de ce type de difficultés. Si l'on observe d'un point de vu comparatif les deux grandes familles de la propriété littéraire et artistique que sont le droit d'auteur et le *copyright*, on sait en effet que la divergence principale entre celles-ci tient essentiellement à l'approche personnaliste du premier, tandis que le second est, dans ses grandes lignes, plus centré sur l'investissement. Il en découle que le système du droit d'auteur octroie au créateur un droit moral suffisamment fort pour influencer de manière permanente le monopole d'exploitation, tandis que dans le second, la récompense de l'investissement conduit à reconnaître à l'investisseur les droits les plus étendus quitte à ce que le créateur de l'œuvre perde parfois tout droit de regard sur le devenir de cette dernière. Il en résulte sur cette question une incompatibilité de principe qui influence le traitement du droit d'auteur à l'international. Lorsqu'on sépare en effet la question de la titularité de celle de l'exercice du monopole d'exploitation comme le recommandait la jurisprudence *Le Chant du Monde*, il en résulte que, d'un point de vue théorique, les prérogatives du créateur de l'œuvre pourraient être reconnues à la personne morale comme l'autorise le système du *copyright* alors même que celles-ci sont conçues en référence à la personne physique[797] au sein du pays pour lequel la protection est revendiquée. Le risque d'une non prise en compte des liaisons systématique au sein d'un ordre juridique est donc d'aboutir à des contradictions de sens et de valeur dans cet ordre.

---

[795] Dans l'affaire *Patino*, le pourvoi invitait la Cour de cassation à considérer comme relevant de rattachements différents la condition de capacité contractuelle, et la nullité résultant de la violation cette condition. La Cour de cassation répond que « la sanction de l'inobservation des conditions de capacité » nécessaires à la validité d'un contrat de mariage demeure à tous les égards, soumise à la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu », ce qui emporte que la mise en œuvre de l'action en nullité encourue et la prescription y afférente « forment avec l'incapacité originaire et sa sanction un ensemble indissociable soumis à une loi unique » - V. Cass. civ. 1ère, 15 mai 1963 : *Rev. crit. DIP* 1964, p. 506, note LAGARDE, *JDI* 1963, p. 996, note MALAURIE, *JCP* 1963, II, 13366, note MOTULSKY.

[796] H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques*, p. 25.

[797] Telle aurait été la conséquence évidente de l'arrêt *Huston* si la Cour de cassation s'était rangée à l'avis de certains juges du fond.

571. Le principe de cohérence rejaillit ainsi sur le domaine de la règle de conflit puisqu'il milite dans le sens de l'application d'une loi unique à tous les aspects d'une institution juridique.

Paragraphe 2 : La théorie du dépeçage

572. Pluralité exceptionnelle de rattachements – Une approche inverse vient cependant concurrencer cette recherche d'unité, le plus souvent dictée par l'impossibilité pratique d'accorder une étendue générale à un rattachement. Il serait illusoire de penser les catégories juridiques comme des ensembles hermétiquement fermés et parfaits. En effet, comme tout instrument juridique, celles-ci sont soumises aux fluctuations de la vie sociale, ce qui impose de procéder à certains ajustements sans lesquelles les solutions retenues risquent de manquer de pertinence[798]. Il arrive en ce sens qu'une même institution soit partagée entre des catégories différentes selon les aspects de la situation. Il en résulte qu'en dépit de la nécessité de respecter les liens systématiques de l'ordonnancement juridique interne, l'on ne puisse appliquer uniformément une seule et même règle de conflit à l'ensemble de ces situations sans risquer la fortuité de la loi ainsi retenue. Dans cette situation, c'est au contraire le forçage d'un seul rattachement qui pourrait conduire lui-même à une certaine incohérence. Il est donc permis comme le notaient des auteurs particulièrement autorisés, de découvrir à l'occasion de l'examen d'une institution à l'aune de la règle de conflit, de « *bonnes raisons* » d'admettre une pluralité des lois applicables[799].

573. L'exemple du dépeçage contractuel – La matière contractuelle est topique d'un tel panachage des lois applicables. Une première forme de dépeçage relève de la capacité offerte aux contractants d'élire une pluralité de lois compétentes selon leurs obligations contractuelles. Toutefois cette faculté constitue en réalité plus la conséquence logique du rattachement subjectiviste qu'un véritable concours de rattachements objectifs : le rattachement est unique mais autorise une pluralité des lois applicables.

De manière plus frontale, le respect des ensembles législatifs est remis en cause en cas de dissociation impérative des aspects du contrat entre plusieurs catégories. La jurisprudence

---

[798] En ce sens, B. ANCEL, *Rép. dr. int. – Qualification*, n° 37 s.

[799] P. GOTHOT et P. LAGARDE, Rép. dr. int. – Conflits de lois : principes généraux, n° 70.

soumet en effet à la loi personnelle les questions de capacité contractuelle[800], tandis la forme des actes et le fond sont soumises respectivement à la loi du lieu de conclusion et à l'autonomie de la volonté. D'un point de vue théorique, ce dépeçage des lois applicables se justifie tant théoriquement que d'un point de vue pratique.
Sur le plan pratique, la solution se justifie par la nécessité de « *ne pas faire varier la capacité des contractants à des lois variables selon l'acte passé* », mais aussi de respecter la cohérence du régime des incapacités qui, s'il était écartelé entre plusieurs catégories risquerait de générer des incohérences[801].

Le dépeçage d'une situation peut être considéré comme un mal nécessaire pour la continuité d'une situation internationale, lorsque, l'unité du droit applicable risque soit de nuire à la cohérence d'une catégorie juridique, soit de conduire à des solutions bancales d'un point de vue pratique.

574. La matière contractuelle n'est cependant pas exclusive de ce type de découpage. Spécifiquement à notre domaine, nous avons vu que le droit commun posait jusqu'à une période récente la distinction exercice/existence des droit soumis chacun à un rattachement distinct. La jurisprudence est revenue sur cette distinction sans doute faut-il estimer qu'il s'agissait d'un « mauvais dépeçage ». La pratique n'étant pas exclue en soi, il convient de découvrir au sein des propriétés littéraires et artistiques les raisons justifiant un tel découpage. Encore, que ce découpage doive s'imposer afin de se prémunir des rigidités qu'une application par trop abrupte du respect des ensembles juridique peut produire comme nous l'avons déjà vu en matière de titularité.

575. Conclusion de la section - Théoriquement la prévisibilité du droit applicable appelle à privilégier les ensembles les plus synthétiques. C'est l'une des spécificités de la méthode conflictuelle. Toutefois, lorsque l'on a posé cela, l'éventualité que le rattachement à une catégorie unique ne vienne complexifier en pratique la lisibilité des solutions n'est pas systématiquement prévenue. Les domaines comme le contrat ou les œuvres de l'esprit sont propices à ce type de difficulté. Si le droit d'auteur est assimilé à une propriété, l'absence de matérialité des œuvres et l'ubiquité, la complexité de ses composantes, voire le respect des droits acquis posent des difficultés à lui appliquer tels quels les règles du rattachement des droits

---

[800] Civ. 15 mai 1963, *Patino*, préc.

[801] P. MAYER et V. HEUZÉ, n°s 511 et 544.

de propriété. En pareil situation, de manière exceptionnelle, le rattachement à une catégorie unique doit être relativisé.

Section 2 : Les principes directeurs de la désignation d'un rattachement

576. Les intérêts dans le choix de la règle de conflit – Toute objective et neutre que se veuille la méthode bilatérale, la recherche d'une solution aux problèmes du droit international privé n'est pas exempte de la prise en compte des intérêts qui irriguent ces problèmes[802]. Ceux-ci peuvent ainsi se regrouper en trois grands blocs. Les intérêts nationaux qui auront tendance à incliner vers le principe de souveraineté, trouvent leur manifestation la plus éclatante dans l'ordre public sans pour autant que de telles préoccupations soient parfaitement exclues dans pure logique bilatérale. Ces solutions trouveront surtout leur terrain d'élection dans questions mettant en jeu un intérêt social ou collectif renforcé. Bien que l'ensemble des règles de droit et des solutions conflictuelles aient vocation à la préservation d'une cohérence de l'ordre social, il s'agirait pour ces dernières d'une prégnance de cet objectif. Le domaine fiscal par exemple présente un enjeu pour la collectivité étatique plus sensible que la matière contractuelle – sous couvert de conventions exclues qui par ailleurs font intervenir des mécanismes exceptionnels d'éviction et démontrent ainsi que la problématique se situe en dehors du champ des seuls intérêts privatifs.

577. Ces découpages ne peuvent cependant être tenus pour absolus, en réalité, plus l'intérêt collectif sera fort, plus le principe de souveraineté pèsera sur le choix du rattachement et inversement, plus ces intérêts pourront paraître secondaires, plus la solution s'orientera vers d'autres principes. Ainsi, lorsque l'intérêt particulier atteint son plus haut niveau, le principe de souveraineté tend à s'effacer au profit du principe d'autonomie. Logiquement, ces rapports qui découlent d'un contrat privé n'ayant qu'un impact indirect sur la collectivité, les Etats acceptent d'abdiquer au moins partiellement leur emprise sur la régulation internationale de ces rapports en octroyant un caractère supplétif au rattachement. Il est remarquable cependant de constater une certaine percée de l'autonomie de la volonté qui repose sans doute sur l'intensification des échanges internationaux et au recul concomitant de la place des Etats dans les rapports internationaux.

578. Une telle intensification est cependant de nature à développer des intérêts alternatifs

---

[802] B. AUDIT, *Droit international privé*, 5éme éd., n° 95.

venant se superposer aux intérêts collectifs nationaux. Les nécessités des échanges internationaux obligent en effet les Etats à organiser leurs ordres juridiques de manière à fluidifier les échanges transnationaux, mais aussi à respecter les prévisibilités des parties impliquées dans ces relations naturellement complexes. Ceci se traduit non seulement par un assouplissement des législations internes marqué par un recul des pouvoirs régaliens de l'Etat notamment sur le plan économique, mais aussi par un affaiblissement du lien de souveraineté exercé sur les individus dans la sphère internationale. Dans ces conditions, on assiste à l'abandon progressif des rattachements fixes supposés assurer la cohérence de chaque système interne au profit de directives permettant d'assurer les objectifs du droit international privé tout en prenant en compte l'ensemble des données des situations juridiques et non plus uniquement les exigences du droit interne.

Le poids d'un type d'intérêts dans une institution conduit à tenir compte de trois principes inspirateurs pour aboutir au rattachement le plus adéquat : le principe de souveraineté (paragraphe 1er), le principe d'autonomie (paragraphe 2) et le principe de proximité (paragraphe 3).

Paragraphe 1. Le principe de Souveraineté

579. Le principe de souveraineté peut valablement être considéré comme la source d'inspiration originelle des règles de conflit. D'abord parce que les problèmes de conflit de lois ne se posent en réalité qu'en situation de pluralité de souverainetés, mais aussi parce que les systèmes fondateurs de la personnalité et de la territorialité ne sont en fait que des traductions du pouvoir souverain sur des individus pour l'un et sur un territoire pour l'autre. Or, ces deux systèmes ont comme on le sait longtemps dominé la résolution des problèmes de droit international privé. Ainsi quoiqu'il faille reconnaître que le système savignien vise indubitablement à régler des conflits d'ordre privatifs, la protection d'intérêts collectifs elle, n'en est pas exempte et oriente encore certaines solutions.

580. Sur ces bases, force est donc de constater que selon la configuration des situations juridiques, le principe de souveraineté est amené à jouer un rôle comme principe inspirateur du rattachement (A) ; toutefois, l'évolution et la complexification des échanges transnationaux imposent un recul de ce principe (B).

A. Le rôle du principe de souveraineté dans la coordination des systèmes juridiques

581. Principe inspirateur historique – D'un point de vue historique, le principe de souveraineté est au faîte du droit international privé. C'est en effet en contemplation de l'indépendance des Etats et de leurs ordres juridiques que naît la nécessité d'établir un système de coordination de ces derniers[803]. Si l'on peut définir la souveraineté comme la capacité à exercer des pouvoirs d'Etat sur un territoire à l'exclusion de toute autre puissance étatique[804], le tiraillement s'est vite fait ressentir entre cet exclusivisme et les nécessités des échanges internationaux appelant l'introduction d'une portion de relativisme dans la régulation de ces échanges. De cette nécessité ont émergé les premières règles de coordination (1). En dépit de la reconnaissance unanime du droit international privé comme partie du droit privé, cette influence demeure vivace au vu de la structure de certaines règles impératives (2).

1. Relations entre principe de souveraineté et droit international privé

582. La place historique du principe de souveraineté dans le conflit de lois – Le tropisme exclusiviste de l'Etat westphalien n'était pas évacué des premiers systèmes de coordination des relations privées transnationales. Bien au contraire[805], il s'est longtemps agi pour le souverain étatique soit d'imposer ses lois aux biens et aux personnes se trouvant dans les limites de son territoire, nonobstant un éventuel rapport de proximité avec un ordre juridique étranger, soit de reconnaître l'emprise de l'ordre juridique sur ses sujets de droit, même localisés à l'étranger. Si bien que très longtemps, le droit international privé demeurera un appendice du droit international public. Les premiers principes de coordination étaient ainsi fondés sur deux des composantes de la notion d'Etat, le territoire et les populations sur lesquels le souverain étatique exerce son pouvoir. Indéniablement, tant la personnalité que la territorialité entretiennent un

[803] N. BOUCHE, *op. cit.*, p. 62 s.

[804] V. sentence arbitrale, *Iles des Palmes*, RSA, II, p. 181.

[805] B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *Recueil des Cours*, vol. 305, 2003, p. 147.

rapport de filiation avec le principe souveraineté[806].

Le recul de la théorie statutaire n'a pas parfaitement gommé le rôle joué par le principe de souveraineté dans la désignation des règles de conflit applicables.

583. Souveraineté et universalisme du droit applicable – Pour MANCINI[807] dont les théories sont ouvertement universalistes, le principe de souveraineté joue un rôle fondamental. Le personnalisme que prône cet auteur repose en effet sur l'idée que les lois sont faites pour les individus en considération de leur ethnie, de leur coutume, de leur histoire. Se disqualifie par conséquent toute loi appliquée à un individu au mépris de ces éléments essentiels résumés dans le rapport de nationalité. Il en résulte que les individus, où qu'ils se trouvent doivent être régis par leur loi nationale. Le principe de souveraineté apparait particulièrement prégnant dans un tel raisonnement car c'est la nationalité, lien juridique marquant le pouvoir souverain de l'Etat sur un individu qui oriente au premier chef le règlement du conflit de lois.

584. Souveraineté et territorialité – De manière peu surprenante, le rôle du principe de souveraineté est encore plus évident dans la doctrine territorialiste[808]. Ainsi, pour P.-L. LUCAS[809], ce n'est pas la nature des choses qui a valeur fondamentale dans la recherche du droit applicable à un rapport de droit contrairement à ce qu'enseigne l'école savignienne, mais les intérêts qu'emportent ce rapport de droit. Trois catégories d'intérêts sont susceptibles d'orienter le choix de la loi compétente : l'intérêt individuel, l'intérêt international et l'intérêt national. Idéalement, la règle de droit applicable doit amener à la satisfaction, de tous ces intérêts, mais une telle ambition s'avère en pratique difficilement atteignable. Il apparait donc nécessaire de faire primer un intérêt au-dessus des autres. Aussi l'auteur note-t-il que ni l'intérêt individuel, ni l'intérêt international ne sont à même d'occuper cette place ; le premier, serait à exclure car selon l'auteur, les préférences individuelles comportent le risque de mener à tous les arbitraires et toutes les anarchies, les secondes parce que l'idée d'un ordre juridique international s'avère illusoire. Reste alors l'intérêt de la collectivité nationale. La consécration de cet intérêt mènerait

---

[806] On pourrait même difficilement parler de conflit de lois avant l'émergence d'auteurs pivots comme MANCINI et SAVIGNY. Le conflit de droit international privé est compris comme un conflit de souverainetés et chaque législateur fixe unilatéralement le domaine de sa propre et les (rares) occasion où il admet une extraterritorialité de la loi étrangère selon une logique de courtoisie internationale.

[807] Cité par P. LAGARDE, « Le principe de proximité », préc., p. 50.

[808] V. surtout la pensée de NIBOYET présentée par P.-L. LUCAS, « Jean-Paulin NIBOYET », *JDI*, p. 6 s. ; « L'impérieuse territorialité du droit » : *Rév. crit. DIP*. 1935, p. 633.

[809] Ibid.

à la prise en compte de la souveraineté comme critère de répartition des compétences entre ordres juridiques concurrents. Cependant, la souveraineté intégrant tant une logique personnelle que territoriale, l'auteur estime qu'une confrontation des intérêts à préserver dans la désignation du droit applicable doit conduire à l'admission préférentielle de la territorialité comme étant celle qui protège au mieux l'intérêt national. Il énonce en ce sens « *la territorialité correspond au principe selon lequel toute situation doit être régie par le droit positif de l'autorité à laquelle est régulièrement demandée, pour son ressort territorial, la consécration juridique de cette situation.* » Aussi conclut-il que la loi du for, devrait être reconnue compétente à titre de principe en tant que cette règle de conflit exprime au mieux l'intérêt national auquel toute recherche du droit applicable est assujettie.

585. Cette approche du conflit de lois que l'on pourrait appeler territorialité-souveraineté emporte pour principale conséquence de mettre à l'écart la loi étrangère dans le plus grand nombre de situations. Si elle est observable le plus souvent de manière très nette dans les situations où la règle de conflit bilatérale est elle-même court-circuitée, son domaine en réalité va au-delà des hypothèses d'exclusion exceptionnelle de la loi étrangère.

2. Influence du principe de souveraineté dans le choix du droit applicable

586. L'application la plus radicale du principe du principe de souveraineté dans le droit international privé a sans doute été expérimentée à l'époque des statuts où il justifiait la compétence absolue de la loi du for. Il va sans dire qu'une telle compréhension de la territorialité n'est plus d'actualité.

587. Toutefois, il convient d'observer que le droit international privé positif n'est pas exempt de l'influence du principe de souveraineté. En raison de la l'exclusivisme qui caractérise ce principe, la typologie des règles qu'il inspire montre une tendance à mettre à l'écart la règle de conflit bilatérale, ce qui constitue dans ce cas, une conséquence logique (a). Force est cependant de constater qu'il n'est pas parfaitement antinomique d'une approche bilatérale, au moins à titre de correctif d'un universalisme par trop rigide (b).

a) L'unilatéralisme comme conséquence de l'intervention du principe de souveraineté dans le règlement des conflits de lois

588. Notion d'unilatéralisme – Deux orientations peuvent influencer les systèmes de

coordinations en droit international privé. Le premier part des lois pour essayer de fixer leur domaine d'application. Le second part des rapports juridiques, établit leurs caractéristiques, et fixe par la suite les lois qui leur sont applicables. Le système unilatéraliste correspond au premier[810]. En ce que, de manière intrinsèque, il repose sur une approche limitative des effets d'un ordre juridique dans son domaine territorial, l'invocation du principe de souveraineté dans la résolution des problèmes de droit international privé conduit logiquement à sortir du système de la règle de conflit bilatérale qui lui, met sur un pied d'égalité en termes d'applicabilité les ordres en concurrence, ce qui ne permet pas d'exclure par anticipation la compétence d'une loi étrangère. De ce fait, la souveraineté trouve son terrain d'élection d'abord dans la méthode alternative qu'est l'unilatéralisme. La méthode unilatéraliste postule l'idée qu'un « *Etat ne doit pas donner compétence à la loi d'un autre Etat dans un cas où celui-ci ne veut pas qu'elle soit appliquée. Pour éviter ce résultat, il faut que chaque Etat se contente de déterminer les cas où sa propre loi est applicable, et respecte, en dehors de ces cas, la volonté des autres Etats quant au domaine d'application de leur loi.».*[811] L'idée est aisément compréhensible si on raisonne par analogie avec le conflit de juridictions qui n'a de conflit que le nom puisque les juridictions d'un Etat ne peuvent recevoir la compétence pour connaitre d'un litige d'un ordre juridique étranger, leur ressort ne peut découler que des règles matérielles du droit interne[812]. En d'autres termes, reconnaître l'applicabilité de la loi étrangère à partir des règles propres au for saisi

---

[810] P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*. 1971, p. 1 s., spéc. p. 9.

[811] MAYER et HEUZÉ, n° 118.

[812] Une autre justification de la méthode unilatérale accorde quant à elle moins d'importance au principe de souveraineté. Pour cet auteur, le principe de souveraineté est de nature incompétent pour résoudre les conflits de lois. Les règles par lesquelles un Etat détermine le champ d'application de sa loi ne déterminent pas sa souveraineté, qui est déjà établie par les règles du droit international public. En ce sens, il ne peut pas y avoir d'extension de la souveraineté de l'Etat dans la mesure où, même lorsque qu'une loi vise un rapport de droit, un bien ou une personne située hors de son territoire, l'effectivité de cette loi n'est vérifiable de manière certaine que dans les limites du territoire de cet Etat. La souveraineté demeure donc cantonnée dans les limites de l'Etat et n'influe donc pas nécessairement sur le droit applicable.
Par la suite, pour QUADRI, le pouvoir souverain de l'Etat comporte celui de fixer le champ d'application de ses propres lois. Or, l'édification d'une loi est nécessairement portée par un ensemble d'expériences déterminées à partir desquelles se déduit au moins implicitement la limite de ladite loi. C'est plus précisément le champ d'application qui se déduit du droit matériel qu'il conviendrait de rechercher sans tenir compte de la loi étrangère, R. QUADRI, *Lezioni de diritto internazionale privato,* 5ème éd., Naples, 1969 ; P. GOTHOT, préc., p. 415.

relèverait d'un abus contraire au principe de souveraineté[813]. La règle de droit international unilatérale peut donc se définir comme celle « *par laquelle le législateur détermine le domaine d'application de la loi qu'il édicte ou désigne les rapports qui tombent sous l'empire de sa propre législation.* »[814] Les articles 3 et 309 du code civil illustrent au moins de manière formelle la concrétisation de la théorie unilatéraliste[815].

589. Lois de police – Cette logique souverainiste du conflit de lois justifie l'existence de règles de police en tant qu'elles concernent selon la formule célère de FRANCESKAKIS, les lois « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* »[816]. Ce critère est certes très large et pose des difficultés dans la désignation du domaine des lois de police, mais le consensus se fait sur le point que leur impérativité découle de la nature sensible des intérêts auxquelles elles sont liées. Les lois de police constituent donc une approche radicale du système de coordination des ordres juridiques qui met en avant l'impérativité des intérêts du for au détriment de toute recherche du siège d'un rapport juridique.

---

[813] En ce sens, NIBOYET, Traité, t. III, p. 247 s. ; BATTIFOL et LAGARDE, n° 253.

[814] P. GOTHOT, préc., p. 1.

[815] La doctrine unilatéraliste bute cependant devant deux obstacles qui font souvent conclure à son impraticabilité dans l'immense majorité des cas : la lacune et le cumul dans la coordination des ordres juridiques. Lorsque la loi du for est la seul à manifester sa volonté de s'appliquer à un cas donné, la situation est peu problématique et vérifie le principe unilatéraliste. Toutefois, les choses sont plus complexes lorsqu'aucun droit matériel ne se veut applicable à la situation. Dans le cas opposé, plusieurs droit matériels indiquent leur volonté de s'appliquer. Dans la première situation, certains auteurs proposent de définir la loi ayant le plus de chances de s'appliquer en tenant compte notamment des attentes des parties. Dans le second, il a été proposé de procéder à une bilatéralisation de la règle unilatérale. Mais ces correctifs emportent soit d'une part une complexification du cadre en vertu de l'imprécision qu'emporte la recherche de la loi ayant le plus de chance de s'appliquer, soit d'autre part, une franche remise en question du fondement théorique de l'unilatéralisme qui consiste précisément dans le refus de délimiter le champ d'application de la loi étrangère. En définitive, la théorie unilatéraliste ne se vérifie qu'en situation de faux conflit, ce qui lui réserve une assez mince capacité d'applicabilité ; V. sur cette question, LOUSSOUARN, BOUREL et de VAREILLES-SOMMIÈRES, n° 148.

[816] Op. cit., n° 137 ; rappr. CJCE, 23 novembre 1999, aff. C-369/96 : « constitue, au sens du droit communautaire, une loi de police la disposition nationale dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou localisée dans celui-ci. »

b) La bilatéralisation des règles de conflit fondées sur le principe de souveraineté

590. Toute tentative d'unilatéralisme absolu encourt vraisemblablement le risque d'impraticabilité[817] ; soit à cause du risque de cumul (lorsque plusieurs lois ont vocation à régir une situation juridique), soit à cause des lacunes (lorsque aucune loi n'envisage sa compétence sur une situation juridique). Aussi, la bilatéralisation est souvent présentée comme un palliatif aux problèmes de cumul de lois unilatérales ou de lacunes de la loi du for[818]. En France et en Allemagne où les législations ont subi l'influence des thèses unilatéralistes, la jurisprudence a assez tôt bilatéralisé les solutions adoptées. L'article 3 du code civil en est l'exemple le plus illustrant.

591. Toutefois, cette bilatéralité n'intervient pas sur un mode traditionnel, comme n'importe quelle règle de conflit. La bilatéralité des règles de conflit dérivant du principe de souveraineté prend encore ce dernier comme fondement. Cette bilatéralité serait en effet fondée sur le principe de réciprocité[819] de sorte que la compétence de la loi étrangère ne serait pas « attribuée », mais plutôt « offerte » par l'ordre juridique du for. Le professeur LAGARDE écrit à propos de ces règles qu'elles vérifient une situation où « *l'ordre juridique du for qui, par exemple, ne prétend pas régir le statut personnel des étrangers, se borne à offrir à l'Etat national de ces étrangers, à condition qu'il l'accepte, la compétence de régir par sa loi le statut de ses nationaux.* » [820] En d'autres termes, l'application de la loi étrangère est conditionnée par l'acceptation de compétence offerte à l'ordre juridique désigné par la règle bilatéralisée. Ainsi, la règle de conflit fondée sur le principe de souveraineté ne contrevient pas aux prémisses

---

[817] Certaines règles sont cependant insusceptibles de bilatéralisation. Il en va ainsi de l'article 309 du Code civil issu de la loi du 11 juillet 1975 qui dispose :

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;

- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;

- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps, sur cette disposition. »

Ces règles posent des difficultés d'application car elles sont génératrices de situations de cumul, V. en ce sens, AUDIT et D'AVOUT, n° 111.

[818] En France notamment, V. NIBOYET, *op. cit.*, spéc. n° 931 s.

[819] V. surtout, P.-L. LUCAS, préc., spéc p. 636.

[820] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain Cours général de droit international privé », *Recueil des cours* 1986, vol. 196, p. 13 s., préc., p. 53.

posées par la théorie de l'unilatéralité, puisqu'elle ne s'impose nullement à l'ordre juridique étranger, elle lui offre simplement la faculté de régir une situation. L'idée volontariste qui anime la théorie est sauve, même en situation de bilatéralité de la règle. La vérification de cette condition d'offre et non pas d'attribution se vérifie dans le renvoi, puisque ce dernier caractérise l'hypothèse d'un refus de l'ordre juridique visé à connaître du rapport juridique offert à sa compétence par l'ordre juridique du for.

592. Territorialité des droits de propriété intellectuelle et souveraineté – Certains auteurs trouvent un rapport étroit entre souveraineté et territorialité des droits de propriété intellectuelle. L'étendue du pouvoir étatique étant limité à l'intérieur de ses frontières, il paraît logique dans le sens de cette doctrine que les effets des droits subjectifs qu'il accorde et notamment ceux des auteurs des œuvres de l'esprit soient eux-mêmes affectés de cette limitation territoriale.

593. Dans une logique analogue, certains auteurs particularistes basent la territorialité des droits de propriété intellectuelle sur le principe de souveraineté quoique que ce fondement ne justifie plus systématiquement la mise à l'écart d'une règle de conflit bilatérale.

Pour NIBOYET, les droits de propriété intellectuelle « établissent des monopoles et par là, touchent étroitement à la liberté du commerce et de l'industrie. La loi de chaque pays régit les monopoles qu'il concède parce qu'il s'agit d'une mesure de police qui est donc nécessairement du ressort de la loi territoriale ». NIBOYET oppose cependant création et efficacité des droits. Quoiqu'il s'agisse d'une loi territoriale, l'auteur n'est pas fermé à l'application d'une loi étrangère et s'oppose même au principe d'indépendance qui ferait passer le régime international de l'œuvre étrangère sous la compétence de la loi locale[821]. La protection en France d'un droit étranger relève de l'efficacité de ce droit[822]. Or, estime l'auteur, l'efficacité du droit est soumise à la loi étrangère, c'est elle qui « en régit l'existence, la durée maximale, les causes d'extinction, le droit de reproduction, les procédés de transmission. »

Le lien entre territorialité du droit applicable et souveraineté apparait clairement chez SPOENDLIN pour qui la première ne serait que la conséquence logique de la seconde dont les efforts d'harmonisation internationale n'ont que peu affecté la vivacité. Si la territorialité n'est pas nécessairement liée à une notion de justice substantielle, il n'en demeure pas moins que l'idée selon laquelle c'est à la loi locale de s'appliquer lorsqu'un auteur réclame la protection

---

[821] Cette reconnaissance de l'effet des droits d'auteurs étrangers en France ne résulte cependant pas des principes généraux d'après l'auteur, mais du décret-loi du 29 mars 1852, V. t. IV, n° 1314.

[822] V. t. III, n° 936 s.

de ses droits ne peut être détachée d'une certaine logique de justice[823]. La loi territoriale aurait en d'autres termes vocation à garantir non seulement une meilleure justice dans la désignation du droit applicable au fond, mais aussi à assurer la souveraineté de chaque Etat.

594. *In fine*, la bilatéralité ne fausse pas nécessairement le principe unilatéraliste si l'on considère qu'il s'agit d'une bilatéralité spécifique, fondée sur un mécanisme de réciprocité. On parle alors de bilatéralité « *conditionnelle* » et « *imparfaite* »[824]. Le principe de souveraineté trouve ainsi son terrain d'application le plus légitime au sein des règles unilatérales. Mais, une approche bilatérale n'en est pas parfaitement exclue au moins à titre de correctif quoiqu'il ne s'agisse pas d'une véritable bilatéralité, mais d'une forme spécifique que l'on peut appeler bilatéralité-réciprocité. Ce qui se dégage surtout dans ce cas, c'est l'imperfection d'une logique de souveraineté dans le domaine du conflit de lois.

Il apparaît cependant indéniable que le principe de souveraineté occupe une place de plus en plus diaphane dans les relations internationales. Ce constat est observable quant aux relations entre sujets primaires de la société internationale, mais il est aussi extensible aux relations privées transfrontières où la souveraineté est souvent perçue comme un frein à la continuité des situations juridiques et aux besoins des acteurs économiques.

B. L'affaiblissement du principe de souveraineté dans la coordination des systèmes juridiques

595. Assauts de la globalisation contre la souveraineté des Etats – Les tiraillements entre les intérêts des Etats et ceux découlant du commerce international au sens large ou plus généralement de la globalisation[825] emportent une remise en question de la logique souverainiste dans les systèmes de coordination. Des auteurs notent en ce sens que « *la marge de manœuvre des Etats s'est sensiblement rétrécie ; du moins tous font preuve d'une docilité remarquable aux exigences du « marché » (…) il en résulte également et plus profondément,*

---

[823] Cité par M. Van EECHOUD, *op. cit.*, p. 98, (NT).

[824] P. LAGARDE, *Recueil des Cours*, spéc. p. 56 ; d'autres auteurs, en Allemagne notamment, évoquent à propos des règles unilatérales du Code civil, des « *règles incomplètement bilatérales* », V. en ce sens, P. GOTHOT, préc., spéc. p. 1, note n° 1

[825] J.-M. SAUVÉ, « La territorialité du droit », introduction au Colloque *Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique*, Collège de France, Paris, 10-12 avril 2012.

que l'image du monde « juridiquement développé » (…) est désormais brouillée. » En effet, si la théorie classique du droit enseigne que « *l'univers a pour socle une collection de pays autonomes – un « ordre juridique » – apte à répondre à toutes les questions, globalement contraignant et mis en œuvre par des tribunaux étatiques. Ce n'est plus tout à fait exact*. »[826]

596. Cette relativisation est l'une des premières conséquences de la Mondialisation du droit, notion qui renvoie à une « *diminution du contrôle que l'État national peut exercer sur les activités économiques, qui sont liées à son marché territorial* »[827]. On assiste alors à un transfert de compétences régaliennes de l'Etat au profit d'entités supranationales ou à la concurrence d'ordres juridiques privés sur le droit d'origine étatique. Le mécanisme d'intégration régionale dont l'Union Européenne est aujourd'hui la forme la plus aboutie, constitue une illustration de ce phénomène de recul de la souveraineté. A un niveau plus global, il en va de même à propos de l'harmonisation de plus en plus poussée des règles du commerce international sous la houlette de l'OMC et des phénomènes d'autorégulation des acteurs des marchés transnationaux[828].

597. De même, au-delà des rapports juridiques d'ordre privé, le principe de territorialité-souveraineté est très souvent défié par la nécessité d'aboutir à une concordance des solutions touchant à la protection d'intérêts considérés comme universellement inatteignables. Ainsi le traitement des problématiques liées aux droit fondamentaux devient le terrain d'un universalisme renouvelé. Cette logique justifie régulièrement quant au conflit de juridictions et de lois, l'extension de la compétence d'ordres juridiques à des rapports juridiques clairement localisés hors des leurs limites étatiques[829].

598. L'importance du facteur internet – Dans le même ordre d'idées, une menace sur la

---

[826] NIBOYET et De GEOUVRE De LA PRADELLE, n° 15.

[827] H. ULLRICH, « La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE,* 2003/3 (t. XVII), p. 291-311, disponible à https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-3-page-291.htm

[828] En ce sens, U. DRAETTA, « Internet et commerce électronique en droit international des affaires », *Recueil des Cours*, 2005, Vol. 314, spéc. p. 21 s.

[829] On rappellera le principe posé par Cour Permanente de Justice Internationale dans l'arrêt *Lotus* selon lequel, il n'existe pas de règle générale du droit international qui interdit aux États d'étendre l'application de leurs lois et la compétence de leurs juridictions aux personnes, aux biens et aux actes en dehors leur territoire ; le droit international leur laisse une large marge d'appréciation – V., CPJI, 7 sept. 1927, *Rec. CPJI*, série A, n° 10 ; *JDI* 1927. 1002 ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 354, spéc. p. 377, note DONNEDIEU de VABRES.

pertinence du principe de souveraineté dans les relations économiques mondialisées découle du rôle prépondérant que joue le réseau internet dans ces relations[830].

Techniquement, internet affaiblit l'autorité étatique bien plus que n'importe quel autre média en raison de son a-territorialité, du coût d'accès au réseau quasi nul comparativement aux potentialités économiques et à la quantité d'informations disponibles. Tandis que les médias traditionnels, localisés territorialement conservent une certaine orientation déterminée par l'Autorité étatique, les réseaux numériques mondiaux se montrent quant à eux fortement rétifs à toute régulation étatique. Ces facilités techniques impactent la culture internet, ouvertement libertarienne. Les usagers tendent à percevoir le réseau comme le dernier bastion des libertés individuelles – en particulier de la liberté d'expression – et la circulation gratuite de l'information, la norme. On voit ainsi se développer un principe d'hostilité vis-à-vis de l'intervention étatique, souvent critiquée comme autant de tentatives de l'Etat d'étendre son contrôle dans la sphère privée des internautes ; les débats passionnés sur la loi HADOPI et plus récemment ceux relatifs à la diffusion de « *fake news* » sont symptomatiques de ces tensions[831]. Il résulte de ce contexte une incapacité de l'Etat à contrôler de manière efficiente sur son territoire, des secteurs sur lesquels il avait historiquement la maîtrise : la sécurité des citoyens, la régulation des activités économiques et la promotion de certaines valeurs primordiales[832].

599. D'un point de vue juridique, l'immatérialité du réseau et son ubiquité favorisent les interconnexions transfrontières, dans le même temps qu'elles frappent inévitablement d'inconsistante la notion même de territoire dans la localisation des rapports juridiques qui se nouent ainsi[833]. Or, une telle démultiplication des rapports transfrontières ne peut qu'entraîner la création de situations propices au conflit de lois. De manière quelque peu paradoxale, le développement des réseaux internet relativise l'importance de la souveraineté étatique tout en revigorant les conflits de lois.

---

[830] H. H. PERRITT, Jr., « The Internet as a Threat to Sovereignty ? Thoughts on the Internet's Rôle in Strengthening National and Global Governance », 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 423, 436-37, 1998 ; Rappr. : J.-L. GOLDSMITH, « The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty », Indiana Journal of Global Legal Studies : Vol. 5 : n°. 2, Article 6, disponible à : http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol5/iss2/6.

[831] https://www.numerama.com/politique/318581-emmanuel-macron-veut-en-finir-avec-les-fake-news-sur-internet.html.

[832] H. PERRIT, *ibid*., p. 427.

[833] M. JOSSELIN-GALL, « La Place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales », in *Mélanges Lagarde*, p. 495.

600. Partant, l'importance du principe de souveraineté devrait être tout autant relativisé dans le choix des règles de conflit. En effet, les problèmes de droit international privé renvoient à plusieurs ordres d'intérêts. Si l'édification d'une règle de conflit met en avant l'intérêt collectif dans une matière qui affecte de moins en moins la souveraineté étatique, il va de soi qu'une telle solution porte dès le début les germes de sa propre fortuité.

Il convient donc idéalement de trouver un équilibre entre les principes opposés, voire d'éliminer ceux dont l'importance est moindre. Autrement, le risque encouru en ce sens est de perdre de vue que le droit international privé moderne ne repose pas sur une hypothèse de conflit de souverainetés,[834]. Il semble aller de soi que, dès lors que ne sont pas en jeu des intérêts hautement sensibles intéressant l'autorité publique[835], l'application du principe de souveraineté risque en effet d'introduire une approche par trop radicale de la territorialité que l'on peine souvent à justifier.

601. On pourrait d'une certaine manière dire que cette tendance à mettre à l'écart le principe de souveraineté vivifie l'une des caractéristiques fondamentales de la méthode bilatérale – sous-entendu, par rapport à d'autres systèmes de coordination – qui est l'évacuation de « *l'enjeu politique du conflit de lois* »[836].

In fine, ces observations attestent l'idée selon laquelle le conflit de lois n'est plus un conflit de souverainetés. Il ne s'agit cependant pas de dénier tout rôle de l'Etat dans la désignation des rattachements. Une telle approche serait absurde tant que l'Etat existe en tant qu'ordre juridique distinct. Cependant, le rôle doit être rapporté à sa juste mesure, particulièrement lorsque le

---

[834] Contra., V. BARTIN, *Etudes de Droit international privé*, 1899, p. 146.

[835] Domaines où le conflit de lois est exclu par définition.

[836] P. GOTHOT, « Le renouveau de la méthode unilatérale », préc., spéc. 1 et s., p. 422 ; Rappr., H. P. GLENN, « Le rôle contemporain du droit international privé », *Recueil des Cours* 2013, Vol. 364, p. 211 :
« Ainsi le droit international privé s'occupe des relations de droit privé entre particuliers. Il est frappant à quel point cet objectifa été largement perdu de vue en conceptualisant le droit international privé comme discipline pour résoudre des conflits entre les lois des Etats. Il y a là un reflet certain de la volonté des Etats d'occuper totalement le champ en droit interne. L'accomplissement de ce dernier objectif est indiscutablement avancé en traitant les affaires qui ne sont pas des affaires de droit interne comme si elles l'étaient, en les localisant dans le champ territorial de l'application exclusive de la loi d'un Etat. Par ce processus de raisonnement, les affaires des particuliers deviennent des affaires d'Etat et deviennent conflictualisées ainsi par une certaine compréhension des relations interétatiques. »

rapport juridique litigieux met en jeu des intérêts strictement privatifs. La percée contemporaine de ce type d'intérêt a entraîné l'émergence de principes concurrents au premier titre desquels le principe d'autonomie.

Paragraphe 2. L'autonomie de la volonté

602. Vitalité du principe d'autonomie – Si l'on pose comme acquis le recul de la perception des conflits de lois comme autant de conflits de souveraineté, la place du principe d'autonomie en tant que source d'inspiration des règles de conflit ne saurait en réalité étonner. La prévisibilité met en jeu la pertinence des règles de compétence législative en général ; en particulier dans la matière contractuelle, elle se mue en impératif dont le dépassement serait difficilement envisageable.

603. Quoique contestée un temps, la volonté des parties joue désormais comme un véritable facteur de rattachement (A). Signe du triomphe du libéralisme dans les rapports socio-économiques et juridiques, le principe d'autonomie fait indéniablement montre d'une certaine vitalité. Celle-ci se traduit par sa tendance à l'extension au sein de catégories dans lesquelles son intervention a longtemps été considérée comme exclue par nature (B).

A. L'admission de la volonté comme facteur de rattachement

604. La fonction localisatrice de la volonté – Il est définitivement établi que la loi applicable à un rapport de droit peut découler de la volonté des parties prenantes à ce rapport, telle qu'exprimée dans un acte juridique. Si l'on part du principe que le contrat est incontestablement créateur d'effets juridiques du seul fait d'un accord de volontés. Aussi, la centralité de la volonté des parties a non seulement un intérêt en droit interne, mais elle impacte nécessairement les questions de droit applicable à l'efficacité internationale d'une relation contractuelle. Spécifiquement au droit international privé, cette lecture dite subjectiviste, postule que l'autonomie de la volonté, principe fondamental de la relation contractuelle est

pareillement au faîte de la désignation du droit applicable à un contrat international[837].

Toutefois, l'idée que la volonté puisse servir de facteur de rattachement a longtemps paru incongrue, parce que contraire au principe établi de longue date[838] d'un rattachement au lieu de conclusion de l'acte[839]. Cette contestation objectiviste s'inscrivait *a priori* dans la pure tradition localisatrice savignienne[840] excluant la volonté des agents ; tout au plus pourrait-elle servir aux côtés d'autres éléments factuels visant à la localisation du contrat dans un ordre juridique donné[841] comme la nationalité commune des parties ou le lieu de conclusion du contrat[842]. Deux séries d'objections venaient généralement corroborer un tel rejet.

605. D'une part, il a paru contestable pour certains auteurs que l'autonomie de la volonté puisse fonder la loi applicable dans la mesure où, de manière nécessaire, celle-ci procède elle-même d'une loi particulière. C'est donc en désignant la loi compétente que l'autonomie de la volonté prend effet. Cette situation d'antériorité interdirait d'un point de vue logique sa prise en compte en tant que critère de rattachement. D'autre part, la critique réfutait qu'une simple stipulation des parties fût de nature à mettre à l'écart les règles impératives ayant vocation à s'appliquer à une relation contractuelle[843].

606. Consécration Jurisprudentielle – Pourtant, la jurisprudence a dès le début du XXème siècle donné un écho favorable au rattachement subjectiviste. Ainsi, dans l'affaire « *American*

---

[837] Comprise dans sa version la plus stricte ; cette théorie plusieurs emporte plusieurs conséquences quant au droit applicable : 1) caractère facultatif de la désignation d'une loi nationale dans le contrat ; 2) indifférence du contrat vis-à-vis de éventuelles modifications de la loi éventuellement applicable ; 3) admission de procéder à au panachage des lois applicable selon les aspects du contrat visés

[838] V. Cass. req., 10 juin 1857, DP 59. 1. 194, S. 59 1. 752 pour un contrat de prêt, ou Cass. civ., 23 févr. 1864, S. 64. 1. 385 pour un contrat de transport ; V. H. BATIFFOL, L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française, in *Festschrift für Hans Lewald*, Bâle, 1953, p. 219 et s., reproduit dans « Choix d'articles », p. 265

[839] Sur la maxime *lex locus regit actum*, V. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, 5ème éd., n° 40, p. 352.

[840] Pour SAVIGNY Le contrat devait être régi par la loi du lieu d'exécution. A rebours du principe du rattachement fondé sur la nature du rapport de droit, la forme contractuelle échappait selon l'auteur à la règle *locus regit actum* au profit de la loi du fond afin de favoriser la conservation des prévisions contractuelles. V. en ce sens, P. LAGARDE, Le principe de proximité, préc., p. 30.

[841] En particulier, v. H. BATTIFOL, Les conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé, Sirey, 1938.

[842] V. not. Cass. civ. 1ère, 25 mars 1910 : *Rev. crit. DIP*. 1980, p. 576, note BATTIFOL, *JDI* 1980, p. 650, obs. KAHN.

[843] Sur ces critiques, V. not. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, 1923, t. II, p. 280 et s. ; J.-P NIBOYET, La théorie de l'autonomie de la volonté, *Recueil des cours* 1927, p. 53 et s.

Trading »[844], la Cour de cassation retint que : « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée*. » S'inscrivant dans ce sens, l'article 3 du Règlement Rome I pose sans aucune équivoque le principe selon lequel, « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties*. »

607. Le rattachement subjectiviste présente plusieurs avantages – Il est acquis qu'en matière d'actes juridique, la prévisibilité du droit applicable constitue bien plus qu'ailleurs une finalité suffisamment impérative pour orienter à elle seule le choix du rattachement. En ce sens, le rattachement subjectiviste, en donnant compétence à la loi que les parties ont conventionnellement élue, paraît le plus à même d'aboutir à un tel objectif. Ce qui lui confère sur ce terrain une supériorité absolue en comparaison de n'importe quel rattachement objectif qui comporte toujours le risque soit de donner compétence à une loi que l'une des parties conteste en vertu d'une évolution de la relation contractuelle, soit à une autre qui serait purement fortuite vis-à-vis du contrat. Dans le même ordre d'idées, la prise en compte de la volonté comme critère de rattachement s'inscrit pleinement dans le sens d'une meilleure protection de l'intérêt des parties. Théoriquement, ce rattachement incorpore le principe selon lequel les parties ont négocié en toute connaissance de cause la loi la plus adaptée à leur relation juridique ; la plus à même d'aboutir à la concrétisation de leur intérêt individuel. Le subjectivisme apparait donc comme le promoteur juridique idéal des relations commerciales internationales fondées sur un contrat[845].

608. Force est cependant de constater une certaine extension de l'autonomie de la volonté en tant que rattachement hors de ses limites naturelles.

B. L'Extension du domaine de l'autonomie de la volonté

609. Autonomie de la volonté comme rattachement subsidiaire L'observation des législations récentes montre clairement que le principe de l'autonomie de la volonté en tant que rattachement déborde désormais du lit des obligations contractuelles[846]. Si une telle extension

---

[844] Cass. civ. 1ère, 5 déc. 1910, préc.

[845] V. en ce sens, MAYER et HEUZÉ, n° 696.

[846] Sur cette question, V. A. MARS, *La prévalence des intérêts : Contribution à l'étude du droit international privé*

se manifeste le plus nettement en matière d'obligations légales, elle ne s'y limite pas.

En effet, à un degré relativement faible, on peut voir une manifestation du principe de l'autonomie de la volonté au sein de règles qui recourent au contrat comme critère de rattachement subsidiaire pour pallier la défaillance du rattachement principal. L'article 93 de la LDIP belge sur la loi applicable au brevet est topique d'une telle extension du subjectivisme. En effet, après avoir posé que les droits de propriété intellectuelle sont régis par la loi du pays où la protection est revendiquée, il précise toutefois que « *la détermination du titulaire originaire d'un droit de propriété industrielle est régie par le droit de l'Etat avec lequel l'activité intellectuelle présente les liens les plus étroits* » puis que, « *lorsque l'activité a lieur dans le cadre de relations contractuelle, il est présumé, sauf preuve contraire, que cet Etat est celui dont le droit est applicable à ces relations* ».

On assiste dans cet exemple à un déplacement du centre de gravité de la loi de la règle de conflit de la territorialité vers la proximité puis enfin vers la loi contractuelle. Dans ce cadre, il est loisible de dire que le contrat joue comme un critère de rattachement prépondérant afin de pallier l'éventuelle défaillance résultant d'une localisation approximative du rapport de droit. Toutefois, dans ce cas de figure, l'extension alléguée demeure particulièrement relative. D'abord, parce que la loi contractuelle peut ne pas être déterminée sur la base d'un mécanisme subjectiviste mais purement objectiviste. Ensuite, le contrat intervient comme un critère – certes prépondérant – pour l'établissement des liens les plus étroits. Ce n'est en ce sens qu'un facteur au service de la proximité qui elle, est de principe. La fin du texte de l'article 93 confirme cette analyse dans la mesure où il permet de renverser la présomption au profit de la loi contractuelle qui n'est qu'une présomption pouvant être renversée par la démonstration de liens plus significatifs.

610. L'autonomie de la volonté comme rattachement principal – Une extension plus effective de l'autonomie de la volonté apparait dans la possibilité offerte aux parties de choisir la loi applicable dans les litiges concernant certaines obligation extracontractuelles.

Le recours au subjectivisme des parties a de quoi surprendre il est vrai dans ce domaine composé de règles impératives, ce qui exclut généralement la logique de choix aux parties[847].

---

dans un contexte néolibéral, thèse Bordeaux, 2017 ; P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 425.

[847] En ce sens, P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *Recueil des cours*, préc., spéc. p. 297.

Pourtant, certaines législations reconnaissent à cette intervention de la volonté des parties sur le plan de la responsabilité délictuelle une compétence de principe[848]. Dans un premier temps, l'étendue des options données aux parties était généralement enfermée dans des limites assez restrictives. En effet, dans ce cas, le choix du droit applicable à une obligation délictuelle ne pouvait avoir lieu qu'*a posteriori* de la survenance du litige et se limitait à la *lex fori*[849].

611. La tendance des législations récentes correspond cependant à un recours plus libéral à l'autonomie de la volonté. Le règlement Rome II s'avère particulièrement innovant sur ce terrain. L'article 14 vient en ce sens limiter la compétence de principe de la *lex loci damni* en offrant aux parties la possibilité de choisir la loi applicable au délit[850] ; l'accord sur le droit applicable doit avant lieu après la survenance du fait générateur du litige ; mais il peut aussi remonter avant la survenance du fait générateur lorsque l'ensemble des parties exerce une activité commerciale. De plus, la loi élue n'est pas nécessairement la *lex fori*[851]. Ce dernier cas de figure marque objectivement une acception du principe de l'autonomie de la volonté parfaitement émancipée de toute considération de proximité[852], ce d'autant plus que la loi choisie ne doit pas nécessairement être liée au litige[853].

612. Ceci laisse supposer un déplacement effectif du principe fondant le rattachement de la proximité, voire de la souveraineté, vers une pure autonomie de la volonté. Ce déplacement n'est pas sans laisser interrogateur quant à son fondement théorique. L'intrusion de l'autonomie de la volonté dans une catégorie qui lui est par définition étrangère est sur ce point critiquée en

---

[848] V. Article 132 de la LDIP suisse : « Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for. »

[849] Ibid.

[850] « Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ou lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage »

[851] A mi-chemin, l'article 21 du Code japonais de droit international privé offre une telle faculté, mais uniquement avant la survenance du fait générateur.

[852] Il faut toutefois noter que la faculté de choix n'est cependant pas sans bornes. Il ne peut en effet porter que sur des délits touchant à plusieurs pays, sont donc exclues les situations à caractère purement interne (art. 14 §3). D'autre part, la faculté n'est pas ouverte lorsque celle-ci a pour conséquence d'exclure l'application des dispositions impératives du droit communautaire à une situation exclusivement localisée dans un ou plusieurs Etats Membres au profit de la loi d'un Etat tiers (art. 14 §4). Par ailleurs, certains délits spéciaux sont eux aussi exclus.

[853] Précision faite toutefois que l'article 8.3 du règlement Rome II exclut en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle le choix de la loi applicable par les parties (« Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »)

doctrine[854]. Certains estiment en effet que, la divergence de finalités entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle devrait interdire théoriquement un tel débordement. Si la première vise à sanctionner les manquements aux conventions librement consenties par les parties, la seconde affecte certes un objectif de réparation individuelle et mais surtout de protection de l'ordre social. Cette dernière finalité se reflète indéniablement sur les règles de conflit y afférentes, qui ne sauraient ainsi souffrir une faculté de dérogation sur le fondement de la seule volonté des parties.

613. Une telle critique emporte cependant le risque de méconnaître qu'au-delà de sa fonction régulatoire certes indéniable, la responsabilité civile s'est largement diversifiée du point de vue de ses finalités [855] et que dans sa tendance contemporaine, l'accent est sensiblement mis sur la fonction réparatrice[856]. Dans un souci de cohérence, cette diversité des régimes de responsabilité appelle également une diversité des rattachements. L'approche retenue par le règlement Rome II ne dément pas cette affirmation non seulement en multipliant les règles spéciales applicables à certains régimes mais aussi, en tirant les conséquences d'un tel procédé vis-à-vis de la possibilité offerte aux parties de choisir le droit applicable à la responsabilité extracontractuelle. Dans cette optique, on voit clairement apparaître une ligne de démarcation entre la catégorie résiduelle des règles ayant trait à la protection d'intérêts purement individuels, où la fonction réparatrice de la responsabilité est dominante et les régimes spéciaux plus marqués par la protection d'un intérêt général, où la fonction régulatoire est plus prégnante. Sont ainsi exclus de la faculté de choix[857] : les régimes de responsabilité de la concurrence

---

[854] V. en ce sens, O. BOSCOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639.

[855] V. en ce sens, P. BOUREL, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », p. 279 : « Traditionnellement présentée comme un moyen d'assurer la sanction d'actes générateurs de dommages, l'action en responsabilité délictuelle ne vise plus seulement à l'indemnisation des victimes mais aussi à la prévention des dommages, voire même à l'affirmation de certains droits, à telle enseigne que des auteurs n'hésitent pas aujourd'hui à lui reconnaître un rôle véritablement normatif. »

[856] Y. NISHITANI, « La loi applicable à la responsabilité délictuelle. Le règlement "Rome II" du point de vue japonais », *RIDC* 2008, p. 639.

[857] L'article 7, sur la loi applicable aux atteintes à l'environnement fait cependant figure d'exception dans ce tableau. En cette matière, le règlement retient l'application de principe de la loi du lieu du dommage, sous réserve cependant que la victime n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du fait générateur. Cette faculté unilatérale offerte à la victime trouve sa justification dans la nécessité d'une politique législative dissuasive à l'égard des pollueurs. Le règlement ambitionne un niveau élevé de protection, s'appuyant pour cela sur les principes de précaution, de correction, et sur le principe du pollueur-payeur. L'alternative ainsi proposée entre ces deux

déloyale et des actes restreignant la libre concurrence (article 6.3), celui des atteintes aux droits de propriété intellectuelle (article 8.3). Ces régimes de régimes de responsabilité ont indéniablement en commun de se rapporter à des droits directement liés à l'organisation du marché intérieur, et donc à l'intérêt général[858]. Théoriquement, dans ce cas, le principe de souveraineté semble au fondement du rattachement à la *lex loci delicti* parce qu'il s'agit pour les Etats de contrôler au prisme de l'intérêt général quels comportements vont être sanctionnables ou non au titre de la responsabilité extracontractuelle. Mais la justification par la souveraineté s'affadit de manière proportionnelle à la baisse du caractère sensible de l'intérêt protégé par le régime de responsabilité ; il se crée dès lors un espace d'expression pour un rattachement concurrent plus adapté, en l'espèce, l'autonomie de la volonté.

614. *In fine* on voit que si l'on acte la fragmentation des régimes de responsabilité, il paraît logique d'en inférer une certaine relativisation du rattachement classique lorsque celui-ci ne paraît plus en adéquation les réalités matérielles de la catégorie à laquelle il est assigné. Dans ce contexte, l'extension du domaine de l'autonomie de la volonté particulièrement sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle trouve sa justification. Le principe d'autonomie s'affiche de manière tendancielle comme un rattachement expansionniste en particulier au sein de domaines qui lui étaient théoriquement fermés. Il apparait en ce sens comme le vecteur le plus autorisé d'une privatisation de la régulation des rapports transnationaux. La possibilité donnée aux parties de désigner le juge compétent et de s'accorder sur la loi qu'il sera amené à appliquer est de plus en plus perçu comme un gage d'efficience économique[859] ; juridiquement, elle semble le gage d'une meilleure sécurité juridique. Il est toutefois indéniable que le subjectivisme trouve dans le principe de liberté à la fois son principal atout, mais aussi sa limite nécessaire. Cette liberté, théoriquement admise est en réalité conditionnée par le pouvoir de négociation des acteurs. Apparait ainsi le risque que la règle de conflit devienne l'outil de prolongement dans la sphère juridique des déséquilibres économiques qui parcourent les relations transnationales.

L'extension du principe d'autonomie de la volonté doit donc être pensée dans un cadre strict et son introduction conditionnée par la recherche d'un véritable équilibre entre les parties.
L'autonomie de la volonté peut aussi jouer non plus comme un facteur de rattachement unique,

---

rattachements, optimise les chances de la victime d'obtenir une réparation en dépit des éventuels choix stratégiques du supposé pollueur. V. en ce sens BUREAU et MUIR-WATT, n° 1013.

[858] Rappr. O. BOSCOVIC, préc., spéc. p. 1640.

[859] J. CARRASCOSA GONZALEZ, « Règle de conflit et théorie économique », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 521 s.

mais comme un indice inclus dans un ensemble plus large qui permettrait d'indiquer la proximité d'une situation juridique avec un ordre juridique donné. L'émergence de cette approche est à l'instar de celle du principe d'autonomie en lien avec la défaillance du principe de souveraineté dans la détermination des rattachements. Nous verrons cependant que le principe de proximité dont il est question, dans la mesure où il ne se base pas sur un rattachement rigide comme la volonté des parties ou leur nationalité, est d'un maniement plus souple, ce qui explique sans doute son succès en droit positif.

Paragraphe 3 : Le principe de Proximité

615. L'émergence du principe de proximité – Les problèmes de droit international privé mettant en jeu des intérêts à la fois privatifs et collectifs, l'exclusive prise en compte des uns ou des autres menace certainement la pertinence des solutions. Une démarche plus exhaustive et prudente consisterait donc à prendre en compte l'ensemble des éléments de chaque situation juridique, à partir du postulat selon lequel une telle approche aboutira en dernier lieu à la mise en évidence de l'ordre juridique ayant les liens les plus proches de la situation et partant la plus grande légitimité à connaitre de la situation. On parle alors de proximité.

616. La principale systématisation théorique du principe de proximité dans la matière du droit international privé a été réalisée par le professeur LAGARDE dans son cours à l'Académie du droit international de la Haye de 1986, devenu classique depuis. L'éminent auteur y définit ce principe comme celui par lequel « *un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits*. »[860]. La notion telle que perçue dans ce cadre est d'apparition relativement récente dans le droit international privé même si certains auteurs l'ont parfois considérée comme implicitement intégrée dans le raisonnement bilatéraliste. M. OVERBECK écrit en ce sens que « *les règles de conflit visent à appliquer la loi avec laquelle l'affaire a les liens les plus étroit* »[861]. Mais, M. LAGARDE réfute une telle extension du principe de proximité ; raisonner ainsi reviendrait d'une certaine manière à soutenir que le principe de

[860] P. LAGARDE, « Le principe de proximité », spéc. p. 29.

[861] « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *Recueil des cours* 1982, Vol. 176, p. 13 s., spéc. n° 158, p. 75 ; rappr. M-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé*, 6 éd., n° 245.

proximité est au fondement de la méthode conflictuelle de manière concrète. Or, s'il y a communauté, entre la théorie classique de la règle de conflit bilatérale et le principe de proximité, la proximité savignienne n'est qu'un donné abstrait du mécanisme conflictuel. Ainsi, lorsqu'une loi est reconnue compétente, c'est parce qu'il est théoriquement admis qu'elle maximise l'idée d'une justice abstraite à partir de l'observation de la nature du rapport juridique[862]. A l'inverse, c'est sur une approche plus concrète de la justice conflictualiste qui se fonde le principe de proximité, en partant de l'observation de la situation et en adaptant le rattachement à cette dernière[863].

617. Principe de proximité et *« proper law »* – L'émergence du principe de proximité chez Paul LAGARDE peut être lue comme la réaction continentale[864] de la doctrine de la « *proper law* » qu'on a vu se développer dans les années 1950 aux Etats-Unis, elle-même en réaction à la théorie savignienne du conflit de lois. MORRIS[865], qui en est le principal animateur part d'une critique de la *lex loci delicti*, considérée comme trop rigide dans la détermination du droit applicable aux problèmes de responsabilité extracontractuelle, quoiqu'elle conserve dans un certain nombre de cas une légitimité d'application suffisante. Partant, il propose en contemplation des règles de rattachement en matière contractuelle un assouplissement du rattachement. En d'autres termes, en lieu et place de la seule prise en compte du lieu du fait dommageable, comme facteur de rattachement, MORRIS propose de rechercher la « *proper law of the tort* », c'est-à-dire, désigner la loi applicable en tenant compte de la pluralité des éléments de la situation à même d'aboutir à une localisation idéale du rapport juridique. Ces théories ont en commun le dépassement d'une proximité abstraite posée comme un axiome de la théorie

---

[862] En ce sens, MM. BALLARINO et ROMANO identifient trois types de proximité : la proximité « dans l'abstrait », « la proximité à l'état pur » et la proximité suffisante. La première est celle qui exige qu'une loi présente les liens les plus étroits avec la situation. Elle découle abstraitement de la justesse présupposée d'un rattachement. La deuxième, est basée sur l'idée selon laquelle la loi compétente sera celle avec laquelle le rapport de droit entretient « les liens le plus étroits ». Elle s'apprécie donc in concreto, en considération de tous les facteurs de rattachement en concurrence. Quant à la troisième, elle fonctionne sur le principe d'une « certaine » proximité. Il ne s'agit plus de rechercher la plus grande proximité, mais seulement de vérifier que l'ordre juridique compétent entretient avec la situation un simple lien étroit », V. « Le principe de proximité chez P. Lagarde », in Mélanges Lagarde, p. 42.

[863] *Ibid*., p. 29.

[864] LOUSSOUARN, BOUREL et De VAREILLES-SOMMIÈRES, n° 193.

[865] J. MORRIS, « *The Proper law of tort* », *Harvard Law Review*, 1951, p. 881 ; Sur la méthode et son rapport avec la *lex loci delicti*, V. F. MONEGER, « *The last ten* ou les dix derniers Etats des États-Unis d'Amérique fidèles à la *lex loci delicti* », in *Mélanges Lagarde*, p. 575.

classique vers la recherche d'une proximité plus concrète. Il ne s'agit toutefois pas chez M. LAGARDE de mettre de côté la détermination de la loi applicable à partir de la nature du rapport de droit, mais seulement de reconnaître son insuffisance à aboutir à une proximité effective dans certaines situations. En d'autres termes, la légitimité d'une loi ne se considère plus sous le seul angle de la nature du rapport de droit, mais en prenant en compte tous les éléments de la situation[866].

A. Domaine et fonctions du principe de proximité

618. Pour le professeur LAGARDE, le rejet de toute approche exclusiviste fonctionne aussi vis-à-vis du principe de proximité. Ce dernier ne peut en effet orienter le seul le choix du rattachement. Il n'est en réalité qu'un inspirateur parmi d'autres de la règle de conflit. Il sera souvent confronté dans cette fonction au principe de souveraineté, à l'autonomie de la volonté et à la recherche d'un résultat matériel. Il ne s'agit cependant pas d'une opposition absolue puisque le principe de proximité vient parfois soit subvertir, soit corriger ses concurrents en situation de défaillance. Il en ressort au demeurant une double orientation fonctionnelle. D'une part, le principe de proximité aura une fonction inspiratrice de la règle de conflit (1), d'autre part, cette fonction sera plutôt correctrice (2).

1. Fonction inspiratrice

619. La proximité comme principe créateur – Le principe de proximité apparait d'abord en soi comme un rattachement des situations à un ordre juridique donné. L'idée ici est qu'au-delà de la proximité traditionnelle ou abstraite qui est admise comme un axiome de la méthode savignienne, c'est l'identification d'une étroitesse du rapport entre la situation et l'ordre juridique prise *in concreto* qui justifie la compétence de cette dernière.

620. La proximité dans les obligations contractuelles – Le domaine des obligations contractuelles est topique de cette démarche. Il est vrai que le principe en la matière demeure l'autonomie de la volonté[867]. Mais celle-ci est de plus en plus concurrencée par une logique objective lorsque les parties n'ont pas exprimé de rattacher le contrat à une loi donnée. Cette approche objective découle clairement de l'idée de proximité, puisqu'à défaut de choix, la loi

---

[866] P. LAGARDE, « Le principe de proximité »., p. 30.

[867] Cass. civ., 5 déc. 1910, « *American Trading* » : *Rev. crit. DIP* 1911, p. 395 ; *JDI* 1912, p. 1156 ; *S.*, 1911, 1, 129 ; *GA*, n° 11.

applicable sera celle entretenant les liens les plus étroits avec le contrat ou la prestation contractuelle visée.

Le législateur européen notamment[868] a consacré cette dualité d'approche aux articles 3 et 4 du règlement Rome I. Ainsi, en absence de choix[869] des parties, le règlement pose d'abord un certain nombre de rattachements objectifs et stables en fonction du type de contrat. Il s'agit démarche de proximité traditionnelle[870]. Toutefois, cette disposition va plus loin dans le sens d'une proximité concrète, puisqu'en cas de défaillance de ces rattachements – lorsque le contrat ne présente qu'un lien lâche avec la loi reconnue compétente (article 4.3) ou lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur les fondements des points 1 et 2 de l'article 4 (article 4.4) – c'est la loi ayant les liens les plus qui a vocation à s'appliquer. La relation entre proximité et contrat n'a cependant rien de bien étonnant dans la mesure où la souplesse intrinsèque à la matière contractuelle nécessite un rattachement faisant montre d'une égale élasticité[871]. Mais, la fonction inspiratrice du principe a largement débordé le domaine contractuel. Ce débordement se révèlerait essentiellement dans « *les lois qui prévoient le choix de la loi applicable par les parties, les règles de conflit à rattachements alternatifs, les règles qui imposent l'application de la lex fori dès que les autorités du for sont compétentes, les règles bilatérales « localisatrices » assorties du « renvoi »* ».[872]

621. De manière plus exceptionnelle, le principe de proximité joue comme un correcteur, c'est-à-dire en venant seconder le rattachement principal dans certaines situations.

2. Fonction correctrice

622. Dans sa fonction correctrice, le principe de proximité se manifeste selon deux modalités. Dans un premier temps, de manière subtile, il tend à s'imposer en subvertissant le rattachement fixe traditionnel et donc en remplaçant le principe inspirateur classique lorsque ce dernier se

---

[868] Le mouvement qui marque la prise d'avantage du principe de proximité sur l'autonomie de la volonté s'illustre dans la tendance progressive à remplacer les critères de rattachements rigides que sont le lieu de la formation et de l'exécution en cas de non-expression de la volonté des parties par celui de l'Etat ayant les liens les plus étroits.

[869] Art. 3.

[870] P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *Rev. crit. DIP*. 2006, p. 331 s.

[871] P. LAGARDE, *ibid*., p. 34.

[872] T. BALLARINO et G.-P. ROMANO, préc., spéc. n° 5.

trouve en situation de défaillance. D'autre part, de manière plus frontale, il vient corriger les risques de fortuité du droit applicable en secondant le rattachement principal dans le cadre d'une clause d'exception **(b)**.

623. (a) La proximité comme principe subversif – La fonction subversive du principe de proximité s'analyse chez P. LAGARDE dans les domaines où ce dernier n'inspire pas directement la loi applicable, mais qu'une inadéquation pratique du rattachement traditionnel oblige progressivement à lui substituer un rattachement basé sur l'idée d'une proximité concrète. Cette tendance s'illustre nettement dans les rapports entre le principe de proximité et celui de souveraineté, et notamment en matière de statut personnel.

624. Le principe de proximité dans le statut personnel – Le principe de proximité est selon M. LAGARDE l'un des principaux concurrents du principe de souveraineté. La vocation de ce dernier à générer des règles de conflit bilatérales est définitivement établie tant en jurisprudence que par le législateur, et le statut personnel constitue son champ d'action privilégié[873]. C'est ce qu'exprime sans ambiguïté l'article 3 du Code civil lorsqu'il dispose que « *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». Bilatérisée, cette disposition conduit à appliquer à l'individu sa loi nationale dans les questions relatives au statut personnel. Si l'on met de côté l'idée d'une proximité purement intellectuelle, on voit aisément ici que ce n'est pas un principe de proximité qui sous-tend la règle de droit applicable, mais bien celui de souveraineté. Le critère de la nationalité traduit effectivement le lien juridique et politique que l'Etat en tant que souverain entend maintenir avec ses ressortissants.

625. Il n'en demeure pas moins comme le montre M. LAGARDE que la logique de proximité prise cette fois ci dans le sens concret tend progressivement à « *altérer* »[874] le rattachement traditionnel. Une telle altération intervient notamment lorsque le rattachement traditionnel se trouve en situation de défaillance, c'est-à-dire qu'il existe une déconnexion entre le rattachement et la situation à laquelle il s'applique. Cet état pathologique exprime en réalité la perte de pertinence du principe inspirateur de la règle de rattachement.

A titre d'illustration, M. LAGARDE montre comment en matière de loi applicable aux rapports juridiques des personnes apatrides, le principe de proximité est venu subvertir la logique de souveraineté sous-jacente en remplaçant progressivement le rattachement à la nationalité par

---

[873] V. *supra*, n° 579.

[874] *Ibid.*, p. 67.

celui de la résidence habituelle[875]. La relativisation du principe de base[876], à savoir la souveraineté se concrétise dans ce cas par l'effacement ou l'absence de rapport d'allégeance de l'individu apatride à un Etat en particulier, ce qui justifie l'applicabilité d'une loi ayant les rapports les plus étroits avec la situation, pour l'occasion, celle de la résidence habituelle[877]. Le lieu du domicile apparaît à ce titre comme le rattachement fixe permettant de réaliser la meilleure proximité non seulement en raison de l'absence du critère de rattachement par la nationalité, mais aussi parce que, de manière substantielle, c'est au lieu de résidence que les relations sociales et juridiques de l'individu auront le plus de probabilité de se concentrer. La subtilité vient ici du fait que le rattachement est fixe comme pour n'importe quelle règle de conflit, mais sa justification découle principalement d'une logique de proximité.

626. (b) La clause d'exception – Le mécanisme correctif du principe de proximité permet de neutraliser le droit normalement applicable au titre de la règle de conflit principale au profit d'une loi considérée plus adéquate, lorsque l'ensemble des éléments de la situation montrent que cette loi est celle qui entretient manifestement les liens les plus étroits avec ladite situation.

627. Dans cette optique, la proximité se manifeste le plus souvent sous la forme d'une clause d'exception dont l'archétype est l'article 15 de la LDIP suisse du 18 déc. 1987 qui dispose de manière générale que « *la loi désignée par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un*

---

875 Il en va ainsi de l'article 9 par. 2 de la loi autrichienne de droit international privé énonçant que « si une personne est apatride, ou si sa nationalité ne peut être établie, son statut personnel est le droit de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle. »

876 Dans la sphère familiale, des auteurs notent en ce sens que : « Le défi soulevé par les foyers de nationalité mixte a accentué le déclin de la nationalité dans le champ des liens de famille, que favorise par ailleurs la recherche d'une proximité plus matérielle par le droit conventionnel et européen, où la détermination de la loi applicable est souvent étroitement liée à celle de la compétence des autorités. L'effacement de la nationalité au profit sur le terrain du défendeur ou de la résidence de la famille sur le terrain de la compétence juridictionnelle renforce, à travers la reconnaissance de décisions, la place latente de la loi du domicile dans le règlement des questions personnelles, que vient encore accentuer l'incidence des droits fondamentaux. Le champ revendiqué par ces derniers est en effet d'avantage tributaire d'effectivité et de proximité matérielle que d'allégeance nationale. » V. BUREAU et MUIR-WATT, t. I, n° 714.

877 Des conclusions analogues peuvent être tirées à propos d'autres situations juridiques soumises au statut personnel. Le Professeur LAGARDE écrit en ce sens que « *dès lors que le rattachement constitué par la nationalité disparaît (apatride), faiblit (conflit positif de nationalités) ou se divise (époux de nationalités différentes), une pression très forte s'exerce pour substituer au fondement d'allégeance un rattachement fondé sur principe de proximité*. » V. *Recueil des cours*, p. 95.

lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ». Ce principe est repris de manière quasi identique, à l'article 19 de la LDIP belge ; à l'article 3082 du Code civil du Québec et à l'article 6 du *Second restatement* américain

628. De manière plus spécifique, l'article 4.3 du règlement Rome II dispose que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. »[878] En matière d'obligations alimentaires entre époux, l'article 5 du protocole d'accord de la Haye du 2 novembre 2007[879] s'inscrit dans une démarche similaire ; il en va de même à propos du règlement n° 650/2012 portant sur les successions internationales dont l'article 21 al. 2 permet à titre exceptionnel de substituer à la loi de la résidence habituelle celle du pays avec lequel le défunt entretenait des liens manifestement plus étroits au moment du décès.

629. Extension du domaine des clauses d'exception – Il est surtout remarquable de

---

[878] En ce sens, en matière délictuelle, l'article 4.1 du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, prévoit que la loi applicable à une obligation non contractuelle est normalement celle du pays de survenance du dommage. Il est toutefois précisé à l'article 4.3 que s'il résulte des circonstances que le fait dommageable entretient des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, c'est la loi de ce pays qui aura vocation à s'appliquer ; V. faisant application de cette disposition dans l'affaire dite des « prothèses PIP », la Cour de cassation pour déclarer la compétence de la loi française a retenu que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est, sauf dispositions contraires du règlement, celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent (...) Et attendu que l'arrêt relève, d'abord, que la responsabilité de la société TRLP est recherchée à raison de manquements tant dans la conduite de la procédure de certification que dans la mise en oeuvre des opérations de surveillance et de recertification, prévues par la directive 93/42, notamment à l'occasion des inspections de surveillance de la qualité effectuées dans les locaux de la société PIP, situés en France ; qu'il constate, ensuite, que les interventions de la société TRLP se sont échelonnées de 1997 à 2010 ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu retenir que le dommage était survenu dans les usines de la société PIP où les implants mammaires défectueux avaient été fabriqués et les inspections réalisées, faisant ainsi ressortir que le fait dommageable présentait également les liens les plus étroits avec la France, au sens de l'article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II* », V. Cass. civ. Civ. 1ère, 10 oct. 2018 : *D.A*, 24 oct. 2018, obs. MÉLIN ; V. encore, CA Paris, 26 mars 2013, n° 12/02707.

[879] « En ce qui concerne les obligations alimentaires entre des époux, des ex-époux ou des personnes dont le mariage a été annulé, l'article 3 ne s'applique pas lorsque l'une des parties s'y oppose et que la loi d'un autre État, en particulier l'État de leur dernière résidence habituelle commune, présente un lien plus étroit avec le mariage. Dans ce cas, la loi de cet autre État s'applique. »

constater que ces clauses ont largement outrepassé le domaine du statut des obligations, en particulier contractuelles où, d'un point de vue théorique, leur manifestation est la plus légitime. Une telle extension est indéniablement autorisée par la formulation particulièrement large à laquelle recourent nombre de législations susvisées. Mais, même en dehors de textes explicites, on assiste à une mise en application du mécanisme des clauses d'exception de manière implicite, notamment dans des terrains *a priori* moins accueillants comme le statut personnel[880].

630. Ce débordement manifeste de la fonction corrective du principe de proximité sur le terrain de la souveraineté démontre selon le professeur LAGARDE que celui-ci « *tend à devenir le principe fédérateur de l'ensemble des règles de conflit.* »[881]

B. Mutations structurelles du principe de proximité

631. Limites du principe de proximité – Toute règle de conflit court généralement le risque de fortuité pour deux raisons principales : soit qu'elle est trop rigide ; soit qu'elle est trop flexible[882]. Dans la mesure où il intervient comme une réponse à la rigidité des rattachements fixes qu'impose la théorie classique, les règles fondées sur le principe de proximité sont passibles d'être affectées d'une trop grande mollesse. On peut craindre comme le soulignait un auteur qu'en matière de droit applicable, lorsqu'on « *apporte en souplesse, on diminue en prévisibilité.* »[883]. En ce sens, certains doutent qu'on puisse encore parler de règle de conflit lorsqu'est atteint le principe sur lequel repose ce type de règle, à savoir l'identification d'un

---

[880] Ainsi, à propos de la loi applicable à la capacité d'un réfugié syrien, la Cour de cassation a validé la compétence de la loi française en tant qu'elle présentait les liens les plus étroits par rapport à la loi nationale au motifs que : « *la Cour d'appel a constaté que Nachat Martini avait dû quitter clandestinement la Syrie à raison de son activité politique, qu'il avait été , après son entrée en France, condamné par les autorités de son pays pour les services rendus à la France et qu'il n'était pas ne mesure de s'adresser à la représentation diplomatique syrienne en France ; que sans faire état de la Convention de Genève, elle a pu décider qu'il avait la qualité de réfugié domicilié en France et qu'elle en a déduit à bon droit que son statut personnel se trouvait dès lors régi par la loi française, quelle que fût sa nationalité.* » V. Cass. civ. 1ère, 25 juin, 1974 : *AFDI* 1976, n° 22, p. 934 s. ; V. sur ces questions, R. SARRAUTE et P. TAGER, « Le nouveau statut international des réfugiés » : *Rév. crit. DIP* 1953, p. 245.

[881] P. LAGARDE, « Le principe de proximité », spéc. p. 95.

[882] C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans plus tard », *Mélanges Lagarde*, p. 508.

[883] C. REYMOND, « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *TCFDIP* 1991, pp. 97 s.

ordre juridique par application systématique d'un facteur de rattachement prédéfini[884]. La rupture de cette systématique serait de nature à diminuer la prévisibilité pour les parties qui ne sauraient envisager avant d'entrer en phase contentieuse quelle loi leur serait vraisemblablement applicable[885]. Or, comme nous l'avons précédemment souligné, la prévisibilité du droit applicable constitue un des critères d'effectivité de toute règle de conflit[886].

632. Le retour à la loi du for notamment par le biais de clauses d'exceptions – Dans le même ordre d'idées, la souplesse du principe de proximité serait aussi de nature à favoriser les manipulations de points de contacts au profit de la loi du for[887] ou de l'obtention d'un résultat matériel déterminé[888], ce qui dans les deux cas va à l'encontre de ce principe qui n'a pas vocation à déroger à la neutralité de la règle de conflit[889]. Les commentateurs ont pu constater en effet une certaine tendance à privilégier la *lex fori* dans l'application des clauses d'exception. L'observation a été faite en droit français[890] ; tout comme en droit suisse[891].

Mais ces critiques ne sauraient être tenue pour absolues.

---

[884] B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », préc., n° 333.

[885] W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657 s.

[886] M. AUDIT note en ce sens que : « Toute la discipline du droit est dominée par une antinomie entre la certitude que procurent des règles et le souci d'équité qui incite à se prononcer en fonction de chaque cas. La méthode des règles de conflit, dans sa pureté, privilégie nettement la certitude, même du seul point de vue de la justice de droit international privé (…) : son principe consiste en effet à cristalliser dans un rattachement donné la désignation de l'ordre juridique auquel on estime qu'une catégorie de rapports se relie le plus étroitement, sans s'arrêter au fait que cette présomption puisse être démentie dans un cas donné », V. « Le droit international privé en quête d'universalité », préc., spéc. p. 328.

[887] P. RÉMY-CORLAY, « Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, p. 52.

[888] A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », Recueil des cours, 2010, vol. 341, spéc. n° 129 s. : « Il est vrai, cependant, que le « lien étroit d'exception » est souvent fondé, en matière contractuelle notamment, sur des considérations tenant à des facteurs extérieurs aux droits « en conflit », portant sur des contacts de la relation et des parties avec un pays particulier, non désigné par la règle de conflit en soi applicable. Il n'en demeure pas moins que la clause d'exception est également mise à contribution lorsqu'elle n'a pas bien ou mal tenu compte du contenu matériel des lois « en conflit » et de l'intérêt respectif des Etats à l'application de leur droit. »

[889] En ce sens, P. CARLIER, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, Thèse Lille II, 2008, <tel-00287077>, spéc., n° 439.

[890] Ibid.

[891] A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *ibid*.

633. Recours aux rattachements fixes – La différence fondamentale entre la méthode de conflit classique et le principe de proximité est que la première établit son système sur la mise en œuvre d'un rattachement stable reposant lui-même sur la nature du rapport de droit. Toutefois, la prise en compte d'un point fixe venant en surplomb des autres éléments de la situation n'est pas antinomique d'une désignation du droit applicable fondée sur la recherche concrète des liens les plus étroits. Il en va ainsi de la possibilité de poser des critères indiquant une proximité concrète. Certaines dispositions fondées sur le principe de proximité le démontrent clairement.

634. C'est précisément la solution qu'adoptait l'art. 4 de la Convention de Rome établissant qu'à défaut de choix de la loi applicable par les parties, la proximité de la situation était présumée avec l'Etat de résidence du cocontractant fournisseur de la prestation caractéristique ou avec celui du lieu de situation de l'immeuble lorsque le contrat portait sur un droit réel immobilier. Il s'agit dans ce cas de gagner en prévisibilité en posant des rattachements fixes lorsque les parties n'ont pas fait jouer le principe d'autonomie. Cette disposition allait d'autant plus loin dans le sens de la proximité qu'elle autorisait à revenir sur la loi désignée par le biais des présomptions préétablies. Elle fait ainsi appel au principe de proximité dans sa double acception créatrice et correctrice[892] : le mécanisme correcteur de la règle est ici recherché dans le principe inspirateur de cette règle[893]. Mais compte tenu de la tendance des juges à passer directement à la clause d'exception sans préalablement faire jouer la présomption[894], cette démarche a été renversée dans le Règlement Rome I. celui-ci part désormais de rattachements fixes et ne recourt au principe de proximité que de manière exceptionnelle. En matière d'obligations extracontractuelle, le règlement Rome II lui aussi abonde dans une démarche analogue. La dérogation au rattachement de la *lex loci delicti damni* de l'article 4.1 est toutefois contrebalancée par une clause d'exception au point 3, elle-même sécurisée par une présomption de proximité avec le cas échéant, la loi du contrat.

635. Aux Etats-Unis, le *Second Restatement* s'inscrit dans une logique analogue. L'article 6 pose ainsi un ensemble de facteurs visant à identifier la loi applicable parmi lesquels, les besoins

---

[892] B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », préc., p. 331.

[893] P. LAGARDE, « Le principe de proximité », préc., p. 67.

[894] V. *Livre vert sur la transformation de la convention de Rome de 1980*, com (2002) 654 final, Commission Européenne, 14 janv. 2003, spéc. point 3.2.5.

des systèmes interétatiques et internationaux ou encore les politiques législatives du for[895]. L'ensemble de ces facteurs laissent toutefois une très large liberté d'appréciation au juge dont il n'est nul besoin d'insister pour voir qu'elle est préjudiciable à la prévisibilité des solutions applicables. Aussi, le *Second Restatement* prend la mesure de ce risque, notamment dans les domaines où la prévisibilité des solutions est fondamentale. L'article 188 vient clairement en appoint de la méthode choisie dans la précédente disposition puisqu'il dispose en matière contractuelle un certain nombre d'éléments à rajouter dans l'appréciation des liens les plus étroits : lieu de négociation du contrat, lieu d'exécution, lieu de situation du bien, lieu du siège social ou du principal établissement des parties, lieu de résidence, nationalité des parties. Si ces différents critères sont appréciés en fonction du cas précis, la disposition établit cependant une présomption de proximité au profit de l'Etat au sein duquel les négociations et l'exécution du contrat ont eu lieu.

Le risque d'imprévisibilité du droit applicable peut donc être résolu si la recherche de liens les plus étroits est balisée de critères fixes, de manière à prévenir une trop grande casuistique. Ceci revient aussi à rappeler que le principe de proximité n'est opposé à une démarche bilatérale, mais répond simplement à un besoin de souplesse et de concrétisation qui parfois fait défaut au sein de la méthode classique du conflit de lois.

636. Respect du caractère exceptionnel des clauses d'exception – Il convient de même de relativiser le risque que l'application du principe de proximité à titre correctif donne prétexte au lexforisme et à une orientation matérielle des solutions. Premièrement, l'observation de la jurisprudence récente interprétant les clauses d'exception ne semble pas confirmer le caractère unidirectionnel que certains auteurs ont prétendu.

Les décisions de la Cour de cassation sont rares il est vrai en ce domaine. Toutefois, à l'occasion d'un récent arrêt, la chambre commerciale a clairement rejeté l'application de la loi française à titre de clause d'exception. Le litige ayant donné lieu à cette décision portait sur un contrat de transport de marchandises entre la France et l'Italie. Sur le fondement de la loi française, la compagnie de transport avait assigné l'un de ses cocontractants en non-paiement des prestations réalisées. Débouté au fond, le pourvoi contestait la compétence de la loi italienne au motif que

[895] Rappr. l'article 19 al. 1 de la LDIP belge pour lequel la dérogation au profit d'une loi ayant les liens les plus étroits doit tenir compte « *(…) - du besoin de prévisibilité du droit applicable et,*
- de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles du droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement. »

la prestation qu'il avait réalisé dans le cadre d'un contrat global de livraison de marchandises entre la France et l'Italie avait eu lieu intégralement en France. Il soutenait en ce sens des liens manifestement plus étroits avec la France. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et confirmé la compétence de la loi italienne non sans préciser « (…) *qu'il ne résultait pas, par ailleurs, de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présentât des liens manifestement plus étroits avec la France* (…) »[896].

De même, la chambre sociale s'est montrée tout aussi défavorable à l'application extensive et systématique de la loi française à titre de clause échappatoire[897]. L'affaire était relative à la rupture d'un contrat de travail exécuté en Inde. Au détriment de la loi indienne où s'exécutait pourtant habituellement la prestation de travail, les juges du fond avaient sur le fondement de l'article 6.2 (a) de la Convention de Rome retenu la compétence de la loi française comme celle ayant les liens les plus étroits avec le contrat. La Cour de cassation censure l'arrêt en retenant que « *le salarié avait* été *engagé directement en Inde, accomplissait exclusivement son travail à Delhi, que les contrats de travail prévoyaient un paiement en monnaie locale et que le salarié ne démontrait pas acquitter ses impôts en France, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé* ». Elle en déduit ce faisant la compétence normale de la loi indienne et rejette l'application de la loi française à titre exceptionnel.

Dans le même ordre d'idées, l'observation de décisions de juridictions du fond montre quant à elle une dispersion d'où il ne pointe pas de véritable tendance lourde au profit de la loi du for[898].

637. Au contraire, il serait loisible d'affirmer une certaine propension à l'interprétation stricte des clauses d'exception. Il y aurait à ce titre tout intérêt à suivre la démarche adoptée par le

---

[896] Cass. com., 1er mars 2016, 14-22608 : *D*. 2016. 988, note ALLAIN ; *RJDA* 2016, n° 616.

[897] Cass. soc. 13 oct. 2016, n° 15-16874.

[898] V. à titre d'exemples, CA Paris, 12 nov. 2019, n° 11/2019 : rejet de la loi française alléguée comme loi du lieu entretenant les liens manifestement les plus étroits dans une affaire de dommage financier car, en dépit d'un préjudice subi en France, la loi anglaise était compétente en tant que loi du lieu où lieu de l'appropriation indue) ; CA Versailles, 9 mai 2019, n° 16/08667 : dans une affaire portant sur une vente immobilière rejet de la loi française dont la compétence était soutenue par le pourvoi au détriment de la loi belge, loi du vendeur qui s'applique normalement en la matière ; CA Paris, 13 fév. 2019, n° 17/01634 : Application de la loi française sur la base de l'art. 4.3 du règlement Rome II au détriment de la loi russe dans une affaire portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle. Le pourvoi soutenait l'application de la loi russe sur la base de l'article 8.1 du règlement. La Cour retient des liens plus étroits en raison de la diversité des dommages résultant allégués et d'un contrat de licence préexistant (désignant la loi française) entre les parties.

législateur européen. Par exemple, l'article 4.3 du règlement Rome I exige en effet une double démarche consistant dans un premier temps à tester la pertinence du rattachement principal et à n'y déroger dans un second temps que dans l'hypothèse où il est démontré que la loi d'un autre pays entretient des « *liens manifestement* » plus étroits avec le contrat. Une telle exigence n'apparait pas toujours avec évidence en raison du caractère très général de certaines dispositions telles que l'article 15 de la LDIP suisse ou l'article 3082[899] du Code civil canadien. Mais, le principe ne devrait pour autant pas diverger puisque ces textes indiquent clairement que la dérogation au rattachement principal intervient « *exceptionnellement* », et se trouve conditionnée par la démonstration d'un « *lien très lâche* » de la situation avec la loi indiquée et la mise en exergue de liens « *beaucoup plus étroits* » avec la loi d'un autre pays. Cette directive d'exceptionnalité est suivie en jurisprudence[900]. En témoigne un arrêt de principe rendu par la Cour fédérale suisse[901]. L'affaire portait sur les effets d'un divorce où étaient en concurrence les lois suisse et américaine (loi du Texas). Afin de faire jouer la clause d'exception de l'article 15 de LDIP au bénéfice de la loi suisse, les juges fédéraux ont pris le soin de démontrer le caractère très lâche de la loi (texane) vis-à-vis de la situation jugée. Celle-ci a été écartée dès lors qu'il était établi que les époux avaient quitté le Texas depuis plusieurs années et ont ainsi perdu la « *citoyenneté régionale* » (*state citizenship*), tandis que la Suisse était le pays au sein duquel le couple s'était établi le plus longtemps et où s'étaient réalisés les dernières années de la vie conjugale.

638. *In fine*, s'il est indéniable que l'appel à la proximité n'est pas sans poser un certain risque

---

[899] « *À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.* »

[900] V. en ce sens (mais concernant la convention de Rome de 1980), Cass. civ. 1ère, 22 mai 2007, n° 05-12243 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 592, obs. LAGARDE ; Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-19.723 P : *D. 2007. Pan. 1755, obs. C ourbe, et 2566, obs.* BOLLEE *; LPA* 30 juill. 2007, obs. JAULT-SESEKE *; RDC 2007. 467, obs.* DEUMIER *; Rev. crit. DIP 2007. 592, note* LAGARDE *; RTD com.* 2007. 628, obs. DELEBECQUE : globalement, dans ces deux décisions la Cour de cassation exige une interprétation restrictive de l'article 4 dans la mesure où les juridictions du fond avaient tendance à déterminer la loi applicable en énumérant directement les points de contact sans tenir compte au préalable des présomptions posées par l'article. La Cour de cassation rappelle donc que la détermination de la loi applicable en cas d'absence de choix résulte de la comparaison du rapport d'étroitesse entre la loi de la prestation caractéristique et celle qui lui est opposée ; v. généralement sur ces questions A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », préc., p. 210.

[901] V. Tribunal fédéral, 2e Cour civile, 27 janvier 1992, ATF 118 II 79).

en termes de prévisibilité. Ces arguments montrent cependant un enrichissement de ce principe de manière à conserver sa flexibilité tout en diminuant les risques qu'il comporte. La fixité du rattachement ne peut pas être considéré comme un absolu. La proximité peut être vu comme le coup de mou qu'on donne à une corde pour éviter la cassure. Il convient indéniablement d'adapter la structure des règles qui se fondent sur le principe et ceci passe par exemple par l'hybridation de ces règles qui consiste en l'introduction de rattachements fixes ou de présomptions.

Conclusion de la section – L'ensemble des principes précédemment évoqués peuvent être valablement combinés en raison de la situation et des intérêts à protéger, comme nous le verrons. Il nous semble qu'une prise en compte idéale de chaque situation juridique impose de tempérer les rigidités de la méthode bilatérale, notamment en diversifiant les indicateurs de la loi compétente. Il est indéniable que les évolutions sociologiques, juridiques, technologiques impactent la répartition des intérêts qui sont protégés par le droit international privé. Ce faisant, la prise en compte de ces évolutions doit se répercuter sur le choix de la règle applicable quitte à relativiser la place des construction théoriques de longue date admises.

639. Conclusion du chapitre – Plusieurs orientations doivent être observées dans la recherche d'une solution à un problème de droit international privé. D'une part, la recherche d'une catégorie synthétique, d'autre part l'édification d'un rattachement assurant la prévisibilité et la certitude du droit applicable.

La première de ces directives ne peut être considérée comme absolue sans risquer d'aboutir à des incongruités et de ruiner les objectifs précités.

L'édiction d'un rattachement s'opère en observant les intérêts véhiculés par la situation juridique et selon, il est fait appel à un principe orienteur donné. Si suivant cette démarche, le principe de souveraineté, tenant compte de l'intérêt collectif dans les situations juridiques a longtemps dominé, son importance a périclité en raison du recul de la thèse qui voit dans le droit international privé un avatar du droit international public et les problèmes qu'il soulève des conflits de souveraineté. Il n'en demeure pas moins que le principe est encore vivace quant aux règles fondées sur la territorialité ou la personnalité. Nul besoin d'insister compte tenu de ce qui précède quant à la nécessité de relativiser son importance à proportion du nécessaire.

La concurrence de l'autonomie de la volonté et du principe de proximité (notamment en matière

de statut personnel où l'on voit le rattachement de la nationalité en franche perte de vitesse) illustre clairement cette tension.

L'une des difficultés que soulèvent les méthodes traditionnelles du conflit de lois – de manière quelque peu paradoxale, puisque c'est en réalité aussi tout leur intérêt – est la rigidité des rattachements. Les rattachements rigides empêchent parfois de saisir les situations juridiques qui leur sont soumises dans toute leur complexité, en tenant compte notamment des évolutions externes au pur syllogisme juridique. Dans ce cas, en forçant l'application du facteur de rattachement traditionnel, on risque sa défaillance et la fortuité de la loi qu'il désigne. Compte tenu de sa flexibilité le principe de proximité joue un rôle des plus déterminants en pareille circonstance. A condition cependant que cette recherche de flexibilité ne dégénère pas et n'expose pas à plus d'imprévisibilité. Or, nous avons vu que des gardes fous peuvent être posés au sein même de la structure des règles faisant appel au principe de proximité de manière à prévenir un tel risque.

Il convient en dernier lieu de voir comment, spécifiquement à la propriété littéraire et artistique, l'ensemble de ces enseignements a vocation à influencer la réorganisation des solutions de droit applicable.

Chapitre 2 : La relativisation du principe de territorialité

640. La vigueur du principe de territorialité est, ainsi que nous l'avons observé, certes indéniable, cependant que sa légitimité en tant que principe absolu de rattachement tend à décroire.

Les modalités d'un dépassement de la territorialité en tenant compte notamment de l'évolution des modes d'exploitation des création protégées peuvent être analysés sur plusieurs plans.

641. *De lege lata*, la réalisation d'un marché unique a imposé aux Etats membres d'abaisser certaines restrictions à la circulation des biens et services. Il va sans dire qu'une telle ambition est antinomique avec une stricte régulation des droits Etat par Etat telle qu'on l'a connu jusqu'à lors. Cette antinomie s'est particulièrement révélée à propos d'exploitations d'œuvres dans un environnement numérique. A ce titre, le législateur européen a progressivement mis sur pied un ensemble d'instruments de droit dérivé dont l'orientation tend ostensiblement vers un retour de l'universalisme en matière de droit applicable (section 1ère). *De lege feranda*, une logique similaire irrigue les travaux de l'*American Law institute* (ALI) et de l'institut Max Planck (CLIP), dans la mesure où ces travaux formulent des principes de droit international privé qui auraient vocation à amender le droit positif dans le sens d'une relativisation du principe de territorialité (section 2).

Section 1ère : Solutions nouvelles : la relecture du principe de territorialité au sein de l'Union Européenne en vue de la construction d'un marché unique numérique

642. La territorialité comme obstacle – L'examen des problématiques de droit international privé que soulève l'exploitation des œuvres protégées dans un environnement numérique permet de vérifier que le respect du principe de territorialité ne peut être pris comme une directive absolue. Bien au contraire, s'agissant d'un espace comme l'Union Européenne qui ambitionne l'élaboration d'un ordre juridique et économique commun à tous les Etats la composant, le principe de territorialité constitue un obstacle à cette fin, dans la mesure où il réintroduit une logique d'exclusivisme étatique dans le traitement international des œuvres protégées. En d'autres termes, la réalisation d'un marché unique passe par une égalisation des

législations nationales ou du moins, par une facilitation des conditions de circulation des œuvres. Il faut pourtant bien constater un décalage entre la territorialité des droits, ses suites et les besoins du marché unique, en particulier ceux découlant de nouveaux modes d'accès aux biens culturels, facilités par les développements technologiques.

643. Le problème de la confrontation entre la territorialité du droit d'auteur et l'intégration n'est pas nouvelle notamment en matière de réseaux numériques. Comme le souligne à juste titre le Professeur TREPPOZ, la territorialité du droit s'est assez vite confrontée au principe de libre circulation[902]. Ce qui était de nature à fragiliser la finalité intégratrice de ce principe. L'exclusivité du droit se posait en effet comme une limite à toute exploitation transnationale à l'intérieur même de cet espace en voie d'intégration. La solution du législateur européen fut d'instaurer la théorie de l'épuisement des droits[903]. L'épuisement du droit est une limitation de l'exclusivité de l'auteur à la première commercialisation d'exemplaires. En revanche, cette exclusivité exercée, l'auteur perd le contrôle sur les distributions futures.

Cependant, les nouveaux modes d'exploitation, dans un cadre numérique se montrent rétifs à un tel système. Ce dernier se heurtent en effet aux évolutions technologiques et sociologiques[904]du marché intérieur où « *les fichiers iTunes ont remplacé nos anciens CD,*

---

[902] E. TREPPOZ, « Numérique - Le droit d'auteur : frein ou instrument d'un marché unique du numérique », *Juris art etc*. 2015, n°21, p.29 s.

[903] V. en ce sens : Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, la Directive 91/250 du 14 mai 1991 sur la protection légale des programmes d'ordinateur et la Directive 96/9 du 11 mars 1996 sur la protection légale des bases de données ; plus généralement sur cette question, v. S. VERVILLE « La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international », *Cah. Dr. aut.* 2006, Vol. 18, n° 3 ; V.-L. BENABOU, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *LEGICOM*, vol. 25, n° 2, 2001, pp. 115 s.

[904] V. en ce sens, « Livret vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles », COM (2011) 427 final. : « *Dans le même temps, les technologies numériques et l'internet modifient à un rythme rapide les méthodes de production, des commercialisation et de distribution des contenus. Avec des technologies convergentes, le même contenu peut être transmis sur différents réseaux, que ce soit par radiodiffusion traditionnelle (terrestre, par câble ou par satellite) ou par l'internet, et peut être fourni sur divers types d'appareils: téléviseur, ordinateur personnel, console de jeux, supports mobiles. Les réseaux et appareils convergents sont de plus en plus répandus sur le marché; il s'agit notamment de la transmission de signaux TV et internet par le câble et de l'apparition de téléviseurs pouvant se connecter à l'internet. Les nouvelles possibilités liées au déploiement de services faisant appel à l'internet, y compris « l'informatique en nuage », vont probablement accélérer cette tendance. Les consommateurs*

tandis que l'abonnement à une offre par streaming supplante les loueurs de DVD d'antan. Le paradoxe est que cette évolution technologique réintroduirait cette territorialité combattue par l'Union. Alors que l'immatérialité de ces biens et de ces offres exclut par nature toute frontière, le droit d'auteur protégeant ces biens et ces offres demeurerait territorial fragmentant les offres et fragilisant la création d'un marché unique du numérique. »[905]

Les institutions européennes ont bien saisi ces difficultés. Aussi, constatera-t-on que les instruments récents du droit de l'Union tendent vers une réévaluation de la territorialité en fonction des impératifs du marché commun et à la spécificité des réseaux numériques.
La construction d'un marché unique numérique dans l'UE fait en ce sens figure de laboratoire où s'expérimente le renouvellement voire le dépassement de la territorialité des droits.
L'étude des instruments ainsi élaborés s'avère de prime abord d'intérêt limité passé le domaine des rapports transnationaux intra-européens en raison de l'intégration déjà fort avancée des systèmes juridiques où s'établissent ces rapports. Toutefois, il n'en demeure pas moins que les mécanismes implémentés dans ce cadre mettent en exergue une approche nouvelle de la territorialité et des solutions techniques qui pourraient, dans une plus large mesure en droit international privé, être mis à contribution afin de pallier les limites de ce principe.
On voit surtout qu'une place importante est laissée au principe d'universalité qui, contre toute attente – si l'on considère la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice – se maintient en matière de droit applicable.

644. Deux instruments sont illustratifs de ces innovations traductrices d'une relecture des principes de territorialité et d'universalisme : d'une part, le règlement 2017/1128 du parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur dit « règlement portabilité » (paragraphe 1) et d'autre part, la directive (ue) 2019/789 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 dite « Cab-sat 2 » (paragraphe 2).

---

s'attendent de plus en plus à pouvoir regarder n'importe quel contenu à n'importe quel moment, où qu'ils se trouvent et sur n'importe quel appareil. »

[905] Ibid.

Paragraphe 1 : La portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne

645. La maîtrise de la territorialité des licences par un mécanisme technique : le géoblocage – Dans le règlement le règlement 2017/1128 du parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 dit portabilité, le législateur partait d'un double constat. D'une part, l'existence de modes nouveaux d'accès aux créations protégées à la faveur des développements technologiques : internet, tablettes et tout autre support portable. Ce qui emporte une augmentation de la demande d'accès aux services de contenus en ligne par les consommateurs tant lorsqu'ils sont dans leur Etat de résidence que lorsqu'il se trouvent temporairement dans un autre Etat Membre (considérant n° 2). D'autre part, la banalisation des licences territoriales exclusives afférant à la diffusion de ces contenus (considérant n° 10). Sur ce dernier point, afin de respecter le caractère territorial des droits cédés, les fournisseurs de services de contenus en ligne s'engageaient auprès des détenteurs de droits à empêcher l'accès à ces contenus aux consommateurs situés hors des zones géographiques couvertes par la licence, notamment en les localisant grâce à leur adresse IP.

La pratique du blocage d'accès aux contenus ou géoblocage était bien installée au sein de l'Union. Ainsi en 2015, en matière de commerce électronique, seul 37% des opérateurs autorisaient les utilisateurs situés dans un Etat Membre non visé par le site à réaliser des achats en ligne[906].

Il s'ensuivait nécessairement un ensemble de barrières à l'accès aux œuvres posant la question des limitations nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle et les libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union (Considérant n° 11).

Le principe de territorialité rejaillissait dans ce cas avec la plus grande acuité. En effet, la licence territoriale est en soi un mécanisme visant à garantir une limitation territoriale de l'exploitation et l'effectivité du droit exclusif. Mais, alors même que l'absoluité de la territorialité apparait comme le gage de la sécurité juridique (du moins entre les fournisseurs de contenu et les titulaires de droits, la licence régulant contractuellement et techniquement le cadre de la diffusion), elle montre ses limites quant aux besoins réels des utilisateurs et entre en confrontation avec les principes fondamentaux du marché unique. La réponse européenne

[906] A.-L. Sibony, « Chronique Marché intérieur. Libre circulation des marchandises, liberté d'établissement et libre prestation de services - Vers l'interdiction du géoblocage », *RTD Eur*. 2017, p.816

devait nécessairement passer par un réaménagement de la territorialité des droits exclusifs qui tienne compte des spécificités des exploitations numériques des œuvres protégées.

646. Ainsi, la règlement vise à « *assurer la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans tous les secteurs concernés et donner ainsi aux consommateurs un moyen supplémentaire d'avoir accès au contenu en ligne légalement, sans porter atteinte au niveau élevé de protection garanti par le droit d'auteur et les droits voisins dans l'Union, sans modifier les modèles de licence existants, tels que les licences territoriales, et sans porter atteinte aux mécanismes de financement existants* ». En ce sens, le règlement portabilité est en réalité une adaptation, voire une redéfinition du cadre territorial intra-européen[907]. Celle-ci passe par une extension intra-européenne des licences d'exploitation grâce au mécanisme de la portabilité (A), ce qui traduit en termes de droit applicable un universalisme d'ordre européen (B).

A. L'extension intra-européenne des licences : la portabilité des contenus

647. Le mécanisme de la portabilité – Le mécanisme central du règlement est posé à l'article 3.1. Celui-ci dispose en effet que « *le fournisseur d'un service de contenu en ligne fourni contre rémunération permet à un abonné présent temporairement dans un État membre d'avoir accès au service de contenu en ligne et de l'utiliser de la même manière que dans son État membre de résidence, notamment en lui donnant accès au même contenu, sur la même gamme et le même nombre d'appareils, pour le même nombre d'utilisateurs et avec le même éventail de fonctionnalités*. »

Cette disposition consacre le mécanisme de la portabilité qui, en réalité n'est pas une nouveauté du règlement mais une simple extension. Une solution analogue est connue de longue date dans le domaine des télécommunications, où il est imposé à l'opérateur téléphonique d'assurer aux clients le droit de conserver son numéro lorsqu'il change d'opérateur[908]. Le principe de la portabilité est encore repris par le Règlement général sur la protection des données (RGPD)[909]

---

[907] En ce sens, E. TREPPOZ, « La réforme de la territorialité en droit d'auteur européen », *Juris art etc*. 2017, n°47, p.18.

[908] A.-L. SIBONY, « Chronique Marché intérieur - Trois propositions législatives de la Commission pour le marché unique numérique », *RTD Eur.* 2016, p.169.

[909] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

dont l'article 20 consacre le droit de la personne dont les données font l'objet d'un traitement à recevoir et à transmettre ces données dans un format techniquement lisible par machine sans que le responsable de traitement initial puisse faire obstacle à une telle demande. A juste titre, il a été observé que la portabilité tend à devenir un instrument privilégié de la réalisation des objectifs du marché unique en favorisant « *la circulation dématérialisée des contenus et données sur le réseau transfrontalier internet par la suppression des barrières à l'entrée, qu'elles soient géographiques (cloisonnement des marchés nationaux) ou techniques (entraves à l'entrée des concurrents)* »[910].

En ce qui concerne le règlement 2017/1128, le mécanisme dit de la portabilité consiste pour le fournisseur de contenu à assurer au consommateur résident dans un Etat Membre et bénéficiant d'un abonnement à un service de contenus en ligne, l'accès à ces contenus lorsqu'il se trouve en déplacement temporaire dans un autre Etat Membre. En d'autres termes, celui qui bénéficie par exemple d'un abonnement Netflix en France devrait pouvoir continuer à accéder à ses contenus lors de ses déplacements en Belgique, sans restriction et sans coûts supplémentaires[911].

648. Domaine du règlement – Le règlement a vocation à s'appliquer aux services de contenus en ligne que des fournisseurs, après obtention des droits auprès des titulaires, fournissent à leurs abonnés sous la base d'un contrat.

Le règlement définit l'Etat membre de résidence comme l'Etat de l'Union au sein duquel l'abonné a sa résidence effective et stable (considérant n° 14).

Quant au contrat, il s'agit d'un accord conclu entre le fournisseur entre le fournisseur et l'abonné à titre onéreux ou gratuit par lequel l'abonné accepte les conditions générales fixées par le fournisseur et visant la fourniture de services de contenus en ligne (Considérant n° 15). Sur ce plan, il est par ailleurs remarquable de constater que le règlement adopte une approche d'ordre public européen puisque qu'il neutralise[912] toute clause contractuelle qui aurait pour

---

[910] C. CASTETS-RENARD, « Marché unique numérique » : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur », *D.* 2016, p.388 ; v. plus largement sur la question de la portabilité des droits au sein de l'Union Européenne, S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Larcier, 2017.

[911] E. TREPPOZ, *ibid*., spéc. p. 19 ; le considérant n° 19 n'exclut cependant pas la possibilité que tels coûts et frais soient générés au titre de l'utilisation des services de télécommunication électronique à l'étranger.

[912] V. en ce sens, J.-S. BERGÉ, « L'activation-désactivation du contrat comme vecteur de la circulation des services dans l'Union européenne », *RDC* 2017, n° 114, p. 99 s. ; A.-L. SIBONY, « Chronique Marché intérieur - Trois propositions législatives de la Commission pour le marché unique numérique », préc.

finalité de contourner le droit à la portabilité[913].

B. Le droit applicable : un universalisme intra-européen

649. Le règlement portabilité redimensionne la territorialité des droits à l'échelle européenne en consacrant une extraterritorialité de la législation de l'Etat Membre de résidence (1) qui permet selon nous répondre efficacement aux besoins du marché unique en termes de diffusion des œuvres tout en assurant sécurité juridique et prévisibilité du droit applicable (2).

1) L'extraterritorialité de la législation de l'Etat Membre de résidence

650. Une localisation unique de l'exploitation au sein d'un Etat Membre – La notion d'Etat Membre de résidence est centrale dans le règlement car elle permet de déterminer le régime juridique applicable à l'exploitation d'œuvres protégées dans d'un contrat de fourniture de contenus en ligne.

En effet, le principe de la portabilité défie nécessairement la limitation territoriale des droits exclusifs, puisqu'il régule la licéité d'un l'accès à l'étranger d'œuvres dont la protection est déterminée Etat par Etat. L'approche du législateur européen est résolument extraterritoriale. Ainsi, l'article 4 dispose que « *la fourniture d'un service de contenu en ligne au titre du présent règlement à un abonné présent temporairement dans un État membre, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par l'abonné, sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre de résidence de l'abonné.* »

On reconnaît aisément le principe du pays d'origine, notamment dans une formulation qui n'est pas sans rappeler les termes de la règle du pays d'émission que consacre la directive « Satellite »[914]. Ainsi, le régime juridique applicable aux accès au contenu dans tous les pays

---

[913] En la matière, le règlement se démarque comme nous le verrons de la directive « Cab-sat 2 » dont le principal mécanisme (application de la loi du pays d'origine aux services accessoires) n'atteint pas la liberté contractuelle des titulaires des droits de contrôler la diffusion de leurs œuvres et notamment de la limiter à certains territoires (article 3.3), v. en ce sens, V. TABARY, G. VERCKEN, « L'« autre » directive : la nouvelle directive dite « CabSat 2 » du 17 avril 2019, *Légipresse* 2019, p.343 s.

[914] Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, 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.

de l'Union où l'abonné séjourne temporairement est celui l'Etat Membre de résidence dudit abonné.

Pour ce faire, le fournisseur vérifie le pays de résidence[915] de l'abonné. Au sens de l'article 5, afin de déterminer et le pays de résidence, le fournisseur pourra notamment prendre en considération « *une carte d'identité, des moyens d'identification électroniques (...) ou toute autre pièce d'identité valide qui confirme l'État membre de résidence de l'abonné* » ou « *l'adresse de facturation ou l'adresse postale de l'abonné* », ou « *l'adresse IP, afin de déterminer l'État membre dans lequel l'abonné a accès au service de contenu en ligne* » (qui peut être utilisée durant l'exécution du contrat afin de déterminer la localisation de l'utilisateur).

651. Limites du principe – La définition de l'Etat Membre de résidence est d'autant plus importante que la portabilité n'est pas absolue. Il importe en effet que l'utilisateur soit un résident effectif d'un Etat Membre afin de bénéficier de la portabilité des contenus. Ainsi, un utilisateur extra-européen qui séjournerait temporairement en France ne pourrait se prévaloir du droit à la portabilité au titre du règlement. Tout naturellement, dans la position inverse, le règlement ne serait pas applicable lorsque l'abonné se trouve temporairement dans un pays extra-européen.

En tout état de cause, la territorialité de la cession de droits est relativisée au profit d'une approche universaliste plus conforme à l'esprit du droit européen de l'internet[916].

2) Approche critique

652. Approche renouvelée de l'universalisme : le passage du pays d'origine de l'œuvre au pays de résidence de l'abonné – En termes de loi applicable, le rattachement nous semble pertinent puisqu'il adopte une approche renouvelée de l'universalisme, recourant à la fois à un critère technique et à des critères plus traditionnels ou juridiques.

En optant pour la loi du pays de résidence de l'utilisateur, le législateur a anticipé les difficultés qu'un rattachement en considération de l'œuvre aurait engendrées. Une telle solution aurait

---

[915] Il est à noter que le règlement n'a pas vocation à s'appliquer à la fourniture de contenus à titre gratuit. Il est cependant permis aux fournisseurs de soumettre leurs offres gratuites au règlement. Dès lors, ils sont tenus de respecter les obligations que le règlement pose pour la fourniture de contenus à titre onéreux et notamment celle de vérifier le pays de résidence des abonnés.

[916] E. DERIEUX, « Portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne », *La revue européenne des médias et du numérique*, n°46-47, printemps-été 2018, disponible à : https://la-rem.eu/2018/09/portabilite-transfrontaliere-des-services-de-contenu-en-ligne/, consulté le 20 mars 2021.

certes présenté un avantage en termes de certitude de la loi applicable. Toutefois, l'obligation pour le fournisseur qui propose en ligne un catalogue très fourni de se conformer aux lois de chaque pays d'origine pour chaque contenu diffusé, aurait sans doute constitué un frein à l'exploitation de masse d'œuvres protégées telle qu'envisagée dans le cadre du marché unique. Pour que l'approche universaliste ne se mue pas en charge supplémentaire pour les fournisseurs de services contenus en ligne, le règlement localise la fourniture de service elle-même – comme la directive « Satellite » avec la règle du pays de diffusion. Il se démarque cependant en visant non pas l'Etat Membre où le diffuseur a son principal établissement, mais celui dans lequel l'utilisateur a sa résidence. Par ce choix, le législateur a sans doute anticipé la critique selon laquelle les mécanismes universalistes comme la compétence unique de la loi du pays d'émission ou la portabilité favorisent les manipulations, en incitant notamment les utilisateurs à délocaliser leurs services dans les pays les moins protecteurs. Ici, la loi applicable est certes unique, mais elle est indifférente à la localisation du fournisseur de contenus en ligne puisqu'elle ne tiendra compte que du lieu de résidence de l'abonné dans l'Union.

653. Un critère de rattachement hybride – L'identification de cet Etat de résidence peut par ailleurs s'opérer en considération de l'adresse IP de l'utilisateur. On cumule donc un critère de rattachement traditionnel (le pays de résidence) à un critère de rattachement plus technique (l'adresse IP), ce qui permet à la règle d'être au plus près de la réalité d'une exploitation dans l'environnement numérique.

L'intérêt du recours à un rattachement technique comme l'adresse IP pouvait en effet valablement encourir la critique[917]. La limite d'un tel rattachement est son risque de manipulabilité. Il en va ainsi à propos notamment de la technologie VPN qui permet de modifier ou de marquer sa localisation en manipulant son adresse IP. En ce sens, un utilisateur pourrait donc indiquer se trouver dans les limites de l'Union Européennes et bénéficier du droit à la portabilité quand bien même en serait-il parfaitement en dehors.

Une telle incertitude aurait été génératrice de contentieux. Le législateur a sans doute perçu cette difficulté. Ainsi, à l'article 5 du règlement, il est remarquable que certains indices permettent à eux seuls à déterminer l'Etat Membre de résidence de l'abonné, tandis que d'autres doivent être cumulés avec les indicateurs se suffisant à eux-mêmes. Il faut donc entendre que pour le législateur, ces indicateurs présentent une valeur localisatrice moindre. Il en va ainsi de

[917] V. déjà à propos de la proposition de règlement 2015/0284 du 9 déc. 2015 (COM(2015)627 final), E. TREPPOZ, préc., p. 20.

l'adresse IP (5.1(k)) qui ne pourrait être admise comme indicateur que dans la mesure où elle se cumule avec, notamment, une carte d'identité (5.1(a)) ou « *le lieu d'installation d'un terminal d'abonné, d'un décodeur ou d'un dispositif similaire utilisé pour la fourniture de services à l'abonné* » (5.1(c))[918].

654. *In fine,* le rattachement à la loi du pays de résidence adoptée par le règlement portabilité démontre tout l'intérêt de conserver une place à l'universalisme en termes de droit applicable. Il serait en effet illusoire de penser (même en dehors d'un cadre non-harmonisé) qu'une territorialité stricte est conciliable avec une exploitation numérique des œuvres et les besoins nouveaux qu'ils créent tant pour les exploitants que pour les utilisateurs. La multiplication de textes au niveau européen traduit à elle seule la nécessite d'une adaptation du cadre juridique. L'ensemble de ces directives et règlements ainsi tendent à créer une territorialité nouvelle, que l'on pourrait dire intra-européenne, fondée sur l'abattement des cloisons entre les régimes nationaux de protection.
L'observation des termes de la récente directive « Cab-Sat 2 » nous semble corroborer cette analyse.

Paragraphe 2 : La directive (ue) 2019/789 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 dite « *Cab-sat 2* »

655. Nouveaux modes d'exploitation et territorialité – La directive (ue) 2019/789 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 dite « Cab-sat 2 »[919] part du constat analogue au règlement « portabilité » selon lequel « *le développement des technologies numériques et de l'internet a modifié la façon dont les programmes de télévision et de radio sont distribués et l'accès à ces programmes* »[920]. Ceci se traduit par une demande de plus en plus forte des utilisateurs à avoir accès à des programmes de télévision, de radio, en direct et à la demande,

---

[918] Toutefois, au sens de l'article 5.2, en cours d'exécution du contrat de fourniture, lorsque le fournisseur a des doutes sur le pays de résidence de l'abonné, ce dernier a la possibilité de n'utiliser que l'adresse IP afin de localiser le pays d'accès aux contenus.

[919] V. généralement sur cette directive, F. SIIRIAINEN, « Commentaire de la directive dite "CabSat 2" du 17 avril 2019 », *Europe* 2020, n° 1, p. 6 s.

[920] V. considérant n° 2.

non seulement par le satellite ou le câble mais aussi par le biais d'internet. Pour s'adapter, les diffuseurs ont progressivement diversifié leurs offres, notamment par la création de services en ligne accessoires tels que les services de radiodiffusion simultanée et les services de rattrapage.

Dans la mesure où les consommateurs de ces services peuvent être localisés en dehors des pays d'établissement des diffuseurs, les retransmissions prennent une dimension transfrontalière.

656. Complexités – Cette évolution est génératrice de complexités supplémentaires pour l'ensemble des parties prenantes à l'exploitation des droits d'auteur. Les diffuseurs sont contraints d'obtenir des droits spécifiques pour l'ensemble des territoires qu'ils envisagent de couvrir dans un laps de temps réduit, particulièrement en ce qui concerne certaines créations tels que les programmes d'actualité[921].

Les délais réduits et les charges qu'impose l'acquisition transfrontalière de ces droits, risque d'encourager des techniques de contournement au détriment des auteurs et des producteurs qui pourraient ainsi voir leurs œuvres exploitées sans autorisation et sans rémunération adéquate.

Le mappage territorial des protections apparait encore dans le cadre de ces exploitations comme un obstacle à la réalisation des objectifs du marché intérieur.

La directive Cab-sat 2 reprend en ce sens les acquis des instruments précédents du droit européen, les adapte dans le sens d'une remise en question de la territorialité des droits (A) qui elle-même fait appel au principe du pays d'origine (B).

A. L'adaptation du cadre légal

657. La notion de services en ligne accessoire – Dès les prémices de la réflexion autour de ces nouveaux modes de diffusion, il a été envisagé d'étendre de manière pure et simple les solutions de la directive Cable-Satellite aux services en ligne accessoires[922]. Cependant, ladite directive n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations de « *retransmission simultanée, inchangée et intégrale par câble ou par système à ondes ultracourtes et ne couvrent pas les*

[921] V considérants n° 3 et 4.

[922] Une telle proposition est notamment contenue dans le Livret vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne, p. 13 s.

retransmissions » à l'exclusion de tout autre moyen technique de diffusion[923].

Or, les services accessoires constituent l'une des nouveautés en termes de mode d'exploitation qui appelle à revoir le système de protection de ces œuvres. Au sens de la directive, la notion de service accessoire renvoie à « *un service en ligne consistant en la fourniture au public, par un organisme de radiodiffusion ou sous son contrôle et sa responsabilité, de programmes de télévision ou de radio simultanément à leur diffusion, ou pendant une période de temps définie après leur diffusion, par l'organisme de radiodiffusion, ainsi que tout matériau qui est accessoire à cette diffusion* »[924].

Ces services en ligne accessoires doivent avoir un lien « *manifeste et subordonné* » par rapport aux diffusions de l'organisme de radiodiffusion. Il pourra donc s'agir de programmes diffusés simultanément (tel un journal télévisé) ou des rediffusions à la demande de ces programmes.

La directive Cab-Sat 2 constitue une mise à jour de sa devancière et une adaptation de ses solutions aux évolutions du marché.

Toutefois, en termes de droit applicable, comme dans la directive satellite, la réponse du législateur européen est indéniablement celle d'une remise en cause de la territorialité traditionnelle au profit d'une territorialité paneuropéenne, adaptée aux réseaux numériques.

Techniquement, les solutions offrent une place de choix à la loi du pays d'origine et à une approche universaliste du droit applicable.

B. Le recours au principe de pays d'origine

658. La solution de la directive Cab-Sat 2 prend à appui à la fois sur la directive Cab-sat 1 que sur la jurisprudence de la CJUE. Sur ce dernier point rappelons que la Cour de justice s'est opposée aux licences territoriales absolues, car jugées contraires aux principes de libre prestation et de libre concurrence. Ce qui, selon nous, constituait intellectuellement un premier

---

[923] Sur la directive, v. E. DELIYANNI, « La loi applicable en matière de radiodiffusion par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur » : *RIDC*, Vol. 41 N°2, Avril-juin 1989. pp. 429-434.

[924] V. considérant n° 8 et article 2.1 ; pour une autre définition de la notion de service accessoire, v. l'article 32 de la directive 2014/26/UE dite « gestion collective, visant « *tout contenu en ligne, y compris les prévisualisations, produit par ou pour le radiodiffuseur qui présente un caractère accessoire par rapport à la première diffusion de son programme de radio ou de télévision* ».

pas vers l'octroi de licences paneuropéennes.

Le principe de droit applicable adopté par la directive Cab-sat 2 insiste en ce sens. Celle-ci reprend en effet le principe du pays d'origine ou selon un autre vocable, celui du pays d'émission. En ce qui concerne les services dits accessoires, l'article 4 de la directive Cab-Sat 2 dispose que :

« *Les actes de communication au public d'œuvres ou autres objets protégés, par fil ou sans fil, et de mise à disposition du public d'œuvres ou autres objets protégés, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, se produisant lors de la fourniture au public:*

a) de programmes de radio et

b) de programmes de télévision qui sont :

i) des programmes d'informations et d'actualités, ou

ii) des propres productions de l'organisme de radiodiffusion, entièrement financées par lui, dans un service en ligne accessoire, par un organisme de radiodiffusion ou sous son contrôle et sa responsabilité, ainsi que les actes de reproduction de tels œuvres ou autres objets protégés nécessaires à la fourniture dudit service, à l'accès à celui-ci ou à son utilisation pour les mêmes programmes, sont, aux fins de l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins pertinents pour ces actes, réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre dans lequel l'organisme de radiodiffusion a son principal établissement. »

Cela revient à dire que, contrairement à la logique pluraliste-scissionniste du droit applicable de principe en la matière, un organisme de radiodiffusion ne sera tenu de se conformer qu'à la législation de l'Etat Membre dans lequel est situé son principal établissement.

Cette autorisation n'est cependant pas absolue. D'une part, comme l'indique le considérant n° 9, le principe du pays d'origine ne régit que les rapports entre les titulaires de droits et les organismes de radiodiffusion aux fins de la fourniture d'un service en ligne accessoires. D'autre part, le principe du pays d'origine n'a pas vocation à s'appliquer à tous les programmes. Le considérant n°10 précise en ce sens qu'il couvre uniquement les programmes de radio et un nombre de limité de programme de télévision parmi lesquels les programmes d'information et d'actualité et les productions originales entièrement financés par l'organisme de radiodiffusion, les retransmissions télévisées d'évènement sportifs.

Apports de la directive – Les apports matériels de la directive Cab-sat 2 sont sans doute

nombreux, nous nous limiterons à les aborder sous l'angle du droit applicable. L'intervention de la loi du pays d'origine au sein des règles de droit de l'Union n'est pas neuve puisque, comme nous l'avons souligné la directive Cab-sat 1 consacrait déjà la compétence de la loi du pays d'émission et que l'Union Européenne a adhéré à la Convention de Berne qui reconnaît sur certains points spécifiques la compétence de la loi du pays d'origine.

Il est tout d'abord à noter que la directive Cab-sat 2 se démarque de la directive satellite en adoptant une approche plus économique que technique du pays d'origine. Alors que la première directive visait « *l'État membre dans lequel, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, les signaux porteurs de programmes sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre* », entendu le pays de diffusion, la seconde adopte une approche plus large du pays d'origine en réputant les actes de services en ligne accessoire comme n'ayant lieu que « *dans l'État membre dans lequel l'organisme de radiodiffusion a son principal établissement* ». L'évolution ne nous semble pas que sémantique. Une des critiques régulièrement adressées au rattachement à la loi du pays de diffusion était qu'elle risquait de favoriser les paradis numériques, c'est-à-dire inciter les diffuseurs à localiser leurs émissions au sein des Etats les moins protecteurs. C'est en réalité une limite du rattachement technique, sa manipulabilité. Les rédacteurs de la directive Cab-sat 2 semblent avoir entendu la critique puisque[925], selon les termes de la directive, ce n'est plus le pays dans lequel la diffusion a lieu qui est en soi visé, mais celui dans lequel se trouve le centre de décision du diffuseur, sans toutefois qu'il soit exclu que ce dernier se confonde avec le pays de diffusion. Mais cela indique aussi que le pays de diffusion peut être différent de celui où se situe le principal établissement, il faudra donc considérer que le diffuseur se conforme non pas à la loi du pays de diffusion, mais à celle du pays de principal établissement. En termes de sécurité juridique et de proximité, la logique s'entend. D'une part la décision d'installer son principal établissement dans un pays nous semble répondre à des préoccupations plus étendues que le seul régime du droit applicable aux diffusions (notamment la fiscalité), ce qui limite donc les manipulations visant à contourner certaines législations. D'autre part, la loi du principal établissement apparaît d'autant plus pertinent en termes de proximité que c'est sans doute à ce

[925] On a pu lire en ce sens : « la question se pose de savoir comment le pays d'origine serait déterminé pour les transmissions en ligne. Ceci est particulièrement pertinent pour les services à la demande « à l'unité », pour lesquels l'introduction du principe du « pays d'origine » pourrait facilement entraîner des arbitrages réglementaires pour le choix du pays d'établissement du prestataire de services », v. en ce sens, Livret vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne, préc., spéc. p. 14.

lieu que les décisions relatives aux diffusions litigieuses seront prises.

Il est tout aussi remarquable qu'en dépit de la jurisprudence de la CJUE qui tend à désigner le rattachement au pays d'origine comme contraire aux principes de non-discrimination[926], le principe du pays d'origine apparaisse de nouveau au sein sous la plume du législateur. Il faut sans doute considérer cette position avec quelque nuance car, si l'on observe les affaires *Tod's* et *La Bohème*, ce qui est spécifiquement visé est la loi du pays d'origine de l'œuvre et le rattachement à la loi du pays de première publication. En d'autres termes, le pays d'origine tel que défini par la Convention de Berne. Quoique nous ne partagions pas cette lecture trop extensive du rattachement au pays de première publication, force est cependant de constater que ce rattachement est source de difficultés multiples notamment[927] dans le cadre d'une exploitation numérique. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur européen s'en est écarté, ne conservant que le principe d'un rattachement stable, universel. L'application de la loi du pays où le diffuseur a son principal établissement aux services en ligne accessoires montre bien qu'une approche universaliste du droit applicable permet peut satisfaire à la fois à l'objectif de protection des auteurs et de sécurité juridique[928].

Toutefois, cet enthousiasme mérite d'être relativisé. L'application de la loi du pays d'origine tend en réalité à s'insérer avec le moins de difficulté dans un espace juridique et économique harmonisé. On relèvera par ailleurs avec intérêt que, la directive Cab-sat 2 consacre un rattachement unique contrairement à sa devancière qui envisageait plusieurs rattachements alternatifs[929]. En ce sens il est surtout à remarquer dans la nouvelle directive, la disparition de

---

[926] V. notamment, CJCE, 6 juin 2002, Aff. C-360/00, Land Hessen contre G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH,, préc ; CJCE, 30 juin 2005, Aff. C-28/04, Tod's SpA et Tod's France SARL c. Heyraud SA, préc.

[927] V. *supra*, n° 512 s.

[928] Il est à noter par ailleurs que la directive laisse intacte la liberté contractuelle des acteurs visés par rapport au principe du pays d'origine. Ainsi rien n'impose à un titulaire des droits d'inclure ses œuvres dans les catalogues d'œuvre en ligne accessoire. De plus, les parties demeurent libres de négocier des licences territoriales.

[929] L'article 1.2 précise en ce sens :

« d) Lorsqu'une communication au public par satellite a lieu dans un pays tiers qui n'assure pas le niveau de protection prévu au chapitre II:

i) si les signaux porteurs de programmes sont transmis au satellite à partir d'une station pour liaison montante située dans un État membre, la communication au public est réputée avoir eu lieu dans cet État membre et les

toute référence à l'exigence d'un niveau de protection suffisant. Ceci revient à dire que le législateur considère le niveau d'harmonisation suffisamment élevé au sein de l'Union. Il en déduit une règle de rattachement fondée sur un principe d'équivalence. En d'autres termes, le contenu matériel des lois des pays concernés par la diffusion est si peu divergent que la conformité à la loi du pays d'origine du diffuseur suffit à emporter celle du pays de réception.

Une telle approche pourrait difficilement prospérer dans un cadre non-intégré où le principe des frontières et des souverainetés joue pleinement.

659. Conclusion de la section – *In fine*, l'observation tant du règlement « portabilité » que de la directive Cab-sat 2 montre une remise en question du principe de territorialité fortement souhaitable en matière d'exploitation numérique des créations protégées. Ce d'autant plus que le domaine du numérique est celui au sein duquel les limites de cette territorialité sont les plus criantes. On comprend mal par ailleurs comment une approche de stricte territorialité pourrait se concilier à long termes avec la mise en place d'un marché unique numérique des services portant sur les créations protégées. Les instruments analysés tendent à instaurer sinon une véritable logique universaliste valant pour les Etats Membres de l'Union, une approche renouvelée de la territorialité intra-européenne.

D'un point de vue théorique, cette évolution confirme l'hypothèse posée en prémisses selon laquelle, le recul du principe de souveraineté s'accompagne de manière automatique d'un recul de la territorialité sur le plan des règles de droit applicable. Un tel mouvement est naturellement favorisé dans le cadre européen où le projet d'intégration régionale tend à abattre les effets juridiques des frontières nationales. La relativisation des frontières et l'harmonisation des LDA permettent d'affecter plus aisément une place aux rattachements fondés sur le principe du pays d'origine. Une telle démarche serait plus difficile à mettre en place en dehors d'un tel cadre où les résistances du principe de souveraineté risquent de s'avérer plus fortes et les divergences législatives exacerbées.

En dépit de cela, une recherche de solutions basées sur un approche universaliste peut toutefois être menée en reprenant les principes directeurs précédemment posées et en conformité avec

---

droits prévus au chapitre II peuvent être exercés contre la personne exploitant cette station ou ;

ii) s'il n'est pas fait appel à une station pour liaison montante mais qu'un organisme de radiodiffusion situé dans un État membre a délégué la communication au public, celle-ci est réputée avoir eu lieu dans l'État membre dans lequel l'organisme de radiodiffusion a son principal établissement dans la Communauté et les droits prévus au chapitre II peuvent être exercés contre l'organisme de radiodiffusion. »

les instruments du droit international conventionnel et privé de la propriété intellectuelle.

Section 2 : Approches prospectives : l'exemple des principes ALI et CLIP

660. Intérêt des travaux savants – L'intérêt qu'a longtemps présenté le principe de territorialité traduit sur le plan du conflit de lois par le biais de la *lex loci protectionis* – particulièrement en raison de la confusion entre la condition des étrangers et le conflit de lois – ne s'impose plus avec la force de l'évidence à l'ère d'internet, des progrès techniques et de l'affaiblissement des souverainetés nationales. Sauf à considérer le droit comme un bloc immuable et les solutions éprouvées comme des dogmes, il convient de rechercher des pistes en vue d'infléchir ces solutions dans un sens plus adapté à la réalité ; autrement, risque-t-on d'observer un décalage regrettable entre la pratique et les principes théoriques.

Les travaux savants menés par de nombreux spécialistes du droit international de la propriété intellectuelle sont illustratifs de cet intérêt et de cette nécessité. Les partis pris de ces travaux résument fort pertinemment les débats récents autour de la protection internationale des droits de propriété littéraire et artistique en particulier sur l'opposition entre territorialité et universalisme du droit applicable. Globalement, l'orientation des propositions adoptées *in fine* montre surtout qu'une approche par trop dogmatique qu'elle aille en faveur du principe de territorialité ou de celui de l'universalisme du droit applicable se disqualifierait soit par son archaïsme, soit par son irréalisme. En ce sens, ces travaux offrent des pistes de réflexion pertinentes dans la recherche de solutions alternatives. Elles illustrent sur de nombreux points la mise en application des prémisses théoriques qui ont été posées dans le chapitre précédent. Nous le verrons en particulier en ce qui concerne la subversion du principe inspirateur d'un rattachement par un principe concurrent. Plus précisément quand celui-ci ne permet plus de répondre aux exigences de la règle de droit en termes de prévisibilité, de sécurité et de proximité avec la relation juridique qu'elle est appelée à connaître. En un mot, qu'elle se trouve en situation de défaillance.

661. Présentation générale des travaux de l'institut Max Planck et de l'*American Law Institute* – Ainsi au fondement des répartitions de compétences en termes de droit applicable qui vont être proposées, nous invoquerons ces principes de *soft law* récemment édictés dans la mesure où ils sont évocateurs des principales oppositions théoriques en notre matière. Deux

corps de principes peuvent être interpellés à cette fin[930].

662. Le premier émane des travaux de l'American Law Institute (ALI). Intitulés « *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* », les principes de l'ALI ont été muris dès le début des années 2000[931] puis ont été adopté en 2007. Résultant des discussions entre auteurs de cultures juridiques diverses, ces principes s'adressent à la manière des « *Restatements* » américains tant aux législateurs qu'aux juges et reflètent sur certaines questions les évolutions de la jurisprudence américaine – essentiellement mais pas exclusivement – en matière de droit international de la

---

[930] Ces deux corps de principes ne sont pas l'unique initiative en ce sens. Mais leur choix a été motivé en considérations des organisations dont ils émanent. Celles-ci nous ont semblé suffisamment représentatives des principaux systèmes de protection des œuvres de l'esprit – quoique les principaux ingénieurs de ces projets soient dans l'un comme dans l'autre issus de cultures juridiques diverses.

Autrement, il est loisible de citer le projet « *Transparency* » pour le Japon. Le projet a été réalisé dès 2004 par les autorités japonaises dans le but de rendre le droit japonais plus accessible pour la communauté scientifique mondiale, notamment par la traduction en anglais des principes de droit japonais. Le projet final déposé en 2010 vise notamment les problèmes de compétence juridictionnelles et législatives en plus de celles liées à la reconnaissance et à l'application des jugements étrangers en matière de propriété intellectuelle. Globalement, les solutions proposées s'inscrivent dans le sillage des principes ALI et CLIP. *In fine*, projet a vocation faire l'objet d'une intégration dans le code civil japonais de 2006, sur ces questions, v. notamment, P. JURCYS, « *Applicable law to intellectual property infringements in Japan: Alternative lex loci protectionis principle* », *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 24, n° 2, Juill. 2010, 193–203, spéc. p. 199 ; Dans le même ordre d'idées, un projet de principes communs de droit applicable à la propriété intellectuelle au Japon et à la Corée du sud (dit « *Waseda proposal* » a été élaboré par des universitaires de ces deux pays, V. « *Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan (Waseda University Global COE Project) of October 14, 2010* » disponible à : http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/28/08.pdf, consulté le 26 déc. 2019.

Plus récemment, l'*International Law Association* (ILA) a formé un comité spécial sur la propriété intellectuelle et le droit international privé. Celui-ci ambitionne non seulement de répondre aux propositions précédentes de principes de droit applicable, mais aussi, comme ces dernières, d'édicter un ensemble de recommandations afin de promouvoir une résolution plus efficiente des litiges transnationaux en matière de propriété intellectuelle et servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux. Ces travaux ont donné lieu à une résolution finale en décembre 2020, v. International Law Association (Kyoto conference (2020)), « *Intellectual property and private international law* » (2014), disponible à : https://www.ilahq.org/images/ILA/docs/kyoto/ILA%20Draft%20Resolution%206%20Intellectual%20Property%20&%20Pvt%20Int%20Law%20Kyoto%202020.pdf, consulté le 12 avr. 2021.

[931] R. DREYFUSS, J. GINSBURG et F. DESSEMONTET, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Dispute (2003-2007), Philadelphia, The American Law Institute, 2008.

propriété intellectuelle.

663. Le second corps de règles est issu des travaux de l'Institut Max Planck. Initié en 2004, le projet intitulé « *Conflict of Law Principles for Intellectual Property* » (CLIP) a définitivement été adopté en 2011. Comme leurs homologues de l'ALI, les principes CLIP condensent les évolutions jurisprudentielles et législatives européennes en matière de propriété intellectuelle et de droit international. L'impact de ces principes est déjà visible puisque certaines décisions récentes s'y sont directement référées[932].

664. Convergences des principes – Globalement, ces principes affichent des convergences sur certains points tout en se distanciant sur d'autres[933]. En ce sens, hormis quelques divergences sans grande profondeur, il existe entre les propositions une approche commune quant au tournant « proximiste » du rattachement élu en matière d'atteintes pluri-localisées. Clairement, dans ces deux corps de règles, il est pris acte de ce que le principe de territorialité a montré ses limites dans les situations dans lesquels une exploitation litigieuse affecte ou risque d'affecter une mesure conséquente de pays. Le principe de proximité dans ces cas fait montre d'une souplesse suffisante permettant l'adoption d'une démarche universaliste sans pour autant négliger pour autant les exigences qui ont jusqu'à lors imposé le principe de territorialité.

665. Divergences des principes – A l'inverse, des divergences notoires apparaissent sur le domaine de la règle de conflit, notamment en matière d'existence des droits. Alors que les principes CLIP convergent dans le sens d'un domaine le plus étendu de la loi du lieu de protection, ceux de l'ALI adoptent une approche plus nuancée, où l'universalisme conserve une place.

666. Universalisme relatif – Il n'est cependant pas loisible d'affirmer que l'un ou l'autre de ces instruments adopte globalement une tendance universaliste[934]. Le domaine de la

---

[932] Affaire C-441/13, *Pez Hejduk c/ EnergieAgentur.NRW GmbH*, conclusions de l'avocat Général M. P. CRUZ VILLALÓN ; Affaire C-145/10, *Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH*, conclusions de l'avocat général, Mme. V. TRSTENJAK présentées le 12 avril 2011.

[933] Pour une approche comparative de ces études, v. notamment, R. MATULIONYTÉ, *Law Applicable to Copyright: A Comparison of the Ali and Clip Proposals*, Edward Elgar, 2011. E. TREPPOZ, « Un autre regard : Étude comparée des principes de l'American Law Institute et du Max Planck Institut sur le droit international privé et la propriété intellectuelle » in C. Nourissat et É. Treppoz, *Droit international privé et propriété intellectuelle : Un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Lamy, 2010, p. 273 s.

[934] A. METZGER, « Applicable law under the clip principles: a pragmatic revaluation of territoriality », in J.

territorialité est particulièrement important et n'est réduit que dans certaines situations où le rattachement territorial risque la défaillance. Cet état de fait résulte sans doute de ce qu'en dépit des avantages certains qu'une loi unique pourrait avoir pour les parties prenantes à l'exploitation des œuvres de l'esprit, en termes notamment de prévisibilité, les divergences matérielles des législations nationales inclinent vers un maintien de la territorialité à titre de principe.

667. Sur ces fondements, deux grandes orientions semblent se dégager quant à l'édiction de solutions conflictuelles ; la *lex loci protectionis* doit être retenue sur tous les aspects où la territorialité s'impose comme le principe permettant la sauvegarde idéale des intérêts en conflit (Sous-section 1ère) sans toutefois exclure une démarche pragmatique visant à en limiter le domaine (Sous-section 2).

Sous-section 1ère : Le maintien du principe de territorialité

668. Territorialité de principe – Les limites d'une solution universaliste que nous avons évoquées précédemment font ressortir un certain intérêt au maintien d'une approche territorialiste. La tendance au rapprochement des systèmes en matière de propriétés intellectuelles quand bien même doit-elle être prise en compte dans la recherche d'une solution viable au conflit de lois – ce que nous ne manquerons pas de faire – ne peut occulter certaines réalités pratiques, au premier chef desquelles, la frilosité des Etats à appliquer des lois étrangères. Le récent règlement Rome II est illustratif de cette réalité. Alors même que les débats doctrinaux précédant son adoption s'étaient focalisés sur l'opposition entre territorialité et universalisme[935], les rédacteurs n'en ont pas moins approuvé la *lex loci protectionis* sans concession pour les droits de propriété intellectuelles au motif de son admission universelle en droit positif[936].

669. ***Statu quo*** – Les principes CLIP et ALI sur la loi applicable en matière de propriété intellectuelle semblent avoir pris acte de cette pérennité du rattachement à la loi du lieu de protection. Ils retiennent à titre principal la compétence de la *lex loci protectionis* pour la grande

---

BASEDOW, T. KONO, A. METZGER (dir.), Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US, Tübingen 2010, spéc. p. 3.

[935] En ce sens, E. TREPPOZ, « La *lex loci protectionis* et l'article 8 du règlement Rome II », préc.

[936] Considérant n° 26.

majorité des aspects relatifs aux droits d'auteur.

L'article 3 :102 des principes CLIP dispose en ce sens :

> *« The law applicable to existence, validity, registration, scope and duration of an intellectual property right and all other matters concerning the right as such is the law of the state for which protection is sought. »*[937]

Une disposition analogue est prévue au §301 des principes ALI prévoyant :

> *« (…) (1) The law applicable to determine the existence, validity, duration, attributes, and infringement of intellectual property rights and the remedies for their infringement is*
>
> *(a) for registered rights, the law of each State of registration.*
>
> *(b) for other intellectual property rights, the law of each State for which protection is sought. »* [938]

670. La solution demeure donc celle d'une territorialité-souveraineté. Selon une approche désormais classique, à titre de principe, la loi du lieu pour lequel la protection est demandée a vocation à connaître non seulement des aspects dit de l'existence des droits ou condition d'accès (paragraphe 1) mais aussi des atteintes portées à ces droits (paragraphe 2).

Paragraphe 1er : Conditions d'accès au droit : existence, définition et étendue des droits

671. Définition de l'œuvre – Ainsi qu'il a été souligné précédemment, jusqu'à une période récente, la jurisprudence française à la suite de l'arrêt *Le Chant du Monde* s'est orientée vers une partition du droit applicable entre la loi du pays où la protection est demandée et celle du

---

[937] « La loi applicable à l'existence, à la validité, à l'enregistrement, à l'étendue et à la durée d'un droit de propriété intellectuelle et à toutes questions propres à ce droit est celle du pays pour lequel la protection est demandée » (NT)

[938] « La loi applicable pour déterminer l'existence, la validité, la durée, les attributs, et les atteintes à un droit de propriété les sanctions applicables à cette atteinte est :

a) pour les droits enregistrés, la loi de l'Etat d'enregistrement.

b) pour les droits non enregistrés, la loi de chaque pays pour lequel la protection est demandée. » (NT)

pays d'origine de l'oeuvre. Cette solution laissait à la loi du pays d'origine une place pour déterminer les conditions d'accès au droit, c'est-à-dire, qu'il faut se référer à la loi du pays de première publication pour déterminer le caractère protégeable de l'œuvre. Mais une telle solution a été fortement critiquée non seulement en considération des difficultés qu'engendre la détermination de la loi du pays d'origine, mais aussi quant aux problèmes de coordination qu'elle soulève. Il est vrai que des différences profondes en termes de contenu matériel affectent les lois nationales au point parfois de les rendre inconciliables.

672. De ce point de vue, en vue d'une meilleure cohérence des systèmes internes, il paraît plus adéquat de laisser chaque pays où la protection est demandée régir la question de ce qui est protégeable ou non.

673. Durée – En matière de durée, la compétence de la loi du lieu de protection s'impose aussi, mais l'interprétation du droit positif sur cette question n'est pas sans poser quelques difficultés vis-à-vis notamment des dispositions positives de droit conventionnel.

On sait en effet que, tant le droit commun français que le droit conventionnel réservent une place à la loi du pays d'origine en matière de durée. L'article 7.8 de la convention de Berne dispose en effet que « *la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée* », tout en précisant que « *toutefois, à moins que la législation de ce dernier pays n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre* ». De manière concrète, la Cour de cassation a étendu le principe de l'arrêt *Le Chant du Monde* aux questions relatives à la durée dans l'affaire *Buster Keaton*[939], en déniant toute protection à une œuvre américaine tombée dans le domaine public au sein du pays d'origine. Au sens de la jurisprudence française, il faut entendre donc que la loi du pays d'origine est appelée à régir la durée du monopole d'exploitation en tenant compte du contenu matériel de la loi locale.

L'application de la comparaison des délais ne s'impose cependant pas avec la plus grande fermeté. Le texte de l'article 7.8 offre un premier élément de réponse en octroyant aux Etats la capacité d'y déroger. Sur la question de la durée, le pays au sein duquel la protection est demandée a en effet la latitude de « *décider autrement* », c'est-à-dire « *appliquer son propre délai même si celui du pays d'origine est plus court* »[940]. L'œuvre continuerait donc de bénéficier de la protection de la loi locale en dépit de l'inexistence de celle-ci au sein du pays d'origine. Cette permissivité est confirmée par d'autres dispositions de la Convention. La

[939] Cass. 1re civ., 15 déc. 1975, préc.

[940] Guide de la CRB, p. 56.

compétence de la *lex loci protectionis*, même lorsqu'elle prévoit des délais de protection plus longs pourrait d'abord résulter de l'existence d'un accord international entre le pays d'origine et celui au sein duquel la protection est demandée[941]. La solution a déjà été admise par la jurisprudence française dans l'affaire *Albéniz,* où la Cour de cassation a estimé qu'en vertu d'un accord franco-espagnol, les œuvres de l'artiste tombées dans le domaine public au sein du pays d'origine devaient pourtant bénéficier d'un d'allongement des délais prévu par cet accord en dérogation de l'article 7.8[942]. La véritable difficulté est donc le cas de l'absence d'accord. La solution serait *a priori,* dans ce cas le retour à la jurisprudence *Le Chant du Monde.* Mais l'article 19 offre une possibilité autre, puisqu'il autorise les auteurs et leurs ayant droit à revendiquer des dispositions plus favorables au sein du pays où la protection est demandée[943].

674. La comparaison des délais est un archaïsme – La méthode de la comparaison des délais s'avère en réalité difficilement conciliable avec l'objectif d'une protection efficace de la propriété littéraire et artistique dans la mesure où la loi du pays de protection est appelée à jouer comme un maximum dans tous les cas. Son caractère étrange et injuste a de ce fait été dénoncé[944]; il est vrai qu'on comprend mal lorsqu'est posée l'indépendance des protections comme principe agissant au niveau du conflit de lois de soumette la durée d'un droit à la loi du pays d'origine. Ce bornage, s'il était compréhensible à une époque où le conflit de lois en matière de droit d'auteur se confondait avec la condition des étrangers[945] – car on jugeait choquant qu'un auteur n'étant plus protégé au sein du pays de première publication puisse continuer à bénéficier d'un monopole d'exploitation au sein d'un ordre juridique étranger[946]– ne se justifie plus si l'on considère que le clivage entre ces deux matières est désormais clairement établi[947]. La portée incitative qu'une telle solution pourrait avoir vis-à-vis des Etats

---

[941] Article 20 : « Les Gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables. »

[942] Cass. 1re civ., 9 oct. 1979 : *Rev. crit. DIP* 1980, p. 744, note BONET, *JDI* 1981, p. 70, note COLOMBET, *RTD com*. 1980, p. 88, obs. FRANÇON.

[943] Article 19 : « Les dispositions de Ia présente Convention n'empêchent pas de revendiquer l'application de dispositions plus larges qui seraient édictées par Ia législation d'un pays de l'Union. »

[944] J.-S. BERGÉ, *op. cit*., n° 385 et 477.

[945] V. la condition de double protection posée à l'article 2.2 de la Convention initiale.

[946] M. Van EECHOUD, *op. cit*., p. 61.

[947] H.-J. LUCAS, fasc. 1931, n° 6.

pratiquant des délais de protection plus courts s'avère très modérée puisque le principe de défaveur qui la sous-tend est appelé à jouer de manière indifférente tant à propos des auteurs nationaux que de ceux étrangers – au moins dans le sens de la convention de Berne. La prise en compte de la loi du pays d'origine apparait en ce sens comme un archaïsme qu'il convient d'écarter.

In fine, la cohérence de chaque législation interne exige donc que l'existence du droit soit soumise à la même loi que la jouissance et l'exercice des droits.

675. Titularité – la question de la titularité est la seule sur laquelle les projets de l'ALI et les principes CLIP divergent. Ce qui n'a rien d'étonnant compte tenu de la difficulté que soulève la désignation du titulaire initial en matière de droit international privé. Il est vrai que si l'on s'attache à la tendance générale du droit positif, la loi du lieu de protection semble s'imposer. Mais cette tendance n'a en réalité pas la force de l'évidence. En effet, la désignation du titulaire initial revient à dire qui est détenteur de droits sur une œuvre. Or, si l'exploitation paisible des œuvres peut facilement subir les variations du droit matériel en ce qui concerne les conditions d'exploitation, celle de savoir qui détient les droits sur l'œuvre est potentiellement bien plus attentatoire à la sécurité juridique notamment lorsque qu'une revendication a lieu dans des relations contractuelles de travail ou entre les cotitulaires d'une même oeuvre[948]. Le parti pris de l'ALI vise précisément à prévenir les risques issus d'une telle variabilité en traitant à part la question de la titularité. Cette séparation au sein même des conditions d'accès peut étonner, mais peut être valablement admise comme il sera démontré.

Paragraphe 2 : Atteintes aux droits de propriété intellectuelle

676. Caractère universel du rattachement – La positivité de la *lex loci protectionis* quant à la question des atteintes, comme nous l'avons précédemment exposé[949] peut difficilement être remise en cause. La solution paraît désormais admise de manière universelle en raison notamment de l'importance prise par la convention de Berne.

On sait que la jurisprudence française interprète de manière constante la loi du lieu de protection

[948] Rapp. M. Van EECHOUD, *op. cit.*, p. 171.

[949] *Supra*, n° 251 s.

comme un avatar de la *lex loci delicti*. Il est loisible d'observer en ce sens que, contrairement à l'article 8 du règlement Rome II qui vise clairement le lieu de l'atteinte certaines législations nationales[950] optent plutôt pour la loi du lieu pour lequel la protection est revendiquée, indiquant ainsi que de manière plus large, la règle de conflit aura valablement vocation à s'appliquer en dehors des cas où le fond de la revendication concerne une atteinte aux droits. En ce sens, la *lex loci protectionis* est plus spécifiquement prise dans le sens du lieu où un droit exclusif est appelé à produire des effets.

677. Toutefois, s'il apparait bien plus pertinent en termes de clarté d'adopter une définition de la loi du pays de protection qui ne se résume pas à l'atteinte, force est de reconnaître qu'en pratique, les deux rattachements auront tendance à se confondre[951]. En général, la protection est revendiquée dans un pays où l'œuvre fait l'objet d'une exploitation de laquelle résulte une atteinte[952].

Paragraphe 3 : Approche critique

678. Prééminence des intérêts collectifs – La territorialité exerce indéniablement une attraction naturelle et logique sur les droits de propriété intellectuelle. Celle-ci découle en réalité de la prééminence des intérêts des Etats souverains dans la protection de ce type d'objets[953]. En effet, dans tout problème de droit international privé, trois ordres d'intérêts sont susceptibles d'influencer la solution : les intérêts de la collectivité, les intérêts des parties et les intérêts du commerce international[954]. Les problèmes de propriétés intellectuelles n'échappent pas à ce tiraillement. Les droits de propriété intellectuelle, ont ceci de commun qu'ils impactent les

---

[950] Notamment l'article 110 de la LDIP suisse : « Les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée. »

[951] R. MATULIONYTÉ, « IP and Applicable Law in Recent International Proposals Report for the International Law Association », JIPITEC, 03/2012, p. 263.

[952] A. METZGER, préc., spéc. p. 16.

[953] A. PEUKERT, « Territoriality and Extra-territoriality in Intellectual Property Law », in G. HANDL, Joachim ZEKOLL, P. ZUMBANSEN, Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, Brill | Nijhoff, 2010, p. 189 s. ((publié par Gunther Handl, Joachim Zekoll, Peer Zumbansen))

[954] A. BONNICHON, « La notion de conflit de souveraineté dans la science du conflit des lois », *Rev. crit. DIP* 1949, p. 615 s.

intérêts de la collectivité à différents niveaux : économique, culturel et social. Au niveau économique, le caractère exclusif de ces droits constitue nécessairement une entorse à la liberté du commerce et de l'industrie. Au niveau culturel et social, l'octroi de tels droits a d'abord un effet incitatif quant à la production d'œuvres de l'esprit et *in fine* participe au rayonnement culturel du pays qui pratique une telle protection[955]. Dans le même ordre d'idées, la politique de protection des œuvres de l'esprit joue un rôle dans l'épanouissement culturel et scientifique de la collectivité, ce qui conduit l'Etat à réguler le champ de ce qui est protégeable, les conditions d'accès aux œuvres notamment par le biais des exceptions et la fixation d'une durée légale des monopoles[956].

L'intérêt des parties quant lui est double voire dualiste car il englobe des attentes potentiellement antinomiques. L'auteur voudra obtenir la rémunération de son effort créatif et la préservation de sa personnalité exprimée dans l'œuvre, tandis que l'exploitant voudra tirer profit des droits concédés et que cette exploitation s'opère dans les conditions les plus paisibles. Mais qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, on voit que leur intérêt réside dans la pérennité efficace des droits qu'ils ont sur l'œuvre de l'esprit. L'intérêt commun des parties rejoint l'intérêt du commerce international qui est la circulation optimale des œuvres de l'esprit en dépit des frontières.

Il peut exister une certaine antinomie entre ces ordres d'intérêts : la satisfaction de l'intérêt de la collectivité à accéder à l'œuvre risque de s'opposer à la préservation du droit exclusif et aux expectatives économiques de l'auteur ou de ses ayant-droits; de même que l'objectif de circulation efficace des droits peut s'opposer à la politique législative de l'Etat (par exemple lorsqu'une catégorie d'œuvres est protégée sous le régime de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle ; il résulte internationalement une insécurité juridique pour les parties).

Or, en dehors des cas où un traité impose une harmonisation des législations internes, celles-ci se caractérisent par leur disparité matérielle. Chaque Etat fixe librement les conditions d'accès aux œuvres, l'étendue de la protection et les sanctions y afférentes. Pour ce faire, il prend

---

[955] On ne pourrait sérieusement pas douter du rôle joué par le cinéma hollywoodien dans la diffusion mondiale du mode de vie américain ou encore, à une époque moins récente au rôle qu'a joué la littérature des lumières dans la propagation de la pensée et de la culture française.

[956] M. Van EECHOUD, op. cit., p. 131 s. ; « Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law », Nederlands Internationaal Privaatrecht, 2016/4, p. 716.

principalement en considération la recherche d'un équilibre entre les différents niveaux d'intérêts précités ce qui le conduit à adapter par exemple la durée du droit et le moment de sa chute dans le domaine public ou les exceptions au monopole.

Partant, l'extraterritorialité d'un droit exclusif de propriété intellectuelle risque toujours d'être mal perçue car elle revient à reconnaître dans l'ordre juridique local l'effet d'un droit en méconnaissance des finalités et des conceptions propres à ce dernier. En d'autres termes, il apparaît incohérent de protéger un droit dans un pays A en considération des critères posés par un pays B car chaque droit est octroyé sur la base d'équilibres divers et de conceptions philosophiques propres à chaque pays.

679. Le principe de territorialité (*lex loci protectionis*) comme voie moyenne – Une première manière de régler ce tiraillement pourrait être l'application pure et simple de la loi du for – en tant que loi du statut réel ou par le biais d'une loi de police. Toutefois, une telle approche serait sans doute peu scrupuleuse du conflit des lois et des intérêts privatifs qui irriguent les droits d'auteur et en définitive s'avèrerait contradictoire avec la circulation internationale des droits de propriété intellectuelle.

Si elle n'est pas comprise comme indiquant la loi du for ou l'application impérative des lois de police, la territorialité constitue en réalité une voie moyenne où la règle de conflit permet de concilier les intérêts collectifs véhiculés par les droits de propriété intellectuelle, tout en réservant une place aux intérêts privés par l'application de la loi étrangère sous laquelle les parties pourraient avoir basé leur attentes légitimes. Lorsqu'une personne exploite une œuvre il est légitime de penser qu'elle se réfère aux conditions légales d'utilisation de ladite œuvre à l'endroit où l'exploitation se réalise. Il ne serait donc pas illégitime de retenir à titre de principe le lieu de cette exploitation comme le plus prévisible ; en d'autres termes de considérer que l'application de la loi de ce lieu est le plus indiqué pour la protection de l'intérêt privatif. Du côté de l'intérêt collectif, les conditions d'accès et d'utilisation de cette œuvre seront toujours en cohérence avec son propre système – la loi du pays A s'applique toujours aux œuvres utilisées dans le pays A – ce qui permet de ne pas fausser les équilibres sous-jacents à ce système[957].

---

[957] V. en ce sens, A. Kur, : « Applicable Law : An Alternative Proposal for International Regulation - The Max Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law », 30 Brook. J. Int'l L., 2005, disponible à : http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol30/iss3/8 : « (…) the territoriality and lex protectionis principles are

La règle de conflit fondée sur le principe de territorialité-souveraineté parait en ce sens la mieux adaptée pour gérer les conditions d'existence du droit, sa durée, l'étendue de la protection et les atteintes aux droits.

680. Un tel parti pris peut étonner lorsqu'on a d'une part posé les liens entre la territorialité et le principe de souveraineté[958] et d'autre part, le recul du principe de souveraineté en droit international privé[959]. Force est cependant de constater que les disparités législatives sont au cœur du droit international privé et que les nier reviendrait en somme à nier la logique de conflit de lois elle-même. Une approche excessivement universaliste aurait sans doute pour conséquence de flirter avec l'utopie, non seulement en vertu de ces disparités mais aussi en raison de l'intérêt réaliste que les Etats ont à réguler les droits de propriété immatérielle sur leur territoire. On sait en effet que la mondialisation s'accompagne d'une intensification des échanges, générant une manne économique non négligeable sur les biens de propriété intellectuelle. De ce fait les Etats entendent logiquement garder la main sur la loi applicable à ces droits en vue de contrôler l'impact qu'ils ont sur l'intérêt collectif[960].

681. Le principe de territorialité a donc une fonction régulatrice des rapports transnationaux dans un contexte d'harmonisation imparfaite, dans la mesure où il permet à chaque Etat de décider des conditions d'accès et d'utilisation des droits de propriété intellectuelle sur son territoire.

682. Limitations – Le principe de territorialité doit être maintenu à titre de principe. Toutefois, en dépit de la réaffirmation d'un intérêt pour le rattachement au lieu pour lequel la protection est revendiquée, les difficultés inhérentes à la territorialité n'en appellent pas moins une réponse adaptée. En effet, dire qu'en considération des intérêts que véhicule la protection des œuvres de l'esprit et de la cohérence d'ensemble de chaque système, le principe de territorialité devrait garder sa force d'attraction ne suffit pas à épuiser toutes les difficultés précitées.

683. *In fine*, globalement, les principes CLIP et ALI retiennent une application

---

best suited to safeguard national legislatures' freedom to regulate intellectual property matters having an impact on their territories (to the extent that this complies with international obligations, and absent full harmonisation of substantive IP law).»

[958] V. *supra*, n°s 84 s.

[959] V. *supra*, n° 322.

[960] R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 135.

particulièrement étendue de la règle de conflit fondée sur le principe de territorialité. Sur le modèle du Règlement Rome II, les principes CLIP vont cependant plus loin en soumettant l'intégralité des conditions d'accès à la loi du lieu de protection. Nous verrons plus tard qu'une telle extension doit être tempérée vis-à-vis de certains aspects de l'accès au droit compte tenu des difficultés que nous avons précédemment mise en exergue à propos du domaine de la territorialité. Les principes ALI et CLIP ne dérogent pas sur point, la territorialité a vocation à jouer à titre principal, mais son domaine n'en demeure pas moins limité.

Sous-section 2 : La limitation du principe de territorialité

684. Si l'on se réfère à la distinction existence/exercice, une limitation du champ de la territorialité peut être admise pour chacun de ces aspects du droit. Il est vrai toutefois, qu'une telle assertion admise en droit positif pour le premier aspect, quoique contestée s'avère plus clairement controversée pour le second[961]. Il ne s'agira donc pas dans cette partie de réactiver cette distinction qui n'est pas sans drainer son lot d'ambiguïtés.

Il est vrai pourtant que des défaillances du rattachement territorial ne peuvent être niées vis-à-vis de chacun de ces aspects. Dans le premier cas, l'ubiquité des œuvres de l'esprit combinée à celle des réseaux numériques emporte une complexification des problèmes de droit international privé liés au droit d'auteur. Elles montrent surtout les limites du cadre juridique face à la modernité des moyens d'exploitation. Théoriquement, la territorialité, si elle est comprise strictement, appelle à considérer chaque pays dans lequel l'œuvre est accessible comme potentiellement compétent pour connaître d'une portion de l'atteinte. Cette théorie dite de l'accessibilité est en réalité la plus proche de la territorialité et de l'indépendance des systèmes puisque l'affichage d'une œuvre devrait normalement correspondre à une exploitation à part entière. Elle nous paraît cependant insuffisante à répondre pleinement aux nouvelles complexités de la protection internationale des droits d'auteur et de leur exploitation. *Quid* de la prévisibilité ? *quid* de la sécurité juridique ? Dans un contexte où l'utilisation en ligne des œuvres devient un mode quelconque d'exploitation, renforçant par la même occasion la transnationalité des situations juridiques, il nous paraît irréaliste de tenter de sauvegarder un

[961] Il suffit pour cela d'observer en France la levée de bouclier qu'a suscité l'arrêt *Waterworld* où la Cour de cassation a estimé que la loi du lieu de protection devait s'entendre de la loi du fait générateur en cas de dissociation entre le lieu de l'acte et celui de ses effets.

principe forgé à une époque où de telles configurations relevaient du cas d'école.

685. Des observations analogues ont vocation à s'appliquer à certains aspects de l'existence des droits. Il sera certes tentant pour des raisons de commodité et cohérence théorique de soutenir que tous les aspects du droit d'auteur doivent être soumis à la même loi, notamment celle du pays de protection qui correspondra le plus souvent à la loi du pays où une œuvre est exploitée. Toutefois, la question de la titularité peut valablement faire l'objet d'un traitement à part. On sait que la question de savoir qui est titulaire des droits peut soit faire l'objet de conventions, soit résulter des termes de la loi, elle peut donc varier d'un système à un autre. Or, lorsque les parties ont établi leurs relations sous un ordre juridique donné, il peut paraître légitime pour elles d'attendre que la loi à partir de laquelle ces relations ont été établies détermine qui est crédité de telle ou telle prérogative. Comment répondre valablement à une telle préoccupation si ce n'est en réfutant le principe qui répute compétent chaque ordre juridique pour désigner indépendamment le titulaire des droits faisant indéniablement peser sur les parties prenantes à l'exploitation des droits un risque d'instabilité juridique. Le cas de la titularité met donc en opposition la sécurité et la prévisibilité du droit applicable et la cohérence des constructions juridiques. Il paraît indubitable que sur ce plan encore, un certain réalisme appelle à réévaluer l'intérêt du principe de territorialité.

686. Signe de l'importance de ces préoccupations, les propositions de ALI et CLIP y répondent expressément notamment en se départant du principe de territorialité. Ces travaux semblent converger sur un point, la territorialité des droits d'auteur ne peut être maintenue telle quelle au risque de se disqualifier. Nous adhérons à l'idée selon laquelle « *au fond, qu'il s'agisse de la compétence juridictionnelle (…) ou législative, chaque Etat doit accepter de délimiter sa compétence de manière raisonnable*. »[962] Cette délimitation raisonnable passe par une réévaluation du domaine de la territorialité. Il est remarquable à ce titre que le principe de proximité y tient une place de choix en matière d'atteintes pluri-localisées. Les réponses sont cependant de qualité inégales en matière de conditions d'existence aux droits. Ceci est en réalité la conséquence de politiques législatives différentes propre à chacun de ces corps de principes. En effet, ainsi que nous l'avons souligné, tout en proposant des solutions innovantes, ces principes sont en réalité tributaires des cultures juridiques des environnements dans lesquels ils ont été édictés.

687. Les principes ALI et CLIP démontrent qu'une compétence sans concession du principe

[962] BUREAU et MUIR-WATT, n° 1016.

de territorialité doit être abandonnée tant pour ce qui est des atteintes pluri-localisées (paragraphe 1) que de la titularité des droits patrimoniaux (paragraphe 2).

Paragraphe 1er : Loi applicable aux atteintes pluri-localisées

688. Effet et proximité – Si l'on part de l'idée selon laquelle en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, la multiplicité des lois applicables est le problème fondamental que pose le principe de territorialité, il faut convenir d'un mécanisme qui annihile un tel effet. De manière logique, il s'agira de réduire la concurrence des ordres juridiques en réinterprétant la règle de conflit territoriale, voire en mettant de côté le principe qui la sous-tend. De telles inflexions peuvent prendre plusieurs formes.

689. Elle peut tout d'abord consister à agir sur la structure de la règle de conflit en tenant compte de son résultat matériel. La règle principale demeure ainsi en vigueur quoique complétée par une directive matérielle permettant d'écarter un nombre non négligeable de lois concurrentes. Ce résultat matériel peut consister dans la recherche de l'effet concret d'une utilisation au sein de l'ordre juridique dans lequel la protection est recherchée. De manière logique, seraient donc écartés les pays dans lesquels un tel effet ne peut être qualifié. Mais encore faudra-t-il caractériser avec précision ce qu'est cet effet afin que la directive soit en mesure de pallier le défaut de prévisibilité et de sécurité juridique qu'emporte le principe de territorialité dans certaines situations juridiques.

690. Elle peut ensuite prendre la forme d'une remise en question du rattachement lui-même ; ce qui serait de nature à bouleverser plus profondément les implications de la règle de conflit élue. Partant ainsi de l'observation selon laquelle le principe de proximité joue comme un concurrent des autres principes inspirateurs de règles de conflit, en particulier celles fondées sur le principe de souveraineté, celui-ci pourrait valablement être invoqué en guise de substitut. La proximité n'est *a priori* pas antinomique de celle de territorialité. Il est loisible en effet de considérer l'idée selon laquelle un droit de propriété intellectuelle n'existe qu'au sein de l'ordre juridique qui le crée comme une traduction du principe de proximité[963]. Mais il s'agit tout au

[963] Le principe de territorialité emporterait de manière automatique la proximité de la situation juridique avec le

plus d'une proximité abstraite, commune à toute règle de conflit et dont nous avons établi les limites, confrontée à l'affadissement des frontières entre ordres juridiques. La solution pourrait être de passer d'une proximité abstraite à une proximité concrète. Une telle remise en question du principe de territorialité pourrait avoir pour conséquence de diminuer plus efficacement la concurrence des ordres juridiques, voire de d'adopter une démarche universaliste par l'application d'une loi unique.

691. Sur cette base, il convient de distinguer deux formes d'atténuation du principe de territorialité. La première passe par l'identification concrète de l'effet d'un acte d'exploitation dans un ordre juridique donné (I). La seconde, plus commune consiste dans la recherche des liens les plus étroits entre la situation juridique et le pays pour lequel la protection est demandée (II).

I. La théorie des effets

692. Théorie des effets et territorialité – Hors du domaine de la propriété intellectuelle, la jurisprudence a de longue date appliqué une logique similaire pour déterminer la compétence des autorités et de la loi française, en matière concurrentielle. On sait que les pratiques anticoncurrentielles ne sont condamnables que dans la mesure où elles entrainent une distorsion de la concurrence sur un marché donné. Sur le plan du droit international privé, ceci implique la compétence de la loi et des autorités françaises dès lors que l'effet d'une pratique anticoncurrentielle se fait ressentir sur un marché français indépendamment du fait que les entreprises et les pratiques incriminées soient localisées à l'étranger[964].

693. Au niveau supranational, cette référence au marché affecté est confirmée par les évolutions récentes en matière européennes[965]. L'article 6 du règlement Rome II pose

---

pays au sein duquel la protection est demandée sans qu'il soit besoin d'inclure un rattachement fondé sur la proximité, V. en ce sens, sur le rapport entre proximité et territorialité, M. VIVANT, « *Lex loci protectionis* et territorialité », préc.

[964] V. en ce sens, Conseil de la concurrence, décision n° 89-D-22, 13 juin 1989, Société Phinelec, *Gaz. Pal.*, janv. 1990, p. 235, note J.-P. MARCHI « *Considérant que le Conseil de la concurrence est compétent pour examiner des pratiques relevant des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dès lors qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un marché; qu'ainsi la circonstance que la société (...) soit immatriculée [à l'étranger] ne fait pas obstacle à ce que le Conseil de la concurrence puisse connaître des effets sur le territoire français des contrats de distribution passés par cette société* (...) ».

[965] En ce sens, V. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux

clairement en ce sens que la loi compétente en matière d'atteintes à la concurrence est celle « *du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être* ». Il s'agit de la même base du point de vue du rattachement, mais traduite de manière plus bilatérale, de sorte que le principe de souveraineté qui appelle une solution unilatéraliste se voit supplantée par le principe de proximité. La théorie des effets ou territorialité objective revient donc à prendre en compte l'effet matériel d'un acte sur un marché comme critère de rattachement[966]. Sachant que la territorialité et le principe de souveraineté constituent les dénominateurs communs de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, il peut paraître juridiquement pertinent d'attraire la logique de l'un sur le terrain de l'autre.

694. Cette solution fait l'objet d'une consécration dans les récentes propositions doctrinales en matière de compétence législative, et la jurisprudence tend elle-même à prendre en compte les effets comme critère de rattachement.

A. Notion d'effets

695. La solution n'est pas parfaitement neuve en matière de propriété intellectuelle ; les recommandations de l'OMPI sur la loi applicable à la protection des marques et autres signes distinctifs sur internet en 2004 posaient déjà une telle règle[967]. En la matière, l'application de la théorie des effets revient à dire que la loi d'un pays ne sera compétente que dans la mesure où il est démontrable que l'activité incriminée atteint de manière concrète le marché de ce pays. Dans la proposition de l'OMPI, c'est l'effet commercial de l'exploitation qui détermine l'applicabilité de la loi du pays où cette dernière a lieu. Mais dans une logique purement

---

obligations non contractuelles (« ROME II »), Bruxelles, 22 Juillet 2003, COM (2003) 427 final, 2003/0168 (COD), p. 16. : « *l'analyse comparée du droit international privé des Etats membres révèle qu'il existe un large consensus sur l'application de la loi du pays dont le marché est troublé par les actes de concurrence. Ce résultat est obtenu soit par voie de concrétisation du principe général lex loci delicti, soit par voie de rattachement spécifique dans ce sens (Autriche, Espagne, Pays-Bas, et également en Suisse) et correspond aux recommandations d'une grande partie de la doctrine et de la Ligue internationale du droit de la concurrence en matière de publicité.* » ; T. W. DORNIS, *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, Cambridge University Press, 2017, p. 204.

[966] A. GESLIN, « La position de la France en matière d'extraterritorialité du droit économique national », *Revue juridique de l'Ouest*, avr. 1997, p. 411 s.

[967] OMPI, Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes sur l'internet, 2004, disponible à https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/marks/845/pub845.pdf.

bilatérale, à l'inverse, la loi d'un pays au sein duquel l'effet d'une exploitation n'est ni actuel, ni potentiel ne pourra être retenue.

696. Cette approche qui privilégie l'effectivité connaît un regain dans les propositions de droit applicable à la propriété intellectuelle les plus récentes. L'article 3:602 des principes des principes CLIP dispose en ce sens :

> *« (1) A court applying the law or the laws determined by Article 3:601 shall only find for infringement if :*
>
> *(a) the defendant has acted to initiate or further the infringement in the State or the States for which protection is sought, or*
>
> *(b) the activity by which the right is claimed to be infringed has substantial effect within, or is directed to the State or the States for which protection is sought.*
>
> *(2) The court may exceptionally derogate from that general rule when reasonable under the circumstances of the case »*[968].

Les principes de l'*American Law Institute* quant à eux n'envisagent pas directement l'effectivité à titre de rattachement, mais plutôt comme un critère non exclusif de désignation de la loi du lieu de protection[969].

697. **(1) L'effet comme directive d'interprétation** – La proposition des principes CLIP est entendue comme une simple directive venant se superposer à la règle de conflit à proprement parler[970]. En effet, cette disposition pose à titre de principe la compétence de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée. Or, la *lex loci protections* comme on le sait ne permet pas de fixer directement ce qui constitue une infraction ou non. Au sens de la disposition visée,

---

[968] « En application de la loi ou des lois désignées à l'article 3 :601, une atteinte ne sera retenue que dans les cas où : (a) le défendeur a initié ou poursuivi l'infraction dans le pays pour lequel la protection est demandée, ou (b) l'activité contrefaisante a un effet substantiel au sein ou est dirigée vers le pays pour lequel la protection est demandée ». (2) De manière exceptionnelle, il pourra être dérogé à cette règle générale selon les circonstances de l'espèce (NT) ;

On retrouve un rattachement similaire à l'article 301 (1) du projet transparency disposant : « La loi applicable aux atteintes aux droit de propriété intellectuelle sera la loi du pays où les effets de l'exploitation interviennent ». (NT)

[969] Il est à noter toutefois que durant travaux préparatoires de ces principes, cette solution avait clairement été proposée avant d'être finalement abandonnée.

[970] Mais, l'effectivité peut encore être intégrée directement à la règle de conflit. Dans ce cas, le territoire affecté joue plus frontalement comme un critère rattachement ; V. proposition du projet « *Transparency* » préc.

l'atteinte n'est caractérisée que dans deux hypothèses : soit la personne a initié ou poursuivi l'exploitation litigieuse dans le pays où la protection est revendiquée (par exemple en diffusant sur un serveur situé dans ce pays), soit un effet est démontrable dans ce pays (par exemple par la possibilité d'acheter et de télécharger les œuvres litigieuses dans ce pays. Techniquement, la solution emprunte plus à la règle substantielle qu'à une véritable règle bilatérale.

698. (2) Contenu de la notion – La proposition de l'institut Max Planck aborde de manière très large la notion d'effets. L'article 3:602 (1) fixe trois critères permettant d'établir qu'un effet s'est réalisé au sein du pays pour lequel la protection est demandée : l'initiation d'un ou la poursuite de l'acte litigieux en ce pays, le ciblage du public de ce pays, et la démonstration d'un effet substantiel de l'activité au sein de ce pays. L'effet d'un acte reste le principe mais concrètement, cette disposition n'innove pas quant à la compréhension de cette notion. Cette absence de précision peut paraître étrange quand on sait que la solution adoptée par les rédacteurs s'inspire directement des recommandations de l'OMPI en matière de droit applicable. Or, cet instrument indique un certain nombre de facteurs qui peuvent être pris en compte afin de déterminer les liens de la situation juridique avec un pays donné[971].

Ceci s'explique sans doute par la nature complémentaire de la règle et la volonté des rédacteurs d'adapter au mieux aux instruments existants déjà dans le droit positif ; d'où la nécessité de donner une certaine flexibilité aux propositions réalisées.

699. Jurisprudence comparée – Le sens à attribuer à cette notion d'effet peut cependant être trouvé dans le droit positif. L'observation de la jurisprudence comparée montre une nette tendance au profit de la théorie des effets dans l'interprétation de la *lex loci protectionis*. Celle-ci recouvre diverses formes, mais toutes renvoient à l'idée que le nombre de lois compétentes doit être limité en tenant compte des résultats substantiels qu'une exploitation emporte ou est susceptible d'entrainer dans un pays donné.

En France, la Cour de cassation a progressivement consacré la méthode de la focalisation au détriment de celle de l'accessibilité tant en matière juridictionnelle qu'en termes de loi

[971] Parmi lesquels « les éléments indiquant que l'utilisateur du signe mène – ou a entrepris des préparatifs sérieux en vue de mener – dans cet État membre des activités commerciales portant sur des produits ou des services qui sont identiques ou semblables à ceux pour lesquels le signe est utilisé sur l'Internet » ou encore, les cas où « l'utilisation du signe est liée à des moyens de communication interactive qui sont accessibles aux internautes dans cet État »

applicable[972].

Dans le même sens, certes en matière de compétence juridictionnelle, la jurisprudence américaine a développé une doctrine du ciblage[973]. Pour déterminer la compétence des tribunaux américains en matière d'atteintes en ligne, elle opère une démarche en trois étapes consistant à déterminer si l'activité incriminée visait le public américain. Pour ce faire, il doit être établi que, le défendeur a des contacts minima avec le for ; que l'atteinte alléguée découle de ces contacts ; que la compétence du juge local soit raisonnable. Le lien de la situation avec le for découlera notamment des circonstances de l'activité menée en ligne. La compétence du juge américain est établie par exemple lorsque le site est interactif, c'est-à-dire lorsque l'opérateur manifeste clairement sa volonté de contracter avec un public situé dans le pays du for (langue, monnaie utilisée, disponibilité des produits dans le pays visé)[974].

La jurisprudence allemande en droit des marques s'inscrit elle aussi dans cette tendance. Elle s'est orientée dans le sens d'une relativisation du principe de territorialité en considération de l'effet commercial dans le pays de protection quand une marque est utilisée sur internet. Ainsi d'une affaire opposant deux entreprises hôtelières, l'une danoise et l'autre allemande. La première exploitait une marque, « Hotel Maritime » enregistrée au Danemark, tant sur son site que sur un domaine intitulé « www.hotelmaritime.dk. Le seconde, pour sa ligne hôtelière exploitait la marque « HOTEL MARITIM » en Allemagne. Cette dernière vint à saisir la Cour suprême allemande au motif que l'usage de la marque « Hotel Maritime » sur le site de la société danoise portait attente à ses droits protégés en Allemagne. La Cour suprême retint que la seule accessibilité de la marque sur le site internet de la société ne suffisait pas à caractériser un usage dans tous les pays, encore fallait-il pour cela que cet usage ait un effet commercial dans le pays pour lequel la protection est demandée ; or, en l'espèce, l'usage de la marque par la société danoise n'avait pas d'effet substantiel sur le marché allemand où la protection était demandée[975].

Depuis 2004, au Canada, en termes de droit applicable en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, la Cour suprême pratique la recherche de « *liens réels et substantiels* ».

---

[972] V. *supra*, n° 369.

[973] Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc, 952 F. supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) ; Nintendo of America v. Aeropower, 34 F.3d 246, (4th Cir. 1994).

[974] R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 66 s.

[975] BGH 13 oct. 2004, « *Hotel Maritime* » : *GRUR* 2005. 431.

Ainsi, dans un arrêt dont les faits portaient sur la responsabilité d'un fournisseur d'accès dans le cadre d'une diffusion illicite, il a été décidé que : « *pour déterminer si une atteinte a eu lieu au Canada, il convient de rechercher un lien réel et substantiel. Lorsqu'un tel lien est établi, la loi canadienne a vocation à s'appliquer. La mise en évidence de ces liens dépendra de chaque cas d'espèce de sorte que l'emplacement du serveur ne soit pas déterminant. Par conséquent, un intermédiaire ne sera pas nécessairement responsable parce que ses serveurs sont localisés au Canada. Inversement, la responsabilité d'un intermédiaire pourra être retenue même si ses serveurs sont localisés à l'étranger* »[976] (NT).

700. Lecture extensive de la notion d'effets – La proposition CLIP synthétise et va au-delà de ces solutions. En effet, théoriquement, la technique du ciblage consiste en une interprétation subjectiviste de la règle de conflit puisqu'il s'agit de déterminer le pays vers lequel le site est orienté ou encore le public visé par l'agent exploitant. C'est en tous cas, ainsi qu'il est loisible d'interpréter les jurisprudences précitées. Au contraire, la théorie des effets substantiels quant à elle est théoriquement objective. Elle consiste en effet à observer s'il y a un résultat commercial de l'utilisation au sein du pays pour lequel la protection est demandée. La distinction est toutefois fortement théorique dans la mesure où l'orientation du site se déduit généralement sur des critères objectifs. De plus, un effet matériel dans un pays sera généralement accompagné de la volonté de cibler ce pays. Afin d'éviter toute ambiguïté, la proposition des principes CLIP englobe les deux techniques. Un effet pourrait donc se déduire invariablement du seul résultat matériel ou de la volonté de l'auteur de cibler le public du pays pour lequel la protection est demandée.

701. Les principes CLIP innovent dans la mesure où, au-delà de ces différentes acceptions de la notion d'effets, les rédacteurs ont introduit comme critère de l'effectivité le fait que le défendeur ait initié ou poursuivi l'acte incriminé au sein du pays pour lequel la protection est

[976] « Finally, the case discussed the issue of jurisdiction of the Copyright Act. To determine whether the infringing activity occurred in Canada, the "real and substantial connection" test should be used. Where there is a real and substantial link between the infringing activity and Canada, the Copyright Act will apply. Whether such a connection exists will depend on the specific facts of each case so that the location of the host server will not be determinative. Therefore, an intermediary may not necessarily be liable under the Copyright Act because its host servers are located in Canada. Conversely, an intermediary may not escape liability simply because its host servers are in located abroad. », V. Supreme Court of Canada, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) v Canadian Assn. of Internet Providers (CAIP), 2004 SCC 45:

demandée[977] (art. 3 :602 (1)). Une telle extension peut, il est vrai étonner sur deux points. D'une part s'agissant en effet d'une règle qui a pour finalité de réduire le nombre de lois applicables, une telle multiplication de points de rattachement peut paraître contradictoire. D'autre part, la prise en compte des effets par définition privilégie les résultats d'une utilisation dans le lieu où une protection est revendiquée alors que dans ce dernier cas, c'est l'acte initial en lui-même qui devient un indice de l'effectivité. Les rédacteurs n'ont pas voulu se limiter à une approche par trop matérialiste ou quantitative de la notion d'effets. Autrement dit, on aboutirait à des situations où une conduite substantielle dans un pays quoique n'entrainant pas d'effets dans ce pays (aucun ciblage ou aucun effet matériel substantiel) ne serait pas sanctionnée. Par exemple, à supposer qu'une œuvre soit transmise par satellite dans un pays A vers un pays B. A supposer que cette transmission soit valide dans le pays B et non dans le pays A. Non seulement, en toute logique cette conduite ne sera pas sanctionnée dans le pays de réception où elle est légale, mais en plus, si l'on s'en tient aux formes classiques adoptées par la théorie des effets, la transmission dans le pays A ne pourra pas être non plus sanctionnée puisque l'auteur n'a pas ciblé ce pays et qu'aucune atteinte substantielle ne peut en découler. Il s'agit indéniablement d'une compréhension très large de la notion d'effets. Cet élargissement semble cependant imposé par la nécessité de prendre en compte la complexité technique des situations des atteintes plurilocalisées, au premier titre desquelles la possibilité d'un démembrement entre le lieu de la conduite incriminée et celui où ladite conduite produit ses résultats.

702. (c) Exclusion exceptionnelle de la règle des effets – Le point 2 de l'article 3 :602 indique cependant que le juge pourrait déroger à la règle des effets en considération de circonstances raisonnables[978]. La solution n'est pas sans rappeler les clauses d'exceptions qui autorisent le juge à déroger à la loi normalement compétente dès lors qu'un autre pays présente des liens plus étroits avec la situation. La communauté de caractéristiques ne semble cependant pas dépasser le caractère dérogatoire. Généralement, les clauses d'exception sont comme nous l'avons vu d'application exceptionnelle et reposent sur la mise en exergue de liens manifestement étroits, alors que dans le cas de la règle proposée, ce sont de simples *circonstances raisonnables* propres au cas d'espèce qui autorisent le juge à déroger au principe posé au point 1. Tout dépendra donc de ce qu'il convient d'entendre par circonstances

[977] « (…) the defendant has acted to initiate or further the infringement in the State or the States for which protection is sought ».

[978] « (2) The court may exceptionally derogate from that general rule when reasonable under the circumstances of the case »

raisonnables de l'espèce. Si le standard est élevé, la dérogation aura vocation à jouer bien plus comme une clause d'exception ; à l'inverse, si le standard de raisonnabilité est bas, la dérogation aura vocation à jouer plus communément. Cela voudrait dire qu'en cas d'utilisation de l'œuvre sur internet, la seule accessibilité pourra justifier la compétence législative d'un pays pour lequel la protection est revendiquée si, en dehors de tout effet dans ce pays, le juge considère que cette accessibilité à l'œuvre est de nature à caractériser une atteinte.

Cette flexibilité est pleinement cohérente si l'on se rappelle que l'article 3 :602 est une directive d'interprétation et non pas une vraie règle de conflit. Toutefois, l'autre aspect de la *ratio legis* de cette règle est de réduire la concurrence des ordres juridiques, notamment, lorsque l'œuvre est utilisée sur internet. Or, en disposant une possibilité de déroger au principe général sous des termes aussi larges, un risque de contradiction entre ces deux objectifs peut raisonnablement être craint.

B. Approche critique

703. La règle des effets a toute sa place dans l'édiction de règles nouvelles en matière de loi applicable. Non seulement parce qu'une telle règle quoique d'application relativement neuve gagne du terrain, mais surtout, parce qu'elle permet une relativisation pragmatique du principe de territorialité (1). En privilégiant l'impact cette démarche permet de réduire le nombre de lois applicables et fatalement de réduire l'incertitude en ce sens. Toutefois, la complexité des modes d'utilisation des œuvres de l'esprit, en matière notamment d'atteintes réalisées sur internet, justifie un recours non exclusif à la règle des effets (2).

1. La prévisibilité du droit applicable renforcée

704. La recherche de l'effectivité dans son principe présente l'avantage de limiter l'imprévisibilité qu'emporte la loi du lieu de protection[979]. En désignant uniquement les pays

[979] A la périphérie du problème principal, l'application de la théorie des effets en matière de droit de propriété intellectuelle présente l'avantage d'unifier sous un principe unique diverses matières ayant la territorialité en commun. Dans certains litiges complexes, se trouveront ainsi soumises à la même loi, les infractions aux droits d'auteur et les éventuelles pratiques anticoncurrentiel les connexes ; V. en ce sens, A. TROLLER, *Unfair Competition* in *Internatiional Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Private International Law, Kurt Lipstein

au sein desquels un effet substantiel peut être démontré, le nombre de lois potentiellement applicables s'en trouve réduit. Proportionnellement, est ainsi minimisé le risque de voir s'appliquer la législation d'un pays dont les liens avec le litige s'avèrent lâches. Il ne s'agit plus simplement d'invoquer une proximité abstraite facilitée par le média de diffusion et l'indépendance des protections, mais de démontrer un effet concret actuel ou potentiel de l'utilisation au sein d'un ordre juridique. En d'autres termes, le rapport de proximité entre la situation et la loi compétente en ressort renforcé.

Ainsi, le principe de l'article 3 :602 présente un intérêt non négligeable lorsque l'œuvre est diffusée en réseau. A supposer par exemple une œuvre mise en ligne sans l'autorisation de son auteur sur un site français et disponible à la reproduction en France. La version français de cette œuvre est toutefois accessible en Allemagne sans possibilité de téléchargement. Si l'on s'en tient au principe de territorialité et à l'indépendance des systèmes tels qu'ils sont traditionnellement compris, il faudra considérer compétentes les lois de chaque pays où l'œuvre est éventuellement accessible, la loi du lieu de protection se confondant avec celle du délit. Mais si l'on se focalise plus largement sur l'impact, le résultat de l'exploitation, on exclut nécessairement un nombre considérable de territoires candidats quand bien même l'œuvre y serait accessible. Il faudra donc démontrer que des actes d'exploitation concrets ont eu lieu au sein du ou des pays où la protection est demandée, ou que le contrefacteur visait clairement le public d'un pays ou d'un groupe de pays. Il faudrait donc considérer que la seule possibilité d'accès à l'œuvre n'est pas de nature à constituer une exploitation si elle n'est pas accompagnée d'un acte effectif de l'agent établissant un lien avec le pays d'accès. Dans l'exemple, la loi allemande devra donc être écartée au profit de la loi française dans la mesure où le seul affichage de l'œuvre n'impacte pas concrètement les droits de l'auteur dans l'ordre juridico-économique de ce pays[980].

Au-delà de ce principe, encore faudrait-il relever certaines pesanteurs qui n'ont pas échappé aux rédacteurs des principes CLIP.

---

et al. eds., 1980, spéc. n° 34–14 ; P. JURCYS, « *Applicable law to intellectual property infringements in Japan: Alternative lex loci protectionis principle* », *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 24, n°. 2, Juil. 2010, p. 193 s. ; V. encore en ce sens, American Law Institute, « § 301, comment g, at 124 », in *Intellectual Property—Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, American Law Institute ed., 2008.

[980] P. JURCYS, préc.

2. Les limites de la recherche d'effets

705. Un domaine limité – L'article 3 :602 a selon toute vraisemblance un domaine limité. En effet, le caractère complémentaire de cette règle emporte sa circonscription au domaine de la règle principale (article 3 :601)[981]. En d'autres termes, les dispositions de l'article 3 :602 n'auront vocation à s'appliquer que pour les atteintes réalisées hors internet, ou celles réalisées par le biais d'internet mais n'ayant pas de dimension mondiale (non ubiquitaires). Cet état de fait révèle un certain paradoxe dans la mesure où, en matière de propriété intellectuelle, ce sont précisément les atteintes par le biais d'internet qui ont favorisé le développement de solutions fondées sur la théorie des effets.

706. Relativité des critères de l'effet en matière d'atteinte sur les réseaux numérique – Ce parti pris semble justifié par le caractère relativement limité de cette théorie vis-à-vis des atteintes réalisées sur internet. Compte tenu des évolutions qui ont été précédemment soulignées, on ne peut plus raisonner en faisant l'économie des spécificités de chaque média. En effet, lorsqu'une atteinte est réalisée dans le domaine matériel, elle ne concerne plus souvent qu'une faible portion de pays. De même, lorsqu'elle s'opère par satellite, seuls les pays se trouvant sous l'empreinte du réseau, donc ceux vers lesquels la diffusion est volontairement orientée auront vocation à voir leurs lois s'appliquer. Dans ces cas, il sera beaucoup plus aisé de discriminer les lois ayant un lien substantiel avec la cause dans la mesure où celles-ci sont limitées par essence par la spécificité du média utilisé. Tandis que dans le cas des diffusions par internet, le spectre des lois compétentes est beaucoup plus large et les critères utilisés sur la base de la théorie des effets d'un intérêt limité. Dans les deux premiers cas, les trois éventualités que vise l'article 3 :602 – initiation ou poursuite de l'activité litigieuse (injection du signal, reproduction des œuvres litigieuses), ciblage d'un public donné ou atteinte substantielle aux droits économiques (reproduction ou distribution des œuvres litigieuses, réception du signal et exploitation commerciale) – seront le plus souvent pertinents afin de désigner une loi sûre et prévisible. Or, en matière, d'exploitation sur internet, l'agent peut bien n'avoir visé aucun pays. Dans le cas d'une diffusion mondiale d'une œuvre en anglais par un site en anglais et en désinence « .org », le juge peut appliquer la loi française en raison de la présence d'une communauté anglophone en France, et de la possibilité d'y télécharger l'œuvre. Cependant, il n'en serait pas moins vrai des liens de la cause avec l'Estonie ou la Chine ou encore le

[981] « (1) *A court applying the law or the laws determined by* Article 3:601 *shall only find for infringement if* (…) »

Zimbabwe où l'œuvre serait accessible des conditions identiques[982].

La solution aura donc dans certains cas un intérêt limité. Si l'on se contentait d'exiger le ciblage ou l'atteinte substantielle, il ne serait pas étonnant de voir la territorialité régresser en lexforisme compte tenu de la relativité de ces critères dans le cadre des diffusions sur internet.

Sur ces bases, le parti pris adopté par les principes CLIP de limiter l'application de cette directive d'interprétation aux cas où la *lex loci protectionis* est compétente de manière traditionnelle doit être approuvée.

707. Inclusion des effets substantiels dans une règle plus large – Ceci revient à dire en d'autres termes que la recherche des effets d'une exploitation dans un ordre juridique ne doit pas constituer la seule directive du droit applicable en matière d'atteinte. Cependant, en dépit de ces insuffisances, elle présente un intérêt sérieux en vue de réduire la concurrence des lois applicables qu'appelle le principe de territorialité. Logiquement, il faudrait pour cela que l'identification d'effets substantiels soit complétée par des critères objectifs assurant une meilleure connexion de la loi applicable avec la cause litigieuse. En d'autres termes, lorsque l'atteinte risque de revêtir une dimension mondiale, les effets ne doivent être qu'un critère parmi d'autres indiquant la proximité du pays élu avec la situation juridique.

708. On s'accorde avec MM. D'AVOUT et BOLLÉE sur l'affirmation selon laquelle « la théorie de la focalisation n'est pas destinée à produire des conséquences monolithiques. Tout au contraire, le principe de focalisation déterminant de la localisation internationale de certaines actions immatérielles, peut et doit connaître des exceptions et infléchissements »[983]

Cela ne veut pas dire qu'il suffirait de constater une communication au public pour retenir la

---

[982] Rappr. Cass. com., 3 mai 2012 : *D.* 2012. 1261, obs. C. MANARA ; ibid. 1684, point de vue L. MAUGER-VIELPEAU ; *ibid.* 2331, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid*. 2343, obs. J. LARRIEU, C. Le STANC et P. TREFIGNY ; *ibid*. 2836, obs. P. SIRINELLI ; *Rev. crit. DIP* 2013 p.192 obs. J. KNETSCH, : dans cette espèce, les sociétés DKGG poursuivaient les société Ebay Inc et Ebay AG pour avoir commercialisé sur leurs sites des produits cosmétiques auprès du public français. Les sociétés Ebay contestaient en cassation la compétence des juridictions françaises. La Cour de cassation retient que « *la désinence « com » constitue un « TLD » générique qui a vocation à s'adresser à tout public et que les utilisateurs français peuvent consulter les annonces mises en ligne sur ce site à partir du site ebay.fr et y sont même incités* ». Elle en déduit que le site ne visait pas directement le public français et casse la décision de la Cour d'appel qui s'était reconnue compétente pour connaître de la contrefaçon réalisée sur le site « ebay.com »

[983] L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, « Droit de commerce international », *D.* 2013, p.2293.

loi compétente, la solution risquerait d'être contreproductive pour les auteurs qui ont tout intérêt à une circulation optimale de leurs œuvres sur les réseaux.

C'est plutôt vers l'objectivisation des critères d'interprétation de la règle de conflit qu'il faut se tourner ou plus simplement une appréciation plus diversifiée des relations entre le litige et le pays de protection. Dans cette optique, la loi du pays de protection ne serait pas simplement celle vers laquelle l'auteur a voulu orienter son activité comme s'il s'agissait d'une matière contractuelle, mais plus largement celle entretenant des liens objectifs avec le litige ; l'approche objective ayant tendance à couvrir un spectre plus large d'indices[984] et les effets ne seraient de fait qu'un indice de cette proximité.

709. La jurisprudence française a déjà amorcé une évolution dans ce sens au vu des réponses apportées aux cas des contrefaçons en ligne ces dernières années. Quelques applications récentes montrent que la recherche de liens les plus étroits ne s'opèrent pas seulement selon une logique subjective, mais que la mise en évidence de tels liens procède de plus en plus d'une recherche objective, dont la destination du site n'est au demeurant qu'un indice. L'objectivisation des critères participe de l'idée qu'au-delà de la seule volonté de l'opérateur, c'est l'ensemble des éléments concourant à l'orientation d'une activité délictuelle vers un territoire donné qui doit être pris en compte[985]. Peuvent être ainsi considérés comme concourant au ciblage, la nationalité de l'œuvre et/ou de l'auteur, son domicile, la disponibilité des marchandises dans le pays cible.

Ainsi, dans la décision *aufeminin.com*[986], les juges ne se sont pas contentés de relever la volonté de l'opérateur d'orienter son activité vers le public français, ils ont adjoint à l'identification de celle-ci des critères extérieurs à cette volonté dont la finalité était de renforcer la conviction d'un lien plus étroit avec le territoire français[987].

---

[984] En ce sens, L. USINIER, « De la loi applicable à une contrefaçon commise sur Internet », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 607 s. ; Rappr. T. AZZI, art. préc., spéc. p. 336.

[985] Certains auteurs estimant que l'orientation de l'activité d'un site vers un public donné – dit critère de destination – participe d'une logique objective de localisation qui n'implique pas nécessairement de démontrer la volonté de l'opérateur, V en ce sens, V. PIRONON, « Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux – contractuel et délictuel – du commerce électronique », *JDI*, Oct. 2011, n° 4, spéc. n° 13.

[986] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2012, préc., V. aussi, CA Paris, 9 sept. 2009, *Gazmuri* : *Gaz. Pal*., 18 fév. 2010, p. 23 obs. MARINO ; *Propr. intell*. 2010, n° 34, p. 641, obs. LUCAS.

[987] On a pu noter en ce sens que dans cette affaire les juges avaient localisé l'atteinte en procédant à une application

710. Cette tendance nous semble la marque d'un retour à une application plus classique du principe de proximité qui pourrait s'imposer en vertu de la perfectibilité de la méthode de la focalisation et compte tenu notamment du risque de fortuité qu'emporte le fondement subjectif de la méthode. Cette approche plus large ne s'oppose pas à la solution admise, elle vient simplement comme un affinement de la méthode d'interprétation.

II. La recherche des liens les plus étroits

711. L'admission générale du principe de proximité – L'orientation générale des principes de droit applicable prouve à suffisance qu'en pratique, une réorientation du principe de territorialité est nécessaire. Sur la question des atteintes ubiquitaires, les solutions retenues convergent à donner une place prépondérante au principe de proximité au détriment de la territorialité-souveraineté. Là encore la méthode consiste à réduire efficacement le nombre de lois compétentes en rétrécissant le champ de la territorialité. Allant dans ce sens, les propositions CLIP comme celles de l'ALI réservent une règle spéciale pour les délits complexes en tenant compte particulièrement de la potentielle mondialité de l'atteinte.

L'article 3 :603 des propositions CLIP dispose en ce sens :

> *« (1) In disputes concerned with infringement carried out through ubiquitous media such as the Internet, the court may apply the law or the laws of the State or the States having the closest connection with the infringement, if the infringement arguably takes place in every State in which the signals can be received.*
>
> *(2) In determining which State has the closest connection with the infringement, the court shall take all the relevant factors into account, in particular the following:*
>
> *(a) the infringer's habitual residence;*
>
> *(b) the infringer's principal place of business;*

---

cumulative de la « méthode de la focalisation et faire le constat d'une étroite proximité entre la situation litigieuse et la France », V. en ce sens, T. Azzi, « Contrefaçon en ligne et droit international privé », *GAPI*, 2e éd., 2015, Dalloz, comm. 8.

(c) the place where substantial activities in furthering of the infringement in its entirety have been carried out;

(d) the place where the harm caused by the infringement is substantial in relation to the infringement in its entirety.

(3) Notwithstanding the law applicable pursuant to paragraph 2, any party may prove that the rules applying in a State or States covered by the dispute differ from the law applicable to the dispute in aspects which are essential for the decision. The court shall apply the different national laws unless this leads to inconsistent judgments, in which case the differences shall be taken into account in fashioning the remedy. »[988]

Une proposition quasi-identique est faite au § 321 des principes de l'ALI[989]. Celui-ci dispose en effet :

« Law or Laws to Be Applied in Cases of Ubiquitous Infringement :

(1) When the alleged infringing activity is ubiquitous and the laws of multiple States are pleaded, the court may choose to apply to the issues of existence, validity, duration, attributes, and infringement of intellectual property rights and remedies for their infringement, the law or laws of the State or States with close connections to the dispute, as evidenced, for example, by:

(a) where the parties reside;

(b) where the parties' relationship, if any, is centered;

---

988 « (1) Dans les litiges concernant une atteinte réalisée par le biais d'un média ubiquitaire notamment internet, il pourra être appliqué la loi ou les lois de l'Etat ou des Etats ayant le lien le plus étroit avec l'atteinte, si celle-ci a valablement eu lieu dans chaque Etat dans lequel le signal peut être reçu.

(2) Pour déterminer l'Etat entretenant les liens les plus étroits avec l'atteinte, le tribunal pourra prendre en compte tous les éléments pertinents, en particulier les suivants :

(a) la résidence habituelle du contrefacteur

(b) Le centre d'intérêts économiques du contrefacteur

(c) le lieu où une activité substantielle dans son intégralité a été menée ;

(d) le lieu où un dommage causé est substantiel compte tenu de l'atteinte dans son ensemble »

(2) Nonobstant la loi applicable suivant le paragraphe 2, toute partie pourra prouver que les lois applicables dans un ou plusieurs Etats concernés par le litige diffèrent de la loi applicable à l'intégralité sur des aspects essentiels. La Cour appliquera les différentes lois nationales quoique cela conduise à des décisions inconsistantes, lequel cas, ces différences seront prises en compte afin d'adapter les réparations. » (NT)

989 Les facteurs de proximité retenus dans cette disposition sont fortement inspirés du § 403(2) (a) et (b) *du Restatement of Foreign Relations* (Etats-Unis).

(c) the extent of the activities and the investment of the parties ; and

(d) the principal markets toward which the parties directed their activities.

(2) Notwithstanding the State or States designated pursuant to subsection (1), a party may prove that, with respect to particular States covered by the action, the solution provided by any of those States' laws differs from that obtained under the law(s) chosen to apply to the case as a whole. The court shall take into account such differences in determining the scope of liability and remedies.»[990]

712. Il pourrait sembler paradoxal de proposer l'abandon ou la relativisation d'un rattachement fixe comme la territorialité au profit d'un principe souple comme la proximité quand on sait que la critique souvent adressée à ce dernier est précisément l'imprévisibilité qu'il engendre en termes de droit applicable. Mais, comme nous l'avons précédemment évoqué, le principe de proximité n'exclut pas la prise en compte de critères de rattachement fixes. De plus, face aux règles de conflit fondées sur la souveraineté, le principe de proximité tend à s'imposer pour en pallier les défaillances, soit qu'il inspire directement le rattachement, soit, qu'il vient en corriger les défauts. En ce sens, de prime abord, ces propositions obéissent à une structure que l'on rencontre traditionnellement dans les règles fondées sur le principe de proximité et dont l'article 4 du règlement Rome I est l'archétype. Le mécanisme directeur de la règle de conflit est la mise en exergue de liens étroits avec un ordre juridique donné établi sur la base d'indices prédéfinis mais relativisé par l'inclusion d'une clause d'exception.

A. Le principe proximité dans les propositions de l'ALI et CLIP

[990] « (1) Quand l'infraction alléguée est ubiquitaire et les lois de plusieurs pays revendiquées, le tribunal peut choisir d'appliquer aux revendications liées à l'existence, à la validité, aux atteintes et aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle et à la réparation de ces atteintes, la loi ou les lois de l'Etat ou des Etats ayant un lien étroit avec le litige, identifiées notamment par :

(a) le lieu de résidence des parties

(b) le lieu où les relations des parties, le cas échéant sont centralisées

(c) l'étendue des activités et de l'investissement des parties ; et

(d) les principaux marchés vers lesquels les parties ont orienté leurs activités

(2) Nonobstant l'Etat ou les Etats désignés selon le point 1), compte tenu des Etats concernés par l'action, une partie pourra prouver que le résultat obtenu par l'un de ces Etats diffère de celui obtenu en application de la ou des lois désignée(s) pour s'appliquer à l'action dans sa globalité. Le tribunal prendra en compte lesdites différences afin de déterminer l'étendue de la responsabilité et les réparations ». (NT)

713. Contrairement à la théorie des effets (du moins à titre de méthode d'interprétation), les principes CLIP et ALI consacrent le principe de proximité. A l'exception de divergences terminologiques, les principes CLIP et ALI convergent tant en ce qui concerne le domaine de ce principe que sur son mécanisme d'intervention. La structure des propositions est somme toute classique en droit international privé lorsqu'il est question de proximité concrète ; après avoir déterminé le domaine du principe de proximité (1), il est établi une liste de facteurs préférentiels de proximité (2). Le jeu de la règle principale est cependant encadré par l'admissibilité exceptionnelle d'une loi entretenant les liens les plus étroits avec la situation (3).

1. Le domaine du principe de proximité : les infractions ubiquitaires

714. Convergence de domaines – Les propositions analysées convergent non seulement quant à la structure des règles qui font intervenir le principe de proximité, mais aussi quant au domaine de ces règles. Dans l'un comme dans l'autre de ces corps de règles, le principe de proximité s'applique aux infractions ubiquitaires. La notion d'infraction ubiquitaire renvoie aux situations dans lesquelles, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle a lieu simultanément dans tous les pays où le média utilisé pour diffuser la création litigieuse est accessible[991]. C'est-à-dire pour le cas du réseau internet, potentiellement dans la quasi-totalité des pays du monde. Or, sur la base du principe de territorialité-souveraineté, en pareille circonstance, toutes les législations de ces pays sont virtuellement compétentes. Le juge est dans cette situation tenu de faire une application de la loi de tous les pays où l'œuvre est atteinte en cas de revendication avec le risque de retenir la compétence d'une loi n'entretenant en réalité que peu de liens avec la situation visée au-delà de la seule accessibilité qu'offre le média utilisé. La règle spéciale fondée sur le principe de proximité offre en ce sens une solution plus qualitative à rebours du principe de territorialité. Elle vise à ne prendre en compte qu'une loi unique ou un groupe nécessairement limité de lois lorsqu'il est démontré que ces dernières entretiennent des liens

[991] A. CHRISTIE, « Private international law principles for ubiquitous intellectual property infringement – A solution in search of a problem? », *Journal of Private International Law*, Vol. 13, 2017, disponible à : http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2017.1304047, spéc. p. 29 : « *(…) « ubiquitous infringement » is used to mean infringement that occurs by way of use of a ubiquitous medium (in this case, the Internet) and which gives rise to infringement in a large number, but not necessarily all, of the States in which the ubiquitous medium is accessible.* »

plus étroits avec la situation[992].

715. Unicité ou pluralité des lois applicables – Les principes CLIP et ALI convergent encore dans la mesure où ils adoptent une approche du droit applicable quasi-universaliste, tout en visant à plusieurs reprises la loi ou les lois applicables. Il peut cependant paraître quelque peu paradoxal de prétendre limiter l'imprévisibilité juridique et la concurrences des lois applicables en retenant une formule aussi souple que « *la ou les lois* ».

Le sens de cette disposition a de fait été discuté en doctrine. Pour Mme. MATULIONYTÉ[993], deux hypothèses sont envisageables. D'abord, la formule « la ou les lois » pourrait renvoyer à la technique du dépeçage. Elle viserait le cas où des aspects distincts d'une même situation juridique seraient échues à des lois différentes (existence, exercice du droit). Mais il est fort douteux que cette interprétation soit admise compte tenu d'une part, de la complexité qu'engendrait une telle règle et d'autre part, du fait que les principes de l'ALI soumettent déjà certains aspects du droit d'auteur à des règles de conflit particulières comme nous le verrons plus tard.

Une seconde interprétation est envisageable et nous semble la plus viable. La disposition discutée semble viser le cas où la situation juridique entretiendrait également des liens étroits avec plusieurs pays. Ce serait le cas lorsqu'elle remplit dans chacun de ces pays un ou plusieurs des critères permettant d'établir des liens plus étroits. Supposons par exemple un livre en langue allemande distribué en Autriche et en Allemagne par le biais d'un site utilisant l'euro comme devise[994]. Le juge serait alors amené à appliquer concomitamment les lois de ces différents pays dont on sait qu'elles ont en commun la langue allemande et l'utilisation de l'euro. En revanche,

---

[992] Il est à noter que dans les premières versions de son projet, le CLIP envisageait de manière plus restrictive le champ des lois applicable ne retenant que la compétence d'une loi unique – V. sur ce point, R. MATULIONYTE, *op. cit.*, p. 171. La version finale du projet montre cependant une évolution sur ce point puisque, comme les principes de l'ALI, l'article 3 :603 des principes vise désormais « *the law or the laws of the State or the States having the closest connection with the infringement* (…) ».

[993] R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 171 s.

[994] R. MATULIONYTÉ, *op. cit*., p. 172 ; cette interprétation semble confirmée par le commentaire officiel des principes de l'ALI qui précise : « *Under subsection (1), the court may apply the law(s) of a single State or a small group of States* », V. en ce sens, American Law Instutute, *Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes (with comments and reporters' notes)*, 2008 : ceci revient à dire que si pluralité de lois applicables il y a, celles-ci ne pourront faire partie que d'un cercle particulièrement restreint de pays. On envisage mal en effet qu'en cumulant les indices de proximité, il ne se dégage pas un peloton limité de pays ayant les liens les plus étroits.

même si l'œuvre est consultable depuis la France, la compétence de la loi française dans ce cas de figure devra être écartée compte tenu des liens lâches que la situation entretient avec l'ordre juridico-économique français.

2. Les facteurs préférentiels de proximité

716. L'innovation des principes de droit applicable tant pour le CLIP que pour l'ALI est de mettre en exergue un certain nombre de facteurs préférentiels indiquant la proximité d'un Etat avec le litige. Ces facteurs sont dits préférentiels, c'est-à-dire qu'ils sont théoriquement les plus indiqués afin d'établir la proximité du litige avec un pays donné, mais ils ne lient toutefois pas le juge comme de simple rattachements fixes, celui-ci peut valablement les écarter au profit d'autres critères plus pertinents.

Sans négliger le reproche d'arbitraire qu'une telle catégorisation peut emporter, il est loisible d'observer que, de manière globale, les facteurs retenus oscillent entre deux grands ensembles : les facteurs prenant en compte la situation des parties au litige et ceux se rapportant à l'activité litigieuse.

717. Facteurs fondés sur la situation des parties – au sein des principes CLIP comme de ceux de l'ALI, on peut dire du lieu de résidence qu'il occupe une place prépondérante comme facteur de rattachement.

A titre de facteurs, les principes CLIP proposent de prendre en compte a) le lieu de résidence habituel du contrefacteur, b) le centre d'intérêts économiques du contrefacteur. Les principes de l'ALI quant à eux retiennent a) la résidence des parties, b) en cas de relations préétablies entre les parties, le lieu où celles-ci sont localisées.

i) Quant au rattachement par le lieu de résidence, en réalité, un tel choix est au demeurant classique s'agissant d'une solution fondée sur le principe de proximité. On sait que le pays de résidence est souvent utilisé comme critère de rattachement privilégié lorsque le principe inspirateur de la règle de conflit passe de la souveraineté à la proximité[995]. Par ailleurs, le pays de résidence offre des facilités d'identification qui en font un critère de premier choix en termes de droit applicable[996].

---

[995] V. en ce sens, P. LAGARDE, « Le principe de proximité », préc., p. 66 s.

[996] La légitimité de ce facteur est d'autant plus affirmée que l'évidence est en soi une directive dans le processus de sélection d'un rattachement, V. en ce sens MAYER et HEUZÉ, n° 511.

ii) La prise en compte du centre d'intérêts économiques des parties présente elle aussi des vertus de proximité et d'évidence. Ce point de contact présente indéniablement des avantages supérieurs en termes de prévisibilité. Il est valablement admissible soit parce qu'une personne moyenne se sentira liée aux lois du lieu où elle est économiquement établie. De même, lorsque le contrefacteur sera une personne morale, le centre d'intérêts économiques aura une forte pertinence localisatrice dans la mesure où il s'agira le plus souvent du centre décisionnel et correspondra au lieu où l'activité litigieuse a été initiée.

Un intérêt analogue est porté à la loi du lieu où sont concentrées les relations préexistantes des parties. La référence à ce facteur apparait particulièrement indiquée dans la mesure où l'exploitation des droits de propriété intellectuelle donne communément lieu à des contrats. Lorsque de telles relations existent, la loi qui les régit présente non seulement un avantage en termes de prévisibilité parce qu'elle est déjà connue des parties, mais aussi en raison de la proximité naturelle qu'elle entretient avec le litige.

718. Facteurs se rapportant à l'activité litigieuse proprement dite – Les deux corps de principes tiennent compte de l'activité litigieuse en soi selon deux modalités. D'une part, l'importance des activités et le degré d'investissement des parties et d'autre part, du point de vue de ses effets.

i) Au sein des principes CLIP, la référence au lieu de l'activité litigieuse est faite au point c) de l'article 3 :603(2) sous la locution « *the place where substantial activities in furthering of the infringement in its entirety have been carried out* ». De manière symétrique, les principes de l'ALI eux visent *« the extent of the activities and the investment of the parties* » (dans quelle mesure l'activité se déroule dans un territoire donné et les investissements réalisées par les parties sur ce territoire). L'introduction d'un tel facteur semble aller de soi. La notion même de lien étroit dispense en effet de s'interroger sur la préférence entre le lieu du fait générateur et celui où le préjudice est subi. Aussi, les tournures employées par dispositions montrent surtout la volonté de tenir compte du premier rattachement. On sait que ce rattachement a été progressivement abandonné dans le processus d'interprétation de la *lex loci protectionis* à la suite des nombreuses critiques soulevées par l'arrêt *Waterword*[997]. Toutefois, la critique portait moins sur le lieu du fait générateur en soi que sur la prise en compte exclusive de ce lieu à titre de rattachement. Or, si la règle de conflit n'est plus fondée sur un rattachement fixe et exclusif, il devient tout à fait concevable d'intégrer le lieu du fait générateur qui, selon les circonstances

[997] Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2007, préc.

pourra avoir des liens manifestement plus étroits avec le litige. L'option retenue correspond à une approche plus égalitaire des rattachements en situation de délit complexe telle que posée par l'arrêt *Gordon and Breach*[998] .

ii) L'absence de préférence est d'autant plus indiquée qu'un contrebalancement est réalisé au point d) des principes CLIP qui vise le lieu où une atteinte est substantielle compte tenu de l'infraction dans son entièreté (« *the place where the harm caused by the infringement is substantial in relation to the infringement in its entirety* ») ; les principes ALI eux visent le marché vers lequel les parties ont orienté leurs activités. Ces facteurs renverront le plus souvent au lieu où l'atteinte est subie. Il s'agit en réalité de deux approches de la théorie des effets [999] : d'une part, la technique du ciblage ou focalisation et d'autre part, la recherche des effets substantiels dans un ordre juridique ou règle *de minimis*.

La démonstration d'un effet substantiel correspond à une approche plus objective de la théorie des effets puisqu'elle n'implique pas dans son énoncé une orientation délibérée de l'activité incriminée vers un ordre juridique précis. Il s'agit simplement d'établir un ensemble de faits pertinents propres à caractériser un impact de l'exploitation au sein du pays pour lequel la protection est demandée[1000].

La focalisation quant à elle s'inscrit dans une logique plus subjective, puisqu'elle consiste à rechercher le pays vers lequel l'agent a orienté son activité et qui constitue le lieu vers lequel l'activité aura un effet actuel ou potentiel. Cette démarche volontariste est souvent critiquée en doctrine[1001]. S'il est vrai que la notion de focalisation ou ciblage implique un acte positif[1002], raisonné de l'agent, et qui d'un point de vue strictement logique ne pourrait résulter de circonstances hasardeuses, la jurisprudence n'est toutefois pas fixée sur la subjectivité de la

---

[998] Civ. 1re, 14 janv. 1997, préc.

[999] R. MATULIONYTÉ, « IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association », JIPITEC 2012, n° 3, p. 263, spéc. 266 s.

[1000] V. l'article 3 de la Recommandation commune concernant la protection des marque (OMPI), préc.

[1001] V. PIRONON, « Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux – contractuel et délictuel – du commerce électronique », préc., spéc., n° 11, l'auteure note en ce sens que « *dès lors qu'il s'agit de localiser un délit, peu importe la volonté de le commettre en tel ou tel pays* ».

[1002] Il y a bien une personne agissante qui réalise l'action du ciblage ou de la focalisation vers un marché donné ; V. en ce sens O. CACHARD, *op. cit.*, n° 107 : « *au lieu de s'attacher à la situation géographique d'une activité (« le terme focalisation ») privilégie la volonté des opérateurs* ».

méthode[1003]. Il est notamment reproché à cette dernière son imprécision sur le point de savoir si la destination du site doit être comprise de manière purement subjective, c'est-à-dire en tenant compte exclusivement de l'orientation des activités du site et donc de la volonté d'un opérateur de cibler un public donné (langue, monnaie utilisée, disponibilité des produits, etc.) ou s'il convient toujours de rechercher l'impact concret, notamment l'effet commercial d'une exploitation dans le pays visé[1004]. La critique porte par ailleurs sur le fait qu'une focalisation purement subjective emporte plus de difficultés sur le plan probatoire[1005]. Elle présente en revanche un intérêt en termes de prévisibilité puisque le fait même de viser le public d'un pays implique au moins pour celui qui réalise ce paramétrage la connaissance théorique de la loi de ce pays. En comparaison, il sera le plus souvent plus aisé de démontrer l'existence d'un effet dans un ordre juridico-économique si l'on s'attache au-delà de la volonté de cibler un pays donné au résultat de l'activité incriminée[1006] . La distribution illicite d'une œuvre dans un pays par exemple portera atteinte de manière actuelle ou potentielle aux revenus de l'auteur dans ce pays. Les principes de l'ALI n'apportent pas plus de précision sur cette question.

3. La clause d'exception

719. La proximité comme principe correcteur – Les principes CLIP comme ceux de l'ALI tiennent compte du principe de proximité à la fois en tant que principe inspirateur de la règle de conflit comme le montrent les lignes qui précèdent qu'en tant que correcteur du principe de territorialité. L'existence d'une clause d'exception comme correctif des solutions applicables aux atteintes ubiquitaires est illustrative de ce constat.

[1003] Opposition entre la position de la Cour de cassation et celle de la CJUE.

[1004] En ce sens, V. PIRONON, préc.

[1005] L. MARINO, *op. cit.*, n° 75. En matière de compétence juridictionnelle, la CJUE a cependant précisé que « afin de déterminer si un commerçant, dont l'activité est présentée sur son site Internet ou sur celui d'un intermédiaire, peut être considéré comme «dirigeant» son activité vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, au sens de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001, il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux. »

[1006] J. KNETSCH, « Des juridictions compétentes pour connaître d'une contrefaçon sur internet » : *Rev. crit. DIP* 2013, p. 192.

Lorsque l'atteinte alléguée est globale et que le juge est de ce fait appelé à appliquer la loi ou les lois désignées comme ayant les liens les plus étroits avec la situation, chacune de ces règles de conflit prévoit en effet la possibilité pour les parties de démontrer qu'une loi non retenue aurait donné un résultat différent[1007]. Le cas échéant, le juge en tient compte dans la modulation de la solution applicable. A supposer par exemple une œuvre mise à disposition sur internet, quand bien même la loi française serait applicable en tant qu'elle présente les liens les plus étroits avec la situation, il serait possible de démontrer la licéité de l'atteinte au Canada lorsque par exemple l'œuvre est tombée dans le domaine public dans ce pays ou encore le bénéfice d'une loi plus favorable prévoyant une exception[1008]. L'admission d'une clause d'exception devrait conduire par exemple le juge à limiter le montant des dommages et intérêts ou à ne pas prononcer le blocage du site dans les pays où cette exception est soulevée.

720. Caractère partiel de la clause d'exception – Il est remarquable que la clause contenue dans cette règle ne soit cependant pas formulée de manière classique[1009]. Globalement, les clauses d'exception permettent d'écarter une loi compétente au titre d'une règle de conflit principale – en général fondée sur un rattachement fixe – au profit d'une loi concurrente dont il est démontré qu'elle présente les liens les plus étroits. Si le mécanisme est admis comme un correcteur efficace de l'aspect par trop automatique des règles de conflit traditionnelles[1010], il n'en est pas moins critiqué dans sa version classique, pour l'insécurité juridique dont il serait générateur[1011]. Les parties à un litige seraient en effet soumises au risque permanent de voir le rattachement fixe mis en échec par la démonstration d'une plus grande proximité de la situation avec un autre pays. Or une telle démarche, fortement casuistique, pourrait s'avérer antinomique avec l'objectif de prévisibilité.

Les rédacteurs des principes CLIP comme ceux de l'ALI ne retiennent en réalité qu'une forme de clause d'exception partielle[1012] afin d'éviter une telle critique, mais aussi de tenir compte en

---

[1007] 3 :603 (3) des principes CLIP ; §321 (2) des principes de l'ALI.

[1008] ALI, commentaire des rédacteurs sous §321.

[1009] Comp. les termes de l'article 4 § 3 du règlement Rome II : « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 et 2, la loi de cet autre pays s'applique. »

[1010] P. LAGARDE, Le principe de proximité, préc., spéc., p. 97.

[1011] L. CORBION, *op. cit.*, n° 315 ; B. AUDIT et d'AVOUT, *Droit international privé*, LGDG, 2018, 8ème éd., n° 174.

[1012] Ce qui parait logique si l'on retient en réalité si l'on considère que la règle de base retenant les liens les plus étroits est elle-même fondée sur le principe de proximité.

réalité de la disharmonie des systèmes de protection des droits d'auteur. Il ne s'agit pas dans ce cadre de remplacer intégralement la ou les lois applicables par une autre jugée plus proche du litige ; la ou les lois qui présentent les liens les plus significatifs demeurent applicables, elles ne seront écartées que pour une certaine portion de l'activité litigieuse afin de prendre en compte dans l'application de la règle de conflit les spécificités de chaque ordre juridique auquel l'activité litigieuse se rattache.

721. Conciliation du principe de territorialité-souveraineté et d'un universalisme limité – Cette règle mobilise en réalité deux logiques *a priori* contradictoires et parvient à les réconcilier. D'une part, l'universalité et d'autre part la territorialité-souveraineté. L'universalité comme nous l'avons vu n'est pas parfaitement inconnue en matière de compétence législative en propriété littéraire et artistique. L'exemple le plus illustratif en est la règle de conflit retenue par la directive satellite dont la solution de principe consacre un rattachement au pays d'émission. Mais l'application à plus large échelle de la loi du pays d'origine se heurte inévitablement à l'harmonisation imparfaite et au résistant principe de souveraineté qui irrigue la territorialité du droit d'auteur. Les rédacteurs ont donc ambitionné d'élaborer une règle médiane limitant drastiquement le nombre de lois applicables tout en réservant un espace à la territorialité, c'est-à-dire en prenant en compte les spécificités législatives de chaque pays concerné par l'exploitation.

B. Approche critique

722. L'application d'une loi unique fondée sur le principe de proximité pour l'ensemble du litige s'avère des plus avantageuses en ce qui concerne les atteintes ubiquitaires sur plusieurs points. Elle semble en effet s'inscrire dans un mouvement général qui tend à faire de la proximité le principe fédérateur en matière de règles de conflit et plus particulièrement s'agissant du statut délictuel[1013]. Si certains ont pu à raison s'inquiéter de cette progression en matière de droit d'auteur[1014] – compte tenu d'une part du risque de perte de spécificité qu'une telle évolution emporte et d'autre part, des limites en termes de prévisibilité – force est toutefois de constater que, tant les principes CLIP que ceux de l'ALI répondent de manière satisfaisante

[1013] P. LAGARDE, « Le principe de proximité », préc., spéc. p. 98.

[1014] J.-M. BISCHOFF, « De la loi applicable à la protection du droit d'auteur », préc.

à ces difficultés.

Les risques de perte de prévisibilité sont en effet limités par l'admission d'une liste de points de contact prioritaires, ce qui permet au demeurant de rapprocher le mécanisme de la solution fondée sur le principe de proximité de n'importe quelle règle de conflit, mais témoignent aussi de la recherche d'un meilleur équilibre des intérêts auxquels touche la protection des œuvres de l'esprit (1) ; quoique la notion de liens étroits (gagne à être renforcée) si elle est entendue trop largement puisse miner l'intérêt du principe de proximité (2), les incohérences pouvant résulter de l'application d'une loi étrangère au sein d'un ordre local – notamment dans le but de déterminer ce qui constitue une atteinte ou non – sont eux aussi limités par la technique de la clause d'exception partielle (3). *In fine*, l'originalité de la solution mène à examiner sa conformité au droit positif (4).

1. Facteurs de proximité et rééquilibrage des intérêts

723. La recherche de points de contacts équilibrés – La règle de conflit doit non seulement respecter les intérêts de l'auteur qui est naturellement au centre de la protection, mais aussi ceux de la collectivité, spécifiquement ceux des utilisateurs et des exploitants. Le dilemme qui se pose dans le choix d'une telle règle est de savoir s'il convient d'orienter la règle sur l'auteur ou ses ayants droit ou sur l'utilisateur litigieux. Ne tenir compte que des intérêts de l'auteur reviendrait à nier la dimension sociale du droit d'auteur et les intérêts du commerce international ; un tel risque est pourtant en germe dans le principe d'indépendance qui répute autant de monopoles que d'ordres juridiques. A l'inverse, un rattachement par trop centré sur l'utilisateur risquerait de déplacer théoriquement le centre de gravité sur le contrefacteur ; un tel risque est parfois relevé lorsque la loi du délit est exclusivement rattachée au lieu du fait générateur.

Les principes CLIP font vraisemblablement le choix de centrer les points de contact sur le contrefacteur (lieu de résidence, lieu du centre d'affaire…). Les principes de l'ALI quant à eux adoptent une approche plus équilibrée visant en priorité les lieux où les intérêts des parties au litige s'entrecroisent. En réalité, ces deux choix poursuivent selon nous des objectifs différents. L'un a pour but – au-delà de la recherche des liens les plus étroits – de contrebalancer les déséquilibres qu'engendre le principe de territorialité entre les parties, tandis que l'autre

s'inscrit dans une logique de la meilleure proximité[1015]. Mais les deux approches sont parfaitement admissibles. Il est vrai, s'agissant des premiers qu'une telle mise en avant du contrefacteur peut s'apparenter à un déplacement du centre de gravité du droit d'auteur qui, en tant que droit exclusif est centré sur l'auteur ou l'ayant droit. Toutefois, d'un point de vue théorique, s'agissant de l'atteinte à un droit fortement dépendant de sa définition législative, il n'est pas illogique de se référer au lieu où se situe la personne dont l'activité est incriminée, car c'est sans doute en connaissance des règles applicables en ce lieu qu'elle a agi[1016].

Il faut par ailleurs tenir compte des conséquences du principe de territorialité compris strictement. Le compartimentage des droits selon les ordres juridiques qu'il appelle met théoriquement à la charge de l'utilisateur de se conformer à l'ensemble des règles de chacun de ces ordres juridiques. Or, lorsque le réseau est potentiellement mondial, une telle tâche fait peser sur celui qui exploite le risque permanent que la législation d'un des nombreux territoires potentiellement affectés répute l'utilisation illégale[1017]. Partant, les rédacteurs semblent avoir choisi de se focaliser sur le contrefacteur au détriment de l'auteur ou de l'ayant droit afin d'opérer une forme de rééquilibrage au niveau du rattachement.

Quant aux principes de l'ALI, ils font montre sur ce point d'une certaine neutralité[1018]. Ils sont bien plus proches de la théorie classique des conflits de lois, où la règle de conflit, neutre par définition n'a pas vocation à rééquilibrer les rapports entre les parties[1019]. Les rédacteurs ont sans doute considéré que la possibilité d'appliquer une loi unique au litige, qui plus est fondée sur le principe de proximité suffit à établir un équilibre dans les intérêts de parties. La recherche d'un plus grand équilibre est ici secondaire sinon contenue dans la réalisation de l'objectif principal qui est d'atteindre la loi la plus proche de la situation juridique.

Quoique de manière générale, la règle de conflit, neutre par essence ne constitue pas un outil curatif des déséquilibres contenus dans une situation juridique, l'approche CLIP doit être mieux accueillie dans notre domaine. En l'espèce, le principe de territorialité contribue à renforcer les

---

[1015] On ne s'étonnera pas d'un tel parti pris s'il est rappelé que les point de contacts des principes de l'American Law Institute sont directement inspirés de ceux retenus par le *2nd Restatement* lui-même fondé sur le principe de la « *better law* ».

[1016] V. *supra*, n° 333.

[1017] A. METZGER, « Applicable law under the clip principles: a pragmatic revaluation of territoriality », préc.

[1018] Cependant, la proposition de principes antérieure visait plus nettement la loi les intérêts de l'auteur et des ayants-droit, V. §321(1)(c) qui visait « *the extent of the activities and the investment of the rightolders* » (2008).

[1019] Exception faite bien entendu des règles de conflit à coloration matérielle d'apparition plus récente.

déséquilibres des droits et obligations entre les ayants droit et les utilisateurs : les premiers peuvent saisir le juge dont ils savent qu'il leur sera le plus favorable quand les seconds se voient dans l'obligation de se conformer à un nombre impressionnant de lois locales. Pareil avantage constitue un frein potentiel à la circulation optimale des droits. Partant, il nous semble que la solution adoptée par les principes CLIP qui s'inscrit dans une logique de régulation quasi-matérielle présente un avantage supérieur afin de répondre aux limites de la territorialité du droit d'auteur.

2. La nécessaire prise en compte des liens les plus étroits

724. Proximité suffisante ou proximité *in concreto* – En termes de règles de conflit, la garantie d'une meilleure prévisibilité du droit applicable implique nécessairement l'adoption des termes les plus précis.

Le degré d'étroitesse requis avec la situation semble cependant diverger selon les principes. Il est observable en effet que les principes ALI visent le pays ou les pays ayant « *des liens étroits* » (« *close connection* ») avec la situation, tandis que les principes CLIP envisagent eux « *les liens les plus étroits* » (« *closest connection* »).

En ce sens, les premiers optent sur ce point pour une proximité suffisante tandis que les seconds retiennent une proximité *in concreto*. Ces deux dispositions recouvrent deux des formes de proximité dégagées par MM. BALLARINO et ROMANO lorsqu'ils relèvent qu'on peut exiger que, *« pour chaque espèce, la loi applicable soit c'elle de l'Etat avec lequel cette espèce présente « les liens les plus étroits », entendus cette fois-ci non pas dans l'abstrait, mais in concreto. Il faut donc se livrer ici à une « pesée » de tous les rattachements relevant de l'espèce pour en dégager l'État le plus fortement rattaché. On peut parler ici du principe de la plus grande proximité in concreto ou du « principe de proximité à l'état pur ». À l'inverse, on peut tout simplement se contenter d'une certaine proximité, sans pour autant exiger la plus grande proximité (ni in concreto ni dans l'abstrait). Dans ces cas, pour qu'une loi soit applicable, il suffit qu'elle présente un lien « étroit » avec l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire que ce lien soit « le plus étroit »* »[1020]. Les règles fondées sur la proximité suffisante relèvent d'une approche plus souple de la proximité. De ce fait, elles admettent naturellement un cercle de lois concurrentes plus ample que celles exigeant une proximité concrète. Sur ce point, les principes

[1020] T. BALLARINO et G. P. ROMANO, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », préc., spéc. p. 42 et s.

CLIP s'inscrivent plus strictement dans le sens d'une réduction des lois compétentes.

Cette formulation plus souple – liens étroits – peut se comprendre toutefois si l'on tient compte de ce que les principes de l'ALI visent aussi une pluralité de lois (« *law or laws* ») et non pas exclusivement une loi unique. D'un point de vue purement logique, il est loisible d'affirmer qu'un litige ne peut entretenir les liens les plus étroits qu'avec un seul ordre juridique quand bien même il entretiendrait des simples liens étroits avec d'autres ordres juridiques. Il faut sans doute entendre par là que les rédacteurs ne souhaitaient pas réduire de manière trop drastique la possibilité de voir plusieurs législations applicables, car il nous semble que lorsque l'on retient « *les liens les plus étroits* », l'hypothèse d'une pluralité de lois arrivant en situation d'*exæquo* en termes de proximité avec le litige devient particulièrement rare. En pratique, le risque d'une proximité entendue trop strictement pourrait être l'exclusion d'une loi qui entretiendrait des liens étroits avec la situation sans nécessairement qu'ils soient les plus déterminants. La non-inclusion d'un superlatif a sans doute paru logique aux rédacteurs afin de ne pas ruiner certaines des hypothèses dans lesquelles la règle a vocation à s'appliquer.

725. La pertinence supérieure des liens les plus étroits – Sur ce point, les principes ALI qui font le choix d'une simple proximité suffisante – « *liens étroits* » – n'assurent pas de la manière la plus efficace cette finalité. Une telle souplesse nous semble contradictoire avec la volonté de limiter la concurrence des lois applicables qu'entraîne le principe de territorialité. Poursuivant cet objectif, il aurait semblé adapté de rendre le plus exceptionnel possible les cas où plusieurs pays entretiennent des liens étroits. En n'exigeant qu'une proximité suffisante, on risque d'élargir le cercle des lois potentiellement applicables. Or, « *le plus ample est le cercle des lois « candidates » à l'application, le plus « lâche » est donc ou peut être la proximité objective suffisant pour qu'une loi soit appliquée* »[1021]. Il est par ailleurs à craindre que le faible niveau d'exigence en termes de proximité ne favorise un certain lexforisme. En pratique, il n'est pas exclu pour la commodité qu'un tel raisonnement emporte que la combinaison de facteurs territorialistes comme la saisine du juge et l'accessibilité de l'œuvre soient considérés comme autant de points de contacts établissant une proximité suffisante[1022] avec du for quand bien même d'autres facteurs seraient en mesure de conduire à une proximité plus concrète ailleurs.

726. En visant les liens les plus étroits, les principes CLIP restreignent nécessairement le cercle des lois potentiellement applicables et offrent en ce sens de meilleurs gages en termes de

---

[1021] T. BALLARINO et G. P. ROMANO, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », préc., spéc., p. 47.

[1022] *Ibid.* ; V. aussi en ce sens, R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 173.

proximité et de prévisibilité.

3. La clause d'exception partielle comme technique de conciliation de principes divergents

727. (a) Universalisme encadré – De plus, l'application d'une clause d'exception partielle permet de respecter la nature spécifique des droits de propriété intellectuelle en conciliant l'universalité du droit applicable avec le principe de territorialité. En dépit d'un recul manifeste de la souveraineté dans les relations transnationales, les Etats conservent un intérêt à voir leur loi s'appliquer à la régulation internationale des droits de propriété intellectuelle ; sans doute parce qu'il s'agit de droits exclusifs impactant la liberté du commerce et de l'industrie d'une part, et le droit à l'information du public d'autre part[1023]. En ce sens, l'universalité emporte une limitation du principe de souveraineté car elle implique que potentiellement, ce soit une loi autre que celle du pays de l'atteinte qui soit appelée à réguler ces arbitrages. Or, une telle approche risque de se heurter au principe selon lequel chaque ordre juridique pose ses règles de droit en considération de ses propres visées ; elles obéissent donc à des logiques propres qui peuvent naturellement diverger d'un pays à un autre.

Cependant, lorsque qu'il est possible de démontrer qu'un résultat différent serait atteignable si la loi d'un pays ayant un lien étroit avec le litige était prise en compte, en réalité, chaque ordre juridico-économique conserve dans ses limites territoriales un droit de regard légitime sur ce qu'il est autorisé ou interdit de faire avec une œuvre de l'esprit nonobstant l'existence d'une situation internationale. La solution n'est pas seulement fondée sur le principe de proximité, mais elle relève aussi d'une forme d'universalisme, même s'il s'agit nécessairement d'un universalisme limité qui tient compte de la nature territoriale des droits d'auteur.
Cette démarche permet non seulement de trouver un point d'équilibre entre les différents principes inspirateurs de la règle, mais de limiter l'insécurité juridique que l'appel à la proximité peut entrainer.

728. (b) La clause d'exception comme facteur de sécurité juridique – L'originalité méthodologique de la clause d'exception dite partielle permet aussi de prévenir les limites associées au principe de proximité dans son rôle correcteur. Comme souligné, le reproche traditionnellement adressé au mécanisme des clauses d'exception est son imprévisibilité, dans

[1023] V. *supra*, n° 85.

le sens où les règles assorties d'une telle clause, posent à titre de présomption la compétence d'une loi entretenant les liens les plus étroits avec la situation, à moins que les circonstances de l'espèce ne permettent d'établir une plus grande proximité avec un autre pays. Ces circonstances peuvent ne pas avoir été prévues par les parties au litige ; la méthode, fortement casuistique, fait il est vrai peser sur les parties un fort risque d'insécurité juridique.

Toutefois, une telle insécurité est, nous semble-t-il, prévenue s'il est possible d'exciper d'un résultat différent dans un pays donné sans que pour autant la solution globale ne soit remise en cause. Par exemple, si l'on considère le cas d'une personne exploitant l'œuvre dans plusieurs pays – dans le cadre d'un site de vidéos à la demande. A supposer une décision ordonnant la fermeture du site sur la base de la loi française – loi entretenant les liens les plus proches avec la situation à partir des facteurs précités. Si l'on s'était limité à admettre l'application d'une loi unique, compte tenu de la territorialité des droits d'auteur et de l'harmonisation imparfaite de ceux-ci, on irait au-devant d'une situation dans laquelle une exploitation ou une utilisation pourrait-être empêchée, alors même qu'elle serait éventuellement considérée comme légale en application de la loi du pays au sein duquel elle aurait lieu. Or, si l'on couple une telle solution avec une clause d'exception – que nous disons à ce titre, partielle – la pérennité de l'exploitation pourrait être sauvegardée au titre d'une disposition plus favorable tirée de la législation d'un pays entretenant des liens étroits avec la situation. Ainsi, suivant notre exemple, l'injonction de clôture du site se limiterait uniquement aux pays où une atteinte est constituée.

729. *In fine*, force est de constater que l'admission d'une clause d'exception sert dans ce cas la sécurité juridique des utilisateurs qui pourront ainsi déterminer à l'avance les pays au sein desquels l'atteinte est effective et ceux où l'exploitation est légale et ne subiront pas les affres d'une logique immodérément universaliste.

730. En réalité, l'innovation des solutions qui viennent d'être examinées porte moins dans l'admission du principe de proximité que dans les conséquences qui en sont tirées, à savoir la compétence d'une loi unique ou d'un cercle limité de lois pour une atteinte potentiellement mondiale. Pourtant, bien qu'elle semble éloignée du principe de territorialité, la solution n'en est pas moins compatible avec le droit positif.

4. La conformité au droit positif d'un universalisme fondé sur le principe de proximité

731. L'application d'une règle de conflit fondée sur le principe de proximité nous parait

d'autant plus admissible qu'elle est désormais admise en jurisprudence. L'observation de la jurisprudence internationale montre en effet une certaine tendance à recourir au principe de proximité comme régulateur des failles du principe de souveraineté.

En France, notamment, après avoir assimilé la *lex loci protectionis* à une *lex loci delicti* pure et simple – rattachement au lieu de l'atteinte – la Cour de cassation s'est orientée vers une approche plus directement fondée sur le principe de proximité. Ainsi dans l'arrêt « *aufeminin.com* », pour retenir la compétence de la loi française, les juges ont mis en lumière un certain nombre de facteurs établissant « *un lien de rattachement substantiel* » du litige avec la France parmi lesquels, la langue française utilisée par le site incriminé, la destination des textes au public français, leur accessibilité en France par les adresses URL en « .fr ». On comprend par la largesse des critères retenus qu'il ne s'agissait d'une application classique de la méthode de la focalisation, c'est-à-dire le rattachement par le public ciblé, mais d'une logique de points de contact plus assimilable au principe de proximité[1024].

Aux Etats-Unis, une approche analogue est admise en matière de droit applicable à la titularité ; si dans ce domaine, la compétence est celle du pays de première publication, la décision de principe ne s'en réfère pas moins à ce pays en tant qu'il entretient les liens les plus étroits avec la question de la titularité initiale[1025].

732. Proximité et application d'une loi unique – Ces jurisprudences n'indiquent cependant pas de manière claire la portée du rattachement « proximiste » qui en est au principe. En d'autres termes, la question demeure ouverte de savoir si le recours à la proximité peut être poussé jusqu'à admettre la compétence d'une loi unique pour l'intégralité du litige comme le proposent les principes de lois applicable susvisés.

Des pistes de réponses positives sont nous semble-t-il contenues dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation. En effet, la Haute juridiction a récemment rendu un arrêt dans lequel elle confirme la jurisprudence « *aufeminin.com* » tout en apportant certaines précisions sur son application. Le litige opposait la société de prêt à porter H&M à la société E. PUCCI. En 2009, un ancien directeur artistique de la société E. PUCCI, avait créé une collection pour la marque suédoise. Or, dans un magazine promotionnel mis en ligne par H&M, certains produits de la collection imitaient des créations de la société PUCCI et d'autres étaient plus directement présentées comme de créations originales de cette dernière. La société PUCCI assigna alors

---

[1024] L. USUNIER, « De la loi applicable à une contrefaçon commise sur Internet », préc. spéc. p. 607

[1025] US Court of Appeals, Second Circuit, 27 août 1998, préc.

H&M pour contrefaçon. Contestant l'application de la loi française au fond, la défenderesse se pourvut en cassation. Le pourvoi soutenait que la loi du lieu de protection renvoyait à celle du lieu du fait dommageable et que celle-ci devait s'interpréter comme la loi du lieu où les agissements fautifs ont eu lieu. La Cour de cassation rejette cet argument, elle confirme la compétence de la loi française au motif que « *le magazine litigieux diffusé depuis l'adresse www.hm.com./fr et écrit en langue française, avec mention de prix en euros alors que la Suède ne fait pas partie de la zone euro, est destiné au public français, caractérisant ainsi l'existence d'un lien substantiel avec la France, pays où les actes incriminés étaient réalisés ; que la cour d'appel qui, dès lors, n'était pas tenue de rechercher si le litige, au regard de l'ensemble des pays concernés par la diffusion de ce magazine, pouvait présenter des liens plus étroits avec la Suède, en a exactement déduit qu'au sens de l'article 5.2 de la Convention de Berne, la France était le pays où la protection était demandée et que les faits incriminés relevaient de la loi française* ». En d'autres termes, le dommage n'étant revendiqué que pour la France[1026], il appartenait au juge de rechercher l'existence d'un rattachement substantiel du litige avec ce pays. Il n'y avait pas de recherche en termes de liens plus étroits à opérer avec un autre territoire quand bien même il s'agirait du pays au sein duquel les agissements délictueux se sont réalisés. Partant, on pourrait en déduire qu'une méthodologie alternative doive être appliquée dans les situations où la réparation est demandée pour plusieurs pays, c'est-à-dire dans les cas où la compétence du juge est reconnue pour l'intégralité du dommage[1027].

733. Dans ces conditions, plusieurs ouvertures sont *a priori* possibles, mais il faut à notre sens s'atteler à rechercher celle qui renverse au mieux les effets négatifs de la territorialité tout en assurant aux parties la plus grande prévisibilité.

La première possibilité serait de maintenir le *statu quo* en respectant la territorialité la plus stricte. Ceci reviendrait à dire que le juge appliquerait distributivement la loi de chaque pays. Dans le cadre d'internet, la tâche peut s'avérer insurmontable pour la personne dont les actes de contrefaçon sont reprochés en termes de prévisibilité. Une telle rigueur dans l'application du principe de territorialité ne correspond pas à l'évolution du commerce international et aux besoins des utilisateurs. Elle doit être dépassée.

Une seconde approche peut consister à n'appliquer que la loi du fait générateur, puisque c'est précisément en raison de ce statut que le juge sera appelé à régir l'intégralité du litige. La

---

[1026] CJCE, 7 mars 1995, Aff. C-68/93, « *Fiona Shevill* », préc.

[1027] Rapp. E. TREPPOZ, note sous Cass. civ. 1ère, 26 septembre 2018, n° 16-18.686 : *Dalloz IP/IT* 2019, p.104 s.

solution est en termes de prévisibilité la plus adéquate. Mais une telle solution a déjà été décriée à l'occasion de l'arrêt *Lamore* pour les risques de manipulations techniques qu'elle emporte[1028].

La troisième hypothèse pourrait être l'application d'une loi unique ou d'un cercle limité de lois reconnues comme ayant les liens les plus étroits avec le litige. La méthode consistera dans ce cas à élargir les points de contact, le critère du public visé ne devenant lui-même qu'un facteur parmi d'autres démontrant la proximité avec un ordre juridique visé. Il s'agirait indubitablement d'une résolution universaliste dont on pourrait douter *a priori* qu'elle soit compatible avec le principe d'indépendance de l'article 5.2 de la convention de Berne. Les droits d'auteur sont intrinsèquement liés au pouvoir souverain des Etats et la compétence d'une loi étrangère pour dire ce qui est licite ou non, compte tenu de cette nature, paraît conceptuellement réfutable. L'universalisme mal calibré peut s'avérer lui aussi un obstacle à la circulation des œuvres de l'esprit.

734. Conformité au principe d'indépendance des protections – Cependant, la critique serait tout à fait valide si l'on se contentait d'appliquer sèchement une loi unique sur la base de sa proximité avec l'intégralité du litige. Le recours à une clause d'exception apparait dès lors nécessaire à titre correctif[1029]. En effet, la possibilité de démontrer qu'un résultat différent serait obtenu en application d'une loi différente de celle retenue pour l'intégralité du litige permet de respecter la territorialité et la séparation des ordres juridiques. Il y a derrière la compétence d'une loi unique ou d'un ensemble restreint de lois l'idée selon laquelle l'ensemble des lois qui ont un rapport avec le litige sont matériellement équivalentes ou auraient abouti à des résultats identiques. Aussi, théoriquement, il n'y a qu'une entorse relative à la souveraineté de chaque Etat sur sa capacité à réguler l'utilisation des œuvres sur son territoire.

735. La possibilité de démontrer qu'une loi connectée au litige aurait donné un résultat différent permet en définitive de respecter le principe d'indépendance stipulé à l'article 5.2 de la Convention puisqu'il s'agit ici de tenir compte des spécificités matérielles de chaque ordre juridique : la loi du pays A est applicable à l'intégralité du litige car elle en est la plus proche ; s'il est démontré que la loi du pays B, elle aussi connectée au litige, conduirait à une solution

---

[1028] Comp. cependant, CJUE 27 sept. 2017, aff. jointes C-24/16 et C-25/16, « *Nintendo Co. Ltd c/ BigBen Interactive GmbH et BigBen Interactive SA* » : *D*. 2017. 1977 ; *ibid*. 2018. 972, obs. CLAVEL et 978, obs. F. JAULT-SESEKE ; *ibid*. 1574, obs. J.-C. GALLOUX et P. KAMINA ; *ibid*. 1940, obs. d'Avout ; *Dalloz IP/IT* 2018. 190, obs. KAHN ; *RTD eur*. 2018. 851, obs. TREPPOZ.

[1029] On assiste théoriquement à une inversion de la valeur des principes. Le principe de proximité concrète inspire la solution, il est porteur d'universalité, mais celle-ci est limitée par un retour à la territorialité.

différente, le juge tient compte du contenu matériel de cette loi. On fait ainsi converger territorialité, souveraineté et proximité. Il est loisible d'observer qu'ainsi appliquée, la clause d'exception partielle permet de sauvegarder l'intérêt du principe d'indépendance dont la finalité était de permettre aux auteurs et aux ayants droit de jouir d'autant de droits que de pays[1030]. Or, le recours à la clause d'exception partielle, en permettant un juste retour à la territorialité ambitionne d'empêcher que la règle de conflit applicable ne vienne neutraliser une utilisation autorisée par une LDA entretenant elle aussi des liens étroits avec le litige.

Cette convergence de finalités est porteuse de compatibilité entre le droit positif et les solutions proposées.

736. En dernière analyse, la défense d'une territorialité strictement analogue à celle qui a prévalu depuis la révision de 1908 de la Convention de Berne ne paraît plus admissible en l'état du commerce transnational. Sur la base d'une compréhension aussi élargie de la territorialité, il serait difficile de réfuter une règle d'interprétation comme l'accessibilité en matière d'atteinte sur les réseaux numériques. Pourtant, une telle règle qui déséquilibre les intérêts entre les détenteurs de droit et les utilisateurs, favorise le *forum shopping* et l'imprévisibilité du droit applicable est pourtant celle qui s'accorde le mieux avec l'indépendance des protections. En ce sens, la démarche relève d'avantage du pragmatique que du théorique. Il semble aller de soi que les instigateurs d'un tel principe n'avaient pas à l'esprit la possibilité qu'une utilisation unique puisse se répercuter mondialement. Ce risque doit être intégré comme une donnée fondamentale de la recherche du droit applicable.

Si un retour à un universalisme absolu ne peut être admis en l'état du droit positif, logiquement, la concurrence exacerbée des ordres juridiques devrait être prévenue par la réduction du domaine de la territorialité. Il faudrait pour ce faire se focaliser sur l'impact concret qu'une utilisation aura dans chaque ordre juridique. Mais cette recherche d'impact pouvant elle-même être affectée de certaines insuffisances, elle doit être prise comme un indice, certes prépondérant permettant d'établir avec une certitude accrue qu'un pays parmi ceux diversement impactés par une exploitation litigieuse entretient avec cette dernière les liens les plus étroits.
Selon une méthodologie différente, cette limitation pragmatique du domaine de la territorialité devrait se poursuivre sur le domaine de l'existence des droits, certes exceptionnellement en matière de titularité initiale.

[1030] A. PILLET, *Recueil des cours*, spéc. p. 504.

Paragraphe 2 : Titularité initiale

737. Complexité du problème de la loi applicable à la titularité – La question de la titularité est celle qui met le plus aux prises les auteurs quant à la place à donner respectivement à la territorialité ou à l'universalisme du droit applicable. Le problème de la loi applicable pose en effet une équation drastique dont les termes sont la cohérence théorique du système, les intérêts à protéger et la sécurité juridique. Alors que la cohérence de chaque système interne et la prise en compte de ses spécificités appellent à privilégier la territorialité, le besoin d'une plus grande stabilité du droit applicable et partant de la sécurité juridique, élément essentiel du commerce international, invitent à privilégier les solutions basées sur l'universalisme.

L'observation du droit positif et des récentes propositions de droit applicable illustrent la consécration de l'un et l'autre de ces courants. A l'instar de la position de la Cour de Cassation dans l'arrêt ABC[1031], les principes CLIP soumettent la question de la titularité initiale à la loi du lieu où la protection est demandée (1), tandis que se rapprochant de la jurisprudence américaine depuis l'affaire *Itar Tass*[1032], les principes de l'ALI ont opté pour une mise en retrait de la territorialité. Dans ce dernier cas, tout se passe comme si l'identification du titulaire initial était dotée d'une spécificité dans la catégorie de la propriété intellectuelle, de sorte qu'un rattachement particulier puisse lui être octroyé.

738. La question de la titularité initiale redouble d'autant plus en complexité qu'elle s'insère souvent dans des situations juridiques ne se limitant à la catégorie des droits intellectuels[1033], mais se prolongent sur d'autres comme le contrat ; ce sera le cas de l'œuvre collective d'une part et des œuvres crées par des salariés. A ce titre, il convient de poser à titre principal une limitation du principe de territorialité (A) – quoiqu'un tel parti pris ne soit pas partagé par les propositions de droit applicables examinées – tout en proposant des correctifs aux incohérences et insécurités qu'une telle forme d'universalisme pourrait emporter (B).

[1031] Préc.

[1032] US Court of Appeals, Second Circuit, 27 août 1998, préc.

[1033] C. OTERO GARCIA-CASTRILLON, « Choice of Law in IP: Rounding Off Territoriality » in P. TORREMANS (dir), Research Handbook on Cross-Border Enforcement of Intellectual Property, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, spéc. p. 432.

A. Principe général : le rejet du principe de territorialité

739. Complexité des relations de titularité – Un principe général visant à limiter le champ de la territorialité en matière de titularité doit être retenu au nom de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions, ce qui appelle à poser l'universalisme comme principe de départ. Ce principe général doit cependant opérer certaines déclinaisons spécifiques en termes de rattachement afin de prendre en compte la complexité des relations dans lesquelles les revendications liées à la titularité interviennent. Cette hyperspécialisation des règles peut certes faire craindre une complexification du cadre juridique. Force est toutefois de constater que la sophistication des modes de création et d'exploitation impacte les règles de titularité, si bien que l'image de l'auteur unique tend à s'estomper au profit de situations dans lesquelles les droits sont partagés entre divers parties prenantes à l'effort créatif où à l'exploitation. De même, cet effort créatif et cette exploitation tendent à s'imbriquer dans des relations complexes de travail ou de formes connexes[1034].

740. Sur ces bases, il semble judicieux de proposer des aménagements adaptés selon que la revendication repose sur un auteur unique (1), une pluralité d'auteurs (2) ou selon qu'elle s'insère dans une relation de travail (3).

1. Titularité unique

741. L'avènement de la loi du pays de résidence de l'auteur comme dépassement des rattachements traditionnels défaillants – Fidèles à leur philosophie qui est de coller au plus près des solutions de droit positif européen, les principes CLIP adoptent une position peu innovante, fondée sur le principe territorialiste (a) ; à l'inverse, les principes ALI optent pour la mise à l'écart tant de la loi du pays pour lequel la protection est demandée autant que de celle du pays d'origine au profit de la loi du pays de résidence du créateur au moment où l'œuvre a été créée.

a) Le *statu quo* territorialiste des principes CLIP

742. La stratégie du *statu quo* consacrée par les principes CLIP pourra permettre une meilleure intégration dans le droit positif dont elle suit la tendance (i) ; au vu cependant de tout

[1034] N. BINCTIN, « Droit international privé et propriété littéraire et artistique – le repli français », préc., spéc. p. 341 ; M. Van EECHOUD, *op. cit.*, p. 131 s.

ce qui précède et des difficultés que pose le principe de territorialité, elle ne nous parait toutefois pas adaptée (ii).

i) Une solution conforme au droit positif

743. Maintien de la territorialité – Si l'on admet la centralité du principe de territorialité en matière de droit d'auteur, la recherche d'une unification de tous les aspects d'une situation juridique sous un même rattachement plaide en faveur de la loi du pays de protection. Sur cette base, la jurisprudence *Chant du Monde* a été parfois décriée en doctrine pour la distinction qu'elle faisait entre l'existence et l'exercice des droits, seuls ces derniers étant soumis à la loi du pays pour lequel la protection est demandée[1035]. A l'observation de la solution proposée par les principes CLIP, la critique semble avoir porté ses fruits.

Un domaine extensif est en ce sens conféré à la loi du pays pour lequel la protection est demandée par les Principes CLIP. L'article 3 : 201 (1) dispose en effet :

> *« Initial ownership in particular autorship of copyrighted work and entitlement to intellectual property rights arising out of registration is governed by the law of the State for which protection is sought. »*[1036]

744. La loi du lieu de protection est non seulement compétente quelle que soit la nature du droit dont la titularité est revendiquée, mais en plus, elle vient clairement se substituer à toute distinction entre existence et exercice du droit. Sur ce dernier point, la solution peut se justifier sur plusieurs plans. Elle est indéniablement en accord avec le droit positif de nombreux pays.

[1035] V. *supra,* n° 256.

[1036] « La titularité initiale, en particulier la paternité des œuvres protégées par le droit d'auteur et celle des droits de propriété intellectuelle découlant de l'enregistrement est régie par la loi de l'Etat pour lequel la protection est demandée » (NT).

Il en va ainsi de l'article 93 de la LDA belge[1037] ; de la jurisprudence allemande[1038] ; autrichienne[1039]. En France, si l'on tient compte de la récente position de la Cour de cassation[1040] dans l'affaire *ABC*, force est bien de constater qu'il n'y a plus d'exception jurisprudentielle au principe de territorialité, hormis les cas explicitement énoncés par le Convention de Berne notamment.

Des ressorts théoriques et pratiques sont aussi mobilisés au soutien de cette solution.

745. Une solution en cohérence avec la théorie du conflit de lois – On peut en effet considérer le droit d'auteur comme un tout dont les règles sont établies les unes en considération des autres[1041]. Les règles relatives aux droit moraux par exemple découleraient directement du prisme personnaliste du droit d'auteur. Selon les auteurs qui y sont favorables, le principe de territorialité aurait vocation à protéger ces constructions, à l'inverse de l'agrégation de lois étrangères qui serait de nature à entrainer des résultats bancals parce que fondées sur des approches divergentes des droits d'auteurs. Ce serait le cas notamment lorsque la loi du pays d'origine – quand elle est compétente sur l'existence des droits – diverge de celle du pays de protection sur la personne au profit de laquelle naissent initialement les droits et en particulier en cas de dissociation entre le créateur et l'auteur. La loi locale pourrait être ainsi amenée à reconnaître des droits réservés à l'auteur à des personnes que ses propres règles excluent de ce statut.

[1037] « Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée.

Toutefois, la détermination du titulaire originaire d'un droit de propriété industrielle est régie par le droit de l'Etat avec lequel l'activité intellectuelle présente les liens les plus étroits. »

On notera toutefois une divergence que l'on peine à comprendre entre la règle applicable à la titularité des droits de propriété littéraire et artistique et celle des droits de propriété industrielle. Sachant que c'est précisément au sein des seconds que le principe de territorialité-souveraineté (consacré par l'enregistrement) est le plus prégnant, il aurait paru plus logique en ce sens d'édicter une règle fondée sur le principe de proximité pour les premiers et sur la territorialité pour les seconds.

[1038] BGH, 02 oct. 1997, *Spielbankaffaire : GRUR* 1999, 152.

[1039] *Supreme Court*, 17.06.1980, JBl. 1986, 655 : *GRUR Int.* 1986, 728 – « *Hotel-Video* ».

[1040] En ce qui concerne cette le caractère de principe de cette jurisprudence, un léger doute subsiste dans la mesure où la solution portait sur l'interprétation d'une disposition de droit conventionnel ; compte tenu cependant du succès de la Convention de Berne et du champ d'application particulièrement indigent qu'elle laisse au droit commun, il semble indiqué d'admettre la généralité de ladite jurisprudence.

[1041] P.-D. CERVETTI, « La recherche de la titularité des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit se fait en application de la lex loci protectionis », préc., spéc. n° 14.

Par ailleurs, une telle application distributive des lois applicables ne serait pas parfaitement orthodoxe vis-à-vis de la théorie du conflit de lois. Elle appellerait selon certains auteurs[1042] à créer une fausse spécificité à la question de la titularité en la soumettant à un rattachement à part, alors que le découpage d'une même institution juridique en sous-ensembles soumis à des rattachement différents ne devrait être admise que de manière exceptionnelle et nécessaire[1043]. Partant, une lecture classique du conflit de lois commanderait de confier à la loi du lieu où la protection est demandée le soin de dire, en même temps que l'atteinte éventuelle ou la durée par exemple, qui est initialement investi des droits d'auteur.

746. Déséquilibre des forces – La solution serait aussi dictée par des impératifs pratiques, en considération des divergences fondamentales entre les ordres juridiques sur la question de l'autorat[1044]. La logique personnaliste à l'œuvre dans les systèmes de droit d'auteur postule une protection plus accrue du créateur de l'œuvre, nécessairement une personne physique[1045]. Dans les pays de *copyrigh*t, l'absence d'une telle sacralité de l'auteur personne physique justifie l'octroi *ab initio* de droits intellectuels à une personne morale.

En vertu du double rattachement que pratiquent certains systèmes de droit, la titularité initiale est soumise au pays de première publication soit le pays d'origine de l'oeuvre. Or, le créateur, partie considérée faible dans les relations avec certains exploitants ne serait que rarement en situation d'influencer le choix du pays d'origine. Dans les faits, la règle de conflit favoriserait donc les exploitants qui seraient ainsi tentés d'imposer systématiquement les publications initiales dans les pays dont la loi leur confère le statut d'auteur. Dans les systèmes de droit d'auteur, le risque en pareille configuration est de voir le créateur privé de tous droits moraux à rebours de leurs propres conceptions. Le besoin de pallier un tel risque a suscité une « *jurisprudence de combat* » en France notamment. Mais le caractère hégémonique en a parfois été critiqué[1046].

L'application de la loi du pays de protection aurait dans ce contexte des vertus simplificatrices et protectrices : non seulement, la même loi est applicable à l'ensemble des aspects du droit d'auteur – ce qui limite l'intérêt d'une localisation (complexe) du pays d'origine – mais en plus,

---

[1042] A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, n° 1344.

[1043] V. *supra*, n° 572.

[1044] A. METZGER, « *Applicable law* (…) », p.4 s.

[1045] Exception faite des œuvres collectives en France notamment.

[1046] V. en ce sens, J.-C. GINSBURG et P. SIRINELLI, note sous, Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, préc.

les montages défavorables aux créateurs d'œuvres de l'esprit seraient ainsi prévenus.

ii) Inadaptabilité de la solution

747. Insécurité juridique – La compétence de la loi du lieu pour lequel la protection est demandée ne nous semble pas la plus satisfaisante. En effet, la territorialité semble encore admissible avec les amendements qui ont précédemment été proposés en matière d'atteinte voire, vis-à-vis de certains aspects de l'existence des droits. Que les conditions de protection ou d'utilisation varient d'un pays A à un pays B n'entache que de manière relative la sécurité juridique, il s'agit d'une conséquence peu évitable de la division des Etats en ordres juridiques indépendants. Cependant, que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle varie selon le lieu pour lequel la protection est demandée cadre mal avec l'impératif de stabilité et de sécurité juridique qui sont consubstantiels à une circulation optimale des œuvres dans le commerce international. L'approche qui consiste à soumettre l'ensemble des aspects du droit d'auteur à la territorialité pêche par son esprit de système, qui ne correspond plus aux besoins des parties impliquées dans la création et l'exploitation des œuvres de l'esprit, quoiqu'il irrigue encore le droit positif.

L'argument de l'intérêt pratique de la loi du pays de protection s'avère lui aussi limité dans la mesure où il est évoqué comme s'il suffisait d'adopter une telle solution pour que le créateur de l'œuvre se confonde toujours avec l'auteur. Or, il se peut bien que le droit soit revendiqué pour un pays au sein duquel l'auteur n'est pas nécessairement le créateur (*work made for hire* ou œuvre collective). Théoriquement, on pourrait donc avoir autant de titulaires initiaux que d'Etats ; nul besoin d'insister sur les risques de *forum shopping* qu'une pareille situation emporte et la complexité en termes d'interprétation à laquelle les juges seraient soumis, lorsque notamment la protection serait demandée pour plusieurs pays.

748. Les intérêts des créateurs ne peuvent bien évidemment pas être mis au second plan au prétexte de la recherche d'une permanence du droit applicable. Tout comme la cohérence des constructions théoriques ne devrait pas constituer un obstacle à la sécurité juridique qui nous semble une nécessité autrement plus pratique. Une approche alternative peut être trouvée tout en respectant l'ensemble de ces impératifs.

b) La désignation du titulaire initial par un rattachement universaliste

749. En ce qui concerne la question de la titularité, une place droit être faite à l'universalisme au détriment de la territorialité. L'application d'une loi permanente postule une meilleure

sécurité juridique à condition qu'elle soit insusceptible de déséquilibrer trop grandement les rapports entre les parties.

Le droit positif montre que dans certaines législations[1047], la loi du pays d'origine de l'œuvre est appelée à jouer ce rôle et, hormis l'article 14*bis* qui est une règle spéciale, la Convention de Berne elle-même est silencieuse sur la question. Nous avons vu que son identification s'avère source de difficultés et que sur le plan pratique, les créateurs pourraient en ressortir défavorisés. Dans le même ordre d'idées, nous avons démontré les limites que présente la loi personnelle de l'auteur.

Touterois, il serait erroné de penser que l'universalisme en matière de droit d'auteur ne peut passer que par ces rattachements. Force est de constater que le lieu de résidence et le contrat sont autant de rattachements concurrents qui peuvent être pris en compte. Pour leur mise en application, il conviendra cependant de distinguer selon les spécificités de chaque situation.

750. Compétence du pays de résidence du créateur – Une alternative sérieuse pourrait consister à prendre en compte le pays de résidence du créateur de l'œuvre en lieu et place du pays d'origine ou de celui pour lequel la protection est demandée.

C'est en tous cas le choix fait par les principes de l'ALI. L'article **§** 313 dispose en effet :

> *« (1) Initial title to other rights that do not arise out of registration is governed by:*
>
> *(a) If there is one creator, the law of the creator's residence at the time the subject matter was created; »*[1048]

751. Focalisation sur le créateur – Il convient d'abord de remarquer que le choix est fait d'opérer un rattachement non pas en fonction de l'auteur, mais plutôt en fonction du créateur. La difficulté avec un rattachement par l'auteur est sa variabilité selon les pays. En effet, l'auteur est une notion juridique diversement qualifiée selon le droit matériel de chaque pays, tandis que celle de créateur, est une notion de fait universelle. S'il fallait privilégier un rattachement par l'auteur, il faudrait donc au préalable en passer par la définition de ce qu'est un auteur.

[1047] En ce sens, l'art. 48 al. 1 du Code civil portugais ; l'art. 67.1 de la LDA grecque de 1993 ; l'art. 2624 du Code civil roumain de 2011, préc.

[1048] « La titularité des droits qui ne découlent pas d'un enregistrement est régie par :

a) Lorsqu'il n'y a qu'un seul créateur, la loi du pays de résidence au moment où l'œuvre litigieuse a été créée (…) » (NT).

S'agissant d'une qualification principale, elle devrait logiquement s'opérer *lex fori*. On en reviendrait au point de départ problématique. L'auteur dans un pays A pourrait être la personne physique créatrice de l'œuvre, tandis que dans le pays B, ce pourrait être le commanditaire de cette œuvre. Chacun aurait alors intérêt à saisir le juge dont l'interprétation de la notion d'auteur lui serait la plus favorable.

La référence au créateur semble alors l'alternative la plus judicieuse, car, même dans les systèmes juridiques qui accordent le statut d'auteur à une autre personne que le créateur, il ne s'agit jamais que d'une fiction juridique, la notion de créateur demeurant indéfiniment distincte de celle d'auteur. En termes de stabilité des interprétations, le rattachement par le créateur s'avère donc largement préférable : à la source d'une œuvre de l'esprit, il y aura toujours une personne physique[1049]. La référence au créateur permet ainsi de remettre ce dernier au centre de la règle de conflit. La place prépondérante qui est donnée à l'investisseur dans certains systèmes peine en vérité à se justifier si l'on rappelle qu'il n'y a ni œuvre, ni droit d'auteur sans une personne créatrice. L'investissement importe certes, sachant par ailleurs qu'il peut s'avérer particulièrement élevé. Mais la pièce maîtresse de toute création protégeable reste la personne qui crée.

Sur le plan du droit international privé, il n'en demeure pas moins que l'argument selon lequel la loi du lieu pour lequel la protection est demandée permettrait de renforcer la position du créateur, compris comme la partie faible dans ses rapports avec les exploitants, nous semble réfutable. En réalité, un tel objectif n'est jamais mieux réalisé que lorsque le créateur est mis au centre de la règle sans pour autant négliger les droits des exploitants qui ont besoin de stabilité – comme par ailleurs les créateurs eux-mêmes.

Ceci nous semble atteignable par le rattachement au pays de résidence habituelle de l'auteur au moment de la création.

752. Proximité du rattachement avec la situation – Un éminent auteur notait que la loi la plus juste à appliquer à une situation juridique est celle du lieu où celle-ci se manifeste extérieurement[1050]. Lorsque les débats porteront sur une atteinte, ce lieu sera généralement celui où une exploitation litigieuse s'est réalisée. Mais, la question de la titularité est précisément celle de dire au profit de quelle personne naissent les droits d'auteur. Or, on sait que ceux-ci découlent du seul effort créatif, qui est un acte positif, extérieur et repérable dans le temps et

---

[1049] M. Van EECHOUD, *op. cit.*, spéc. p. 181.

[1050] H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques*, n° 560.

l'espace[1051]. En ce sens, le lieu de résidence habituelle de l'auteur présente une nette proximité avec la question de savoir au profit de qui naissent les droits. C'est en effet au lieu où le créateur réside que généralement sera localisé son centre d'intérêts, où se concentre le plus souvent son public voire qu'est localisé le milieu social dans lequel il puise l'essentiel de son inspiration. En d'autres termes, la probabilité est maximisée que le lieu de résidence du créateur corresponde avec celui où le processus créatif s'est réalisé.

753. Le rattachement par le pays de résidence de l'auteur au moment où l'œuvre a été créée permet donc d'opérer un véritable bond qualitatif quant aux incertitudes de la règle de conflit. Plutôt que livrer les parties à une situation d'insécurité résultant des aléas d'exploitations diverses, l'application d'une loi permanente permet de gagner en prévisibilité tout en assurant à la partie faible une possibilité de mieux peser sur le droit applicable.

3. Créations plurales

754. La question de la pluralité d'auteurs qu'il s'agisse d'une œuvre de collaboration ou d'une œuvre collective complexifie autrement le problème de la titularité. Le choix du droit applicable s'avère d'autant plus difficile que plusieurs créateurs sont impliqués et qu'une logique d'investissement – notamment pour les œuvres collectives – y est prégnante.

Les revendications en ce domaine s'avèreront d'autant plus diversifiées qu'elles sont susceptibles de concerner non seulement les relations entre l'exploitant, les utilisateurs et les auteurs mais aussi entre les auteurs eux-mêmes. L'idée selon laquelle le véritable créateur de la règle doit être mis au centre de la recherche du droit applicable, tout en cherchant un équilibre pour les autres parties prenantes à l'exploitation de l'œuvre demeure de principe.

A ce titre aussi, plusieurs approches sont envisageables mettant en opposition universalité et territorialité et appelant à considérer différents rattachements.

a) Proposition CLIP

755. Les rédacteurs des principes CLIP ont voulu tenir compte des spécificités de chaque

[1051] Ce raisonnement pourrait, il est vrai justifier la compétence du lieu de création en soi. Mais sur le plan pratique, une telle approche risque de poser des problèmes d'interprétation et de preuve, notamment lorsque le processus créatif s'est accompli dans plusieurs pays ou lorsque le lieu de création est sans rapport particulier avec l'œuvre. Ceci réintroduirait une certaine dose d'incertitude qu'il s'agit précisément d'endiguer.

situation relative à la titularité initiale des œuvres plurales. Une distinction est ainsi posée selon que les revendications concernent les relations des créateurs avec les tiers ou selon qu'elles touchent à celles des créateurs entre eux.

756. i) Relations des titulaires avec les tiers : principe de territorialité – Dans le premier cas, les principes CLIP retiennent une position fondée sur la territorialité et reproduisent la solution applicable en matière de titularité unique. L'article 3 :401 dispose en ce sens :

> *« The law applicable to initial co-ownership shall be determined in accordance with Article 3:201 »*

Conséquence classique de l'application de la *lex loci protectionis*, chaque loi locale désigne indépendamment la personne sur laquelle naissent les droits ; un pays A pourrait bien considérer chaque collaborateur comme initialement investi des droits comme un pays B pourrait accorder *ex lege* ce droit exclusivement à la personne qui est à l'initiative de l'œuvre par exemple. Naturellement, la personne autorisée à octroyer une licence dans le pays A pourrait ne pas être la même dans le pays B. Ce faisant, les tiers devront se référer au lieu d'exploitation de l'œuvre afin de déterminer le régime de la titularité de l'œuvre.

757. ii) Relation entre les parties : principe d'autonomie et principe de proximité – L'article 3:402 précise en ce sens :

> *« Relations between the co-owners, in particular the licensing, waiver, consent and any other form of exploitation, the division of revenues, the authority to enforce the intellectual property rights and to bring suits, shall be governed by the law applicable to the parties' relationship such as contract, corporate agreements, succession or marriage. Otherwise the law with the closest connection shall apply. »*

En ce qui concerne les relations entre les parties, le principe de territorialité est mis de côté au profit de rattachements en cascade, par le contrat et les liens les plus étroits soit, l'autonomie de la volonté et le principe de proximité. Les collaborateurs à une œuvre collective pourraient donc décider de la loi applicable à la désignation du ou des titulaires initiaux des droits économiques. En absence d'un tel accord, la loi ayant les liens les plus étroits trouverait à s'appliquer.

b) Proposition de l'ALI : Universalisme du droit applicable

758. Le lieu de résidence du créateur de l'œuvre au moment de la création présente un intérêt certain en termes de proximité lorsque l'auteur est unique. Dans les faits, ce lieu entretiendra le plus souvent une proximité avec l'œuvre et sa diffusion. Mais en situation de pluralité d'auteurs,

logiquement, cette proximité s'affaiblit. Il ne relève pas du cas d'école dans un contexte de globalisation que les créateurs d'une même œuvre résident au sein de pays différents au moment de la création. Ce faisant, on comprendrait mal pourquoi la loi du pays de résidence d'un contributeur X devrait d'emblée s'appliquer au détriment de celle d'un contributeur Y. Le constat relève quasiment d'un truisme, mais n'interdit cependant pas toute recherche fondée sur l'applicabilité d'une loi unique.

759. Principe d'autonomie : loi du pays de résidence choisi par les contributeurs – Les principes ALI quant à eux reposent sur un mécanisme en cascade en trois étapes. En effet l'article § 313 (b) propose en cas de cotitularité que soit appliquée :

> *« (i) the law of one of the creators' residences, as designated by contract between or among the creators;*
>
> *(ii) if no contract resolves the issue, the law of the State in which the majority of the creators resided at the time of the creation of the subject matter;*
>
> *(iii) if no contract resolves the issue and a majority of the creators did not reside in the same State, the law of the State with the closest connection to the first exploitation of the subject matter; (...) »*[1052]

760. La solution des principes ALI vise principalement deux situations selon qu'il existe une convention entre les parties pour désigner le pays de résidence. L'universalisme, dans cette règle dérive de la loi d'autonomie, qui à titre de principe autorise les parties à désigner communément un lieu de résidence. Il s'agit toutefois d'une autonomie encadrée, puisque – sans doute par souci de proximité – le choix ne peut porter que sur l'un des pays de résidence des créateurs.

En l'absence d'un tel accord entre les cotitulaires, devrait d'abord s'appliquer la loi du pays de résidence de la majorité des auteurs au moment de la création. Ensuite, en l'absence de contrat et d'une majorité de créateurs ayant une résidence commune, la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation.

D'emblée, la solution écarte la compétence de la loi du pays pour lequel la protection est

---

[1052] « (i) la loi de l'une des résidences des créateurs, telle que désignée par contrat entre ou parmi les créateurs (ii) si aucun contrat ne résout la question, la loi de l'Etat dans lequel la majorité des créateurs résidait au moment de la création de l'objet ;
iii) si aucun contrat ne résout la question et si la majorité des créateurs ne résidait pas dans le même État, la loi de l'État présentant les liens les plus étroits avec la première exploitation de l'objet du contrat ; (...) » (NT)

demandée au profit de celle du lieu de résidence au moment de la création telle que qualifiée par les créateurs. Le choix d'une règle de conflit à caractère spatio-temporel est dans ce cadre compris comme le garant d'un meilleur équilibre entre les parties prenantes à l'exploitation de l'œuvre, mais semble surtout motivée par l'intérêt qu'elle emporte en termes de prévisibilité.

761. Reprenant l'exemple, précédent, en application de ces principes, la loi du pays A désignée par les parties comme pays de résidence au moment de la création définira le régime de la titularité tout au long de l'exploitation. Si la législation du pays A dispose que les droits naissent sur les créateurs, et que leur consentement est nécessaire à toute cession, ce régime devrait survivre au dépassement des frontières.

c) Approche critique

762. Quoique les principe CLIP y fassent recours à titre principal, force est de constater que la loi du lieu pour lequel la protection est demandée ne permet pas de répondre à la question de la titularité des œuvres plurales de manière satisfaisante, voire qu'elle contribue à complexifier le cadre juridique. Ce faisant, des approches alternatives fondée sur des rattachements fixes comme le pays de résidence, plus flexibles comme le pays des liens les plus étroits peuvent valablement être combinés afin d'obtenir la solution la plus adéquate.

i) Territorialité

763. En élisant la loi du lieu pour lequel la protection est demandée, les principes CLIP ont l'avantage de proposer une règle en cohérence avec l'étant. L'idée motrice en est qu'en vertu des divergences législatives entres systèmes de protection des droits, il serait plus judicieux, par la règle de conflit, de laisser chaque pays où une exploitation litigieuse est réalisée décider de la personne sur laquelle naissent les droits disputés. Ainsi, le risque que les créateurs se voient dépouillés de leurs droits en vertu d'une loi étrangère au sein d'un pays qui leur reconnaîtrait pourtant les droits revendiqués serait limité et les Etats contrôlent mieux les conditions d'accès et de bénéfice des monopoles d'exploitation sur leur territoire. Sécurité juridique pour les créateurs et cohérence des systèmes législatifs seraient ainsi sauvegardés.

Par ailleurs, la distinction élaborée entre revendications entre cotitulaires et revendications impliquant des tiers traduit un besoin d'exhaustivité, gage d'une meilleure prise en compte de la complexité qu'emportent la question de la titularité sur une œuvre de l'esprit *a priori*.

Toutefois, ce rattachement territorial peine à convaincre à l'examen. Au sein même de la

solution proposée, l'admission en complément de rattachements concurrents fondés sur les principes de proximité et d'autonomie montre bien que la territorialité ne peut être la panacée dès lors qu'un problème de droit international privé se pose en matière de droit d'auteur.

764. Difficultés de mise en œuvre – En pratique, ces solutions risquent de s'avérer très complexes à mettre en œuvre et il est loisible de se demander si une telle complexité ne vient au demeurant pas miner la faisabilité de la règle. En effet, le droit comparé montre une nette disharmonie quant au traitement des créations plurales. Prenons à titre d'exemple une œuvre collective. Dans un pays A, la titularité peut être reconnue *ab initio* à la personne morale qui en est à l'initiative. Dans un pays B, un tel statut est reconnu à chacun des auteurs et toute licence d'exploitation requiert l'autorisation de chacun des cotitulaires. Si l'on applique les propositions CLIP, il faudra distinguer selon que les revendications sont en lien avec des tiers ou selon qu'elles ne concernent que les créateurs. Dans le premier cas, il faudra appliquer la *lex loci protectionis*. Ainsi, selon le pays A, le titulaire initial sera la personne qui est à l'initiative de l'œuvre : ceci revient à dire que la personne morale pourra autoriser une exploitation dans ce pays. Mais si cette exploitation a lieu sur internet notamment, elle risque d'avoir un effet dans le pays B, qui répute la titularité initiale au profit des créateurs, et dans ce cas, l'utilisation pourra être réputée contrefaisante lorsque l'exploitant n'a pas recueilli l'autorisation par la personne reconnue titulaire initial dans le pays B.

765. La solution nous semble génératrice d'incertitude juridique, en particulier pour les potentiels exploitants qui ne pourront pas déterminer avec précision l'interlocuteur idoine, devant ainsi composer avec les aléas de la territorialité. Il n'est pas démontré que l'avantage prétendu d'une telle solution pour les créateurs – qui seraient souvent tentés de rechercher l'application des lois issues de systèmes personnalistes réputés plus protecteurs – compense le manque de sécurité juridique qui est ainsi instillé.

ii) Le pays de la majorité des auteurs

766. Le rattachement fixe à la loi de la résidence de la majorité des auteurs est sans doute la solution la plus innovante. Non seulement, elle remet le créateur de l'œuvre au centre du rattachement mais elle présente aussi l'avantage d'une franche facilité en termes de localisation. Il est vrai cependant que la loi du pays de résidence s'impose avec moins d'évidence en cas de pluralité d'auteurs que lorsqu'il n'y en a qu'un seul. En effet, en plus de ses vertus localisatrices, la compétence de la loi du pays de résidence se justifie par le fait qu'elle traduit un lien

d'intégration de l'individu à un certain milieu social. Un parallèle peut être tiré avec la création d'une œuvre de l'esprit. Le lieu de la résidence de l'auteur est généralement celui de son ancrage social et par ricochet celui de son œuvre. Mais lorsque les auteurs ne partagent pas le même pays de résidence, l'œuvre doit être perçue comme socialement ancrée dans des pays différents. La loi de la majorité perd de sa pertinence. Il faut donc en déduire que le recours à la loi de la majorité s'inscrit principalement dans une perspective réaliste privilégiant la loi la plus aisément identifiable mais aussi celle qui aurait pu être connue de la plupart des participants au moment de la création.

iii) Principe d'autonomie

767. Pertinence de la loi du contrat – la loi du contrat intervient dans les deux corps de principes. Ce qui est sans doute la marque de la place prépondérante qu'occupe désormais le principe d'autonomie dans la résolution des problèmes de droit international privé.

768. Pour les propositions CLIP, le principe d'autonomie sert à désigner la loi applicable à la titularité sur la base des relations préexistantes entre les parties. Une telle loi aura généralement l'avantage d'être connue et prévisible des parties. En revanche, en dehors de toute relation contractuelle préexistante, le recours au principe de proximité nous semble des plus indiqué.

769. Dans les principes ALI, le recours à l'autonomie de la volonté est plus direct. Les créateurs peuvent en effet définir conventionnellement un de leurs pays de résidence comme rattachement. Dans ce cadre, le recours au principe d'autonomie se justifie d'autant plus que les créations plurales fonctionnent le plus souvent sur un principe collaboratif analogue à une relation contractuelle et supposant indéniablement une communauté d'intérêts et de vision. Ce faisant, il peut sembler fort logique – sous réserve des dispositions d'ordre public sur lesquelles nous reviendrons – de laisser les créateurs, décider de la loi la plus proche de leurs intérêts.

770. L'influence des déséquilibres contractuels sur le loi applicable – L'on pourrait cependant arguer que l'intérêt du contrat est aussi sa faiblesse, à savoir qu'il implique une négociation. Or, l'étendue du pouvoir des parties en la matière peut s'avérer asymétrique et le sera souvent dans les cas où les créateurs ont à traiter avec des acteurs économiques puissants comme des multinationales. Mais sur cette question de la titularité plurale, les rédacteurs ont anticipé une telle limite en consacrant la loi communément décidée par les créateurs. Les personnes physiques, véritables créatrices des œuvres litigieuses, seront ainsi mises en position

d'élire la loi la plus digne de protéger leurs intérêts. En l'absence d'accord, le rattachement compétent sera celui du lieu de résidence de la majorité des auteurs, *mutandis mutatis*, des observations analogues peuvent être tirées en termes de prévisibilité du droit applicable et de protection des intérêts de l'auteur.

771. Ce faisant, force est donc de constater que l'application directe des principes ALI offre une meilleure sécurité pour les auteurs. En effet, lorsque l'intervention de l'autonomie de la volonté est indirecte, c'est-à-dire qu'elle ne concerne pas au premier chef l'exploitation de l'œuvre de l'esprit, mais qu'elle intervient au titre de sa proximité avec le litige, comme semble l'indiquer la solution des principes CLIP, les déséquilibres potentiellement contenus dans l'accord de base seront plus à même d'influencer la désignation du titulaire initial. En revanche, lorsque l'autonomie de la volonté est directe, comme dans les principes ALI, c'est-à-dire lorsque les parties choisissent conventionnellement le droit applicable à la titularité initiale, ceux-ci seront limités, puisqu'ils pourront dès lors s'accorder sur la loi la mieux adaptée aux relations d'espèce.

iv) Principe de proximité

772. Le domaine limité du principe de proximité – la recherche de la loi applicable sur la base des liens les plus étroits constitue l'autre point de convergence entre les principes CLIP et ALI.

773. Force est toutefois de constater que ce principe a une étendue variable selon les corps de principe. En effet, le principe de proximité n'est appelé à jouer qu'en l'absence de relations contractuelles entre les cotitulaires. Tout se passe comme si la seule relation extracontractuelle pertinente ne pourrait être que celle entre les cotitulaires des droits – alors qu'il serait même loisible de penser que de telles relations sont le plus souvent soumises à un accord contractuel. Or, les tiers sont par définition extérieurs au contrat. S'il pouvait donc paraître étonnant que leur soit appliquée une loi contractuelle qu'ils n'ont éventuellement pas la possibilité de connaître, on comprend mal pourquoi dans ce type de situation, le principe de proximité ne prendrait pas le relais plutôt que d'en revenir à la territorialité en risquant encore de faite varier le titulaire des droits *ab initio* selon le pays pour lequel la protection est demandée avec les difficultés que cela emporte. Sans doute les auteurs ont-ils tenté de s'éloigner le moins souvent de la solution territorialiste. Mais, à ce titre, le recours à la proximité n'est plus véritablement justifié, la cohérence intellectuelle aurait recommandé en l'absence de relation contractuelles

préexistantes entre les parties d'en revenir directement au principe de territorialité.

774. Le domaine élargi de la proximité – En revanche, le principe de proximité est appelé à jouer un rôle bien plus important dans la proposition de l'ALI que dans celle CLIP. Alors que les rédacteurs CLIP ont cantonné son domaine d'intervention aux situations où aucune relation contractuelle n'existe entre les parties prenantes à l'exploitation d'une œuvre collective, ceux de l'ALI l'étendent à toutes les hypothèses dès lors que les auteurs n'ont désigné aucune loi et qu'ils ne résident dans aucun pays en majorité. Cette approche semble la plus adaptée dans la mesure où elle écarte définitivement le principe de territorialité évitant ainsi la démultiplication des chefs de compétence en matière de titularité initiale.

Le renforcement de la proximité – La notion de proximité est aussi affirmée avec plus de précision dans les principes de l'ALI qui visent *« la loi ayant les liens les plus étroits avec la première exploitation* » tandis que les principes CLIP se contentent de viser la loi ayant les liens les plus étroits. Or, comme on l'a vu, renvoyer à la loi ayant les liens les plus étroits peut s'avérer critiquable lorsque les points de contact qui permettent de conclure cette proximité ne sont pas prédéfinis[1053]. Faudrait-il en inférer que cette loi devrait s'obtenir en application de rattachements identiques à ceux retenus en matière d'infractions ubiquitaires ? Outre que ces critères de rattachement n'ont pas été pensés en vue de résoudre les problèmes de titularité nous persistons cependant à penser que la recherche systématique d'une telle coïncidence pose des difficultés en matière de sécurité juridique et de prévisibilité du droit applicable. La proposition ALI qui se démarque sur ce point doit être approuvée.

775. Notion de première exploitation – La question demeure cependant celle de ce qu'il convient d'entendre par « *première exploitation* ». Une approche plus simple aurait consisté à désigner le lieu de première publication, qui est un rattachement connu tant en droit conventionnel qu'en droit commun. Toutefois, cette simplicité aurait été de pure apparence en raison de la difficulté à définir ce qu'est une première publication dans certains cas. Nous avons vu que cette notion de publication est problématique dans l'environnement numérique notamment dans la mesure cette dernière s'accorde mal avec la définition éditoriale de la publication que retient la Convention de Berne[1054]. Lorsqu'une œuvre est diffusée pour la première fois sur internet l'accessibilité mondiale du réseau devrait entrainer une première

[1053] V. *supra*, n° 631.

[1054] V. *supra*, n° 521.

publication mondiale et partant une mondialité des pays d'origine[1055]. En pareil, circonstances, chaque pays serait reconnu pays d'origine, ce qui revient à dire que non seulement la Convention ne devrait pas s'appliquer aux œuvres diffusées pour la première fois sur internet – puisqu'elle n'a pas vocation à régir l'œuvre dans le pays d'origine[1056] – mais aussi que le pays d'origine varierait selon le juge saisi, ce qui présente un obstacle pour la sécurité juridique et la prévisibilité des situations. C'est sans doute en considération de cette surdétermination du rattachement que les rédacteurs ont préféré la notion d'exploitation qui semble plus large.

776. Lorsque l'oeuvre a été publiée, la désignation du pays de première exploitation posera de fait peu de difficultés. Il correspondra généralement au pays de première publication ou en cas de publication simultanée, à l'ensemble de ces pays au sens de la Convention de Berne[1057]. Hors de ce cadre, et notamment lorsque la divulgation litigieuse a eu lieu sur internet, en l'absence de tout accord entre les parties sur la désignation du titulaire, la solution semble plus subtile. Dans ce cas, la loi applicable sera celle de la première revendication[1058]. Celle-ci coïncidera très souvent avec la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Sur ce dernier point, la solution des principes ALI rejoint en partie celle des principes CLIP. En effet, la base territorialiste des principes CLIP est totale dans la mesure où, la loi du lieu où la protection est demandée s'applique à toutes les revendications relatives la titularité en dehors de la relation entre cotitulaires. A l'inverse, une telle règle n'aura vocation à jouer que pour la première revendication. *A priori*, cela voudrait dire que la loi du lieu de protection pour la première revendication deviendrait permanente pour les revendications futures relatives à la territorialité. Cette dernière solution fondée sur un principe universaliste assure une plus grande stabilité du droit applicable, puisqu'il suffira au juge de localiser la première exploitation et de déduire du droit matériel du pays dans lequel elle a eu lieu, le régime de la titularité initiale.

4. Œuvres réalisées dans le cas d'un contrat de travail

777. Données du droit comparé – La question des œuvres créées dans le cadre d'un contrat de travail pose d'autant plus de difficultés qu'elle se situe au point de croisement de la propriété

[1055] Le cas devient de moins en moins théorique si l'on pense en matière d'œuvres musicales à la place prépondérante qu'occupe désormais le streaming et à l'inverse au déclin des supports matériel tels que le CD.

[1056] V. ALAI, « Détermination du pays d'origine lorsqu'une œuvre est divulguée publiquement pour la première fois sur internet », préc., spéc. p. 2.

[1057] Article 5.4 a) de la Convention de Berne.

[1058] Rapp. J.-S. BERGÉ, *op. cit*, p. 194 s.

intellectuelle, du droit du travail et du droit international privé. Si universellement, la propriété intellectuelle comme le droit du travail sont traversés par des rapports inégaux de puissance entre les principaux protagonistes, l'encadrement en est pourtant envisagé de manière diversifiée sur le plan du droit comparé[1059].

Dans les systèmes de *copyright*, la question de la titularité des droits est généralement impactée par la théorie des « *works made for hire »*[1060]. A ce titre, dans une relation de travail, l'intégralité des droits sur les œuvres créées par les employés, dont la qualité d'auteur, sont attribués *ab initio* à l'employeur.

La solution est toutefois moins absolue au Royaume-Uni où, tout en admettant une présomption de cession, la qualité d'auteur demeure attachée au créateur de l'œuvre[1061].

De manière globale[1062], la législation française notamment n'admet pas ce type de présomption au profit de l'employeur. Toute cession de droits doit être formalisée dans un accord exprès sous peine de nullité[1063].

Au contraire, en Italie comme en Allemagne l'attribution des droits peut être tacite. Toutefois, dans la LDA allemande, la logique moniste personnaliste du droit d'auteur proscrit toute cession ; l'auteur ne pourra donner que des licences d'exploitation[1064].

[1059] Pour une approche panoramique de cette question, V. P. KAMINA, « Connaissance du droit étranger. Eléments de droits comparé », in J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *L'entreprise et la titularité des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2015.

[1060] V. not. l'article 201 du Titre 17 de l'USC : « In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright » ; v l'article 11(2) de la LDA britannique (UK Copyright, Designs and Patents Act); v. l'article 7 de la LDA des Pays-Bas.

[1061] J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, 2017, p. 66.

[1062] Il faut cependant mettre à part le cas du logiciel. L'article L. 113-9 CPI reconnaît en effet une présomption de cession à l'employeur lorsque le logiciel a été réalisé dans l'exercice des fonctions ou sous les directives de l'employeur.

[1063] Article L111-1 al. 3 CPI : « L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit. » ; v. en ce sens, Cass. civ. 1ère, 16 déc. 1992, Civ. I, n° 315, p. 207, RIDA avr. 1993, p. 193, obs. P. SIRINELLI ; Cass. civ. 1ère, 21 oct. 1997, Civ. I, n° 285, p. 192; Soc. 31 mars 2009, n° 07-45.680 : Rev. trav. 2009, p. 442, obs. LARRIEU ; F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD com. 2000, p. 273.

[1064] P. KAMINA, art. préc.

Le droit de l'Union européenne n'est pas en reste quoique généralement hostile aux cessions implicites de droits à l'employeur[1065]. L'article 2.3 de la directive 2009/24/CE sur la protection des programmes d'ordinateurs dispose en ce sens : « *lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf dispositions contractuelles contraires.* »

778. Le risque latent d'insécurité juridique – Ces divergences traduisent des niveaux de protection différents. Une législation qui impose un accord supplémentaire à la relation contractuelle et encadre la cession est *a priori* plus centrée sur la protection du créateur tandis que celle qui répute le bénéfice automatique des droits au profit de l'employeur aura plus tendance à sécuriser l'investissement au détriment de la protection des droits d'auteur. Cela peut conduire les uns et les autres stratégiquement à solliciter l'application des lois les plus favorables en cas d'exploitation internationale. De telles divergences législatives couvent sans doute des situations d'insécurité juridique lorsque la relation de travail prend une tournure internationale.

Ces oppositions d'intérêts légitimes doivent être prises en compte dans la recherche d'un rattachement. Aussi, la règle de conflit la plus efficiente sera celle qui permet au mieux de sauvegarder l'intérêt des parties en réalisant le meilleur équilibre entre la protection des créateurs et la sécurité juridique des exploitants.

En réalité, deux approches sont envisageables, soit privilégier une logique territorialiste fondamentale en matière de droit intellectuels, soit orienter la règle de conflit en prenant en compte la relation contractuelle de travail elle-même. Là encore, force est de constater que le principe de territorialité au-delà d'une approche dogmatique peine à faire émerger le compromis le plus souhaitable.

779. Solution territorialiste – L'observation du droit comparé montre que les règles qui régissent les relations entre l'auteur salarié et l'employeur sont le plus souvent contenues dans la législation du droit d'auteur et non dans celle du droit du travail. C'est reconnaître qu'il s'agit d'une relation spéciale, dérogeant aux règles classiques du droit du travail ; ceci trouve sans doute son explication dans le fait que l'auteur salarié ne se contente pas d'apporter un savoir

---

[1065] V. toutefois la position nuancée de la CJUE, 9 fév. 2012, *Luksan*, aff. C-277/10 : *D. 2012. Pan. 2641,* obs. SIRINELLI *; RTD com.* 2012. 318, obs. POLLAUD-DULIAN *; RTD eur. 2012.* 964, obs. TREPPOZ*; CCE* 2012, nº 37, *note* CARON*; Propr. intell. 2012, nº 45, p. 425, obs. BEBANOU ; RIDA* avr. 2012*, p. 381,* note SIRINELLI.

technique à une production, il réalise en tant que créateur une tâche dont la finalité est l'émergence d'une œuvre et à laquelle tout un régime spécial est affecté. Ce faisant, sur le plan du droit international privé, on pourrait projeter cette logique en estimant que la loi applicable à la question de la titularité échappe à la loi du contrat de travail au profit de celle applicable à la protection de l'œuvre.

780. Conséquences du rattachement territorial sur les contrats de travail internationaux – Dans une large mesure, c'est l'un des enseignements que l'on peut tirer de la position de la Cour de cassation dans l'arrêt *ABC News*. Dans cette affaire, les œuvres litigieuses concernaient des salariés d'une entreprise audiovisuelle et subsidiairement, le pourvoi suggérait l'application de la loi du contrat de travail qui aurait donné compétence à la loi française en tant que lieu d'exécution du contrat. On peut admettre que cette solution s'inscrit dans une logique protectrice, c'est-à-dire permettre au salarié de bénéficier des divergences entre les législations afin de se placer sous la loi la plus favorable – notamment lorsque l'exploitation aura un effet mondial comme c'est le cas plus souvent sur les réseaux numériques. Ce principe de faveur implicite reviendrait cependant à reconnaître que la règle de conflit favorise ouvertement un certain forum shopping et à miner la sécurité juridique des relations contractuelles internationales.

781. On pourrait aussi aborder la question de manière plus théorique sous l'angle de cohérence des systèmes internes, à savoir notamment qu'au nom du respect des ensembles juridiques et du caractère systématique de chaque législation nationale, on ne pourrait séparer la loi qui protège un droit et celle qui en désigne le titulaire. Ce serait en réalité nier l'importance de la sécurité juridique et de la prévisibilité de la loi applicable à un litige de droit international privé. La conséquence d'une telle solution fait peu de doute : l'accroissement du risque qu'il existe autant de titulaires de pays où la protection est demandée, alors même que la partie qui revendique la titularité l'aurait acquise de manière tout à fait régulière dans le pays dans lequel se sont nouées les relations de travail. La solution nous semble insatisfaisante.

782. Les principes ALI et CLIP répondent selon des modalités différentes à ces préoccupations. Les premiers posent à titre principal, la compétence de la loi de la *lex loci protectionis,* mais en relativisent cependant l'effet par le biais d'une règle matérielle(a), tandis que les seconds, fidèles à une logique universaliste renvoient à la loi du contrat (b).

a) La titularité de l'oeuvre salariale soumise *une* règle de conflit à caractère substantiel

783. La combinaison entre la règle principale (*lex loci protectionis*) et la règle accessoire (comparaison des résultats matériels) (i) semble un compromis innovant dans la mesure où les dérives de la territorialité sur la sécurité juridique sont encadrées et les intérêts entre les parties relativement rééquilibrés. Cependant, en pratique les critères de la prise en compte d'une loi autre que celle du pays pour lequel la protection est demandée pourraient rajouter en insécurité juridique (ii).

i) principe

784. Loi du lieu pour lequel la protection est demandée et règle de conflit à coloration matérielle – Les principes CLIP ne disposent d'aucune règle spéciale s'appliquant à la question des œuvres salariales. Il faut donc en déduire que, par principe, ces questions seront soumises à la loi du lieu pour lequel la protection est demandée.

L'article 3 :201 (2) vient toutefois relativiser ce principe. Celui-ci dispose en effet :

> *« If the situation has a close connection with another State that has a work made for hire provision or deems a transfer or exclusive license of all economic rights in the work to have taken place by virtue of the parties' contractual relationship, effect may be given to such rules by constructing the parties' relationship under the law applicable according to paragraph 1 as involving a transfer or exclusive license of all economic rights in the work. »*

En d'autres termes, la loi du pays pour le lequel la protection est demandée s'applique par principe à la titularité des œuvres des salariés, mais l'employeur peut tout de même démontrer que la loi d'un pays ayant un lien étroit avec la situation répute l'ensemble des droits comme lui ayant été transférés, soit par contrat, soit par effet de la loi. Il faudrait cependant qu'un tel transfert puisse être établi dans le pays pour lequel la protection est demandée tel que désigné à l'article 3 :201 (1).

Il s'agit d'une règle de conflit à coloration matérielle ou à caractère substantielle. Ce type de règle ne repose pas sur une simple localisation à partir d'un rattachement, mais définit le droit applicable à partir de la vérification d'un ou plusieurs critères dans le droit matériel d'un pays donné. Dans le cas de la règle examinée, il faudrait en réalité que le transfert des droits puisse être établi à la fois par la loi du pays ayant les liens les plus étroits, exceptionnellement compétente, et par celle du pays pour lequel la protection est revendiquée normalement applicable.

ii) Appréciation critique

785. Un principe finaliste louable : le rééquilibrage des intérêts – La finalité de cette règle est d'aboutir à un compromis entre les intérêts de l'auteur et ceux de l'employeur. Dans le droit positif, l'application de la seule loi du pays pour lequel la protection est demandée présente un intérêt certain pour la protection des auteurs qui revendiquent autant de droits que de lieux dans lesquels l'œuvre est protégée. Mais, une telle règle de conflit offre au salarié un pouvoir de nuisance considérable vis-à-vis de l'employeur. Le salarié pourrait contester les droits de l'employeur au sein d'un pays qui lui reconnait la titularité initiale. Ce risque d'instabilité met l'employeur en situation de partie faible lorsque l'exploitation des œuvres revêt une dimension internationale. A l'inverse, l'application de la loi du pays d'origine (pays de première publication), quoique servant la sécurité juridique, renverse le déséquilibre au profit de l'employeur qui est ainsi assuré de bénéficier des droits patrimoniaux dans tous les pays au sein desquels l'œuvre est protégée, quand bien même des dispositions légales dans certains pays bénéficieraient à l'auteur-créateur.

La proposition examinée qui fait entorse au principe de neutralité de la règle de conflit s'avère louable dans la mesure où elle s'inscrit dans la recherche d'une protection optimale des créateurs. Le salarié pourra en effet revendiquer la protection dans tous les pays, ce qui lui permettra notamment de bénéficier d'une éventuelle rémunération que la loi de ce pays réserverait exclusivement à l'auteur salarié ; mais l'employeur quant à lui pourra sous certaines conditions invoquer à son bénéfice les transferts de propriété réalisés dans le cadre d'une loi ayant des liens étroits avec la situation. La règle de conflit semble établir un compromis équilibré entre les intérêts des parties.

Une telle proposition n'est cependant pas sans laisser planer certaines incertitudes.

786. Incertitudes des règles matérielles – D'abord sur la pertinence d'une règle matérielle. On sait qu'en termes de règles matérielles, le caractère cumulatif des rattachements indiquent une hostilité du législateur à l'endroit d'une institution[1066]. La technique s'avère en ce sens justifié par rapport au but recherché qui est d'encadrer les effets internationaux des présomptions de cessions et autres théories des *work made for hire*[1067].

[1066] LOUSSOUARN, BOUREL et de VAREILLES-SOMMIERES, n° 206.

[1067] Toutefois, cela revient aussi à dire que le compromis est moins équilibré qu'on pourrait penser au premier abord puisque la règle qui pourrait renforcer les droits de l'employeur est libellée sous une forme cumulative.

Toutefois, l'une des difficultés souvent relevées à propos des règles de conflit à coloration matérielles est celle de savoir si elles doivent être soulevées d'office par le juge. Il s'agit notamment de déterminer si le contenu matériel des lois concourant à la solution doit être examiné d'office ou si une telle tâche doit être soulevée par les parties, ce qui n'est pas sans poser un problème d'insécurité juridique. La proposition CLIP examinée ne comble pas cette faiblesse ou plutôt, faudrait-il dire qu'elle y répond de manière insatisfaisante. En effet, aux termes de l'article 3 :201 la prise en compte du contenu d'une loi entretenant des liens étroits avec la situation semble une simple possibilité pour le juge (« *effect may be given to such rules* »). Cette forme conditionnelle exacerbe non seulement le problème de la sécurité juridique mais relativise en plus l'intérêt d'une telle règle puisqu'elle laisse supposer que celle-ci ne s'imposerait même pas au juge lorsqu'elle est soulevée par l'une des parties.

787. Les limites d'une simple proximité suffisante – La proposition fait aussi intervenir le principe de proximité puisque le premier critère indiqué est celui des liens les plus étroits avec la situation. S'agissant d'une règle de compromis, qui nécessite donc une certaine souplesse, un tel recours peut se comprendre. Cependant, la formulation très large couve une certaine imprévisibilité du droit applicable. Le texte vise en effet une simple proximité suffisante (« *a close connection with another State* »). La question se posera inévitablement de désigner en quoi consiste ces liens étroits. En effet, par définition, chaque pays au sein duquel l'œuvre est exploitée présente des liens étroits avec la situation. Cela voudrait-il dire que l'on pourrait invoquer n'importe lequel des pays au sein desquels l'œuvre est exploitée et qu'il pourrait se substituer à la loi du pays pour lequel la protection est demandée à condition que son droit matériel remplisse les deux critères ? La solution serait sans nul doute insatisfaisante et aurait tendance à prolonger l'insécurité juridique plus qu'à la prévenir. En pratique, il est à craindre que cette prise en compte des substances matérielles de chaque Etat ayant des liens étroits conduise dans l'écrasante majorité des cas à l'application pure et simple de la loi du for.

b) La titularité soumise à la loi des relations contractuelles

i) Exclusion de la loi du pays du lieu de résidence du créateur de l'œuvre

788. Selon une perspective universaliste, la question de la titularité du droit applicable à l'œuvre salariale pourrait de prime abord être soumise à la loi du lieu de résidence habituelle du créateur au moment où l'œuvre a été créée. Sur le plan des avantages, un tel rattachement

entretient un lien certain avec la question de la titularité puisqu'il est centré sur la personne qui réalise l'œuvre. Il permet aussi de gagner en sécurité juridique, s'agissant d'une loi permanente.

789. Cependant, la seule prise en compte d'un tel rattachement évincerait un élément de fait non négligeable tenant à la spécificité des relations de travail qui porte sur des œuvres protégées. La question de la titularité s'insère dans les relations contractuelles de travail quoique que les règles qui encadrent les créations des salariés sont souvent contenues hors de la législation du travail. Le salarié est certes un créateur, mais les œuvres qu'il produit s'inscrivent dans le cadre d'une relation contractuelle qui nécessite effectivité internationale et sécurité. Or, lorsque le contrat de travail contient des clauses relatives à la propriété intellectuelle des salariés, soumettre la question de la titularité à une autre loi peut s'avérer source de difficultés et d'incohérences. Par exemple la loi du contrat pourrait autoriser l'employeur à procéder à certaines utilisations de l'œuvre sans exiger le consentement de l'auteur. A l'inverse, celle de la titularité, si elle est différente, pourrait imposer que ces utilisations soient conditionnées par l'acceptation du créateur qui pourrait ainsi bloquer l'exploitation de l'œuvre dans le pays de protection. Lorsque l'exploitation est internationale, de telles contradictions constituent autant de pesanteurs dans les relations des parties au contrat de travail, notamment pour l'employeur qui devrait se conformer aux lois de tous les pays où l'œuvre du salarié est exploitée. Au demeurant, les raisons qui conduisent au rejet de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée sont sur cette question identiques à celles qui imposent ce rejet pour la loi du lieu de résidence de l'auteur au moment de la création.

ii) Loi du contrat

790. Contrairement aux principes CLIP, les principes ALI préconisent clairement une solution particulière en ce qui concerne la titularité des œuvres des salariés. Le § 313(c) dispose en ce sens :

> *« Initial Title to other right that do not arise out of registration is governed by :*
>
> *(…) If the subject matter was create pursuant to an employement relationship, the law of the State that governs the relationship (…) »*

En d'autres termes, lorsque l'œuvre est créée dans le cadre d'un contrat de travail, la loi applicable à la titularité initiale est celle qui régit la relation de travail. La solution conserve une

logique universaliste toute en s'écartant de la règle principale.

Cette proposition présente plusieurs avantages non négligeables. D'une part, la loi du contrat est gage de stabilité et sécurité juridique. S'agissant d'une loi que les parties sont en mesure de connaitre à l'avance, puisqu'elle organise déjà leurs relations, celles-ci pourront envisager avec plus de certitude la répartition légale des prérogatives dans l'exploitation de l'œuvre. D'autre part, la proximité de la loi du contrat avec la situation sera le plus souvent acquise dans la mesure où précisément, l'œuvre est créée dans le cadre d'une relation de travail.

791. Inégalité des pouvoirs – Toutefois, il ne peut être occulté que le caractère intrinsèquement inégalitaire de la relation de travail risque de déteindre la règle de conflit au détriment du créateur de l'œuvre. Dans une telle relation, c'est le plus souvent l'employeur qui établit les clauses contractuelles et impose les temps forts de la relation – lieu de signature, conditions de travail et lieu d'exécution – quand l'employé ne dispose que d'une marge restreinte de négociation. Ceci le placerait donc dans une situation stratégiquement avantageuse pour la protection de ses propres intérêts au détriment du créateur. La loi du contrat assurerait certes la prévisibilité et la sécurité juridique mais pourrait s'avérer l'instrument d'un prolongement sur le plan du droit international privé de déséquilibres contractuels préjudiciables aux auteurs.

792. Cette critique ne pourrait cependant pas être tenue pour absolue. En effet, le caractère déséquilibré de la relation de travail est juridicisé et encadré. Le §302(5)(a) précise en ce sens que « *les clauses relatives au choix de la loi applicable dans les accords types ne sont valables que dans la mesure où celles-ci étaient raisonnables et facilement accessibles à la partie qui n'a pas rédigé l'accord au moment de leur conclusion, et si elles peuvent être consultées ultérieurement par le tribunal et les parties* » (NT)[1068].

Dans le même ordre d'idées, dans le droit des Etats de l'Union européenne notamment, le statut de partie faible de l'employé est consacré au sein des règles qui encadrent les relations de travail à caractère international. Celles-ci adoptent généralement un caractère finaliste visant à empêcher l'employeur, partie forte au contrat, de placer la relation de travail sous les auspices

[1068] Plus de précision quant à ce qu'il convient d'entendre par raisonnable et facilement accessible aurait à notre sens fait gagner en efficacité. L'appréciation du raisonnable notamment laissée à l'appréciation du juge risque d'emporter une certaine casuistique potentiellement nuisible à la prévisibilité du droit applicable. Ce d'autant plus que les transferts de propriété ab initio sont relativement courant dans les législations nationales, ce qui risque généralement d'empêcher qu'elles soient considérées comme non raisonnables.

d'une loi qui lui serait exclusivement favorable ou qui défavoriserait déraisonnablement l'employé.

L'article 8.1 du Règlement Rome I qui prévoit à titre principal la compétence de la loi choisie par les parties encadre cependant les effets de cette liberté en prohibant la possibilité pour l'employeur de priver le salarié des dispositions impératives dont il aurait bénéficié en vertu des rattachements applicables en absence de choix[1069]. Cela revient en pratique à faire bénéficier de manière systématique l'employé des dispositions impératives[1070] les plus favorables même en l'absence d'une clause contraire. Rapporté à l'auteur, l'application du contrat aurait d'abord pour effet de consacrer son statut de partie faible de la relation contractuelle ; mais surtout, le salarié pourrait toujours invoquer l'application d'une loi plus favorable auquel renverrait l'un des rattachements prévus à l'article 8 (loi du lieu où la prestation de travail est habituellement réalisée ; loi du lieu de situation de l'établissement d'embauche ; loi du pays entretenant les liens les plus étroits avec le contrat). Concrètement, cela voudrait dire que, lorsque dans le cadre d'un contrat de travail portant sur une œuvre de l'esprit, les parties – mais plus vraisemblablement l'employeur – peuvent choisir la loi applicable. Une telle loi peut bien prévoir que la titularité est échue automatiquement à l'auteur. Cependant, si la loi du lieu dans lequel s'exerce régulièrement la prestation de travail prévoit l'obligation d'une clause supplémentaire reconnaissant la titularité des droits patrimoniaux à l'auteur, c'est cette dernière qui s'appliquerait.

On voit donc que la loi du contrat peut, il est vrai, présenter un risque pour la protection des intérêts de l'auteur en raison des déséquilibres que la relation de travail emporte en termes notamment de pouvoir de négociation. Cependant, la prise en compte du salarié comme partie faible permet de rééquilibrer cette relation et peut en ce sens constituer une protection supplémentaire pour l'auteur en raison du principe de faveur qui sous-tend les règles applicables au contrat de travail.

793. *In fine,* la question de la titularité du salarié est fort complexe mais non insurmontable si toutes les données de la question sont prises en compte. Les principes CLIP partent d'une logique territorialiste mais admettent toutefois une règle matérielle intervenant à titre quasi

---

[1069] V. en ce sens, M. Van EECHOUD, *op. cit*. p. 192.

[1070] Les dispositions dont il est question ici ne sont pas impératives au sens international du terme (lois de police) mais au sens du droit interne, c'est-à-dire qu'il ne peut y être dérogé par voir contractuelle, V. en ce sens, F. JAULT-SESSEKE, *Rép. dr. travail : contrat international,* n° 106.

correctif. La volonté de s'inscrire dans une approche protective des intérêts de l'auteur est louable, mais cette solution fait courir le risque, comme nous l'avons évoqué, de présenter des limites en termes de sécurité juridique, tant en ce qui concerne son principe que pour l'exception qui lui est applicable. De fait, on peut prévoir qu'en l'état du droit positif, les juges préfèrent s'en tenir à l'application pure et simple de la *lex loci protectionis*, ce d'autant plus que cette loi aura souvent tendance à se confondre avec la loi du for.

La loi du contrat semble de notre point de vue offrir un compromis plus intéressant. Elle présente en effet le gage d'une législation connue des parties dès le début de la relation de travail. Ce qui n'est pas un piètre avantage. Cependant, si elle fait encourir aux parties le risque que la partie forte impose la loi qui lui semble la plus favorable, force est de constater que de telles limites peuvent être corrigées à l'aide d'une règle fondée sur un principe de faveur à l'endroit du salarié qui bénéficierait d'une protection supplémentaire lorsque la législation des œuvres de l'esprit lui est défavorable.

B. Correctifs des solutions conflictuelles

794. Divergences des droits matériels et correctifs des règles de conflit – En dépit d'une uniformisation des droits matériels, des divergences demeurent entre systèmes juridiques sur la protection des œuvres, trahissant des partis pris théoriques et pratiques sur la protection des œuvres. La question de la titularité initiale témoigne de ces divergences et il est vrai que les intérêts en présence peuvent paraître diversement favorisés selon qu'on oriente le curseur sur la territorialité ou l'universalité. Les exploitants préfèreraient la souplesse des systèmes de *copyright* qui pourraient leur assurer une plus large panoplie de prérogatives sur l'œuvre, tandis que les créateurs auraient plus intérêt à rechercher la protection sous les systèmes dualistes ou personnalistes en tant qu'ils privilégient le créateur face à l'investisseur.

795. En pratique, le choix de l'universalisme revient à admettre des effets identiques dans l'ensemble des Etats où la qualité de titulaire est revendiquée. Lorsqu'on a admis que cet universalisme ne peut prendre qu'une forme partielle, se posera indéniablement la question de l'éventuelle incompatibilité des contenus matériels des lois concourant à la solution.

De plus, on ne peut nier sur le plan pratique qu'en situation de déséquilibre des pouvoirs, une telle approche comporte le risque de contribuer à l'affaiblissement des prérogatives des auteurs sur leur créations. Or, si une place peut être faite à l'universalisme en matière de droit applicable

au droit d'auteur, celui-ci ne droit pas jouer en défaveur des intérêts des créateurs que la mondialisation et la montée en puissance des pouvoirs privés économiques mettent en situation de faiblesse. Le rejet du dépeçage auquel une certaine doctrine est favorable s'entend comme une réponse à cette difficulté. C'est la position qu'adoptent les principes CLIP qui n'envisagent pas de correctif particulier à la compétence de la loi du pays pour lequel la protection est demandée[1071].

796. Si des divergences existent, des points de convergence entre les principaux systèmes nationaux sont indéniables sur les questions relatives à la titularité, il en va ainsi du régime des œuvres collectives ou des présomptions de cession. Comme la permanence du droit présente un intérêt non négligeable qui ne peut être balayé d'un revers de la main, les effets négatifs de l'universalisme ne doivent donc pas être exagérés. Ainsi que le suggèrent les rédacteurs des principes ALI, la solution devrait reposer sur une logique de compromis permettant d'inverser les effets matériels de l'application d'une loi unique – prise en compte de la cohérence de chaque système et protection de la partie faible[1072]. Il s'agirait ainsi de partir d'un principe universaliste tout en admettant des correctifs en considération du contenu matériel des législations en concurrence. Cette démarche est connue de la théorie des conflits de lois qui admet diverses méthodes de perturbation de la règle de conflit bilatérale. Ces correctifs peuvent être implémentés sur la base d'une intervention exceptionnelle du principe de proximité (1), soit en prenant en compte le caractère impératif d'une des législations en concurrence (2).

1. Clause d'exception partielle

797. Principe de proximité correcteur – Ainsi que nous l'avons observé d'après les travaux de M. LAGARDE, le principe de proximité, caractérisé par sa souplesse a une vocation fédératrice et correctrice des règles de conflit traditionnelles. La question de la titularité peut être le terrain d'élection de cette dernière fonction.

Le plus souvent, dans sa version correctrice, le principe de proximité joue sous la forme d'une de clause d'exception, c'est-à-dire une règle permettant d'échapper à la loi normalement applicable au profit d'une autre dont il est démontré qu'elle entretient des liens plus étroits avec la situation.

[1071] A. METZGER, préc., p. 5.

[1072] V. en ce sens, R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 226.

798. Retour à la territorialité – En ce sens, il a été proposé[1073] d'adopter pour la titularité une solution basée sur le modèle de la proposition CLIP et de l'ALI en matière d'atteintes ubiquitaires. En l'espèce, pour rappel, ces deux corps de principes proposent d'appliquer une loi unique à l'ensemble du litige lorsque l'atteinte est ubiquitaire, sauf pour une partie à démontrer que la législation d'un autre pays ayant des liens plus étroits avec la situation aurait donné une solution différente. Le cas échéant, la loi de ce pays est prise en compte.

Si l'on prend le cas d'une œuvre réalisée dans le cadre d'un *work made for hire*, à supposer que la question de la titularité de cette dernière soit l'objet d'un litige de droit international privé entre l'employeur et le salarié, en application de la règle précédemment proposée, ce serait normalement la loi du contrat qui aurait vocation à jouer. Sur ce fondement, l'employeur qui aurait la qualité d'auteur par simple effet de la loi au sein du pays qui régit les relations contractuelles serait autorisée à procéder à toutes les modifications réservées à l'auteur.

Cependant, en application du correctif visé, il serait loisible pour l'auteur de démontrer que la loi d'un pays ayant des liens proches avec la situation conduirait à une solution divergente. Si cette allégation est établie, le salarié pourra s'opposer à l'exploitation de l'œuvre dans ce pays.

Cette solution de compromis est sans doute intéressante si l'on veut renforcer la protection des créateurs qui pourraient toujours réclamer l'application d'une loi plus protectrice. Le choix d'une clause d'exception partielle parait aussi judicieux puisqu'il permet en réalité un retour indirect et partiel aux effets de la territorialité : l'Etat qui entretient les liens les plus étroits pourrait ainsi garder son empire sur la détermination du titulaire des droits et les difficultés d'agencement des règles étrangères seraient évitées. *A priori*, le fait qu'une loi unique soit compétente à titre de principe, permet par ailleurs de limiter le nombre d'ordre juridiques concurrents.

La solution est innovante, mais elle n'est toutefois pas à l'abri de la critique.

799. Risque d'insécurité juridique – On pourrait en effet se demander si un tel correctif n'est pas de nature à miner l'intérêt d'une loi universelle pour la titularité. L'intérêt d'une solution basée sur l'universalisme est la réduction de la concurrence des ordres juridiques qu'emporte le principe de territorialité et partant, la permanence d'une seule loi quel que soit le

---

[1073] R. MATULIONYTÉ, p. 227 s. : « One solution could be the adoption of a rule similar to territoriality exception in respect of initial ownership issue. In particular, a creator could claim that a law other than the one selected under a main rule for initial ownership provides a different solution in respect of the initial owneship issue ; the court shoud take this into account when determining the remedies. »

lieu de l'exploitation. Or, si l'on admet qu'une loi différente puisse s'appliquer aux seules conditions, qu'elle ait un lien étroit avec la situation et qu'elle puisse produire un effet différent de la règle de conflit initiale, ceci reviendra dans les faits à ce que chaque loi locale conserve sa propre compétence quant à la détermination de l'auteur. Le fait par exemple que l'œuvre soit exploitée dans un pays donné devrait logiquement suffire à en emporter la proximité avec la situation juridique. La tache risque de devenir complexe lorsque l'œuvre est exploitée sur un réseau numérique puisqu'on pourra arguer entre autres que l'accessibilité de l'œuvre correspond à une exploitation, ce qui appellerait à prendre en compte toutes les législations pouvant potentiellement donner un résultat différent de celui donné par la règle principale.

800. Il convient à la suite d'examiner de quelle manière des mécanismes correcteurs plus classiques peuvent jouer en matière de titularité.

2. Eviction impérative de la loi naturellement compétente

801. Lorsque les règles applicables au droit ou à un aspect du droit revêtent un caractère impératif, le mécanisme de perturbation de la règle de conflit traditionnel peut prendre deux formes ; soit il intervient *ex ante* par le mécanisme des règles de police, soit il intervient *ex post* du jeu de la règle de conflit. Force est de constater qu'en matière de titularité initiale, les critères de la mise en action de l'ordre public (a) pourraient ne pas être remplis ; la méthode des lois police semble quant à elle plus indiquée afin de tenir compte des spécificités des lois concurrentes (b).

a) Le caractère limité de l'exception d'ordre public

802. Ordre public et humanisme du droit d'auteur – On sait que la notion d'ordre public correspond à une réaction d'intolérance du for visant à neutraliser l'intégration dans son propre ordonnancement d'une solution unilatéralement jugée injuste ou choquante.

Les principes ALI[1074] et CLIP[1075] visent la notion d'ordre public comme correctif sans

[1074] Le § 322 dispose en ce sens : « The application of particular rules of foreign law is excluded if such application leads to a result that is repugnant to public policy ».

[1075] Article 3:902 : « The application of a provision of the law of any State specified by these Principles may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum ».

directement y inclure les problèmes relatifs à la titularité[1076].

Sur cette base, il serait loisible d'admettre qu'une loi étrangère qui prive le créateur d'une œuvre de sa qualité d'auteur dispose une remise en question du principe fondamental propre à tout système dualiste ou personnaliste selon lequel la qualité d'auteur est attachée au créateur de l'œuvre. Cette assertion n'est cependant pas sans soulever une certaine contestation tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Certains auteurs doutent en effet que la méconnaissance de la qualité d'auteur à un créateur soit de nature à soulever l'exception d'ordre public[1077]. Il est vrai qu'une logique humaniste très forte irrigue les systèmes continentaux du droit d'auteur au point que l'existence de prérogatives morales s'avère sur certains plans autant d'obstacles à l'exercice des droits patrimoniaux[1078].

Toutefois, il apparaît aussi que l'imbrication de ces droits différents et les nécessités pratiques de leur exploitation font parfois relativiser les principes humanistes du droit d'auteur, au premier titre desquels la détermination de la personne sur laquelle ils naissent[1079]. Il peut donc sembler quelque peu forcé de mettre en avant les spécificités des systèmes étrangers comme autant de déclencheurs d'une réaction exceptionnelle de rejet par le for, lorsque le système de protection de ce dernier adopte des institutions ou des logiques similaires.

803. Le régime de l'œuvre collective est emblématique de ce ces remises en question. L'attribution des droits d'auteur à la personne qui est à l'initiative de l'œuvre constitue une véritable entorse aux principes personnalistes et s'analyse selon certains auteurs comme, de fait, un glissement du droit d'auteur vers le *copyright*[1080].

Des aménagements similaires sont prévus dans le régime de l'œuvre audiovisuelle. L'article L.132-24 CPI pose en effet une présomption de cession des droits d'exploitation au profit du producteur et une limitation des droits moraux – au moins pendant la phase de création.

[1076] Pour les rédacteurs de ces principes ALI, l'ordre public renvoie à la protection des principes les plus basiques des nations civilisées (« *the most basic principles of civilized nations* »). Parmi lesquels, le principe • *res inter alios acta nec prodest nec nocet* (effet relatif des contrats), la prohibition de la discrimination raciale, les mesures de spoliation, la prohibition des expropriations sans compensation et la protection des droits et libertés fondamentales.

[1077] H.-J. LUCAS, note sous CA Paris, 15 déc. 2010 : *JCP E*. 2012, n° 8, p. 39-40 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, n° 95.

[1078] V. *supra*. n° 51.

[1079] En ce sens, VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, n° 94.

[1080] J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 66.

Une telle présomption est encore acquise aux organes de presse sur les œuvres créées par les journalistes quels que soient les supports de diffusion[1081].

804. Ces observations doivent toutefois être rapportées à leur juste mesure.

Dans l'œuvre collective par exemple, on voit aisément les obstacles qui risquent de s'élever si la personne qui est à l'initiative de l'œuvre et la divulgue sous son nom n'était pas créditée de droits de défense. La condition d'un transfert de droits spécifique aurait non seulement paru intellectuellement bancale s'agissant précisément d'un contrat de création à l'initiative d'autrui, mais elle aurait aussi été de nature à en gêner potentiellement l'exploitation du produit. Au surplus, il n'est pas acquis que la fiction juridique aille jusqu'à reconnaître la qualité d'auteur à l'investisseur[1082].

Quant aux œuvres audiovisuelles, là encore, leur spécificité dicte leur régime juridique. La mise en berne du droit moral vise à favoriser l'achèvement de l'œuvre en présence d'une pluralité de créateurs tandis la présomption de cession en favorise une exploitation paisible notamment vis-à-vis des tiers. Ces limitations ne doivent cependant pas être exagérées puisque, les créateurs et créatrices de l'œuvre recouvrent leurs droits une fois l'œuvre achevée mais en plus conservent la qualité d'auteur en dépit de la présomption de cession des droits d'exploitation.

Pour ce qui est de l'exception des œuvres créées par les journalistes, elle demeure fortement limitée dans la mesure où le droit moral reste intacte entre les mains du salarié d'une part et d'autre part, la cession des droits d'exploitation à un tiers nécessite « *l'accord exprès et préalable de son auteur exprimé à titre individuel ou dans un accord collectif, sans préjudice, dans ce deuxième cas de l'exercice de son droit moral par le journaliste.* »[1083]

805. *In fine*, d'une part, l'observation de ces exceptions montre surtout la nécessité d'adapter la politique législative du droit d'auteur aux nécessités pratiques du commerce des œuvres et à la diversité des créations protégées. Compte tenu de cette diversité d'envisager, il serait illusoire que les principes humanistes puissent conserver leur pureté; la lisibilité des relations juridiques entre les parties prenantes à leur utilisation en pâtirait.

Toutefois, dans ce contexte, en matière de titularité, rejeter l'application de la loi normalement applicable sur le fondement de l'ordre public risque de s'avérer difficilement justifiable. Il y

---

[1081] art. L. 132-36 et L. 132-37, CPI.

[1082] Cass. civ. 1ère, 15 janvier 2015 : *Propr. intell.* 2015, n° 55, p. 195, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; p. 196, obs. LUCAS, où il est jugé qu'une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur.

[1083] Art. L132-40 CPI.

aurait en effet une forme de dissonance à reconnaître le caractère quasi universel de la naissance *ab initio* des droits sur une autre personne que l'auteur, et dans le même temps soumettre à l'exception d'ordre public le cas éventuel où un ordre étranger opèrerait cette dissociation. Il manquerait en effet le critère d'incompatibilité confinant à l'intolérable qu'exige la mise en action de l'exception d'ordre public.

La jurisprudence française demeure peu encline à faire application de l'exception d'ordre public en matière de droit patrimoniaux. Ainsi, dans l'affaire ABC, la Cour de cassation a implicitement refusé de faire jouer l'exception d'ordre public français au détriment de la loi américaine normalement compétente au titre de la loi du pays d'origine de l'œuvre comme le pourvoi l'y invitait [1084].

Le rejet de l'exception d'ordre public n'emporte pas nécessairement l'abdication du caractère impératif de la qualité d'auteur.

b) L'intérêt renouvelé des lois d'application immédiates

806. Concurrence technique des lois de police. Titularité initiale et atteinte au droit moral – Il convient de constater que de manière générale, aucune de relativisations précitées ne dénie clairement la confusion des qualités d'auteur et de créateur[1085].

En France notamment, l'ensemble des exceptions réserve aux créateurs la qualité d'auteur et lorsque des présomptions de cession (au sens plein du terme) sont admises, elles ne valent en réalité que pour les droits patrimoniaux.

Il faut en déduire que dans un système de droit d'auteur, si la présomption de cession des droits ou leur attribution *ab initio* à autrui n'est pas en soi une entorse aux principes fondamentaux de la matière, il en irait autrement pour ce qui est du déni de la qualité d'auteur à la personne créatrice. C'est sur ce dernier point que la question de savoir qui est le titulaire initial des droits soulève un problème de valeurs culturelles voire politique.

[1084] Il est à noter toutefois que le dispositif visait à la fois l'ordre public et les lois de police comme insuffisantes à faire obstacle à l'attribution *ab initio* des droits patrimoniaux à l'employeur (« *que la mise en oeuvre des lois de police ou de l'exception d'ordre public ne peut permettre d'évincer l'application de la loi américaine en ce qu'elle désigne le titulaire des droits sur l'oeuvre ; que les prérogatives patrimoniales qui sont transmissibles peuvent en effet naître entre les mains d'un tiers sans heurter les principes fondamentaux du droit d'auteur français* »).

[1085] Et l'observation n'est pas seulement valable pour le droit français. On rappellera à ce titre que la législation du *copyright* britannique réserve la qualité d'auteur au créateur (V. *supra*, n° 1019).

807. Or, en droit international privé, le caractère impératif d'une législation se concrétise par le mécanisme des lois de police.

En France, la détermination de la qualité d'auteur est soumise aux lois de police en raison du rapport étroit qu'elle entretient avec le droit moral. On se rappelle que dans la célèbre affaire *Huston*, pour autoriser la colorisation d'un film contre l'avis des ayant droits de l'auteur, les juges du fond avaient retenu l'application de la loi d'origine admettant une telle modification au motif que la protection du droit moral n'était pas « *à la hauteur des principes permettant de déclencher l'exception d'ordre public* »[1086]. En d'autres termes, dès lors que la loi du pays d'origine reconnaissait la transmission de l'ensemble des droits sur l'œuvre dont la qualité d'auteur, cette dernière devait être reconnue en dépit de l'attachement théorique du droit moral à la personne du créateur. La Cour de cassation a cependant réfuté cette prétendue relativité du droit moral préférant le soumettre aux « *lois d'application impératives* », non dans une certaine ambiguïté sur le fondement des lois du 8 mars 1964 et du 11 mars 1957. Il est vrai que la référence aux règles d'application impérative a paru quelque peu déroutante dans la mesure où elle ne permettait pas d'établir avec certitude si les ces règles renvoyaient à l'ordre public ou aux lois de police. Toutefois, la doctrine majoritaire analyse désormais ces « *lois d'application impérative*s » comme renvoyant aux lois de police[1087].

Le partage des compétences entre *lex fori* et *lex originis* – remis en question depuis – peut, il est vrai se justifier si l'on admet d'une part le caractère imminemment culturel du concept d'auteur et la relativité juridique internationale qui en découle. Elle exprime la distinction logique dans un système de droit entre qualité d'auteur et titularité des droits. Comme relève le professeur POLLAUD-DULIAN, « *la qualité d'auteur résulte du fait de la création et ne doit donc pas pouvoir être attribuée arbitrairement à quelqu'un qui n'est pas un auteur, alors que la titularité des droits est d'ordre purement juridique et se trouve à la disposition du législateur* »[1088]. En revanche dans un système de *copyright,* l'auteur peut bien être une personne morale et peut bénéficier de tous les droits d'auteur sans – logiquement – avoir participé à la création.

Cela revient à dire que la question de la titularité peut s'apprécier selon une règle de conflit

---

[1086] CA Paris, 4ème ch., 6 juill. 1989, préc.

[1087] V. en ce sens, J.- C. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Auteur, création et adaptation en droit international privé et en droit interne français. Réflexions à partir de l'affaire Huston » : *RIDA*, avr. 1991, p. 3 s ; v. A. LUCAS, *J-Cl. Dr. international*, fasc. 1911, n° 75 ;

[1088] N° 2026 ; dans le même sens, VIVANT et BRUIGUIÈRE, n° 95 s., n° 301.

classique comme la loi du pays d'origine, mais qu'il faudrait prévoir une règle spéciale permettant de sauvegarder les singularités de chaque système, notamment lorsque les règles de désignation de l'auteur revêtent un caractère impératif.

808. Proposition – En d'autres termes, la distinction posée par l'arrêt *Huston* pourrait être plus amplement exploitée afin de respecter à la fois les prévisions des parties et la cohérence des systèmes législatifs quant à ce que ces derniers considèrent impératif en matière de droit d'auteur. Dans cette optique, la titularité initiale serait soumise à la règle de conflit normalement applicable, tandis que la qualité d'auteur elle serait soumise aux lois impératives de chaque Etat. C'est-à-dire qu'il serait donné effet aux lois de police étrangère lorsque celle-ci couvrent le statut d'auteur.

Un tel usage des lois de police peut se déduire tant des principes CLIP que des principes ALI. L'article. 3 :901 des principes CLIP dispose en effet :

> *« (1) When applying under these Principles the law of a country, effect may be given to the overriding mandatory provisions of another country with which the situation has a close connection. In considering whether to give effect to these overriding mandatory provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.*
>
> *(2) Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a State for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable under these Principles.*
>
> *(3) Nothing in these Principles shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. »*[1089]

Le §322 des principes ALI dispose quant à lui :

[1089] « 1) Lorsque les présents Principes s'appliquent à la loi d'un pays, il peut être donné effet aux dispositions impératives d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit. En examinant s'il convient de donner effet à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.

(2) Les dispositions impératives sont des dispositions dont le respect est considéré comme essentiel par un Etat pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, dans la mesure où elles sont applicables à toute situation relevant de leur champ d'application, quelle que soit la loi applicable par ailleurs en vertu des présents Principes.

(3) Aucune disposition des présents Principes ne peut restreindre l'application des dispositions impératives de la loi du for. » (NT)

« The court may give effect to the mandatory rules of any State with which the dispute has a close connection ».[1090]

Concrètement, lorsque la protection est demandée en France, la qualité d'auteur serait appréciée selon les critères de la loi française en tant loi de police. Lorsque la contestation de titularité est faite pour une exploitation ayant eu lieu dans un pays étranger, il faudrait observer si le statut de l'auteur dans est soumis à des règles impératives, notamment des lois de police. Auquel cas, effet pourra être donné effet à ces règles au détriment de la loi normalement compétente (loi du lieu de résidence au moment de la création, loi du contrat de travail…).

Le caractère impératif de la loi étrangère devrait pouvoir se déduire de la volonté du législateur. Si l'on se place par exemple du point de vue du juge allemand auquel un litige relatif à une utilisation ayant eu lieu en France est soumis, l'observation de la loi du 8 juillet 1964 et de l'article L.111-1 du Code propriété intellectuelle devrait conduire éventuellement écarter la loi normalement compétente au profit de la loi de police française. L'impérativité d'une législation pourrait encore s'apprécier par exemple lorsque la prérogative ne peut être exercée que par la personne qui a créé l'œuvre ou que ne peut faire l'objet d'une renonciation par le titulaire.

809. Règle de conflit étrangères – La prise en compte du caractère impératif de la loi étrangère n'est pas une nouveauté en droit positif. Le règlement Rome I en matière contractuelle leur consacré une certaine place. L'article 9 dispose en effet :

« Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

Une solution similaire est proposée de principes de droit applicable à la propriété intellectuelle de l'*International Law Association* (ILA)[1091] dont le point 21sur la loi applicable aux contrats dispose :

« *21. Freedom of Choice*
(1)Parties may choose the law governing their contractual relationship.
(2)Such a choice of law shall not, however, have the result of depriving the creator or performer of the protection afforded to him/her by the provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice,

[1090] « Le tribunal peut donner effet aux règles impératives de tout Etat avec lequel le litige présente un lien étroit ».

[1091] V. *supra*, note n° 930.

would have been applicable pursuant to Guideline 22 »[1092].

Il ne s'agirait pas dans notre cas du seul domaine contractuel mais d'élargir la règle chaque fois que le statut de l'auteur ou un des aspects essentiels de ce statut est soumis à des règles impératives dans le pays pour lequel une protection est demandée.

810. Intérêt de la prise en compte de lois de police étrangères – Sur la question de la titularité, la prise en compte des lois de police étrangères présente plusieurs avantages. De manière pratique, elle empêche le risque de divergence de titulaire quasi systématique auquel on est confronté lorsqu'on applique purement et simplement la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Dans le cadre visé, la loi du pays pour lequel une protection est réclamée s'impose du fait de son impérativité, ce qui lui confère une certaine exceptionnalité. La sécurité juridique et la prévisibilité du droit applicable n'en ressortent donc que relativement atteintes.

D'autre part, donner un tel effet permet aussi de respecter la cohérence du système juridique de référence. La consécration d'une législation impérative est souvent dictée par une politique législative particulière visant notamment à la protection d'un intérêt particulier (par exemple la protection de la partie faible au contrat)[1093]. La prise en compte permet ainsi de respecter la volonté du législateur au sein du pays pour lequel la règle est appelée à produire ses effets. Il pourra certes être rétorqué qu'un tel objectif pourrait valablement être rempli par l'application de la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Certes. Toutefois, il est possible aussi que les effets de la loi du pays d'origine ne soient pas systématiquement incompatibles avec ceux du pays pour lequel la protection est demandée. Dans ce cas de figure, il n'y aura pas de grande difficulté. Toutefois, lorsqu'il y aura incompatibilité, il nous semble bien plus judicieux d'écarter la loi normalement applicable sur le fondement d'une législation impérative. Un tel compromis permet selon nous d'établir un équilibre en termes d'intérêts des parties entre elles,

---

[1092] « *21. Liberté de choix*

(1) Les parties peuvent choisir la loi régissant leur relation contractuelle.

(2) Un tel choix de loi ne peut toutefois pas avoir pour résultat de priver le créateur ou l'artiste interprète ou exécutant de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, en l'absence de choix, aurait été applicable conformément à la directive 22. » (NT)

[1093] P. MAYER et V. HEUZÉ, n° 131 : « Il ne s'agit pas, en effet, dans l'application des lois de police étrangères de s'incliner devant la volonté du législateur étranger, mais de protéger un intérêt : en général celui de l'Etat étranger ou de la collectivité qu'il représente, mais parfois celui des salariés (consommateurs, travailleurs, salariés…) ; la volonté de l'Etat n'est qu'une présomption de l'existence d'un tel intérêt ».

mais aussi entre les parties et les Etats dont la poursuite de la politique législative serait ainsi favorisée en dépit du juge saisi.

811. Conclusion du chapitre – L'admission du principe de territorialité comme règle principale n'interdit pas comme nous venons de le voir certaines limitations de son domaine d'action. Il est vrai que le principe de souveraineté qui sous-tend le principe territorialité incite fortement à ne tenir compte que des régulations du droit au sein du pays dans lequel une exploitation a lieu. Toutefois, la recherche d'un équilibre entre les droits des parties et d'une meilleure sécurité juridique nous semble imposer de relativiser ce principe. Cette relativisation fait intervenir d'autre principes dans la recherche du droit applicable.

Les principes CLIP et ALI ne démentent pas cette analyse. Une première réorientation peut être prise en considération de l'impact qu'une exploitation aura dans un pays donné. Cette approche, essentiellement interprétative de la règle de conflit peut cependant s'avérer limitée dans la mise en exergue de liens substantiels entre ledit pays et la situation juridique litigieuse. Mais qu'à cela ne tienne, l'impact substantiel de l'exploitation doit être intégrée comme une démarche plus large visant à désigner la loi du pays ayant les liens les plus étroits avec l'exploitation litigieuse. Ce faisant, on aboutit à une réduction drastique du nombre de législations concurrentes.

Une démarche tout aussi diversifiée peut être admise en matière de titularité. Sachant que la recherche de la titularité initiale pose un pallier de difficulté supplémentaire par rapport aux autres aspects de l'existence du droit, dans la mesure où elle s'insère souvent dans des relations complexes d'exploitation dépassant la seule question de la propriété intellectuelle, plusieurs alternatives ont été proposées visant à dépasser le principe de territorialité.

812. Titularité unique. Loi du pays de résidence du créateur au moment de la création – En matière de titularité unique, la question de savoir sur qui naissent les droits patrimoniaux ne doit pas être soumise à la loi du pays d'origine comme l'a reconnu la cour de cassation dans sa jurisprudence « pré-ABC ». Sans revenir sur les reproches faits à cette règle de conflit, il faut simplement remarquer qu'elle risque de soulever plus de difficultés qu'elle n'en règle notamment en termes d'interprétation et de proximité lorsqu'il s'agit de rechercher une loi prévisible et proche de la situation juridique. Un tel objectif nous semble atteignable par l'application de la loi du lieu de résidence du créateur au moment où l'œuvre a été créée. Cette entorse au principe de territorialité est non seulement justifiée par la nécessité de faciliter une

exploitation optimale des droits intellectuels mais aussi parce que la question de la titularité des droits économiques d'auteur met principalement en jeu des intérêts privés. On voit par exemple que les parties peuvent en toute légalité décider de la personne qui jouit des droits patrimoniaux mais à l'inverse, ils ne peuvent dire ce qui est protégeable, ne peuvent décider de la durée des droits ou de ce qui constitue une atteinte ; ces prérogatives demeurent soumises au pouvoir souverain de chaque pays qui accorde une protection. Ainsi, la question de la titularité des droits patrimoniaux est en ce sens celle qui met le moins en jeu les intérêts de l'Etat (quoiqu'elle y touche lorsque la qualité d'auteur revêt un caractère impératif). Partant, un dépassement du principe de territorialité y semble admissible.

813. Titularité des créations plurales. Loi du lieu de résidence choisie ou de la majorité des créateurs. Principe de proximité – La problématique de la titularité des œuvres n'est pas fondamentalement différente selon qu'on s'occupe du cas où le créateur est unique ou qu'une pluralité de personnes participent à l'effort créatif. On ne pourrait cependant pas transposer tel quel le principe général précédemment proposé. Sans radicalement changer la donne, la pluralité de titulaires doit être un élément essentiel dans la recherche du ou des rattachements les plus adéquats. Sans perdre de vue l'objectif d'un compromis le plus équilibré entre les intérêts en présence, c'est plutôt une adaptation de ce rattachement qui doit être envisagée. S'il est admis que les œuvres plurales impliquent de manière intrinsèque une communauté d'intérêts à la manière d'un contrat, une approche fondée sur le principe d'autonomie doit être admise et comprise comme le garant d'une stabilité des effets matériels de la règle de conflit. Sur ce point encore – au-delà de difficultés théoriques surmontables – on comprend mal pourquoi il faudrait s'en tenir au principe de territorialité quand la possibilité donnée aux auteurs de décider de la loi la mieux indiquée pour régir certains aspects de leurs droits permet un regain en termes de proximité de la loi applicable avec la situation juridique. En ce sens, la proposition de l'ALI nous semble indiquer la solution la plus pertinente.

Ainsi, la loi applicable sera celle du lieu de résidence de l'une des parties telle que communément désignée par les collaborateurs ou celui de résidence de ces derniers. En l'absence de ces rattachements, le principe de proximité devrait prendre le relai. Pour pallier l'imprévisibilité qu'une telle solution pourrait engendrer, des points de contact permettant de poser une présomption de proximité doivent être prévus par la règle de conflit.

Tant pour la titularité unique que pour celle des œuvres plurales risque de se poser la question du lieu de première exploitation lorsque l'œuvre est initialement diffusée sur internet. Théoriquement, dans ces conditions, l'exploitation a eu lieu simultanément dans plusieurs pays.

Dans ce dernier cas, la proximité sera acquise avec le pays de première exploitation qui pourra être défini en tenant compte du pays vers lequel l'activité du site est orientée.

Titularité des œuvres salariales. Loi du contrat de travail – La question de la titularité initiale des œuvres salariales devrait nous semble-t-il être soumise à la loi du contrat. Bien plus que les autres aspects du droit d'auteur, les questions contractuelles ont besoin de sécurité juridique. Ce constat doit conduire à privilégier la règle de conflit la plus favorable à la réalisation des objectifs contractuels. Or, la variabilité matérielle qu'emporte irrémédiablement la *lex loci protectionis* nous semble fondamentalement antinomique avec un tel objectif. Au contraire, la loi la plus à même d'aboutir à la réalisation sereine des finalités du contrat est celle dont les parties auront pu envisager communément la compétence, soit qu'elle régit déjà leurs relations par accord exprès, soit qu'elle est identifiable sur la base de critères objectifs.

814. Correctifs. **Prise en compte des règles impératives au sein du pays pour lequel la protection est demandée** – Un doute légitime peut cependant être soulevé quant à la capacité d'une règle fondée sur un principe d'universalité à assurer un équilibre des intérêts des parties et plus spécifiquement une meilleure protection des auteurs qui, dans un contexte de mondialisation se retrouvent souvent en situation de partie faible. Des correctifs peuvent cependant être apportés notamment par le biais des lois impératives qui s'appliquent au statut d'auteur. L'auteur pourra ainsi invoquer le bénéfice de ces règles, notamment lorsqu'elles consacrent une séparation impérative de l'auteur et du titulaire de droit.

815. Conclusion du titre – Ce chapitre avait vocation à proposer des solutions nouvelles. Les solutions proposées tenaient compte non seulement du principe de territorialité (conçu comme une règle découlant du principe de souveraineté) mais aussi de principes concurrents tel le principe de proximité ou le principe d'autonomie. Il ressort pleinement que ces deux derniers ont gagné en intérêt tant en législation qu'en jurisprudence. Ils ne sont cependant pas exempts de toute critique. Le principe de proximité risque en effet d'introduire une forte casuistique dans la recherche du droit applicable, tandis que le principe d'autonomie risque de traduire sur le plan du droit applicable les déséquilibres intrinsèques aux relations des parties et introduire la volonté individuelle dans les domaines où l'intérêt collectif est prégnant. Si ces principes peuvent valablement concurrencer la territorialité et son corolaire la loi du pays pour lequel la protection est demandée, c'est à condition que ces limites soient gommées.

La mise en œuvre de ces principes dans le cadre de règles nouvelles visant à faire émerger des solutions nouvelles a mobilisé un double mouvement d'observation : de droit positif et de droit

prospectif.

Sur le plan du droit positif, les règles de droit dérivé au sein de l'Union européenne tendent progressivement à l'élaboration d'une territorialité très relative voir un certain universalisme. De « retour », le principe du pays d'origine semble désormais jouir d'une place privilégiée au sein de ces règles. Il paraît plus conforme aux principes du droit de l'Union, à sa vocation à concrétiser un marché unique européen et à la sécurité juridique des relations transnationales au sein de l'Union.

Les propositions de l'ALI et de l'Institut Max Planck qui ont été reprises procèdent à cette relativisation de la territorialité. Mais pour autant, le principe de proximité lorsqu'il intervient notamment en matière d'atteintes ubiquitaires est assorti de facteurs fixes indiquant une proximité avec un ordre juridique donné. De même, le choix du droit applicable par les parties est limité aux lois des pays ayant un lien avec la situation et la loi ainsi choisie s'incline devant les dispositions impératives – protectrices de la partie faible – applicable à défaut de choix.

Ces solutions doivent être approuvées dans la mesure où, sans se départir du principe de territorialité, elles en limitent opportunément et rationnellement le domaine (certes à des degrés différents selon les aspects du droits saisis).

816. Conclusion de la partie – Que l'on s'attache à admettre la territorialité à titre de principe ou qu'on lui préfère la sécurité juridique et la permanence de la loi applicable, toute solution qui découlerait de ce parti pris présente des forces et des faiblesses.

La territorialité est source d'insécurité juridique, quand bien même, de prime abord, le principe cardinal de la protection des créateurs y semble mieux respecté. A l'inverse, la sécurité juridique qui va de pair avec la prévisibilité du droit applicable est indéniablement mieux assurée par l'application d'une loi qui ne varie pas selon les exploitations. Pourtant, un éminent auteur[1094] – favorable à une lecture essentiellement territorialiste de la loi applicable au droit d'auteur – affirmait que la recherche de la loi applicable en matière de droit d'auteur doit s'opérer sur une base réaliste. Le réalisme consiste à reconnaître qu'un universalisme sur les bases qui ont souvent été proposées en doctrine, dans certaines législations et jurisprudence est mal venu en l'état actuel du droit positif. Pour ne pas s'en tenir à l'allégation d'une supériorité incantatoire du principe de territorialité, nous sommes allés jusqu'au bout de l'hypothèse universaliste. Telle

[1094] M. VIVANT, « Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle », préc.

est la conclusion qui en est ressortie.

Ce réalisme mené jusqu'au bout nous conduit de manière égale à écarter la loi du pays pour lequel la protection est demandée, sans renier la nature territorialiste des droits. Ce réalisme revient à refuser la plus stricte territorialité en infléchissant la méthode de désignation du droit applicable au profit d'indicateurs de proximité. Le réalisme revient encore à admettre que la territorialité doit dans certaines situations céder le pas à d'autres principes du droit international privé comme la sécurité juridique. Concrètement, la question de la titularité des droits patrimoniaux doit à titre de principe échapper à la loi du pays pour lequel la protection est demandée au profit d'une approche privilégiant la sécurité juridique des exploitations sans toutefois sacrifier la protection de l'auteur.

Conclusion

817. Le but de cette étude était d'observer le principe de territorialité, son rattachement, le pays pour lequel la protection est demandée à la lueur des évolutions qui affectent le droit d'auteur – comme d'autres droits de propriété intellectuelle – et des impératifs auxquels la méthode conflictuelle est naturellement soumise dans la résolution des litiges qui entrent dans son champ ; ceci afin de déterminer dans quelle mesure celui-ci avait vocation au maintien ou à la disqualification.

818. Il a fallu pour ce faire scruter les fondements des principales règles de droit applicable au droit d'auteur. Il est apparu dans cet exercice que la territorialité est un donné de la propriété intellectuelle. Les droits de cette nature relèvent d'équilibres particuliers à chaque ordre juridique. Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas nous semble-t-il de simples droits subjectifs. La propriété intellectuelle est un droit de régulation dans la mesure où elle arbitre entre ce qui relève du droit exclusif et ce qui revient à l'intérêt général. Ceci explique comme nous l'avons souligné l'existence d'exceptions au monopole, son caractère limité et l'existence universelle d'un domaine public. Or, ces arbitrages sont propres à chaque pays, relèvent de conceptions juridiques, philosophiques et économiques de ces pays. Il résulterait de profondes incohérences si les équilibres adoptés par un pays A étaient plaqués de manière pure et simple dans l'ordonnancement juridique d'un pays B. Le principe de territorialité est donc intimement lié au principe de souveraineté et le droit d'auteur se place à mi-chemin entre les intérêts privés des détenteurs de droits exclusifs et l'intérêt général.

819. Naturellement, cette dimension nationale du droit s'est traduite sur le plan du droit international dans la mesure où, comme par effet d'atavisme, il est apparu que l'ensemble des conventions internationales ont en partage le principe de territorialité sans pourtant qu'il soit explicitement formulé. Force est cependant de déduire que, lorsqu'un droit est enfermé dans sa dimension nationale, mais que l'utilisation d'une œuvre peut avoir des effets transnationaux, le caractère national de ce droit impose de référer au lieu où sont concentrées les régulations qu'une utilisation litigieuse atteint potentiellement. En d'autres termes le choix de la loi du lieu de protection dite *lex loci protectionis* traduit précisément la dimension territoriale des droits d'auteur.

820. Ceci posé, l'équivoque est partiellement levée sur le plan du rattachement. On comprend en effet que seule une compréhension particulièrement étriquée de la territorialité – à laquelle certains instruments internationaux semblent cependant inciter– peut justifier un rattachement

systématique à la loi du for. Ce qui compte en effet, c'est de savoir où se localise le potentiel déséquilibre entre les différents intérêts qu'emportent les droits d'auteur. Or, ce déséquilibre ne peut se manifester qu'au lieu de l'exploitation litigieuse. Nous avons ainsi constaté la place centrale de la contrefaçon dans le processus de rattachement du droit d'auteur et *de facto,* l'assimilation de la loi du pays pour lequel la protection est demandée avec la *lex loci delicti*.

821. La pertinence d'un rattachement s'évalue à sa capacité à désigner une loi prévisible pour les parties et affichant les liens de proximité indéniables avec la cause. Or, il s'est toutefois avéré que la loi du pays pour lequel la protection est demandée, basée sur une logique d'indépendance des protections pays par pays tend à paradoxalement à aller à l'encontre de ces impératifs. Cette limite se donne à voir tant sur la question du domaine de ce rattachement que sur celle des atteintes plurilocalisées, en particulier dans la sphère numérique.

822. Dans le premier cas, nous avons vu que le principe de cohérence incitait à soumettre au même rattachement tous les aspects du droit d'auteur. Ce qui s'oppose au double rattachement existence/exercice, que la Cour de cassation semble désormais avoir abandonné. Le titulaire d'un droit d'auteur pourra par exemple varier d'un pays à un autre pour une seule œuvre protégée. Pourtant, l'application unitaire de la loi du pays pour lequel la protection est demandée ne découle pas nécessairement des stipulations des Conventions internationales. Elle tend par ailleurs à sacrifier à la cohérence théorique la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions, notamment dans des domaines où un contrat régit déjà les relations des parties au litige.

823. Pour les atteintes plurilocalisées, c'est un problème de surdétermination du rattachement qui se pose. Lorsque l'exploitation litigieuse s'est réalisée par le biais d'internet, l'ubiquité des œuvres combinée à celle du réseau internet rend théoriquement compétentes toutes les lois du monde. Nous en avons conclu à une forme d'obsolescence de la solution territorialiste qui avait été certes pensée pour régir des relations transnationales concentrées sur un nombre relativement limité de pays. Plutôt que de tenter de plaquer telles quelles des solutions potentiellement dépassées, l'évolution technologique impose d'en opérer une adaptation.

824. Pour chacun de ces problèmes il semble indiqué de réévaluer l'intérêt du principe de territorialité. D'emblée, le passage d'une territorialité générale représentée par la *lex loci protectionis* à une extraterritorialité du même ordre sur la base de la loi du pays d'origine ne semble pas admissible. L'étude détaillée du rattachement par le pays de première publication montre que ce dernier conduit en réalité à des impasses similaires à celles du pays pour lequel la protection est demandée.

825. Nous avons vu que le droit d'auteur était porteur d'un triple intérêt pour les auteurs et leurs éventuels ayants droit, pour l'Etat qui le reconnaît et pour les exploitants des créations protégées. Partant du principe que la territorialité est intrinsèquement liée au principe de souveraineté, il nous a semblé que le rattachement pouvait s'éloigner du principe de territorialité selon l'intensité de l'intérêt étatique. Les Etats conservent un fort intérêt à déterminer les conditions de la protection, la durée des droits et ce qui constitue une atteinte ; sur ce point, le principe de territorialité doit pleinement jouer et la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée maintenue. Il en va différemment de la question de la titularité des droits puisqu'elle touche moins l'intérêt des Etats, du fait notamment que contrairement aux autres conditions d'existence du droit, les parties peuvent en disposer conventionnellement. Dans ce cas, privilège doit nous semble-t-il être donné à l'autonomie de la volonté ou à la loi de résidence du créateur au moment de la création.

826. Quant aux atteintes plurilocalisées ou ubiquitaires, une relativisation du principe de territorialité est envisageable. L'observation montre par ailleurs que de nombreuses juridictions ont d'ores et déjà amorcé le tournant en ce sens. Cette relativisation s'opère par l'application en matière de droit d'auteur de la théorie des effets. En d'autres termes, le pays de protection s'identifie à celui dans lequel une exploitation a un impact économique.

827. Une telle règle aura cependant un caractère interprétatif, comme le montre la jurisprudence et pourra dans certaines situations montrer ses limites. Ce faisant, comme pour d'autres règles de rattachement liées au principe de souveraineté, le recours au principe de proximité à titre d'alternative paraît tout indiqué. Ainsi, lorsque l'œuvre est transmise sur internet, la loi compétente devra être celle du pays entretenant les liens les plus étroits avec le litige. Il serait certes tentant d'opposer le risque d'incertitude que viendrait rajouter le recours à la proximité. Toutefois, celle-ci présente selon nous un véritable intérêt en matière de loi applicable au droit d'auteur si la souplesse qu'offre la règle de principe est encadrée par des facteurs de rattachements fixes. L'approche n'est pas inédite puisqu'elle est consacrée en matière contractuelle notamment par le règlement Rome I. Le principe de proximité y a fait ses preuves et son attraction en notre domaine ne semble pas présenter une prise de risque démesurée.

828. Il faut donc admettre comme l'indiquait le présupposé de départ que la territorialité est une donnée universelle de la propriété intellectuelle. Toutefois, à contre-courant de l'aura croissante qui lui est reconnue – quoique de manière contre-intuitive – son domaine peut valablement être relativisé pour plus de prévisibilité et de sécurité juridique.

■

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

Allard, Denis ; Rials, Stéphane,

Dictionnaire de la culture juridique., Lamy/PUF, Paris, 2003.

Alleaume, Christophe,

J. cl. PLA: Durée de la protection, fasc. 1270. 2003.

Batiffol, Henri ; Lagarde, Paul,

Droit International Privé, vol. 2, LGDJ, Paris, 1983.

Audit, Bernard ; d'Avout, Louis,

Droit international privé, 6ème éd., Economica, Paris, 2010.

Bertrand, André,

Le droit d'auteur et les droits voisins, Dalloz, Paris, 2010.

Binctin, Nicolas,

Droit de la propriété intellectuelle, 4ème éd., LGDJ-Lextenso, Paris, 2016.

Bureau, Dominique ; Muir-Watt, Horatia,

Droit international privé, 2 Volumes, PUF, Paris, 2014.

Caron, Christophe

Droit d'auter et droits voisins, 5ème éd., Litec, Paris, 2017

Desbois, Henri,

Le Droit d'auteur en France, 3ème éd. Dalloz, Paris, 1978.

De Visscher, François ; Michaux, Benoît

Précis de droit d'auteur et de droit voisins, Bruylant, Bruxelles, 2000.

Dreyer, Emmanuel,

J. Cl. P.L.A : Contrefaçon. Vol. fasc. 1610. Lexis Nexis, 2000.

Gautier, Pierre-Yves,

— *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF, Paris, 2015.

— *Rep. Dr. International : Propriété littéraire et artistique,* Dalloz, Paris, 1998.

Ghestin, Jacques ; Goubeaux, Gilles,

Traité de droit civil : Introduction générale, LGDJ, Paris, 1990.

Gierke, Otto F. (von),

Deutsches privatrecht, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.

Béguin, Jacques ; Menjucq, Michel,

Droit du commerce international. 2ème éd., Lexis Nexis, Paris, 2011.

Josserand, Louis Etienne,

Cours de Droit civil positif français, Tome I, Sirey, Paris, 1938.

Lagarde, Paul et Gothot, **Pierre**

Rép. droit international: conflits des lois (principes généraux), Dalloz, 2013.

Loussouarn, Yvon ; Bourel, Pierre ; De Vareilles-Sommières, Pascal,

Droit international privé, Dalloz, Paris, 2013

Lucas, André ; Lucas, Henri-Jacques ; Lucas-Schloetter, Agnès,

Traité de la propriété Littéraire et artistique, 3ème éd. Litec, Paris, 2014.

Mayer, Pierre ; Heuzé, Vincent,

Droit international privé, LGDJ, Paris, 2014.

Niboyet, Jean-Paulin,

Traité de Droit international Privé, Vol. 4. Sirey, Paris, 1941.

Nimmer, Melville ; Nimmer, David,
Nimmer on Coyright, Matthew Bender, 2001.

Patry, William F.
Patry on Copyright, Thomson West, Oxford, 2019.

Pollaud-Dulian, Frédéric,
Le droit d'auteur, 2ème éd., Economica, 2014

Pouillet, Eugène,
Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, LGDJ, Paris, 1908

Quadri, Rolando
Lezioni de diritto internazionale privato, 5ème éd., Naples, 1969.

Renouard, Augustin Charles,
Traité des droits d'auteur, Tome I., Jules Renouard et C., Paris, 1838.

Savatier, René,
Cours de Droit International Privé, LGDJ, Paris, 1953.

Schack, Haimo,
Urheber – und Urhebervertragrecht, Mohr Siebeck, Tübingen: 2001.

Schechter, Roger E. ; Thomas, John R.,
Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, Thomson/West, St. Paul, MN, 2003.

Treppoz, Edouard,
Rep. dr. international : Contrefaçon, Dalloz, Paris, 2010.

Vivant, Michel ; Bruguière, Jean-Michel

Droit d'auteur et drois voisins, Dalloz, Paris, 2016.

Waline, Marcel,
Manuel de droit administratif, 9ème éd., Sirey, Paris, 1963.

Weiss, André,
Manuel de droit international privé. 6ème éd, Sirey, Paris, 1909.

Zenati-Castaing, Frédéric ; Revet, Thierry,
Les Biens, PUF, Paris, 2008.

II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, cours, travaux collectifs

Ancel, Pascal,
L'Indisponibilité des droits de la personnalité, thèse Dijon, 1978

Audit, Bernard,
«Le droit international privé en quête d'universalité.» *Recueil des Cours*, 2003, p. 9 s.

Bartin, Etienne,
Etudes de Droit international privé, 1899.

Batiffol, Henri,
Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002.

Benhabou, Françoise ; Farchy, Joëlle,
Droit d'auteur et copyright, La Découverte, Paris, 2014.

Berard, Léon,
Du caractère personnel de certains droits dans les régimes matrimoniaux: Le droit d'auteur,

A. Rousseau, Paris, 1903.

Bergé, Jean-Sylvestre,

— *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, L.G.D.J – Thèses, Paris, 1996

— *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle*, Larcier, 2015

Bertrand, Alfred,

Questions pratiques et doctrinales du Code napoléonien, LGDJ-Cosse Marshall et Cie, Paris, 1867.

Bouche, Nicolas,

Le Principe de territorialité de la propriété intellectuelle, L'Harmattan, Paris, 2002.

Bouchet Le Mappian, Emilie,

Propriété intellectuelle et Droit de propriété, Presses Universitaires de Rennes, 2013.

Bourel, Pierre,

— *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles,* LGDJ, Paris, 1961.

— « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 244, 1989, p. 255 s.

Bruguière, Jean-Michel,

Le droit du copyright anglo-américain, Dalloz, Paris, 2017.

Bucher, Andreas,

« La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 341, 2010, p. 22 s.

Cachard, Olivier,

La régulation du marché électronique, LGDJ, Paris, 2002.

Carlier, Peggy,

L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, thèse Lille II, 2008.

Castell, Anne-Laure,
L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire, PUF, Paris, 1989.

Chaudenson, Françoise,
A Qui appartient l'œuvre d'art, Armand Colin, Paris, 2007.

Chiariny-Daudet, Anne Cathérine,
Le règlement judiciaire et arbitral des contrats internationaux sur les brevets d'invention, Litec, Paris, 2006.

Chilstein, David,
Droit pénal international et lois de police, Dalloz, Paris, 2003.

Colombet, Claude.
Grands Principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé, Litec, Paris, 1992.

Constant, Charles.
Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Convention de Berne du 9 septembre 1886 et acte additionnel de Paris, du 4 mai 1896 : textes et documents publiés avec quelques observations. S.A Imprimerie Kugelmann, Paris, 1897.

Conte, Philippe ; Petit, Benoît,
Les Personnes, Presses Universitaires de Grenoble, 1992.

Corbion, Lycette,
Le déni de justice en droit international privé, P.U.A.M, 2004.

Crionnet, Marcel,
Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français, LDGJ, Paris, 1975.

Dabin, Jean,
« Les droits intellectuels comme catégorie juridique » *RCLJ*, 1939, p. 413.

Dagognet, François,
Philosophie de la propriété. PUF, Paris, 1992.

d'Avout, Louis,
Sur les solutions du conflit des lois en droit des biens, Economica, Paris, 2006.

Desbois, Henri ; Françon, André; Kerever, André,
Les Conventions internationales sur le droit d'auteur et des droits voisins. Dalloz, Paris, 1976.

Dessemontet, François,
Le droit d'auteur, CEDICAC, Lausanne, 1999

Dock, Marie-Claude,
Contribution historique à l'étude du droit d'auteur, LGDJ, Paris, 1962.

Dornis, Tim W.,
Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives ? Cambridge University press, 2017.

Doutrelepont, Carine,
Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. LGDJ-Bruylant, Paris, 1997.

Draetta, Ugo,
« Internet et commerce électronique en droit international des affaires », *Recueil des Cours*, vol. 314, 2005, p. 9 s.

Drexl, Josef ; Kur, Annette (dir),
Intectual property and Private international law, Hart Publishing, 2005.

Durrande, Sylvianne,
« La détermination du pays d'origine en droit international privé » *Thèse Mult.* Paris II, 1980.

Dusollier, Sévérine,
Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Larcier, Bruxelles, 2005.

El-Tanamli, Abdel-Moneim,
Du droit moral de l'auteur sur son oeuvre littéraire et artistique, Pédone, Paris, 1943.

Escarra, Jean ; Rault, Jean ; Hepp, François,
La doctrine française du droit d'auteur, Grasset, 1957.

Fabre, Pierre-Antoine ; Gruson, Pascale ; Leclerc, Michèle (dir),
Le Sujet absolu. Million, Paris, 2007.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte,
Libre dispositioniblité des droits et conflit des lois, Litec, Paris, 1996.

Fawcett, James ; Paul Torremans,
Intellectual property and Private intellectual law, Oxford, 1998.

Gaudrat, philippe ; Sardain, frédéric,
Traité de droit civil du numérique. Larcier, Paris, 2015.

Gervais, Daniel,
La protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle, Larcier, Bruxelles, 2015.

Ginsburg, Jane C.,
« *The Private international law of copyright in a era of technological change* » *Recueil des Cours,* vol. 273, 1998, p. 239 s.

Glenn, H. Patrick,
« La conciliation des lois Cours général de droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 364, 2011, p. 193 s.

Goldstein, Paul,

International Copyright, law and practice, OUP USA, New York, 2001.

Haddadin, Suhail

Essai sur une théorie générale en droit d'auteur. Poitiers: Thèse, 2008.

Heuzé, Vincent,

La règlementation des contrats internationaux, GLN-Joly, Paris, 1990.

Josselin-Gall, Muriel,

Les contrats d'exploitation en propriété littéraire et artistique, Joly, Paris, 1998.

Jhering, Rudolph (von),

L'esprit du droit romain, traduit par O. de Meulenaere, A. Maresq, Paris, 1880.

Joubert, Natalie ; Corneloup, Sabine (dir.)**,**

Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Lexis Nexis Litec Paris, 2008.

Kant, Emmanuel,

— *Von der Unrechtmassigkeit des Buchernachdrucks.* 1785.

— *Metaphysische Anfangsgründe der rechtslehre.* 1797.

Kono, Toshiyuki ; Axel Metzger (dir.)

Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Kono, Toshyiuki,

Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives, Bloomsbury Publishing, 2012.

Kreuzer, Karl,

« La propriété mobilière en droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 259, 1996, p. 1 s.

Lagarde, Paul,

— *La reconnaissance des situations en droit international privé*, (dir), Pédone, 2013.

— « Le principe de proximité », *Recueil des Cours*, vol. 196, 1986, p. 9 s.

Laligant, Olivier,

La Divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français, LGDJ, Paris, 1983

Locke, John,

Two treatises on governement, P. Lassett (ed), Cambrigde, 1967.

Loussouarn, Yvon,

« Cours Général de droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 139, 1973, p. 269 s.

Lucas, André,

Droit d'auteur et Numérique, LexisNexis, Paris, 1998.

Lucas-Schloetter, Agnès,

Droit Moral et Droits de la Personnalité : étude de droit comparé français et allemand, 2 vol., P.U.A.M., 2002.

Malaurie, Philippe,

Les personnes. Les incapacités, Defrénois, Paris, 2007.

Mars, Antoine,

La prévalence des intérêts : Contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral, thèse Bordeaux, 2017.

Matulionyté, Rita,

Law Applicable to Copyright: A Comparison of the Ali and Clip Proposals, Edward Elgar, 2011.

Michaelides-Nouaros, Georges,

Le droit moral de l'auteur, Arthur Rousseau, Paris, 1935.

Morillot, André,

— *De la personnalité du droit de copie qui appartient à un auteur vivant,* Imp. Cusset et Cie., Paris, 1873.

— *De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne,* Paris, 1878.

Moura Vincente, Dario,

La propriété intellectuelle en droit international privé, Recueil des Cours, Vol. 335, 2008, p. 121 s.

Mousseron, Jean-Marc,

— *Le droit du breveté d'invention, Contribution à une analyse objective,* LGDJ, Paris, 1961.

— Traité des brevets, Litec, Paris, 1984.

Muir-Watt, Horatia,

La fonction de règle de conflit, thèse Paris II, 1985.

Najm, Marie-Claude,

Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, Dalloz, Paris, 2005.

Nerson, Roger,

Les droits extra-patrimoniaux, thèse Lyon, 1939.

Niboyet, Jean-Paulin,

« La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil des cours,* vol. 16, 1927, p. 1 s.

Nonnenmacher, Georges,

« Le Cinéma et la Télévision face au droit international privé », *Recueil des Cours,* vol. 134, 1971, p. 1.

Novier, Mercedes,

La propriété intllectuelle en droit international suisse, Droz-Comparativa, Genève, 1996.

Parrot, Karine,

L'interprétation des conventions internationales, Dalloz, Paris, 2006.

Pataud, Etienne,

Principe de souveraineté et Conflits de juridiction (Etude de droit interntional privé), LGDJ, Paris, 1999.

Pfeiff, Sylvia,

La portabilité du statut personnel dans l'espace européen, Larcier, 2017

Piautrot, Jean Luc,

La propriété intellectuelle en droit international et comparé, Lavoisier, Cachan, 2007.

Pignatari, Olivier,

Le support en droit d'auteur, Larcier, Bruxelles, 2013.

Pillet, Antoine,

— *Principe de droit international privé,* Pédone, Paris, 1903.

— « La théorie générale des droits acquis », *Recueil des Cours,* vol. 8, 1925, p. 505.

Plaisant, Robert,

— *Le droit des auteurs et des artistes exécutants,* Delmas, Paris, 1970.

— *Les règles de conflit dans les traités,* Imprimerie Alençonnaise, Paris, 1946.

Planiol, Marcel,

Traité élémentaire de Droit Civil, vol. 2, LGDJ, Paris, 1923.

Pommier, Jean-Christophe,

Le principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris, 1992.

Puljak, Marie-Paul,
Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité, PUAM, 2003.

Raynard, Jacques,
Droit d'auteur et conflits des lois: Essai sur la nature du droit d'auteur, Litec, Paris, 1990.

Recht, Pierre,
Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, LGDJ, Paris, 1969.

Rémy, Benjamin,
Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Dalloz, Paris, 2008.

Ricketson, Sam, Ginsburg, Jane C.,
The Berne Convention and beyond, Oxford, 2006

Rigaux, François,
— *La théorie de la qualification en droit international privé,* LGDJ, Paris, 1965.
— « Les situations juridiques individuelles dans un contexte de relativité générale », *Recueil des Cours*, vol. 213, 1989, p. 379.

Roubier, Paul,
Droits subjectifs et situation juridiques, Dalloz, Paris, 1963.

Ruffini, Francesco,
« De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques », *Recueil des Cours*, vol. 12, 1926, p. 387.

Sindres, David,
La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits des lois, LGDJ, Paris, 2005.

Strömholm, Stig.

— *Copyright and conflict of law: a comparative survey*, Heymans Verlag, Stokholm, 2010.

— *Le Droit moral de l'auteur,* 2 vol., P. A. Norstedt & Söners förlag, Stokholm, 1967.

Strowel, Alain,

Droit d'auteur et Copyright, Bruxelles LGDJ, Paris, 1993.

Strowel, Alain ; Traille, Jean-Pierre,

Google et les nouveaux services en ligne, Larcier, Bruxelles, 2008.

Thery, Jean-François ; Falque-Pierrotin, Isabelle,

Internet et les réseaux numériques - Etudes adoptée par l'assemblée Générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, Les Etudes du Conseil d'Etat, Paris, 1998.

Torremans, Paul (dir),

Research Handbook on Cross-Border Enforcement of Intellectual Property, Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

Treppoz, Edouard ; Cyril Nourissat (dir),

Droit international privé et propriété intellectuelle: nouveau cadre, nouvelle stratégie, Lamy, Paris, 2010.

Ulmer, Eugen,

La propriété intellectuelle et le droit international privé. Publication de la CEE, 1980.

Van Eechoud, Mireille,

Choice Of Law In Copyright, Kluwer Law International, Amsterdam, 2003.

Vander-Elst, Raymond,

Les Lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge, 2 vol. Sirey, Paris, 1956.

Vialleton, Henri,

Du rôle du dépôt dans les diverses branches de la propriété industrielle, thèse Montpellier, 1914.

Vivant, Michel,

— *Juge et loi du brevet*, thèse Montepellier, 1977.

— *Rep. Dr. International : Internet*, Dalloz, 2017.

Xifaras, Mikhail,

La Propriété : Etude de philosophie du droit, PUF, Paris, 2004.

Zhang, Shu,

De L'OMPI au GATT, Litec, Paris, 1994

III. Articles, chroniques, communications, rapports, comptes rendus

A.L.A.I (Association Litteraire et Artistique Internationale),

« Détermination du pays d'origine lorsqu'une oeuvre est divulguée publiquement pour la première fois sur internet », Rapport du Groupe d'étude sur le pays d'origine de l'Association littéraire et artistique internationale, Paris, 2012.

Ancel, Marie-Elodie,

« Reportage en quête d'auteur : de la loi applicable à la titularité initiale des droits sur une œuvre de l'esprit », *CCE*, nov. 2013, Etude n° 18.

ASMP (Académie des Sciences Morales et Politiques),

«Le droit d'auteur et l'internet », Rapport du groupe de travail présidé par M. G. De Broglie, 2000.

Aubry, Jules,

«De la notion de territorialité en droit international privé », *JDI*, 1902, p. 209 s.

Austin, Graeme W.,

« *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation* », *23 COLUM.-VLA J. L. & ARTS*,, 1999, p. 1.

Azzi, Tristan,

— « Atteintes en ligne aux droits de la personnalité et aux droits de propriété intellectuelle: tribunal compétent et loi applicable », *Légicom*, Janv. 2014, p. 39.

— « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois, De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Propriétés Intellectuelles*, 2009, p…. ???

— « Réciprocité et protection des droits de propriété littéraire et artistique : plaidoyer pour l'abrogation de l'article L. 111-4 CPI » in *Liber amicorum Geoges Bonet*, Litec, Paris, 2010, p. 9 s.

Balarino, Tito, et Gian Paolo Romano,

« Le principe de proximité chez P. Lagarde » in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005. p. 37 s.

Bartin, Etienne,

« La localisation territoriale des monopoles intellectuels », *JDI*, 1934, p. 809.

Batiffol, Henri,

— « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française » in *Festschrift für Hans Lewald*, Helbing und Lichtenhahn, Bâle, 1953, p. 219.

— *Les conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé*, Sirey, Paris, 1938.

Behar-Touchais, Martine,

« Le droit de la responsabilité à l'épreuve des géants de l'internet : aspect de droit international privé » in *L'effectivité du droit face à la responsabilité des géants d'internet*, IRJS éditions, Paris, 2016, p. 17.

Beier, Friedrich K.,

« Territorialité du droit des marques et les échanges internationaux », *JDI*, 1971, p. 5.

Bénabou, Valérie-Laure

— « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *LEGICOM*, vol. 25, n° 2, 2001, pp. 115 s.

— « Puiser à la source du droit d'auteur » *RIDA*, Avr. 2002, p. 3.

Bensamoun, Alexandra,

« La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel », *D.*, 2013, p. 3176.

Bergé, Jean-Sylvestre,

— « Actualité du conflit de lois sur le droit d'auteur : bataille au pays des fantômes », *Gaz. Pal*., 2003, p. 1629.
— « La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques: le point de vue d'un juriste », Rapport remis au Ministère de la Culture, Paris, 1997.
— « L'internationalisation croissante des litiges.» *Légicom*, Janv. 2004, p. 117 s.
— « Droit d'auteur, conflit des lois et réseaux numériques: rétrospective et perspective », *RCDIP*, 2000, p. 357 s.
— « Territorialité du droit de propriété intellectuelle et conflit de lois: prospective », *RLDI*, oct. 2009, p. 55 s.
— « L'activation-désactivation du contrat comme vecteur de la circulation des services dans l'Union européenne », *RDC* 2017, n° 114, p. 99 s

Binctin, Nicolas,

— « Droit international privé et propriété littéraire et artistique – le repli français », *cah. prop. Intell.*, 2016, p. 325.
— « Le droit moral en France », *Cah. propr. int.*, 2013, p. 303 s.
— « Personne morale et droit d'auteur », *Rev. sociétés*, 2012, p. 496 s.

B.I.R.P.I (Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle),

« La condition civile des étrangers et des conflits de lois en matière de propriété littéraire et artistique », *D.A*, 1937, p. 85 s.

Bonnet, Philippe,

« Droit d'auteur et Pratiques anticoncurrentielles » in J.-M. Bruguière (dir), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, Dalloz, Paris 2016, p. 46 s.

Bonnichon, André,

« La notion de conflit de souveraineté dans la science du conflit des lois », *Rev. crit. DIP*, 1949: p. 615 s.

Boscovic, Oliveira,

« L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.*, 2009: pp. 1639 s.

Bouche, Nicolas,

— « La loi applicable à la contrefaçon du droit d'auteur et l'article 5 (2) de la Convention de Berne », *D.*, 2002, p. 2999.
— « Quelle loi en matière de contrefaçon », in C. Nourissat et E. Treppoz (dir), *Droit international privé et propriété intellectuelle* », Lamy, Paris, 2010, p. 102.

Boucher, Charles,

« De la nature des règles relatives à la protection en France des auteurs étrangers », *RCDIP*, 1932, p. 36.

Boytha, György,

« Le droit international privé et la protection du droit d'auteur: analyse de certains points spécifiques », *D.A*, 1988, p. 422.

Bradley, Curtis A.,

« *Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism* », *37 Va. J. Int'l L. 505*, 1997, p. 506 s.

Caron, Christophe,

— « Brefs Propos sur l'émergence des usages de l'internet dans l'environement internatinal » in *Internet et Le droit*, Editions Victoires, 2001, p. 249.
— « La propriété intellectuelle au panthéon des droits fondamentaux européens », *CCE*, mai 2007, p. 31 s.
— « Droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP E*, 2004, p. 3 s.
— « Le contentieux arbitral du droit d'auteur », *Rev. Arb.*, Avr. 2014, p. 267 s.

Carrascosa Gonzalez, Javier,
« Règle de conflit et théorie économique », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 521 s.

Castets-Renard, Céline,
« Marché unique numérique » : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur », *D.* 2016, p.388

Cervetti, Pierre-Dominique,
« La recherche de la titularité des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit se fait en application de la *lex loci protectionis* », *RLDI*, juin 2013, p. 94 s.

Christie, Andrew F.,
« Private international law principles for ubiquitous intellectual property infringement – A solution in search of a problem? », *Journal of Private International Law*, vol. 13, p. 1 s.

Corbet, Jean,
« Le développement technologique conduit-il à un changement de la notion de droit d'auteur », *RIDA*, Avr. 1991, p. 59.

Courbe, Patrick,
« Le principe de proximité » in *Mélanges lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p.227.

Cruquenaire, Alexandre,
« La loi applicable au droit d'auteur: état de la question », disponible à http://www.crid.be/pdf/public/4048.pdf (accès le 09 12, 2013).

CSPLA (Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique),
« La loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique », Rapport de la Commission spécialisée, 2003.

D'Avout, Louis,
« Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ?», *D.*, 2009, p.1629 s.

Deliyanni, Elsa,

« La loi applicable en matière de radiodiffusion par satellite d'oeuvres protégées par le droit d'auteur » *RIDC*, Avril-juin 1989, p. 429 s.

De Nova, Rodolfo,

« Conflits des Lois et normes fixant leur domaine d'application », *Diritto Internazionale*, 1959, p.13 s.

Desbois, Henri,

— « Les conflits de lois en matière de transfert de propriété » *Clunet*, 1971: 285.
— « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *D.*, 1957, p. 350.
— La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France. — Questions d'actualité », *Trav. Com. fr. DIP*, 21-23e année, 1960-1962, 1963, p. 177 s.

De souza, Lionel ; Waelde, Charlotte,

« Moral rights and the internet: squaring the circle », *3 Intellectual Property Quarterly*, 2002, p. 265, disponible à : http://hdl.handle.net/1842/2306 (accès le 04 aout, 2016).

Dessemontet, François,

« Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyber-espace », in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, LexisNexis, 2001, p. 97 s.

De Vareilles-Sommières, Pascal

« Lois de police et pratiques législatives » *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207 s.

De Werra, Jacques,

« La propriété intellectuelle confrontée aux réseaux » in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle - Colloque de l'IRPI*, LexisNexis, Paris, 2014, p.51 s.

Dietz, Adolf,

— « Le concept d'auteur selon le droit de le droit de la Convention de Berne », *RIDA*, Janv. 1993, p. 3 s.
— « Les Etats-Unis et le droit moral, idiosyncrasie ou rapprochement », *RIDA*, Oct. 1989, p. 223 s.

Dinwoodie, Graeme B.,

— « Affirmation of territorial limits of US *copyright* protection :two recent decisions », *European Intellectual Property Review*, 1992, p. 136.

— « Developing a Private International Intellectual Property Law : The Demise of Territoriality ? » *William & Mary Law Review*, 2009, p. 711 s.

Dock, Marie-Claude,

« Genèse et Evolution de la propriété littéraire », *RIDA*, Janv. 1979, p. 169 s.

Driscoll, Jennifer M.,

« It's a Small World After All: Conflict of Laws and *Copyrigh*t Infringement on the Information Superhighway », 20 *U. Pa. J. Int'l L.*, 1999, p. 939 s.

Durrande, Sylvianne,

— « Panorama propriété intellectuelle – Droit des marques », *D.*, 2011, p. 908.

— « La notion de publication dans les conventions internationales », *RIDA*, Janv. 1982, p. 73 s.

Dusurmont, Thierry,

— « Réflexions sur les droits des auteurs et le numériquue », *Revue Trimestrielle Géoéconomie*, 2001, p. 27

— « Qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA*, 1996, p. 55 s.

Edelman, Bernard,

« Le recyclage d'une œuvre collective », *D.*, 2008, p. 2643.

Erlanger, François,

« Du Conflit des lois en matière de droit d'auteur », *Nouvelle Révue de Droit international privé*, 1937, p. 301 s.

Franceskakis, Phocion,

— « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiates" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p.1 s.

— « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public », *Trav. com. fr. dr. int. priv.*, 1970, p. 149 s.

Friocourt, Michel,
«Arbitrage et Propriété intellectuelle.», *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 223 s.

Fujiwara, Mami,
« Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la Lettre sur le commerce de la librairie », *Revue d'histoire littéraire de la France*, Janv. 2005, p. 70 s.

Gannagé, Pierre,
« La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP*, p. 1992: p. 425 s.

Gaster, Jens,
« Sur les suites de l'arrêt « *Phil Collins* » », *RIDA*, 04/1996, p.196 s.

Gaubiac, Yves,
« La Convention de Berne encore méconnue », *CCE*, 2008, p. 3 s.

Gaudemet-Tallon, Hélène,
« Droit international privé de la contrefaçon: aspects actuels », *D.*, 2008, p. 735 s.

Gaudrat, Philippe,
« Réflexions sur les œuvres plurales crées en ligne », *RTD com.*, 2008, p. 323 s.

Gautier, Pierre-Yves,
« Du droit applicable dans le "Village planétaire" au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.*, 1996, p. 131 s.

Geller, Paul-Edward,
— « Conflicts of law in Cyberspace, copyright in a digitally networked world » in P. Bernt Hugenholtz (dir), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer, 1996, p. 27 s.

— « From parchwork to network », *Vanderbilt journal of transnational law*, 1998, p.553 s.

Geslin, Albane,

« La position de la France en matière d'extraterritorialité du droit économique national », *Revue juridique de l'Ouest*, avr. 1997, p. 411 s.

Ginsburg, Jane C.,

— « Aspects de droit international privé de la protection d'oeuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques », Rapport pour l'OMPI, Genève, 1998.
— « Berne without borders: geographic indiscretion and digital communications », *I.P.Q.*, 2002, p. 111 s.
— « La localisation de l'acte de mise à disposition », in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 414.
— « A tale of two copyright » *RIDA*, Avr. 1961, p. 65 s.

Ginsburg, Jane C. ; Pierre Sirinelli,

«Auteur, création et adaptation en droit international privé.» *RIDA*, Oct. 1991: p. 3s.

Goldsmith, Jack L.,

« The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, p. 475 s.

Gothot, Pierre,

« Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1971: pp. 1-36, 209-243, 415-450.

Goutal, Jean-Louis,

« Arbitrage et propriété intellectuelle », *Gaz. pal.*, Déc.1997, p. 28 s.

Graulich, Paul,

« La signification actuelle de la règle de conflit des lois » in *Mélanges Weill*, Dalloz, Paris 1983, p. 295 s.

Graulich, Paul,

« Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, vol II, Bruylant, Bruxelles:, 1963, p. 629 s.

Haftel, Bernard,

« Droit international privé et immatériel en France – rapport français » in *L'immatériel, Journée de l'Association Henri Capitant, Journées Espagnoles*, Larcier, Paris, 2015. p. 983 s.

Hermitte, Marie-Angèle,

« Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, l'exemple des droits intellectuels », *Arch. philo. dr.*, 1985, p. 331 s.

Huard, Gustave,

« La propriété intellectuelle d'après Kant », *D.A*, 1894, p. 3 s.

Ionasco, Aurélian,

« Le droit de repentir de l'auteur » *RIDA*, Janv. 1975, p. 21 s.

Josselin-Gall, Muriel,

« La Place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p.. 493 s.

Jurcys, Paulius,

« Applicable law to intellectual property infringements in Japan: Alternative *lex loci* protectionis principle.» *International Review of Law Computers & Technology*, juil. 2010, p. 193 s.

Kayzer, Pierre.

« Les droits de la personnalités, aspects théoriques et pratiques » *RTD civ.*, 1971, p. 481 s.

Kéréver, André,

— « Le droit d'auteur en Europe occidentale » in *Mélanges Desbois*, Dalloz, Paris, 1974. p. 355 s.

— « Propriété intellectuelle: la détermination de la loi applicable aux transmissions

numérisées », *Les bulletins du droit d'auteur*, 1993: p. 14 s.

— « Les modifications apportées par la loi du 3 juillet 1985 au droit d'auteur sur la radiodiffusion: un problème d'interprétation.» in *Mélanges Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 285 s.

— « Droit d'auteur et Satellites spaciaux », *RIDA*, Avr. 1984, p. 27 s.

— « La règle du traitement national », *RIDA*, Oct.1993, p. 75 s.

— « Le GATT et le droit d'auteur international: l'accord sur les "aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce"», *RTD. com.*, 1994, p. 629.

Kernochan, John ; Jane c. Ginsburg,

« One hundred and two years later: The US joins the Convention of Berne » *RIDA*, Juil. 1989, p. 57 s.

Kessedjian, Catherine,

— « Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques » in Baptiste Bonnet (dir), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2016, 1183 s.

— « Le principe de proximité vingt ans plus tard » in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 508 s.

Knetsch, Jonas,

« Des juridictions compétentes pour connaître d'une contrefaçon sur internet », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 192 s.

Koumantos, Georges,

— « Le droit d'auteur et la Convention de Berne » *D.A*, Oct. 1988, p. 441.

— « Sur le droit international privé du droit d'auteur », *Il diritto di autore*, p. 1979: 617 s.

Kur, Annette,

« Applicable law: An Alternative Proposal for International Regulation - The Max Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law », *30 Brook. J. Int'l L., 2005,*, 2005, p. 953 s.

Kur, Annette ; Maunsbach, Ulf,

« Choice of law and ntellectual property rights », *Oslo Law Review*, 1-2019, p. 43 s.

Lagarde, Paul,

— « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 331 s.

— *« Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés »*, in La reconnaissance des situations en droit international, Pédone, 2013, p. 19 s.

Lardeux, Gwendoline,

« Les cyberdélits » *RLDI*, 2012, p. 81 s.

Lequette, Yves,

« Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. Com. fr. DIP CFDIP*, 5ème année: 1982-1984, 1985, p. 163 s.

Lucas, André,

« Aspects de droit international privé de la protection d'oeuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », Rapport pour l'OMPI, OMPI, 1998.

Lucas, Henri-Jacques.

— «Convention de Berne (article 5-2) applicable aux contrefaçons de droit d'auteur sur internet.» *JCP E*, 2011, 45.

— « L'internationalisation du droit d'auteur » in *Mélanges Raharinarivonirina*, L'harmattan, Paris, 2010, p. 273 s.

Lucas, Pierre-Louis,

« L'impérieuse territorialité du droit », *Rev. crit. DIP*, 1935, p. 633 s.

Lucas-Schloetter, Agnès,

« La cessation de l'action en contrefaçon » *RIDA*, avr. 2018, p. 209 s.

Malan, Alexandre,

« L'avenir de la Convention de Berne dans les rapports intra-communautaires » *RIDA*, avr. 2004: p. 89.

Matulionyté, Rita,

— « IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association» *JIPITEC*, 2012, p. 263 s.
— « The law applicable to online copyright infringements in the ALI and CLIP proposals: A rebalance of interests needed? » *JIPITEC*, 2011, p. 26 s.

Mayer, Pierre,

«Les lois de police étrangères.» *Clunet*, 1981, p. 277 s.

Mazeaud, Henri.

« Le Droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence : à propos de l'arrêt de la cour d'Orleans rendu dans l'affaire Pierre Bonnard », *D.*, p. 1959.

Monéger, Françoise,

« *The last ten* ou les derniers Etats des Etats-Unis d'Amériques fidèles à la *lex loci delicti* » in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 575 s.

Morris, John,

« The Proper law of tort » *Harvard Law Review*, 1951, p. 881 s.

Mousseron, Jean-Marc ; Revet, Thierry ; Raynard, Jacques,

« La propriété comme modèle » in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 281 s.

Muir-Watt, Horatia,

— « Droit public, droit privé et conflits des lois », *Arch. philo. dr.*, 1996, p. 207 s.
— « La codification en droit international privé », *Droits*, 1998: p. 151 s.

Nishitani, Yuko,

« La loi applicable à la responsabilité délictuelle. Le règlement "Rome II" du point de vue japonais », *RIDC*, mars 2008, p. 639 s.

Oppetit, Bruno,
« L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et de droits voisins » in *Actes du colloque Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, Paris, 1994, p. 121 s.

Oprea, Alina,
« Droit international privé et immatériel en Roumanie » in *L'immatériel*, Bruylant, Bruxelles: 2015, p. 1080 s.

Otero Garcia-Castrillon, Carmen,
« Research Handbook on Cross-Border Enforcement of Intellectual Property » in P. Torremans (dir), *Research Handbook on Cross-Border Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Eldar, 2014, p. 421 s.

Pamboukis, Charambolos,
« La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit. Dip.*, 2008, p. 513.

Panopoulos, Georgios,
« Droit international privé et immatériel en Grèce » in *L'immatériel*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 1005.

Perrit, Henry H.,
« The Internet as a Threat to Sovereignty ? Thoughts on the Internet's Rôle in Strengthening National and Global Governance », *5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD*, 1998 p. 423 s.

Perry, Jens,
« Country of protection or country of origin: who determines the author according to the Review Convention of Berne » *Entertainement law review*, Juin 2014, p. 205 s.

Peukert, Alexander,
« Territoriality and Extra-territoriality in Intellectual Property Law » in Gunther Handl, Joachim Zekoll, Peer Zumbansen, *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Brill-Nijhoff, 2012, p. 189 s.

Picard, Maurice,

« Embryologie juridique », *JDI*, 1883, p. 563.

Pironon, Valerie,

— « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », in Nathalie Joubert et Sabine Corneloup, *Le Règlement communautaire dit « Rome II » sur la loi applicable aux obligations extraconstractuelles*, Litec, Paris, 2008, p. 111 s.

— « Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux – contractuel et délictuel – du commerce électronique », *JDI*, 2011, p. 915 s.

Plaisant, Robert,

« L'exploitation du droit d'auteur et les conflits de lois », *RIDA*, fév. 1962, p. 63 s.

Pollaud-Dulian, Frédéric,

— « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP* , I, 1994, 3780.

— « Le langage du droit d'auteur » in *Mélanges Liant de Bellefonds*, Dalloz, Paris, 2007, p. 413 s.

— « Du bon usage du principe communautaire de non-discrimination en droit de propriété intellectuelle: à propos de l'affaire *La Bohème* », *Prop. Intell.*, Janv. 2003, p. 24 s.

— « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.*, 2000, p. 273 s.

Prujiner, Alain,

— « Le statut des obligations en droit international privé », *Les Cahiers du droit*, 1988, p. 1097 s.

— « Propriété intellectuelle: quelques réflexions après l'affaire *Caillou* » in *Mélanges Victor Nabhan*, Éditions Yvon Blais, Québec, 2004, p. 321 s.

Racine, Jean-Baptiste,

— « Arbitrage et contentieux de l'exploitation des droits de propriété », *Rev. Arb.*, avr. 2014, p. 287.

— « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010 Janv. p. 61 s.

Radojkovic, Zivan,

« Le droit à la paternité », *RIDA*, sept. 1965, p. 169 s.

Raynard, Jacques,

— « L'exclusivité du juge du titre » in *Droit International Privé et Propriété Intellectuelle*, de Edouard Treppoz et Cyril Nourrissat, Paris, Lamy, 2010, p. 180 s.

— « Arbitrage et propriété intellectuelle: contribution au colloque du comité français de l'arbitrage » *Rev. arb.*, Avr. 2014, p. 267.

— « De la propriété comme modèle » in Mélanges *offerts à A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 281 s.

Reindl, Andreas,

« Choosing law in cyberspace copyrights conflicts on global network », *Mich. J. Int'l L.*, 1998, p. 799.

Rémiche, Bernard,

« Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général » in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p. 526.

Rémy-Corlay, Pauline,

« Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois » *Rev. crit. DIP*, 2003: p. 37 s.

Revet, Thierry,

« La propriété comme modèle » in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 281 s.

Reymond, Claude,

« Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *Trav. com. fr. DIP*, 1991, p. 97 s.

Rousseau, Dominique,

« De la constitutionnalisation de la propriété intellectuelle », in Michel Vivant, *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, 2019, Chap. n° 6-8.

Sauvé, Jean Marc,

« La territorialité du droit », in *Colloque Internationalisation du droit : pathologie ou*

métamorphose de l'ordre juridique, Collège de France, Paris, 10-12 avril 2012.

Scaramozino, Eléonore,

« Numérique - Pays d'origine ou pays de destination : quel droit applicable ?» , *Juris art*, 2015, p. 20.

Schonning, Peter,

— « Applicable law in transfrontier transmissions », *RIDA*, oct. 1996, p. 20 s.

— « Internet and the applicable copyright law: A scandinavian perspective », *EIPR*, févr. 1999, p.45 s.

Siiriainen, Fabrice,

— « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation », *RIDE*, 2001/4, p. 413 s.

— « Transaction et droit moral de l'auteur », in Jean-Michel Brugière (dir), *Les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, 2012, p. 99 s.

— « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique, libres propos sur le droit d'auteur économique.» in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Litec, Paris, 2014, p. 673 s.

— « Commentaire de la directive dite "CabSat 2" du 17 avril 2019 », *Europe* 2020, n° 1, p. 6 s.

Silz, Edouard,

« La notion Juridique du droit moral, son fondement, ses limites », *RTD civ.*, 1933: p. 333 s.

Sperduti, Giuseppe,

« Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 257 s.

Stern, Brigitte,

— « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.L*, 1986, p. 11 s.

— « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue*

québécoise de droit international (RQDI) , 1986, p. 51 s.

Strömholm, Stig,

— « Le refus pour l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement: étude sur le droit de divulgation de la loi du 11 mars 1957 » in *Hommage à Henri Desbois - Études de propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, 1974, p. 73 s.

— « Droits intellectuels et droit international privé », *Revue de droit intellectuel*, Mai-juin 1987, n° 5-6, p. 123 s.

Sibony, Anne-Laure,

« Chronique marché intérieur - Trois propositions législatives de la Commission pour le marché unique numérique », *RTD Eur*. 2016, p.169 s.

Tabary, Virginie,

« L'« autre » directive : la nouvelle directive dite « CabSat 2 » du 17 avril 2019, *Légipresse* 2019, p.343 s.

Tomasin, Daniel,

« Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat.» Dans *Actes de colloques Les Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2007, p. 265 s.

Treppoz, Edouard,

— « Un autre regard : Étude comparée des principes de *l'American Law Institute* et du Max Planck Institut sur le droit international privé et la propriété intellectuelle » in C. Nourissat et É. Treppoz, *Droit international prive et propriete intellectuelle : Un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Lamy, 2010, p. 273 s.

— « Numérique - Le droit d'auteur : frein ou instrument d'un marché unique du numérique », *Juris art*, 2015, p. 29 s.

— « Loi applicable à la titularité : quelle place pour l'universalisme après le repli territorialiste de la Cour de Cassation.» in Jean-Michel Bruguière, *L'entreprise et la titularité des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, 2015, p. 16 s.

— « La réforme de la territorialité en droit d'auteur européen », *Juris art etc*. 2017, n°47, p.18 s.

Troller, Alois,

« Unfair Competition » in Kurt Lipstein et *alli* (dir), *International Encyclopedia of Comparative Law, vol. III, Private International Law*, 1980.

Ullrich, Hans,

« La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif » *RIDE*, 2003/3: p. 291 s.

Usunier, Laurence,

« De la loi applicable à une contrefaçon commise sur Internet », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 607 s.

Van Eechoud, Mireille,

« Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law », *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2016/4, p. 716 s.

Vanbrabrant, Bernard,

« Territorialité et droit international privé », in *20 ans de nouveau droit d'auteur*, Anthemis, Bruxelles, 2015, p. 327 s.

Vercken, Gilles,

« L'« autre » directive : la nouvelle directive dite « CabSat 2 » du 17 avril 2019, Légipresse 2019, p.343 s.

Verville, Sophie,

« La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international », *Cah. Dr. aut.* 2006, Vol. 18, n° 3.

Villey, Michel,

«Les biens et les choses » *Arch. philo. dr.*, 1979, p. 2 s.

Vivant, Michel,

— « Cybermonde: droit et droit des brevets » *JCP G.*, 1996, p. 401 s.
— « Et donc la propriété intellectuelle est une propriété...», *Propr. intell.*, 2007, p.193 s.
— « Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle », *D.* 2011, p. 2351 s.

Waelbroeck, Michel,

« Le principe de la territorialité du droit des marques dans le Marché Commun après l'arrêt *Grundig* » in M. *Waelbroeck*, H. Schumacher, A. Gleiss, F. C. Jeantet, J. Thiesing (dir), *Brevets et Marques au regard du droit de la concurrence*, Colloque de l'Institut d'Etudes Européennes de l'Université libre de Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles 1968, p. 45 s.

Walravens, Nadia,

« La protection de l'oeuvre d'art et le dorit moral de l'artiste », *RIDA*, juil. 2003: p. 3 s.

Walter, Mikhail,

« La liberté contratuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois », *RIDA*, janv., 1976, p. 45 s.

Warusfel, Bertrand,

« La propriété intellectuelle comme politique publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis-CEIPI, 2014, p.391 s.

Wautelet, Patrick,

« Territorialité et droit international privé », in *20 ans de nouveau droit d'auteur*, Anthemis, Bruxelles, 2015, p. 327 s.

Weill, André,

« Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle: dissociation de l'acte générateur de la responsabilité et du lieu du préjudice » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 545 s.

Wengler, Wilhelm,

— « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 657 s.
— « La situation des droits », *Rev. crit. DIP*, 1957, p. 409 s.

IV. Notes, observations, commentaires

Agostini, Eric

CA Paris, 20 déc. 1976, « *Tribu Bunlap et Bong Watase* » : *D.* 1976, p. 373

Alleaume, Christophe

Cass. com., 26 mars 2002, « *Sté Rohl France* » : *LPA*, 4 juill. 2002, n° 133, p. 24, spéc. n° 7.

Ancel, Pascal

TGI Paris, 6 juin 2007, *JCP* 2007. II. 10151

Ancel, Marie-Elodie

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, *Lamore* : *JDI* 2008, comm. 3.

CA Paris, 26 janv. 2011 : *Comm. com. électr*. 2012, chron. 1, n° 13

TGI Paris, 6 juin 2007, *JCP* 2007. II. 10151

Audit, Bernard

TGI Paris, 23 nov. 1988, *Huston* :*D.* 1989, p. 342

Azzi, Tristran

Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 2003 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 595

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, n° 03-12.354, *Lamore*

CJUE, 19 avr. 2012, *Wintersteiger AG c/ Products 4U* : *GAPI*, n° 14

Cass. civ. 1ère., 22 mars 2012, n° 09-68.067 : *JCP G* 2012, 669

Cass. civ. 1ère, 19 juin 2013, n° 12-18.032, « *Henry, Dillon et Moore c. EMI* » : *D.* 2013, p. 2004

Battifol, Henri

Cass. civ. 1ère, 25 mars 1910 : *Rev. crit. DIP*. 1980, p. 576

Cass. civ., 4 mai 1945 : *S.* 1945, 1, p. 101

Cass. civ. 1ère, 29 avr. 1970 : *Rév. crit. DIP* 1971, p. 270 s.

Cass. civ., 27 juillet 1948, *Lefait* : *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 75

Cass. civ. 1ère, 17 avr. 1953, *Rivière* : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412

Cass. civ 1ère, 22 juin 1955 : *Rev. crit. DIP* 1955, p. 723

Cass. civ. 1ère, 22 déc. 1959, *Le Chant du Monde : Rev. crit. DIP* 1972, p. 272

Bergé, Jean-Sylvestre

Cass. 1ère civ., 7 avr. 1998 : *Rev. crit. DIP* 1999, p. 76

CA Paris, 3 oct. 2001, « *Soc. Europe 1 Communication c. SPRE* » : *Rev. crit. DIP* 2002, p. 315

Bischoff, Jean-Marc

Cass. 1ère civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 : JurisData n° 2002-013316 : *Rev. crit. DIP* 2003, p. 440

Cass. civ. 1ere, 14 janv. 1997, nº 94-16.861, « *Sté Gordon and Breach* » : *Rev. crit. DIP* 1997, p. 504

Binctin, Nicolas

Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012 : *Rev. sociétés* 2012. 496

Bouche, Nicolas

Cass. 1ère civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 : JurisData n° 2002-013316 : *D.* 2002, p. 2999

Caron, Christophe

Cass. civ. 1ère, 1 nov. 2003, *Utrillo* CCE 2004, comm. 2 et *CCE* 2005. Comm. 35

TGI Paris, 26 avr. 2006 *: CCE* 2006, comm. 106

Com. 11 janv. 2005, nº 02-18.381 : *JCP* 2006. I. 103, § 21

Civ. 1re, 25 mars 2010 : *CCE* févr. 2010, n° 59

Cass. civ. 1ère, 2 avr. 2009, « *aff. On va fluncher* » : *Comm. com. électr.* 2009, comm. 52

TGI, 28 janv. 2003 : *Com. com. élec.*, 2003, 2ème esp., n° 35

Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012 : *CCE* 2012. Comm. 61

Bourel, Pierre

Cass. civ. 1ère, 13 avr. 1988 : *Rev. crit. DIP* 1988, p. 546

Bruguière, Jean-Michel

Cass. civ. 1ère, 15 janvier 2015 : *Propr. intell.* 2015, n° 55, p. 195

Cachard, Olivier

Cass. civ. 1ère, 9 déc. 2003 : *Rév. crit. DIP* 2004, p. 632

Colombet, Claude

CA Paris, 5 déc. 1997, *D.* 1999, som., 65

CA Paris, 24 févr. 1989, *D.* 1990. Somm. 52

Cass. civ. 1ère., 9 oct. 1979 : *JDI* 1981, p. 70

D'avout, Louis

Cass. com., 3 mai 2012 : *D.* 2012, p. 2331

CJUE 27 sept. 2017, aff. jointes C-24/16 et C-25/16, « *Nintendo Co. Ltd c/ BigBen Interactive GmbH et BigBen Interactive SA »* : *D.* 2017, p. 1940

Desbois, Henri

TGI Paris, 15 nov. 1968, aff. *Vve. Glazounov c/ Sté du théâtre des Champs Elysées* : *Clunet* 1970, p. 77 s., *RTD com.* 1970, p. 715

TGI Bayonne, 16 mai 1972 : *RTD com.* 1972, p. 624

TGI Paris, 19 mars 1964, *Ebb Tide* : *Rev. crit. DIP* 1965, p. 89

Cass. civ. 1ère, 22 déc. 1959 : *D.* 1960, p. 93, note G. HOLLEAUX ; *RIDA* juill. 1960

Cass. civ. 1ère, 15 décembre 1975, *Friedman c/ Galba Films* : *JDI* 1976, p. 421

TGI Paris 14 fév. 1977 : *RTD com.* 1978, p.799 s

Cass. civ., 4 mai 1945 : *D.* 1945, p. 285

Edelman, Bernard

TGI Paris, 23 nov. 1988, *Huston* (au fond) : *Clunet*, 1989, p. 67

CA Paris, 13ème ch., 17 fév. 1988, P*ons* : *JCP* 1989, I, 3376, n° 1.

CA Paris, 4ème ch., 27 sept. 1996, : *D.* 1997, p. 357

CJCE 20 oct. 1993, *Phil Collins* : *D.* 1995, jurisp. n° 133

Cass. civ. 1re, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Huston* : *JDI* 1992, p. 133.

CA Paris, 6 févr. 1986, *JCP* 1989.I.3376, Annexe 7 et chron. n° 29

Civ. 1re, 25 mars 2010 : *D.* 2010, p. 1599

CA Paris, 1er fév. 1989, « *La Nuit du sérail* » : *JDI* 1989, p. 1005

Cass. civ. 1ère, 7 avr. 1987, « *Etat Gabonais c/ A2* » : *D.* 1988, 97, 2ème esp.

Cass. civ. 1ère, 13 avr. 1988 : *JDI* 1988, p. 752

Françon, André

TGI Paris, 15 nov. 1968, aff. *Vve. Glazounov c/ Sté du théâtre des Champs Elysées* : *Rev. crit. DIP* 1969, p. 670

Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Cts Huston c/ Sté Turner Entertainment Co et autres : JCP* 1991. II. 21731.

Cass. 1ère civ., 7 avr. 1998 : *RTD com*. 1999, p. 395

Cass. civ. 1ère, 15 décembre 1975, « *Friedman c/ Galba Films* » : *RIDA* 2/1976, p. 114 et *JCP G* 1976, II, 18394

Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1993 : *D.* 1994. jur. 78,

Cass. civ. 1ère, 7 avr. 1987, « *Etat Gabonais c/ A2* » : *RTD* com., 1988, p. 224

CJCE, 5e ch., 6 juin 2002, aff. C-360/00 : *RTD com*. 2002, p. 676

Cass. civ. 1ère., 9 oct. 1979 : *RTD com*. 1980, p. 88

Gautier, Pierre-Yves

TGI Paris, 23 nov. 1988, *Huston* (au fond) : *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 372

Cass. civ. 1re, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Cts Huston* : *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752

Ginsburg, Jane

CA Paris, 4e ch., 14 mars 1991 : « *Sarl La Rosa c/ Sté Almax International* » : *JCP G* 1992, II, 21780

TGI Paris, 20 mai 2008, *SAIF c/ Google* : *Revue du droit des technologies de l'information*, 2008, n° 33, p. 501

Cass. 1re civ., 28 mai 1991, « *Huston* » : *JCP. E* 1991, II, 220

Goldman, Berthold

CA Paris, 4e ch., 6 oct. 1988 : *cah. dr. Auteur*, fév. 1989, p. 25 – CA Paris 29 avril 1959. *The Kid* : *Clunet* 1960. 130

TGI Lyon 16 février 1961 : *Clunet* 1962. 974

Josselin-Gall, Muriel

Cass. 1re civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 : *D.* 2003, p. 58

Kamina, Pascal

CJCE, 5e ch., 6 juin 2002, aff. C-360/00, *La Bohème* : *Légipresse* 2002, n° 197, III, p. 201 et *Propr. industr.* 2002, comm. 72.

Lagarde, Paul

Cass. civ. 1ère, 15 mai 1963 : *Rev. crit. DIP* 1964, p. 506

CJCE 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Fiona Shevill c/ Presse Alliance, Rev. crit. DIP* 1996, p. 487

Cass. com., 19 déc. 2006 : *Rev. crit. DIP 2007. 592, note* LAGARDE

Cass. civ. 1ère, 22 mai 2007 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 592

Larrieu, Jacques

Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.680 : *Revue de droit du travail* 2009, p. 442

Cass. com., 3 mai 2012 : *D.* 2012, 2343

CJUE, 7 mars 2013, aff. C-607/11, « *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catch Up Ltd » : D.* 2013, p. 2487

Lucas, André

Cass. civ. 1ère, 1 nov. 2003, *Utrillo* : *RIDA* 2/2004, p. 291 : *Propr. intell*. 2004, p. 549

CA Paris, 4ème ch. B, 19 sept. 2003, *Teboul c/ EMI Music Arabia FZ*E : *Prop. Intell.,* janv. 2004

Cass. 1ère civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 : JurisData n° 2002-013316 : *Prop. intell*. 2002, n° 5, p. 56

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, n° 03-12.354, *Lamore :* : *Propr. intell*. 2007, n° 24, p. 337,

CA Paris, 12 avril 2002, « *Albin Michel* » : *Propr. intell*., 2002, n° 8, p. 55

CA Paris, 8 sept. 2015 : *LEPI* 2015, n° 180 et *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 76

Cass. com., 8 nov. 2017 : *LEPI*, fév. 2018, p. 7

TGI Paris,3e ch., 2e sect., 18 décembre 2009 : *JCP* 2010. 247

CA Paris, 26 janv. 2011 : *Propr. intell*. 2011, p. 201

CA Paris, 9 septembre 2009, « *Gazmuri-Guttmann* » : *Propr. intell*., n° 34, p. 641

Cass. civ. 1ère, 2 avr. 2009, « *aff. On va fluncher* » : *Propr. intell*. 2009, n° 32, p. 164

CJCE, 5e ch., 6 juin 2002, aff. C-360/00, *La Bohème* : *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 62

Cass. civ. 1ère, 15 janvier 2015 : *Propr. intell.* 2015, p. 196

Lucas, Henri-Jacques

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 5 déc. 2003, préc., *JCP E*, 2005, 1216, n° 35

CA Paris, 5e ch. A, 1er oct. 2008, « *Sté HMP et a. c/ Sté Marie-Claire Album* » : *JCP E* 2010, 1070, n° 7

Cass. 1ère civ., 30 janv. 2007 : *JCP E*. 2008, 1144, n° 11

CA Paris, 15 déc. 2010 : *JCP E* 2012, 1126, n° 8

CA Paris, 26 janv. 2011 : *JCP E* 2011, 1586, n° 11

Lucas-Schloetter, **Agnès**

Cass. civ., 1ère civ., 19 juin 2013, n° 12-18.032, n° 12-18.032, « *Henry, Dillon et Moore c. EMI* » : *JCP G*, n° 18, p. 493

Loussouarn, Yvon

Cass. 1ère civ., 22 déc. 1959 : *Rev. trim. dr. Comm*., 1960, p. 955

Malaurie, Philippe

Cass. civ. 1ère, 15 mai 1963 : *JDI* 1963, p. 996

Muir-Watt, Horatia

Cass. 1re civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 : JurisData n° 2002-013316 : *JCP* G 2002, II, 10082

Civ. 1re, 14 janv. 1997, no 94-16.861, *Sté Gordon and Breach* : *JCP* 1997. II. 22903

Plaisant, Marcel

Cass. civ. 1ère, 17 avr. 1953, *Rivière* : *JDI* 1953, p. 860

Plaisant, Robert

CA Paris, 13 janv. 1953 : *JCP* 1953, II, 7667

Pollaud-Dulian, Frédéric

CA Paris, 4e ch. A, 30 nov. 2005, *Dorliac c/ Sté BMG France et Melodia*, inédit : *RTD Com.* 2006, p. 380

CA Paris, 4e ch., 14 mars 1991, *Sarl La Rosa c/ Sté Almax International* : *JDI* 1992, p. 149

Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012, n° 09-68.067 : *RTD com*. 2012, p. 779

Cass. civ. 1ère, 25 mars 2010 : *RTD com*. 2010. 303,

Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012 : *RTD com*. 2012. 321

Raynard, Jacques

Cass. civ. 1ère, 10 mars 1993, *aff. Assos. La Fraternité Blanche universelle* : *JCP G* 1993, II, 22161

Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Cts Huston* : ; *D.* 1993, p. 197

CA Paris, 6 févr. 1986 : *JCP Cahiers Droit de l'entreprise* 1989, n° 2, p. 33

Cass. civ. 1ère, 19 juin 2013, n° 12-18.032, « *Henry, Dillon et Moore c. EMI* » : *RTD com*., 2013, p. 729 et p. 725

CJUE, 7 mars 2013, « *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catch Up Ltd* » : *RTD com*. 2013, p. 267

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, *Lamore* : *RTD com*. 2008, p. 556

Sirinelli, Pierre

CA Paris, 24 févr. 1989 : *RIDA* 1989, p. 301

Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Huston : JCP E* 1991. II. 220

CJUE 7 mars 2013, « *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catch Up Ltd* » : *D*. 2014, p. 2078

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, *Lamore* : *RIDA* 2/2007, n° 212, p. 261

CA Paris, 26 janv. 2011 : *RIDA* 3/2011, p. 488 et p. 391

CA Paris, 1er fév. 1989, « *La Nuit du sérail* » : *RIDA*, 4/1989, p. 301

Cass. civ. 14 mai 1991, « *Chiavarino* » : *RIDA* 1/1991, n° 151, p. 271

Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012 : *D*. 2012. 2842

Cass. com., 3 mai 2012 : *D*. 2012. 2836

Cass. civ. 1ère, 16 déc. 1992, Civ. I, n° 315, p. 207, *RIDA* 2/1993, n° 156, p. 193

Treppoz, Edouard

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, n° 03-12.354, *Lamore : Gaz. Pal.* 2008, 3, doctr. p. 1291,

Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, , *ABC News c/ Etcheverry : JCP* 2013. 701

Vivant, Michel

CA La Haye, 4 sept. 2004 : *propr. intell*, 2004, n° 12, p. 834

Cass. civ. 1ère, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, *ABC News* : *D*. 2013, p. 1973

Cass. com. 11 janv. 2005, no 02-18.381 : *JCP E* 2006, no 1195

V. Liste chronologique des décisions citées

A. Union européenne

CJCE, 20 octobre 1993, aff. C-326/92, « *Phil Collins* » : *RIDA*, janv. 1994, p. 304, *D*. 1995, p.133, obs. EDELMAN

CJCE, 7 mars 1995, Aff. C-68/93, « *Fiona Shevill* » : *Rev. crit. DIP* 1996. 487, note LAGARDE ; *JDI* 1995. 543, obs. A. HUET

CJCE, 23 novembre 1999, aff. jointes C-369/96 et C-376/96, « *Arblade* », Rec. I. 5145

CJCE, 5e ch., 6 juin 2002, aff. C-360/00, « *La Bohème* » : *GAPI*, 1ère éd., n° 2; *D*. 2002. *AJ* 2334; *RTD com*. 2002. 676, obs. FRANÇON

CJCE 30 juin 2005, aff. C-28/04, « *Tod's c/ Heyraud* » : *D*. 2005. 2533, note BRIERE; *ibid*. 2006. Pan. 2605, obs. GALLOUX ; *RTD com*. 2005. 735, obs. POLLAUD-DULIAN

CJUE, 29 janv. 2008, aff. C. 275/06, « *Promusicae c. Telefonica* » : *Recuil* I, J. KOKOTT, p. 271 : *JCP G*. 2008, II, 10099, obs. A. DERIEUX, *propr. inell*., avr. 2008, p. 239, obs. BENABOU

CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, « *Wintersteiger AG c/ Products 4U* » : *GAPI*, n° 14, AZZI

CJUE 18 octobre 2012, aff. C-173/11, « *Football Dataco c/ Sportradar* » : *D*. 2012. 2736, et 2013. 533, obs. ALAPHILIPPE ; *RTD eur*. 2012. 947, obs. TREPPOZ ; *Europe* 2012. Comm. 506, obs. IDOT

CJUE, 9 fév. 2012, aff. C-277/10, « *Luksan* » : *D. 2012. Pan. 2641*, obs. SIRINELLI *; RTD com.* 2012. 318, obs. POLLAUD-DULIAN

CJUE, 7 mars 2013, aff. C-607/11, « *ITV Broadcasting Ltd c/ TV Catch Up Ltd » : D*. 2014, p. 2078, obs. SIRINELLI ; *D*. 2013, p. 2487, obs. LARRIEU

CJUE, 3 oct. 2013, aff. « *Pinckney c/ KDG Mediatech AG* » : *D*. 2013. 2345 ; *RTD com*. 2013, p.731, obs. POLLAUD-DULIAN ; *RTDE* 2013, p. 897, obs. TREPPOZ

CJUE, 27 sept. 2017, aff. jointes C-24/16 et C-25/16, « *Nintendo Co. Ltd c/ BigBen Interactive GmbH et BigBen Interactive SA* » : *D*. 2017. 1977 ; *ibid*. 2018. 972, obs. CLAVEL et 978, obs. F. JAULT-SESEKE ; *ibid*. 1574, obs. J.-C. GALLOUX et P. KAMINA

B. Juridictions françaises

Cons. Const., 27 juill. 2006, décision n° 2006-540, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*

Cons. Const., 20 mai 2020, décision n° 2020-841, *La Quadrature du Net et autres*

Cons. Const., 8 janvier 1991, décision n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*

Cons. Const., 29 juillet 2004, décision n° 2004-498 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*

Cass. req., 10 juin 1857, *DP* 59. 1. 194, *Sirey*. 59 1. 752

Cass. req., 14 déc. 1857, « *Verdi* » : *DP* 1858, 1, p. 163 ; *Sirey*, 1858, 1, p. 145

Cass. civ., 23 févr. 1864 : *Sirey* 1864. 1. 385

Cass., 16 août 1880, *Masson* : *DP* 1881. 1. 25

Cass. civ. 1ère, 25 juil. 1887 : *DP* 1888, I, p. 5, rapp. LEPELLETIER, note SARRUT

Cass. civ. 25 juin 1902, « *Lecocq » : DP* 1903, 1, p. 5, concl. BAUDOIN et note COLIN

Cass. civ. 1ère, 25 mars 1910 : *Rev. crit. DIP*. 1980, p. 576, note BATTIFOL

Cass. civ., 5 déc. 1910, « *American Trading* » : *Rev. crit. DIP* 1911, p. 395

Cass. civ., 4 mai 1945 : *D.* 1945, 285, note DESBOIS

Cass. civ., 27 juillet 1948, « *Lefait* » : *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 75, note BATTIFOL

Cass. civ. 1ère, 17 avr. 1953, « *Rivière » : Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATTIFOL

Cass. civ. 22 décembre 1959, « *Le Chant du Monde / Fox Europa* » : *D.* 1960, 93, note HOLLEAUX

Cass. civ. 1ère, 15 mai 1963, « *Patino* » : *Rev. crit. DIP* 1964, p. 506, note LAGARDE

Cass. civ. 1ère, 29 avr. 1970 : *Rév. crit. DIP* 1971, p. 270 s., note BATTIFOL

Cass. civ. 1ère, 25 juin, 1974 : *AFDI* 1976, n° 22, p. 934

Cass. civ. 1ère, 15 décembre 1975, « *Friedman c/ Galba Films* » : *RIDA* 2/1976, p. 114 ; *JCP G* 1976, II, 18394, note, FRANÇON

Cass. civ. 1ère, 7 avr. 1987, « *Etat Gabonais c/ A2* » : *RTD* com., 1988, p. 224, note FRANÇON

Cass. civ. 1ère, 13 avr. 1988, *JDI* 1988, p. 752, note EDELMANN

Cass. civ. 1re, 28 mai 1991, n° 89-19 p. 522 et 89-19.725, *Huston* : *JDI* 1992, p. 133, note GAUTIER

Cass. civ. 1ère, C. partielle, 5 nov. 1991, « *Sté Télédis c. Sté Films sans frontières* », *RIDA* 2/1992, p. 186

Cass. civ. 1ère, 16 déc. 1992, Civ. I, n° 315, p. 207, *RIDA* avr. 1993, p. 193, obs. SIRINELLI

Cass. civ. 1ère, 10 mars 1993, « *aff. Assos. La Fraternité Blanche universelle* » : *D.* 1994. jur. 78, note FRANÇON

Cass. civ. 1ère, 21 oct. 1997, Civ. I, n° 285, p. 192

Cass. civ. 1ère, 7 avr. 1998 : *Rev. crit. DIP* 1999, p. 76, note BERGÉ

Cass. civ. 1ère, 5 mars 2002 : « *Sisro* » : *Rev. crit. DIP* 2003, p.440, note BISCHOFF

Cass. civ. 1ère, 1er nov. 2003 : « *Utrillo* » : *RIDA* 2/2004, p. 291 : *D.* 2004, note BOUCHE

Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 2003, « *Cristal* » : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 595 s, note AZZI

Cass. civ. 1ère, 25 mai 2005, « *Société Albin Michel c/ Cts de Jouvenel* : *Propr. intell*., juill. 2005, p. 345

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, « *Lamore* » : *JDI* 2008, comm. 3, note ANCEL

Cass. civ. 1ère, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 132, *Bureau Veritas c/ Groupama* : *JDI* 2007. 949, obs. LÉGIER

Cass. civ. 1ère, 22 mai 2007 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 592, 2e esp., note LAGARDE

Cass. civ. 1ère, 2 avr. 2009, « *aff. On va fluncher* » : *Comm. com. électr.* 2009, comm. 52, obs. CARON

Cass. civ. 1ère, 22 mars 2012 : *D*. 2012. 1246, obs. J. DALEAU, note LATIL

Cass. Civ. 1re, 12 juill. 2012, *Bull. civ.* I, nº 162 : *D.* 2012. 1879, obs. MANARA 2071, concl. PETIT, 2075, note CASTETS-RENARD, 2339

Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, *ABC News c/ Etcheverry, Peyrano et Moussus*, Bull. civ. I, n° 68 : *D*. 2013. 2004, note AZZI ; *ibid*. p.1973, chron. VIVANT

Cass. civ. 1ère, 15 janvier 2015 : *Propr. intell.* 2015, n° 55, p. 195, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; p. 196, obs. LUCAS

Cass. civ. 1ère, 16 novembre 2016 : *Dalloz IP/IT 2017*, p. 172, obs. DALEAU

Cass. Civ. 1ère, 10 oct. 2018 : *D.A*, 24 oct. 2018, obs. MÉLIN

Cass. Civ. 1ère, 26 septembre 2018 : *Dalloz IP/IT* 2019, p.104, note TREPPOZ

Com. 11 janv. 2005, « *Hugo Boss* » : *D*. 2005. 428, note MANARA ; *JCP E* 2005. 571, note CASTETS-RENARD

Cass. com., 19 déc. 2006 : *D.* 2007. Pan. 1755, obs. COURBE, et 2566, obs. BOLLEE

Cass. com., 10 juill. 2007 : *D*. 2007, p. 2112, obs. DALEAU et 2009, p. 691, obs. DURRANDE

Cass. com., 1er mars 2016 : *D*. 2016. 988, note ALLAIN ; *RJDA* 2016, n° 616.

Cass. com., 8 nov. 2017 : *LEPI*, fév. 2018, p. 7, obs. LUCAS

Cass. crim. 30 janv. 1818, « *Chaumerot c. Michaud » : D. jurispr. gén.,* 1818, préc. n° 330, note 1

Cass. crim., 5 janv. 1988, « *Suire* » : *Cah. dr. auteur* 1988 n° 3, p. 20

Cass. crim.,15 juin 1899, « *May* » : *JDI* 1899, p. 818

Cass. crim. 2ème, 18 déc. 1995, Bull. civ. II, n° 312

Cass. crim., 19 juin 1996, Bull. civ. II, n° 153

Cass. crim. 2ème, 15 avr. 1999, n° Bull. civ. II, n° 73

Cass. crim. 2ème, 20 avr. 2000, Bull. civ. II, n° 65

Cass. soc., 31 mars 2009 : *Revue de droit du travail* 2009, p. 442, note LARRIEU

Cass. soc., 13 oct. 2016 : *Revue de droit du travail* 2017, p. 66, obs. JAULT-SESEKE ; *Clunet* 2017, p. 12, comm. SINAY-CITERMAN

CA Paris, 1er févr. 1900 : *Sirey* 1900, 2, p. 121, note SALEILLES.

CA Rennes, 20 juin 1932 : *Ann. propr. ind*. 1933, p. 160

CA Paris, 28 juill. 1932 : *DP* 1934, II, p. 139, note LEPOINTE ; *JDI* 1934, p. 641

CA Paris 29 avr. 1959, « *The Kid* » : *Clunet* 1960. 130. note B. GOLDMAN

CA Paris, 13ème ch., 25 janv. 1968 : *RIDA* avr. 1968, p. 174 ; *Gaz. Pal*. 1968, 1, p. 289

CA Paris, 20 janv. 1975, « *Franco London Films* » : *RIDA* 2/1975, n° 84, p. 207

CA Paris, 20 déc. 1976, « *Tribu Bunlap et Bong Watase* » : *Gaz. Pal.* 1977, 1, p. 261, concl. SIMON ; *D.* 1976, p. 373, note AGOSTINI

CA Paris, 13ème ch., 17 fév. 1988, « *Pons* » : *JCP* 1989, I, 3376, n° 1, note EDELMAN

CA Paris, 21 juin 1988 : *RIDA* 4/1988, n° 138, p. 304

CA Paris, 1er fév. 1989, « *La Nuit du sérail* » : *JDI* 1989, p. 1005, note EDELMAN

CA Paris, 4ème Ch., 6 oct. 1988, « *Sté. Swarovski* » : *Cah. dr. auteur* 2/1989, p. 25 ; *PIBD*, 1989, n° 453, III, 210

CA Paris, 4e ch., 14 mars 1991, « *Sarl La Rosa c/ Sté Almax International* » : *JCP G* 1992, II, 21780, note J.-C. GINSBURG ; *JDI* 1992, p. 149, note F. POLLAUD-DULIAN

CA Versailles, 17 fév. 1993, « *La Pravda* » : *RIDA* 1/1994, p. 448.

CA Paris 4e ch. 19 sept. 1994, « *Masseaut c/ Interides* » : *Gaz. Pal*., 27 janv. 1995, p. 17

CA Paris, 4ème ch., 27 sept. 1996 : *RIDA* 2/1997, p. 270 ; *D.* 1997, p. 357, note EDELMAN

CA Paris, 18 oct. 1996 : *JCP E* 1997, I, n° 12, obs. WALLET

CA Paris, 3 oct. 2001, « *Soc. Europe 1 Communication c. SPRE* » : *Rev. crit. DIP* 2002, p. 315, J.-S. BERGÉ

CA Paris, 12 avr. 2002, « *Albin Michel* » : *Propr. intell*., 2002, n° 8, p. 55, obs. A. LUCAS

CA Paris, 4ème ch. B, 19 sept. 2003, « *Teboul c/ EMI Music Arabia FZ*E » : *Prop. Intell.*, janv. 2004, obs. LUCAS

CA Paris, 11e ch. A, 17 mars 2004, « *T. K., Yahoo ! INC c/ Assoc. amicale des déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie, MRAP* » : *CCE*, avr. 2005, n° 4, comm. 72, A. LEPAGE.

CA Paris, 4e ch. A, 30 nov. 2005, *Dorliac c/ Sté BMG France et Melodia : RTD Com.* 2006, p. 380, obs. POLLAUD-DULIAN

CA Paris, 5e ch. A, 1er oct. 2008, « *Sté HMP et a. c/ Sté Marie-Claire Album* » : *JCP E* 2010, 1070, n° 7, obs. H.-J. LUCAS

CA Paris, 9 sept. 2009, « *Gazmuri* » : *Gaz. Pal*., 18 fév. 2010, p. 23 obs. MARINO ; *Propr. intell*. 2010, n° 34, p. 641, obs. LUCAS

CA Paris, 15 déc. 2010 : *JCP E*. 2012, n° 8, p. 39-40 note H.-J. LUCAS

CA Paris, 26 janv. 2011 : *RIDA* 3/2011, p. 488 et p. 391, obs. SIRINELLI ; *Comm. com. électr*. 2012, chron. 1, n° 13, obs. ANCEL

CA Paris, 26 mars 2013, n° 12/02707

CA Paris, ch.1, 8 sept. 2015, « *Cts Boquillon Liger-Belair c/ SNC Hachette Collections et SA Moulinsart* » : *LEPI* 2015, n° 180, obs. A. LUCAS ; *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 76, obs. A. LUCAS

CA Paris, 18 mai 2018 : *LEPI*, sept. 2018, p. 2, obs. LEBOIS

CA Versailles, 9 mai 2019, n° 16/08667

CA Paris, 13 fév. 2019, n° 17/01634

CA Paris, 12 nov. 2019, n° 11/2019

Trib. corr. Seine, 20 déc. 1929 : *JDI* 1930, p. 681

T. civ. Seine, 14 févr. 1931 : *Clunet* 1932, p. 117, concl. PICARD

TGI Lyon,16 févr. 1961 : *Clunet* 1962. 974. note B. GOLDMAN

TGI Paris, 19 mars 1964 : « *Ebb Tide* » : *Rev. crit. DIP* 1965, p. 89, note H. DESBOIS

TGI Paris, 15 nov. 1968, « *Vve. Glazounov c/ Sté du théâtre des Champs Elysées* » : *Rev. crit. DIP* 1969, p. 670 s., note FRANÇON ; *Clunet* 1970, p. 77 s., note DESBOIS

TGI Bayonne, 16 mai 1972 : *RTD com*. 1972, p 624, note DESBOIS

TGI Paris 14 fév. 1977 : *RTD com*. 1978, p.799 obs. DESBOIS

TGI. Paris 30 mai 1984 : *RIDA*, oct. 1984, p. 220

TGI Paris 21 mars 1985 : *PIBD*, 1986 III, p. 16, « *Cébal* »

TGI Paris, 19 juin 1986 : *RDPI*, 1986, n° 7, p. 79

TGI Paris, 23 nov. 1988 : « *Huston* » (au fond) : *Clunet*, 1989, p. 67, note B. EDELMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 372, note P.-Y. GAUTIER

TGI Paris, 23 mai 1990 « *Magritte* » : *RIDA*, oct. 1990, p. 250

TGI Paris, 11 fév. 1993 : *RIDA* 1993, n° 156, p. 235

TGI Paris, 18 déc. 2009 : « *Sté Editions du Seuil et autres c/ Sté Google Inc. et Sté Google France* » : *Prop. Intell*., 01/2010, spéc. p. 647

TGI Paris, 6 juin 2007 : *JCP* 2007. II. 10151, ANCEL

TGI Paris, 9 nov. 2007 : *JCP* 2008. II. 10016, note CHABERT

TGI Paris, 28 janv. 2003 : *Com. com. élec.*, 2003, 2ème esp., n° 35, note CARON

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 5 déc. 2003, « *Sté Tod's SpA c/ Sté Heyraud* » : *D.* 2005, Pan. p. 1708, spéc. p. 1712, obs. J.-C. G ALLOUX ; *RTD com.* 2004, p. 471, obs. F. POLLAUD-DULIAN

TGI Paris, 20 mai 2008, « *SAIF c/ Sté Google Inc* ». : *RDTI* 2008, 501, note J.-C. GINSBURG, Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne encore méconnue », *Com. com. élec.* 2008, Étude 22

C. Juridictions étrangères

Allemagne

BGH (*Bundesgerichtshof* - Cour fédérale), 17 décembre 1959, *« Wöllert »* : *Rev. crit. DIP* 1961, p. 313, note METZGER

BHG, 17 juin 1992, « *Alf* » : *GRUR* 1992, 697

BGH, 02 Oct. 1997, « *Spielbankaffaire* » : *GRUR* 1999, 152

BGH, 13 oct. 2004, « *Hotel Maritime* » : *GRUR* 2005. 431

Autriche

TE OGH (Cour Suprême), 17 juin 1986, *Hotel-Video* : *JBl.* 1986, 655 ; *GRUR Int.* 1986, 728

TE OGH, 16 déc. 2003, 4 Ob 238/03h, *GRUR* Int 1994, 638

TE OGH, 9 août, 2006, 4 Ob 135/06s

Cour d'appel de Vienne, 30 novembre 1989

Belgique

Bruxelles, 5 mai 2011, « *Copiepresse c. Google* » : *RDTI* 2011, p. 35, note A. de FRANCQUEN

Bruxelles, 3 octobre 2013, « *RTL Belgium et crts c. D. (Permis d'rire)* » : *JLMB* 2014, p. 446

Canada

Supreme Court of Canada, *« Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) v. Canadian Assn. of Internet Providers (CAIP*) », 2004 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45

Etats-Unis

Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures, Corp., 106 F.2d 45 (2d Cir. 1939), *aff'd*, 309 U.S. 390 (1940)

Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993)

Update Art Inc. v. Modiin Publ'g Ltd., 843 F.2d 67 (2d Cir. 1988)

Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co., 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994)

Nintendo of America v. Aeropower, 34 F.3d 246 (4th Cir. 1994)

Fun-Damental Too, Ltd. v. Gemmy Indus. Corp., 111 F.3d 993 (2d Cir. 1997)

Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc., 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998)

Los Angeles News Service v. Reuters Television Internationa1, Ltd, 49 F.3d 987 (*9th Cir*. 1998)

Kernel Records Oy v. Mosley, 694 F.3d 1294 (11th cir. 2012)

Famous Music Corp. v. Seeco Records, Inc., 201 F. Supp. 560 (S.D.N.Y. 1961)

Moberg v. 33T LLC, 666 F. Supp. 2d 415 (D. Del. 2009)

Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc, 952 F. supp. 1119 (W.D. Pa. 1997)

Japon

Cour suprême, 17 Oct. 2006, « *Hitachi* » : *Minshû*, vol. 60, n°. 8, p. 2853,

Pays-Bas

***Hoge Raad* (Cour suprême), 16 Avr. 1999** : *NJ* 697, comm. P.B. HUGENHOLTZ ; *AMI* 9, p. 147, comm. H.J. COHEN JEHORAM

CA La Haye, 4 sept. 2004 : *propr. intell*, 2004, n° 12, p. 834, obs. VIVANT

Portugal

***Acordao do Supremo Tribunal de Justiça*, 10 janv. 2008,** *accordao* n° 07A2208

Suisse

Trib. fédéral, 2e Cour civile, 27 janv. 1992, ATF 118 II 79

Autres juridictions internationales

CPJI (Cour Permanente de Justice Internationale), 7 sept. 1927, « *affaire du Lotus* »

Sentence arbitrale, 4 avr. 1928, « *Iles des Palmes* », *RSA*, II, p. 181

Table des matières

Introduction 7

PARTIE 1 : GÉNÉRALITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES 32

Titre 1er : La *lex loci protectionis* comme règle de conflit 34

Chapitre 1er : Les fondements théoriques des solutions conflictuelles : le principe de territorialité 35

Section 1ère : Le principe de territorialité du droit d'auteur en droit commun 35

Paragraphe 1er : La territorialité comme conséquence d'une conception « propriétariste » du droit d'auteur 37

A. Le droit d'auteur comme droit de propriété 38

B. La distraction des prérogatives morales 42

C. Approche critique 45

Paragraphe II : La territorialité comme conséquence du rattachement du droit d'auteur aux lois de police du for 51

A. Le caractère impératif de la législation du droit d'auteur 52

B. Le caractère relatif de l'intervention d'une autorité publique en droit d'auteur et droits voisins 54

Paragraphe III : La territorialité comme traduction de la limitation nationale de l'effet des droits de propriété intellectuelle 62

I. Le principe de relativité des droits 64

A. La limitation territoriale élargie à l'ensemble des droits subjectifs 65

B. La limitation comme spécificité des droits de propriété intellectuelle 67

II. L'influence du caractère relatif des régulations nationales sur la répartition des compétences législatives 70

A. Des équilibres divergents selon les ordres juridiques 70

B. Le principe de territorialité comme reflet à l'international de la régulation interne des intérêts privés et collectifs 77

Section 2 : Le principe de territorialité en droit conventionnel 80

Paragraphe 1er : L'extension du traitement national au conflit de lois 81

A. L'Hybridité du traitement national 82

B. Interprétation stricte du traitement national 90
Paragraphe II : Le principe d'indépendance des protections, traduction de la logique territorialiste du droit conventionnel 95
A. La notion d'indépendance des protections en droit conventionnel 95
B. Le principe d'indépendance, corollaire du principe de territorialité 100

Chapitre 2. L'identification de la règle de conflit 105
Section 1ère : La *lex loci protectionis* entendue comme loi du juge saisi 105
Paragraphe 1 : L'attractivité de la loi du juge saisi 106
A. L'interprétation littérale de la notion de loi du pays "où" la protection est demandée 106
B. L'assimilation à la loi du for résulte de confusions théoriques 108
Paragraphe II : Le rejet du rattachement exclusif à la loi du juge saisi 114
Section 2 : La loi du lieu où la protection est demandée confondue avec la loi du lieu de situation fictive de l'œuvre 117
Paragraphe 1er : Qualification réelle de l'œuvre 118
Paragraphe 2 : Rejet du rattachement réel 119
A. L'infirmation du rattachement au statut réel en droit positif 120
B. Le caractère insuffisant du rattachement au statut réel 123
Section 3 : La loi du lieu de l'atteinte 125
Paragraphe 1er : un critère de rattachement fondé sur le lieu du délit 126
A. Le lieu de l'atteinte comme centre de gravité de la règle conflit 127
B. La consécration de la loi du délit 129
Paragraphe 2 : Approche critique du rattachement délictuel 134

Titre 2 : Les limites de la *lex loci protectionis* 139

Chapitre 1ère : Le domaine de la règle de conflit 141
Section 1ère : Le distinction entre existence et exercice des droits 142
Paragraphe 1 : La loi du pays de protection concurrencée : la conception mixte 143
A. L'exigence d'une double protection 144
B. La distinction existence-exercice, un principe conflictualiste 148
C. L'exclusion partielle du rattachement territorialiste 153
Paragraphe 2 : Le triomphe de la loi du lieu de protection : l'abandon de la conception mixte 161

A. Les limites de l'application distributive des lois compétentes 161
B. La consécration de l'approche unitaire 165
Section 2 : Les limites du rattachement unitaire 168
Paragraphe 1 : La cohérence du système interne contre la continuité des solutions 169
Paragraphe 2 : La territorialité contre la prévisibilité des solutions et la sécurité juridique 171
A. L'interprétation extensive des termes de la convention 172
B. Le risque d'insécurité juridique 174

Chapitre 2 : La démultiplication des lieux de protection 179
Section 1ère : L'identification de la loi applicable en situation de pluralité des rattachements 180
Paragraphe 1er. L'influence du principe de territorialité sur la qualification de l'atteinte 181
A. La typologie des délits en droit international privé 181
B. L'influence relative du principe de territorialité sur le régime de qualification du délit complexe 183
Paragraphe 2. La pluralité des lois locales 185
A. L'identification de la loi du lieu de protection par des rattachements techniques .. 186
B. L'affinement des critères de localisation 191
Section 2 : Les Limites des solutions positives 209
Paragraphe 1 : Le déséquilibre du système 210
Paragraphe 2. Faiblesses des critères localisateurs 211

PARTIE 2. RELATIVITÉ DU PRINCIPE DE TERRITORIALITE COMME FONDEMENT DES SOLUTIONS CONFLICTUELLES 215

Titre 1er : L'alternative universaliste 216

Chapitre 1 : Le rattachement universaliste en fonction du sujet de droit 217
Section 1ère : Fondements théoriques d'un rattachement personnel 218
Section 2 : Le rejet du rattachement par la nationalité de l'auteur 223
Paragraphe 1. L'absence de hiérarchie entre les prérogatives du droit 224
Paragraphe 2. L'ineffectivité du rattachement personnel 226
A. Le droit moral comme droit de la personnalité 227

B. L'impraticabilité de la loi personnelle 239

Chapitre 2 : Le rattachement universaliste en fonction de l'objet du droit 245

Section 1ère : L'identification de la règle de conflit universaliste 245

Paragraphe 1. Fondements de la règle de conflit universaliste 246

A. l'universalisme fondé sur une qualification réelle 246

B. L'universalisme fondée sur la reconnaissance d'un droit acquis 249

Paragraphe 2. La reconnaissance d'un mécanisme conflictuel 252

A. La confusion des mécanismes 253

B. L'admission d'une qualification conflictuelle : diversité fonctionnelle des occurrences de la loi du pays d'origine 256

Section 2 : L'application de la règle de conflit universaliste 266

Paragraphe 1. Le domaine de la loi du pays d'origine 267

A. Droit commun 267

B. Droit conventionnel 274

Paragraphe 2. Les insuffisances de la loi du pays d'origine 277

I) La localisation du pays d'origine 277

A. L'intérêt du rattachement par le lieu de première publication 278

B. L'inadaptabilité du critère de la publication dans l'environnement numérique 280

II) La prééminence de la logique délictuelle 295

Titre 2 : L'édification de solutions conflictuelles nouvelles 300

Chapitre 1 : Les principes directeurs d'une édification de solutions conflictuelles 301

Section 1ère : Les Principes directeurs de la recherche d'une catégorie 302

Paragraphe 1er : Le respect des ensembles juridiques 302

Paragraphe 2 : La théorie du dépeçage 305

Section 2 : Les principes directeurs de la désignation d'un rattachement 307

Paragraphe 1. Le principe de Souveraineté 308

A. Le rôle du principe de souveraineté dans la coordination des systèmes juridiques 309

B. L'affaiblissement du principe de souveraineté dans la coordination des systèmes juridiques 316

Paragraphe 2. L'autonomie de la volonté 320

A. L'admission de la volonté comme facteur de rattachement 320

B. L'Extension du domaine de l'autonomie de la volonté 322

Paragraphe 3 : Le principe de Proximité 327
A. Domaine et fonctions du principe de proximité 329
B. Mutations structurelles du principe de proximité 334

Chapitre 2 : La relativisation du principe de territorialité 342
Section 1ère : Solutions nouvelles : la relecture du principe de territorialité au sein de l'Union Européenne en vue de la construction d'un marché unique numérique 342
Paragraphe 1 : La portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne 345
A. L'extension intra-européenne des licences : la portabilité des contenus 346
B. Le droit applicable : un universalisme intra-européen 348
Paragraphe 2 : La directive (ue) 2019/789 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 dite « *Cab-sat 2* » 351
A. L'adaptation du cadre légal 352
B. Le recours au principe de pays d'origine 353
Section 2 : Approches prospectives : l'exemple des principes ALI et CLIP 358
Sous-section 1ère : Le maintien du principe de territorialité 361
Paragraphe 1er : Conditions d'accès au droit : existence, définition et étendue des droits 362
Paragraphe 2 : Atteintes aux droits de propriété intellectuelle 365
Paragraphe 3 : Approche critique 366
Sous-section 2 : La limitation du principe de territorialité 370
Paragraphe 1er : Loi applicable aux atteintes pluri-localisées 372
I. La théorie des effets 373
A. Notion d'effets 374
B. Approche critique 380
II. La recherche des liens les plus étroits 385
A. Le principe proximité dans les propositions de l'ALI et CLIP 387
B. Approche critique 395
Paragraphe 2 : Titularité initiale 406
A. Principe général : le rejet du principe de territorialité 407
B. Correctifs des solutions conflictuelles 432
Conclusion 448
I. Ouvrages généraux 452
II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, cours, travaux collectifs 455

III. Articles, chroniques, communications, rapports, comptes rendus 466
IV. Notes, observations, commentaires 485

V. LISTE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS CITÉES 493

A. Union européenne 493

B. Juridictions françaises 493

C. Juridictions étrangères 498

Autres juridictions internationales 500

INDEX

A

Accessibilité26; 369; 385, 515; 579

Accessoire..... 46; 54; 163; 411

ADPIC 7; 99

ALI (American Law Institute) 20; 555

Assimilation,5; 10; 96; 141; 228; 240

Autonomie de la volonté 599; 747

B

Balance des intérêts. 90; 390; 550

Brevet.....63

C

CEDH 90

Institut Max Planck 20, 555

Concurrence

- **Droit (de la)**..... 81; 673;

- **Rattachements (des)**..... 299; 315

Contrefaçon..... 2 ; 30; 181

- **Volet pénal** 149;

- **Loi applicable**200; 313; 333; 547

- **Ubiquitaire**.....691

- **Conception mixte** : v. *Le chant du Monde*

Copyright 8; 87; 185; 567; 757

D

Dépeçage 273; 569; 775

Discrimination.....10; 113; 212

Divulgation 53; 406; 511; 756

Domaine public 50,90;

Droit de la personnalité.....

..... 399; 416 s.;

Droit moral

- **Loi applicable**: v. *Huston*

Droit naturel.....9; 39; 45

Durée..... 242, 467, 485, 650

E

Emission.....153; 316; 516

Ensembles juridiques.....

.....293; 563; 761

Théorie des effets .... 671 et s.; 692

F

Fair use 90

Focalisation..... 26; 369 et. s.;

H

Historique..... 1

Huston 168; 442; 787

I

Indépendance (principe d') ....9; 118 s., 100

L

Le chant du Monde **.....** .....10, 188; 222 et s.

Lex fori .....141 s.

Lex rei sitae Voir Loi réelle

Loi du 11 mars 1957..... 402; 511

Loi du 8 juillet..... 1964 ..... 204; 465; 789

Loi personnelle.....439 et s.

Lois d'application impérative .. *V*

Lois de police

Lois de police..... .....60 et s.; 157; 204; 788

Loi réelle.....163 et s.;

M

Méthode de la reconnaissance499

Minimum conventionnel..... ..... 7, 124; 131; 152; 527

Monisme, 37 et s.;134; 162 et s.; 395; 411

N

Nation la plus favorisée (clause de la) *Voir* ADPIC

Non-discrimination (Principe de) **.....**99, 466 et s.

O

Ordre public.....67; 781

Œuvre collective

- **Droit moral** : .....424 et s. ; 718.
- **Titularité** .....734 et s.

P

Pluralité d'auteurs..... 444

Privilèges.....1; 39; 70

R

Réciprocité.. 2; 253; 478; 481; 588

Règle matérielle.....219; 762

Responsabilité civile délictuelle 300,; 331; 353; 609

Réception (Théorie de la) 316 et s.; 369

S

Satellite..... 312; 322; 685

Souveraineté (Principe de)..... .....1; 72; 92; 544, 573, 576

T

Titularité

- **ABC News**: 239; 266; 725
- **Contrat de travail**..... .....756; 769
- **Œuvre collective** .....734 et s.
- **Pluralité d'auteurs**……..444 et s.

Positions **de thèse :**

La présente étude a pour ambition d'examiner le **principe de territorialité** et son corolaire en matière de droit applicable au droit d'auteur, la **loi du pays pour lequel la protection est demandée** ou ***lex loci protectionis***, notamment sous l'angle de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions du droit international privé. Si l'hégémonie de ce principe en la matière fait l'unanimité, les dissensions apparaissent dès qu'il est question d'en saisir le fond et les implications. Il est vrai que, depuis la fin du XIXème s. et l'adoption de la **Convention de Berne**, le principe de territorialité semble régner sans partage sur la matière de la propriété intellectuelle. Au sens de cette convention, il s'agissait à l'époque d'une véritable avancée qui permettait aux auteurs de bénéficier d'une protection indépendamment de l'existence d'une protection indépendamment du contenu matériel de la loi de son pays d'origine.

Le principe de territorialité à notre époque traduit une approche essentiellement nationale du droit d'auteur. C'est à dire que chaque droit est enfermé dans les limites de l'ordre juridique qui l'a créé et n'a d'effet qu'au sein de cet espace.

Sur le plan du **conflit de lois**, cette donnée s'est traduite par d'adoption d'une règle de conflit dit « *loi du pays où la protection est demandée* ».

Un premier écueil théorique se pose. Il est d'ordre sémantique. En effet, l'identification d'une **règle de conflit** impose de définir avec précision le **rattachemen**t auquel cette règle est associée. Or, non seulement la territorialité est elle-même une notion ambigüe, mais le rattachement qu'elle inspire est affecté d'une partie de cette ambiguïté. Il s'agissait donc ici de scruter les fondements de ce principe afin de déterminer au mieux ce à quoi renvoie la notion du pays pour lequel la protection est demandée.

Nous avons déterminé que cette territorialité n'est pas imposée du seul fait que le droit d'auteur serait un bien meuble que l'on pourrait localiser comme tous les autres bien meubles au lieu de sa situation. L'ubiquité et l'immatérialité de l'œuvre relativisent la portée d'une telle analyse. Nous avons aussi réfuté l'explication selon laquelle la territorialité serait associable au caractère impératif de la législation du **droit d'auteur**. Ces deux approches risquaient de faire du principe de territorialité du conflit de lois un simple prétexte à l'application pure et simple de la loi du for. Il est d'ailleurs notable qu'une telle coïncidence entre loi du for et principe de territorialité n'est plus admise ni en jurisprudence, ni en doctrine.

Dépassant une démarche de pure qualification primaire, nous avons pris le parti de scruter la manière dont les **droits de propriété littéraire et artistique** sont organisés dans l'ordre interne. En effet, on constate que les droits d'auteur sont des droits de compromis, c'est-à-dire qu'ils suscitent à la fois des **intérêts privatifs** et des **intérêts collectifs**, qui peuvent entrer en confrontation. Les droits exclusifs qui sont octroyés aux créateurs d'œuvres de l'esprit sont susceptibles de rogner jusqu'aux libertés fondamentales que chaque Etat est tenu de reconnaître aux individus. Il faut donc l'intervention de l'**Etat** en tant que puissance régulatrice chargée de dresser des équilibres. Or, de tels équilibres ne peuvent

avoir lieu que dans le cadre interne puisque, en vertu du principe de souveraineté, chaque pays détermine selon sa propre cohérence un point d'équilibre entre les intérêts en confrontation. Il y a donc une territorialité de la régulation qui impose une territorialité du rattachement. Car, si l'on plaque les effets d'une loi étrangère sur un ordre juridique, des limites en termes de cohérence risquent de s'en ressentir.

Toutefois, lorsque l'on a dit cela, les ambigüités ne sont pas parfaitement levées. On comprend certes que la régulation est menée pays par pays mais comment traduire cette réalité sur le plan du droit applicable ? C'est-à-dire comment déterminer le rattachement adéquat. L'ambiguïté initiale du principe de territorialité est confortée par les errements rédactionnels des instruments du droit international privé et conventionnel. La question s'est longtemps posée de savoir à quoi renvoie la notion de « *loi du pays où la protection est demandée* ». Nous avons vu en ce sens que la qualification réelle ne suffisait pas à dégager un rattachement fiable pour une chose complexe comme l'œuvre de l'esprit, composée de droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Nous avons ensuite vu que, contrairement à ce que pourrait indiquer le rôle de l'Etat dans la régulation des intérêts que touche le droit d'auteur, sa législation ne pouvait être qualifiée intégralement de lois de police. Il ne va de même pour la loi du juge saisi qui, si l'on se fonde sur lecture littérale de la formule loi du lieu « *où* » la protection est demandée aurait de sérieuses prétentions à s'appliquer. Ces trois approches tendent à donner à la loi du for une place qui confine à un reniement du conflit de lois.

L'atteinte au droit d'auteur ouvrant dans tous les pays où il est reconnu, une action en contrefaçon, restait le lieu où cette atteinte est alléguée. Or, comme, nous avons posé que la législation du droit d'auteur règle des équilibres nationaux qui ne doivent pas être perturbés, il convient donc d'en déduire que le rattachement adéquat est celui du lieu où ces équilibres sont rompus. La solution de cohérence veut donc que la loi du lieu de protection d'un droit d'auteur soit celle du lieu de son exploitation, mais il s'agira en réalité, le plus souvent, de celle de l'atteinte. Nous avons par ailleurs observé que cette interprétation est partagée en droit comparée.

Cependant, en dépit de son caractère central dans la protection des œuvres de l'esprit, la question d'un rattachement exclusivement délictuel s'est posée. Elle n'est pas neuve. Puisque, jusqu'aux arrêts ***ABC NEWS*** du 10 avril 2013, la Cour de cassation distinguait l'existence de l'exercice des droits. Elle admettait que tout n'est pas contrefaçon et que la loi du lieu de première acquisition du droit, loi du pays d'origine, avait vocation à régir les aspects liés à l'existence (définition de l'œuvre, durée, titularité). La position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt ABC gagne du terrain en droit comparé en dépit d'un bastion de résistance et le règlement Rome II – non applicable au droit d'auteur – n'y déroge pas. Force est cependant de se demander si une telle extension du domaine de la territorialité n'est pas préjudiciable aux principes cardinaux de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique.

Ceci amorçait la seconde difficulté posée par le principe de territorialité : celle de son adaptation aux modes modernes d'exploitation des œuvres. C'est en réalité celle de sa pertinence que nous avons posée en filigrane. Le principe de territorialité établit une organisation en mosaïque des droits d'auteur. Ce qui revient à dire que le droit existe dans chaque pays du seul fait de la création. Or, ces moyens techniques

d'exploitation au premier titre desquels, les **réseaux numériques** comme l'**internet** permettent une diffusion mondiale des œuvres de l'esprit. Ils minimisent donc l'impact des frontières dans le processus de désignation du droit applicable. On se retrouve donc dans une situation fortement divergente de celle de l'époque à laquelle le principe de propriété a été adopté. Au XIXème s., le nombre de pays qu'une exploitation litigieuse était susceptible de toucher était extrêmement limité sauf cas exceptionnel. A notre époque, une diffusion mondialisée des œuvres est chose banale. La diffusion d'une oeuvre protégée sur un site de streaming la rend instantanément disponible dans l'ensemble des pays où le réseau en permet l'accès. En raison de ce qui précède, c'est-à-dire l'existence d'un droit distinct au sein de chaque ordre juridique, il en découle la compétence théorique de chacun de ces pays.

Cette application du principe de territorialité risque là encore de constituer une atteinte à la prévisibilité et à la **sécurité juridique.** Mais on constate surtout un risque d'obsolescence du principe de territorialité, en tous cas, s'il est appliqué tel quel.

Dès lors, face cette variabilité qui est le propre du principe de territorialité, nous avons pris le parti de le mettre en face d'un principe dit d'universalité, c'est-à- dire renvoyant à une loi permanente, applicable quel que soit le lieu où l'œuvre est exploitée. La question était surtout de voir sur quels fondements du droit positif une telle proposition pouvait-elle prospérer.

Nous avons vu en ce sens que, la loi du pays d'origine, certes progressivement mise à l'écart par le droit positif depuis la Convention de Berne, disposait d'atouts sérieux pour assumer un tel rôle. Toutefois, qu'il s'agisse de la loi personnelle de l'auteur ou de celle de l'œuvre, des insuffisances ont été relevées. La première appelle une qualification moniste du droit non compatible avec la complexité du droit d'auteur ; de même, une qualification de droit de la personnalité n'emporte pas nécessairement le rattachement au statut personnel. Quant à l'objet du droit, l'œuvre, elle suppose une qualification en termes de droit réel. Cependant, elle se heurte aux ambigüités propres à la **loi du pays d'origine**. Notamment en ce qui concerne la détermination du pays de première publication lorsque la première diffusion de l'œuvre est dématérialisée, puisque, la Convention de Berne une définition essentiellement matérialiste de la publication.

On aboutit ainsi à une impasse analogue à celle qui a été critiquée à propos de la territorialité, à savoir une surdétermination du rattachement : il y aura autant de lieux de publication que de lieux où l'œuvre est divulguée, et *de facto* autant de pays d'origine. Sauf adaptation, un tel rattachement risque de s'avérer impraticable. De plus, la centralité de la contrefaçon qui est comme nous l'avons dit, liée au régulations internes de chaque pays et donc au **principe de souveraineté**. Le principe d'universalité peinerait à prospérer dans une telle configuration car, les Etats conservent un intérêt à réguler dans leur ordre juridique les droits qui peuvent potentiellement porter atteinte à leur ordre économico-juridique.

Le constat est donc celui d'une neutralisation de la territorialité et de l'universalité. D'un point de vue prospectif, il semble indiqué de dépasser cette opposition en tirant les atouts de chaque principe.

Encore faudrait-il trouver les fondements propices à la réalisation d'une telle proposition. Pour ce faire,

il a été observé que trois principes déterminent traditionnellement le choix d'un rattachement dans le droit international privé : le principe de souveraineté, le **principe d'autonomie** et le **principe de proximité**.

A partir de l'enseignement du professeur P. LAGARDE, un accent particulier a été mis sur le principe de proximité dans la mesure où il apparait de nos jours comme le principe fédérateur des règles de conflit. Nous avons vu en ce sens qu'il tend à jouer comme un inspirateur alternatif, en particulier en cas de défaillance des rattachements fondés sur le principe de souveraineté. Or, nous avons découvert précédemment, le principe de souveraineté sous le principe de territorialité. Aussi, constatant le recul généralisé du principe de souveraineté – du fait de la Mondialisation des échanges et de l'a-territorialité du réseau internet – nous avons établi à titre de méthodologie que, la pertinence du principe de territorialité dans le choix de la règle de conflit devait s'apprécier à proportion de l'intérêt collectif – et donc du principe de souveraineté – dans la situation juridique visée. Il s'agit en réalité de ne pas faire primer systématiquement la cohérence théorique au détriment de l'intérêt légitime des parties. Sur cette base, le recours à l'universalisme peut être admis. Comme nous l'avons mis en évidence, le droit d'auteur est un droit d'équilibre, la règle de conflit la plus adéquate est celle qui met retranscrit cet équilibre.

Afin de formuler des propositions, nous nous sommes basés sur les développements les plus récents en matière de *soft law*. Il nous a semblé en effet que les principes de *l'**American Law Institute*** (***Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes***) et de **l'institut Max Planck** (***Conflict of Laws in Intellectual Property***) constituent des bases fertiles sur lesquelles des solutions nouvelles peuvent être élaborées dans le sens des précédents développements. Ces travaux ont en commun de réévaluer la place du principe de territorialité et lui accordent globalement une place relativisée (quoique selon des proportions diverses).

Sur ces bases, nous avons proposé le maintien du principe de territorialité en l'état du droit international en matière d'atteinte, de définition et de durée du droit. Il permet à la fois de sauvegarder la cohérence théorique de chaque système tout en prévenant les manipulations que faciliteraient les réseaux numériques au détriment des auteurs. Il convient cependant de l'encadrer avec le principe de proximité lorsque l'exploitation pourrait avoir une dimension mondiale. En recherchant les liens les plus étroits, on réduit le nombre de lois potentiellement applicables, et on établit un équilibre des intérêts. A condition cependant de fonder cette proximité sur des facteurs pertinents qui permettent d'aller au plus près de la situation juridique et des attentes légitimes des parties.

La question de la **titularité** semble devoir faire l'objet d'une étude particulière tant elle est complexe et ramifiée. Cependant, il a été observé que l'application du principe de territorialité en ce sens déstabilise la sécurité juridique. Il semble judicieux en la matière de faire une place une loi permanente

qui s'appliquerait quel que soit le lieu de l'exploitation. En matière de titularité initiale, il a été ainsi proposé de faire retenir la loi de résidence de l'auteur à titre principal. En cas de pluralité d'auteur, un rattachement en cascade a été proposé. Il s'agirait alors de la loi du **lieu de résidence** désignée par les auteurs par convention ; en l'absence d'une telle désignation, celle du lieu de résidence de la majorité des auteurs au moment de la création et enfin, si un tel rattachement ne peut être atteint, celle **du pays ayant les liens les plus étroits** avec la première exploitation. La permanence doit aussi être privilégiée à la variabilité lorsque le contrat s'insère dans des relations de travail. Il semble indiqué à ce titre d'appliquer la loi du contrat. Il ne faudrait cependant pas que les déséquilibres intrinsèques au contrat se propagent dans la règle de conflit applicable au droit d'auteur. Il conviendrait donc en ce sens de placer systématiquement le **créateur salarié** dans les conditions de la partie faible comme le prévoit l'article **8.1 du Règlement Rome I**. Dans le même ordre d'idée, il faut veiller à ce que l'application d'une loi permanente ne conduise pas à dépouiller l'auteur de cette **qualité**. Pour ce faire, un retour exceptionnel à la loi du pays où l'exploitation a lieu peut être admis, notamment lorsque la loi de ce pays enferme la qualité d'auteur dans des règles impératives.

In fine, cette étude visait à faire passer un test au principe de territorialité et a la règle de conflit qu'il inspire, la *lex loci protectionis*. Il en ressort que le caractère hégémonique de la loi du lieu pour lequel la protection est demandée n'est plus justifiée. Il n'est pas question de rejeter en bloc ce principe qui structure l'organisation internationale des droits de propriété littéraire et artistique. Il convient cependant de réévaluer les domaines dans lesquels il s'impose et ceux où l'on peut valablement en faire l'économie. Il en va selon nous de la pertinence des règles de conflit en notre matière. L'orientation des solutions adoptées par la Cour de cassation en ce sens est diversement appréciée, selon qu'elle donne une place au principe de proximité dans l'arrêt *Google* ou qu'elle étend le domaine de la territorialité à la détermination du titulaire initial dans l'arrêt *ABC NEWS*