

Territorialité et droit international privé

Bernard VANBRABANT

Chargé de cours à l'Université de Liège

Avocat au barreau de Bruxelles

et

Patrick WAUTELET

Professeur à l'Université de Liège

I. Droit d'auteur et compétence internationale : de la territorialité à la mode de la Cour de justice

Patrick Wautelet

Vingt ans après la refonte du droit d'auteur par le législateur belge, force est de constater que les questions de compétence internationale continuent à susciter de nombreuses interrogations. Ce constat ne doit rien à un quelconque oubli du législateur, ni à un manque de réactivité des juridictions et encore moins à l'indifférence des commentateurs. Il ne manque, en effet, pas de textes s'intéressant aux questions de compétence internationale ni de litiges soumis aux cours et tribunaux. Si les réponses aux questions manquent encore de netteté, c'est que le contentieux international du droit d'auteur doit composer avec des règles de compétence de nature générale, qui n'ont pas été spécialement conçues dans l'idée d'offrir un cadre adapté aux spécificités des droits de la propriété intellectuelle. Un important travail d'adaptation a, dès lors, été nécessaire pour permettre la rencontre entre deux mondes habités par des enjeux qui ne sont pas nécessairement communs.

Il est pour le moins difficile de saisir en une phrase les enjeux du contentieux de la propriété intellectuelle. Ceci tient tout d'abord à la diversité des litiges qu'il rassemble. Ces différents contentieux sont bien entendu susceptibles de se mêler. Au-delà de cette diversité, il en est une autre qui rend l'analyse singulièrement complexe. Elle tient bien entendu à la diversité des intérêts des parties en cause. Alors que le titulaire d'un droit d'auteur souhaitera pouvoir actionner son adversaire devant une juridiction qui lui est proche, ce dernier fera valoir une prétention identique, mais dont la réalisation annihile celle du titulaire du droit. Ces souhaits contradictoires se rencontrent néanmoins pour escompter l'application de règles prévisibles et dont le maniement ne suscite guère de difficultés.

Quelle réponse les règles de compétence internationale apportent-elles à ces défis? Un premier constat s'impose d'emblée: la plupart des textes pertinents pour la détermination de la compétence internationale des juridictions sont le résultat de l'intervention de l'Union européenne, qui a progressivement investi les questions de droit international privé. C'est aujourd'hui le règlement (UE) n° 1215/2012, dit règlement

Bruxelles *Ibis*¹ qu'il faut consulter pour identifier les règles de compétence internationale uniformes. Le règlement est le fruit d'un travail de révision des dispositions du règlement Bruxelles I². Si la révision a permis d'apporter d'importantes corrections tant aux règles de compétence qu'au mécanisme de circulation des jugements, elle n'a pas modifié les dispositions pertinentes pour le contentieux de la propriété intellectuelle. L'ampleur des règles européennes relègue les dispositions nationales au rang de simples curiosités³.

La lecture de l'instrument européen révèle qu'il offre des règles de compétence internationale de natures diverses, qui permettent d'accommoder les différents pans du contentieux de la propriété intellectuelle. Schématiquement, l'on peut distinguer trois grandes catégories de litiges susceptibles de mobiliser les droits de la propriété intellectuelle : le contentieux contractuel, le contentieux de la contrefaçon et celui de la titularité d'un droit. Ces différents contentieux sont bien entendu susceptibles de se mêler⁴.

Les lignes qui suivent se concentreront pour l'essentiel sur le contentieux de la contrefaçon. Ce choix se justifie tout d'abord par la relative abondance de la jurisprudence statuant sur des questions de contrefaçon. L'attention portée au contentieux de la contrefaçon peut ensuite en appeler à l'absence de difficultés majeures avec lesquelles les règles de compétence internationale peuvent être mises en œuvre dans les autres domaines. S'agissant en particulier du contentieux contractuel, l'application des règles pertinentes ne suscite guère de difficultés^{5, 6}. Par contraste, la détermination du juge

¹ Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.*, L 351/1, 20 décembre 2012. L'on remarque que, pour d'autres droits de la propriété intellectuelle, le législateur européen a prévu des règles de compétence internationale insérées directement dans l'instrument européen : voy., par exemple, les articles 94 et suivants du règlement (CE) n° 207/2009 sur la marque communautaire (*J.O.*, L 78, 24 mars 2009) ou les articles 82 et suivants du règlement (CE) n° 6/2002 relatifs aux dessins ou modèles (*J.O.*, L 3/1, 5 janvier 2002). Ces dispositions particulières empruntent néanmoins largement à la matrice du règlement Bruxelles *Ibis*.

² Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L 12/1, 16 janvier 2001.

³ Il en va ainsi de l'article 86 du Code de droit international privé, qui permet de saisir les juridictions belges d'une demande concernant la protection de droits de la propriété intellectuelle « si cette demande vise une protection limitée au territoire belge ». En pratique, cette disposition ne sera pertinente que lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre. Le règlement (UE) n° 1215/2012 ne peut, en effet, s'appliquer dans cette hypothèse. La multiplicité des dispositions et règles de compétence explique que certaines juridictions se perdent quelque peu dans le dédale : voy., par exemple, *Civ. Bruxelles*, 24 mai 2006, *IRDI*, 2007, p. 180 (saisie d'une action engagée par Auvibel, organisme de gestion collective de droits, contre une entreprise de droit anglais ayant son principal établissement en Allemagne, à qui il était reproché d'offrir à la vente en Belgique des CD vierges sans s'acquitter de la compensation imposée par la loi, le tribunal a fondé sa compétence sur l'article 86 du Code D.I.P., oubliant que cette disposition cède le pas aux règles européennes de compétence). En appel, voy. *Bruxelles*, 20 mai 2008, disponible à l'adresse www.auvibel.be/userfiles/files/RP20052008.pdf.

⁴ En droit d'auteur, les questions relatives à la titularité surgissent en règle soit dans le cadre d'une action en contrefaçon, le défendeur contestant la qualité à agir du demandeur, soit dans le cadre d'une action contractuelle, la question étant alors de savoir s'il y a eu cession ou non des droits.

⁵ Une autre question est de savoir si les rédacteurs de contrat font bien usage de la possibilité de désigner la juridiction compétente, comme le permet l'article 25 du règlement Bruxelles *Ibis*. Si l'on se fonde sur la littérature spécialisée, il semble que cette habitude ait bien été prise (voy., par exemple les contrats commentés par J.-C. LARDINOIS, *Les contrats commentés de l'industrie audiovisuelle*, Bruxelles, Larcier, 2007, et les divers contrats disponibles en ligne sur le site http://editions-larcier.larciergroup.com/titres/31031_2/les-contrats-commentes-de-l-industrie-audiovisuelle.html).

⁶ Une autre question mériterait de faire l'objet d'une étude : la pratique contemporaine est-elle réticente à l'utilisation de l'arbitrage comme méthode de résolution des différends ? Le droit belge ne limite pas l'arbitrabilité des

compétent pour connaître d'une action en contrefaçon apparaît comme un véritable défi. Certes, ce contentieux peut être porté devant le juge du domicile du défendeur en vertu de l'article 4 du règlement Bruxelles Ibis. Cette disposition, qui permet de saisir la juridiction de l'État membre où se situe le domicile du défendeur, offre des atouts incontestables, puisque le juge du domicile du défendeur peut statuer sur l'intégralité du préjudice subi. En outre, l'exercice de la compétence déduite du domicile du défendeur n'est pas lié à un examen du fond de l'affaire, pour déterminer la responsabilité effective du défendeur. Ceci permet en particulier d'éviter au stade de l'examen de la compétence, un débat sur l'imputabilité d'une éventuelle contrefaçon au demandeur. Enfin, le juge du domicile du défendeur possède une compétence large, qui lui permet d'interdire un comportement sans limiter cette interdiction au territoire d'un État membre. Malgré ces atouts considérables, l'article 4 ne semble pas rencontrer l'enthousiasme des plaideurs. S'il ne fera pas l'objet de commentaires particuliers dans la suite des développements⁷, c'est que le for du défendeur ne suscite pas dans le contentieux du droit d'auteur de difficultés particulières.

Ceci justifie que l'essentiel de l'analyse qui suit porte sur l'application de l'article 7(2) du règlement au contentieux de la contrefaçon. Le rôle joué par cette disposition est d'autant plus important que l'architecture européenne des règles de compétence ne connaît pas de disposition conférant une compétence exclusive aux juridictions d'un État donné pour les questions relatives à la validité et la nullité du droit d'auteur, comme celle que l'on peut trouver pour les droits de la propriété intellectuelle qui font l'objet d'un enregistrement⁸; le juge saisi d'une action en contrefaçon peut également statuer sur les questions relatives à l'existence d'un droit d'auteur telle celle de l'originalité de l'œuvre et de l'existence d'un objet protégeable.

L'on évite, ce faisant, une difficulté redoutable qui conduit, s'agissant de droits de la propriété intellectuelle faisant l'objet d'un enregistrement, à lier de manière très forte l'exercice de la compétence internationale et l'État d'origine de la protection⁹. L'absence d'un tel lien permet d'envisager, s'agissant du droit d'auteur, qu'un contentieux soit porté à la connaissance des tribunaux d'un État différent que celui où le droit a été initialement consacré¹⁰. Ce découplage est particulièrement saisissant lorsqu'un litige est soumis aux juridictions de l'État membre où le défendeur est domicilié alors que l'acte litigieux est localisé dans un autre État, où l'œuvre est protégée.

Partant se pose aussi la question de l'étendue territoriale des décisions et, plus précisément, de l'efficacité qu'il faut leur réserver dans le pays pour lequel la protection est revendiquée. Cette question ne suscite plus guère de difficultés au sein de l'espace

litiges en matière de droit d'auteur (O. CAPRASSE, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », in D. KAESMACHER (éd.), *Droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 615, n° 810).

⁷ Sauf à noter qu'il n'est pas certain quelle définition du domicile d'une personne physique il faut retenir en Belgique pour l'application de la règle européenne : celle de l'article 102 du Code civil ou celle de l'article 36 du Code judiciaire.

⁸ Article 24(4) du règlement Bruxelles Ibis.

⁹ Comme l'a fait la Cour de justice en donnant une interprétation fort large au for exclusif de la nullité des brevets et des autres droits de la propriété intellectuelle faisant l'objet d'un enregistrement : C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co KG c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, aff. C-4/03, *Rec.*, 2006, p. I-6509.

¹⁰ En général sur cette déconnexion, voy., par exemple, D. MOURIA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 385-396, n°s 179-180.

judiciaire européen caractérisé par une circulation fluide des décisions entre États membres.

Pour structurer le propos, il semble opportun d'examiner, dans un premier temps, comment cette règle générale a été appliquée par les juridictions nationales confrontées au contentieux de la contrefaçon de droit d'auteur (chapitre I). Cette analyse permettra de découvrir les difficultés que suscite l'application de la règle. Il sera alors temps de se tourner vers la pratique de la Cour de justice pour esquisser les contours de l'interprétation qu'elle réserve à l'article 7(2) lorsqu'est en jeu la contrefaçon d'un droit d'auteur (chapitre II).

Chapitre I

Le *forum delicti* devant les juridictions nationales

L'article 7(2) est une norme ambitieuse. Elle ne vise pas, tant s'en faut, que le contentieux de la contrefaçon des droits de la propriété intellectuelle. Si l'on met à part le for du défendeur, l'article 7(2) est sans doute l'une des dispositions du règlement qui possèdent le champ d'application le plus large. Ceci explique la variété des contentieux soumis à la Cour de justice dans le cadre du dialogue qu'elle entretient avec les juridictions nationales. La Cour a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur la responsabilité d'un enseignant¹¹, sur une action industrielle¹², mais aussi sur la responsabilité d'intermédiaires financiers¹³, sur la responsabilité pour produit défectueux¹⁴ ou encore dans un litige portant sur la diffamation par voie de presse¹⁵.

Cette jurisprudence a été bâtie sur une norme pour le moins générale. L'article 7(2) retient, en effet, des éléments qui ne sont pas propres à un contentieux particulier, mais bien susceptibles d'être présents à chaque fois que se pose la question de la responsabilité d'une partie.

Il est inévitable qu'avec une norme d'une telle généralité, des questions se posent sur l'interprétation à retenir. Ces questions se sont posées avec d'autant plus d'acuité que l'article 7(2) est loin d'être vierge de toute interprétation. La Cour de justice a, en effet, fait preuve d'un activisme certain, façonnant le *forum delicti* à sa façon. C'est certainement l'arrêt *Bier c. Mines de potasse d'Alsace* qui doit retenir l'attention dans ce contexte¹⁶. Comme on le sait, la Cour a, dans cette espèce, retenu qu'à côté du lieu du fait dommageable (*Handlungsort*), le demandeur pouvait également saisir le juge de l'État où le dommage survient (*Erfolgsort*). Bien compréhensible dans le contexte particulier de l'affaire *Bier*, cette dualité n'a cessé depuis lors de susciter des difficultés. La plus grande est l'appétit qu'elle suscite auprès des plaideurs soucieux de saisir une juridiction qui leur est proche. La force d'attraction du *forum actoris* est grande. Elle

¹¹ C.J.C.E., 21 avril 1993, *Volker Sonntag c. Hans et Elisabeth Waidmann*, aff. C-172/91, *Rec.*, 1993, p. I-1963.

¹² C.J.C.E., 5 février 2004, *Danmarks Rederiforening, agissant pour DFDS Torline A/S c. LO Landsorganisationen i Sverige, agissant pour SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, aff. C-18/02, *Rec.*, 2004, p. I-1417.

¹³ C.J.C.E., 10 juin 2004, *Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier e.a.*, aff. C-168/02, *Rec.*, 2004, p. I-6009.

¹⁴ C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Zuid-Chemie BV c. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, aff. C-189/08, *Rec.*, 2009, p. I-6917.

¹⁵ C.J.C.E., 7 mars 1995, *Fiona Shevill c. Presse Alliance*, aff. C-68/93, *Rec.*, 1995, p. I-450.

¹⁶ C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. c. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, aff. 21/76, *Rec.*, 1976, p. 1735.

peut d'ailleurs être renforcée par l'absence d'un système mettant à charge du demandeur l'entière des frais de justice lorsqu'il s'avère qu'il a saisi un juge dénué de compétence internationale.

C'est dans ce contexte que les cours et tribunaux des États membres ont été appelés à se prononcer sur l'application de l'article 7(2) (anciennement art. 5(3)) à propos du contentieux de la propriété intellectuelle. Ce questionnement a révélé des interrogations quasi existentielles sur les contours et les enjeux de la règle de compétence que n'ont pas pu combler les importants travaux réalisés par plusieurs sociétés savantes qui se sont penchées sur le for de la contrefaçon¹⁷.

Le débat s'est surtout concentré sur l'élément le moins matériel de l'équation, à savoir le lieu où le dommage est survenu. Dans le contentieux de la contrefaçon et sous réserve, bien entendu, de l'atteinte aux droits moraux de l'auteur qui possèdent une dimension toute différente, le dommage est, par nature, économique. Il s'agira d'un manque à gagner, d'occasions perdues de pouvoir vendre des produits ou distribuer des services. La localisation de ce dommage, par essence immatériel, soulève, dès lors, comme dans d'autres contextes, des difficultés¹⁸.

Il en va moins ainsi à propos de l'autre élément de l'équation de compétence qu'est le lieu du fait dommageable. Sa localisation ne suscite, en effet, pas plus de difficultés que celle d'autres éléments matériels à la base d'un dommage. Bien entendu, la dématérialisation prononcée des relations commerciales ne va pas sans susciter quelques interrogations. Même dans le contexte d'une contrefaçon en ligne, le fait dommageable peut néanmoins, à certains égards, revêtir une apparence matérielle – par exemple, lorsque les produits litigieux font *in fine* l'objet d'une livraison physique¹⁹. La seule question qui se pose alors est celle de savoir s'il faut s'en tenir à la réalité concrète de la contrefaçon ou s'il est permis d'en appeler à la fiction retenue par la Cour de justice dans l'affaire *Shevill*, pour localiser l'événement causal au lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon²⁰. Lorsqu'il y a dématérialisation complète du fait dommageable, par exemple, lorsque la contrefaçon porte sur une photographie, une vidéo ou une œuvre musicale accessible uniquement en ligne, il reste néanmoins possible de se raccrocher à

¹⁷ Voy., surtout, les travaux du groupe CLIP (European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property), *The CLIP Principles and Commentary. European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property*, Oxford, OUP, 2013, 560 p., www.cl-ip.eu. Voy., aussi, les travaux de l'AMERICAN LAW ASSOCIATION, *Intellectual Property, Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, ALI Publishers, 2008.

¹⁸ Voy., surtout, l'étude fondamentale de M. LEHMANN, «Where does economic loss occur?», *J. Priv. Int'l. L.*, 2011, pp. 527-550.

¹⁹ Voy., par exemple, Bruxelles (9^e ch.), 4 mai 2001, *J.T.*, 2003, pp. 234, 235 (la Cour note dans cette décision portant sur la violation alléguée d'un droit d'auteur sur un scénario de film que, lorsque l'auteur de la contrefaçon n'est pas établi en Belgique, on peut l'assigner sur la base de l'article 7(2) en Belgique «si l'acte de contrefaçon [la copie, la vente, l'importation, la communication au public] est situé en Belgique». Selon la Cour, «dans ce cas, l'événement causal se situant en Belgique, le tribunal belge connaîtra des conséquences en tous pays de cette contrefaçon.»).

²⁰ C.J.C.E., 7 mars 1995, *Fiona Shevill c. Presse Alliance*, aff. C-68/93, *Rec.*, 1995, p. I-450, § 24: la Cour avait indiqué que «le lieu de l'événement causal [...] ne peut être que le lieu d'établissement de l'éditeur de la publication litigieuse, en tant qu'il constitue le lieu d'origine du fait dommageable, à partir duquel la diffamation a été exprimée et mise en circulation». La Cour de cassation française s'est directement inspirée de cette jurisprudence dans une affaire mettant en cause la diffusion par une société anglaise d'édition d'une revue scientifique, estimant que l'événement causal était l'édition de la revue litigieuse et que le lieu de cet événement était «le lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon» (Cass. fr. [1^{re} civ.], 16 juillet 1997, *J.D.I.*, 1998, p. 136, obs. A. HUET).

un élément physique, à savoir la localisation de celui qui a mis en ligne le contenu litigieux. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation française qui a retenu comme lieu du fait dommageable le « lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon »²¹. Ne reste dès lors qu'une interrogation qui est moins liée aux difficultés de localisation qu'à l'élucidation de la portée de la norme. Une controverse agite, en effet, la doctrine à propos de la possibilité de retenir comme élément du fait dommageable des faits qui ont eu lieu en dehors du territoire de l'État qui a effectivement accordé un monopole au titulaire du droit²². Soit un produit fabriqué dans un pays pour être ensuite distribué dans un autre en contrefaçon d'une marque enregistrée dans ce dernier pays. Est-il permis de retenir au titre de fait dommageable l'acte de fabrication alors qu'il a eu lieu en dehors de l'État pour lequel le droit exclusif a été accordé²³? Cette question suscite heureusement moins de difficultés à propos du droit d'auteur, la protection des auteurs ayant reçu une portée européenne²⁴.

Dès lors que l'on se penche sur la localisation du dommage, les interrogations se multiplient au contraire²⁵. Une première analyse révèle que les juridictions ont fait preuve d'une grande hésitation²⁶. Les positions semblent *prima facie* se structurer autour d'un axe opposant *accessibilité* et *focalisation*, le second terme de l'opposition pouvant être lié aux travaux de M. Cachard²⁷.

Une affaire de contrefaçon alléguée de marques permet d'illustrer la première branche de l'alternative. Un producteur français de champagne se plaignait qu'une société de droit espagnol commercialisait un vin mousseux sous une appellation constitutive

²¹ Cass. fr. (1^{re} civ.), 9 décembre 2003, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2004, p. 632, note O. CACHARD; *J.D.I.*, 2004, p. 872, note A. HUET.

²² Comp., à ce sujet, A. NUYS, « Suing at the place of infringement: the application of Article 5(3) of regulation 44/2001 to IP matters and internet disputes », in A. NUYS (dir.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Kluwer, 2008, pp. 105-129, spéc. pp. 115-117 et D. MOURIA VICENTE, *op. cit.*, pp. 396-398, n° 181.

²³ Dans l'affaire *Coty*, la Cour a eu à connaître de cette question dans une hypothèse où l'article 7(2) était utilisé pour fonder la compétence des juridictions allemandes pour connaître d'une demande fondée sur la concurrence déloyale (C.J.U.E., 5 juin 2014, *Coty Germany GmbH c. First Note Perfumes N.V.*, aff. C-360/12). Compte tenu de la configuration particulière de l'affaire, la Cour n'a néanmoins pas répondu expressément à la question. En effet, le fait dommageable résultait de la conjonction des efforts individuels de plusieurs parties. Or, la partie assignée devant les juridictions allemandes n'avait déployé en Allemagne aucune activité. La Cour a, dès lors, pu conclure, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Melzer*, que l'événement causal pertinent n'avait pas pu se produire en Allemagne (§§ 49-51). Ceci ne préjuge pas de la réponse que la Cour aurait apportée si elle avait été saisie de la question de savoir si les juridictions belges étaient compétentes.

²⁴ Grâce à la 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. Voy., néanmoins, pour une hypothèse dans laquelle une œuvre est protégée dans un pays européen et non dans un autre, les affaires *Tod's* (C.J.U.E., 30 juin 2005, *Tod's c. Heyraud*, aff. C-28/04, *Rec.*, 2005, p. I-5781) et *Puccini*, (C.J.U.E., 6 juin 2002, *Land Hessen c. Ricordi*, aff. C-360/00, *Rec.*, 2002, p. I-5089).

²⁵ La seule certitude est que la juridiction qui fonde sa compétence sur la localisation du dommage ne peut se prononcer que sur le dommage local. Cette restriction a été imposée par la Cour de justice dans l'arrêt *Shevill* (précité). Elle est fidèlement suivie par les juridictions nationales (par exemple, Cass. fr. [1^{re} civ.], 16 juillet 1997, *J.D.I.*, 1998, p. 136, obs. A. HUET).

²⁶ Certaines des décisions analysées ci-après concernent l'usage d'une marque. Il nous semble néanmoins que les enseignements que l'on peut en déduire peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* à la contrefaçon d'un droit d'auteur.

²⁷ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002, n°s 197 et s. M. Cachard s'appuyait notamment sur la célèbre jurisprudence *Zippo* (*Zippo Manufacturing Company v. Zippo Dot Com., Inc.*, 952, *F. Supp.*, 1119 [1997]), dans laquelle un juge américain avait exigé que les actes en ligne correspondent à l'exercice d'activités commerciales.

d'une contrefaçon d'une marque qu'il détenait. La société espagnole disposait d'un site Internet²⁸ sur lequel elle faisait la promotion de ses marchandises. Les juridictions du fond avaient estimé que l'accessibilité de ce site permettait de conclure à l'existence d'une compétence internationale. La Cour de cassation de France refusa de censurer sur ce point. Selon la Cour,

« [...] en admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne, la Cour d'appel qui a constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel, a légalement justifié sa décision »²⁹.

En l'espèce, la Cour a pris soin de limiter l'étendue de la compétence des juridictions françaises : selon la Cour de cassation en effet, la compétence se fondait sur la localisation du dommage en France, la France étant le lieu de diffusion de l'objet de la contrefaçon. Les tribunaux français étaient, dès lors, selon la Cour, compétents pour connaître « des dommages subis dans cet État ».

La méthode de l'accessibilité n'a pas laissé indifférente la jurisprudence belge. Pour justifier sa compétence internationale dans un litige opposant une entreprise belge à une entreprise française, la première ayant conçu un logo à la demande de la seconde pour une série de spectacles, la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi relevé que la reproduction du logo « est visible en Belgique sur le site [...] »³⁰. Elle a également noté que des tickets pour les spectacles pouvaient être achetés auprès d'intermédiaires en Belgique pour en déduire que « [n]on seulement, le public belge est susceptible d'être atteint, en Belgique, par les actes de communication et de promotion des événements, mais il est établi que, même si les opéras sont représentés en France, il est possible à ce public d'acheter en Belgique des places de spectacle ainsi que les produits de *merchandising* offerts en vente à cette occasion »³¹. Et la Cour d'ajouter que « la seule diffusion de l'œuvre contrefaite au public belge [...] suffit pour que les juridictions belges se saisissent de l'affaire et puissent statuer sur les effets dommageables de la contrefaçon, mais limités au territoire belge »³².

²⁸ Dont l'arrêt de la Cour de cassation nous apprend qu'il était « situé en Espagne », ce qui signifie sans doute qu'il était accessible par le biais d'un nom de domaine *.es*.

²⁹ Cass. fr. (1^{re} civ.), 9 décembre 2003, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2004, p. 632, note O. CACHARD ; *J.D.I.*, 2004, p. 872, note A. HUET (aff. *Société Castelblanch c. Société Champagne Louis Roederer*).

³⁰ Bruxelles (9^e ch.), 27 septembre 2012, *D.A./O.R.*, 2013, p. 330. Outre le paiement de certaines factures, la procédure concernait au premier chef l'utilisation par l'entreprise française dudit logo sur différents supports : une affiche, un site Internet et différents articles offerts à la vente et qui sont liés aux spectacles.

³¹ *D.A./O.R.*, 2013, p. 333.

³² *Ibid.* Dans le même sens, Bruxelles (9^e ch.), 4 mai 2001, *J.T.*, 2003, pp. 234-235 (également parue in *J.L.M.B.*, 2001, p. 1444). En l'espèce, le litige opposait l'auteur d'un scénario de film à une société française qui avait produit un film dont il était allégué qu'il s'inspirait du scénario. Après avoir noté que l'acte à la base de la violation n'avait pas été commis en Belgique, la Cour a néanmoins accepté de se reconnaître compétente pour prendre connaissance de la demande. Selon la Cour, « si l'acte de contrefaçon se situe ailleurs qu'en Belgique, l'article 7(2) s'applique en raison de la localisation en Belgique des effets préjudiciables de cet acte, ce qui implique que le tribunal belge ne connaîtra que des seuls dommages causés en Belgique par cet acte [...] ». Et la Cour de noter ensuite que, si le film avait été écrit, réalisé et produit en France et qu'il n'avait pas été démontré que des copies de ce film avaient été réalisées en Belgique, il n'était pas contesté que le film avait été distribué en Belgique et que le site Web y relatif, dont la Cour avait pris soin de noter qu'il n'était pas « alimenté depuis le territoire belge », était néanmoins accessible en Belgique. La Cour a ajouté que le film pourrait être vu par les téléspectateurs belges s'il était programmé par une chaîne de télévision belge et qu'il se retrouverait « vraisemblablement dans

Dans une série d'arrêts ultérieurs, la Cour de cassation de France³³ semble avoir embrassé une approche plus restrictive qui peut être liée au concept de focalisation. Ainsi, dans un arrêt *LVMH*, la Cour de cassation a relevé que les sites litigieux gérés par une entreprise étrangère contenaient des annonces de vendeurs s'engageant à livrer certains produits en France, les annonces d'enchères étant rédigées en français pour des produits avec un prix en euros. Selon la Cour, ces constatations permettaient à suffisance de retenir la compétence des juridictions françaises, la Cour étant satisfaite que les sites « visaient les internautes français et que les produits qui y étaient proposés étaient livrables en France »³⁴. On reconnaît clairement la trace du raisonnement fondé sur la focalisation de communications mises en ligne.

Dans une autre espèce mettant en cause une entreprise de vente aux enchères en ligne, la Cour de cassation française a retenu qu'il était nécessaire de déterminer si les annonces figurant sur un site étaient « destinées au public de France », ce qu'avait négligé de faire la cour d'appel³⁵.

Une décision antérieure de la même Cour de cassation dans l'affaire *Boss* avait déjà annoncé la préférence de la Cour pour la théorie de la focalisation³⁶. En l'espèce, une société de droit français, Hugo Boss, se plaignait qu'une société de droit allemand faisait figurer des reproductions de sa marque sur un site Internet. Ayant obtenu une interdiction assortie d'une astreinte, le titulaire des marques cherchait à obtenir la liquidation de l'astreinte. Cette demande fut rejetée, au motif que l'usage de la marque sur un site Internet ne constituait pas une infraction à l'interdiction de tout usage de la marque, dans la mesure où le site était rédigé en langue étrangère et que les produits n'étaient pas disponibles en France. Devant la Cour de cassation, le titulaire de la marque avançait qu'un usage d'une marque sur un site accessible en France constitue un usage de marque en France.

La Cour de cassation refusa de censurer la décision, relevant que la cour d'appel avait pu conclure que l'usage des marques ne constituait pas une infraction à l'interdiction assortie d'une astreinte dans la mesure où, selon la cour d'appel, les produits n'étaient pas disponibles en France, ce qui permettait d'en déduire que le site ne visait pas le public de France.

D'autres décisions de la Cour de cassation confirment la faveur dont jouit le concept de focalisation pour donner corps à l'exercice de la compétence fondée sur la localisation du dommage³⁷.

les vidéothèques belges lorsqu'il sera mis en location ». Ces considérations visant des événements hypothétiques, l'on peut se demander s'il était opportun d'en tenir compte.

³³ Dans une autre composition, puisque les arrêts ultérieurs émanent de la chambre commerciale alors que l'arrêt *Champagne Roederer* a été prononcé par la première chambre civile. La chambre commerciale avait, dans un premier temps, rejoint la première chambre civile et embrassé le critère de l'accessibilité (Cass. fr. [com.], 20 mars 2007, *J.C.P.* (éd. G), 2007, II, p. 10088, note M.-E. ANCEL).

³⁴ Cass. fr. (com.), 7 décembre 2010, n° de pourvoi 09-16811, *J.D.I.*, 2011, p. 915, comm. V. PIRONON.

³⁵ La Cour d'appel avait noté que le site Internet était accessible sur le territoire français, ce qui permettait de conclure que le préjudice allégué pouvait être apprécié par le juge français, « sans qu'il soit utile de rechercher s'il existe ou non un lien suffisant, substantiel ou significatif entre les faits allégués et le territoire français » (Cass. fr. [com.], 29 mars 2011, n° de pourvoi 10-12272).

³⁶ Cass. fr. (com.), 11 janvier 2005, *Société Hugo Boss, société de droit allemand c. Société Reemstma Cigarettenfabriken GmbH*.

³⁷ Voy. les décisions citées par F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in *Internet et le droit international. Colloque de Rouen*, Société française de droit international, Paris,

Ce premier niveau d'analyse ne doit néanmoins pas tromper. L'observation de la jurisprudence révèle qu'au-delà de la binarité apparente, les positions sont plus fines et plus complexes. Il est ainsi pour le moins trompeur de parler de focalisation sans distinguer entre plusieurs versions. Il faut, en effet, s'entendre sur le degré de focalisation requis. L'on connaît les interrogations qui entourent le critère de la focalisation retenu par l'article 17, § 1^{er}, *littera c.*, du règlement Bruxelles *Ibis*, selon lequel une juridiction est compétente pour prendre connaissance d'un litige relatif à un contrat de consommation lorsque ce contrat a été conclu « avec une personne qui [...] par tout moyen, dirige ces activités [commerciales ou professionnelles] vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre ». La Cour de justice a certes identifié une liste de critères ou d'indices dont il faut tenir compte pour apprécier si l'activité commerciale est effectivement dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur³⁸. La Cour a également précisé qu'il n'est pas requis, pour l'application de l'article 17, que la conclusion du contrat de consommation ait été directement causée par l'utilisation par le commerçant de divers moyens pour diriger son activité vers l'État membre du domicile du consommateur³⁹. Il reste que la mission assignée au juge, à qui il est demandé de procéder à une appréciation globale des circonstances afin de décider si, en fonction des indices retenus, il y a bien eu direction des activités, demeure délicate.

La même hésitation peut affecter le critère de la focalisation lorsqu'il est utilisé pour nuancer l'application du *forum delicti* dans le contentieux de la contrefaçon du droit d'auteur. Si l'on se limite à la contrefaçon en ligne, la jurisprudence révèle une variété certaine dans l'appréhension des indices pertinents permettant d'accepter l'existence d'une focalisation suffisante. Dans un litige opposant une entreprise allemande et une entreprise danoise à propos du site Internet de cette dernière, qui faisait la publicité d'un hôtel au Danemark, le *Bundesgerichtshof* a insisté sur la disponibilité des informations mises en ligne dans la langue du for et sur la possibilité pour les internautes de placer une commande en ligne depuis leur domicile pour les services proposés⁴⁰. L'on remarque que, dans cette espèce, s'il était possible de répondre depuis l'Allemagne à l'offre de services, ceux-ci n'étaient en aucun cas fournis en Allemagne, puisque l'hôtel était situé au Danemark.

Dans une autre espèce, la Cour suprême autrichienne a estimé que la circonstance qu'un site Internet était rédigé en langue allemande et qu'il faisait la publicité de pro-

Pedone, 2014, p. 171, note 18. Voy. aussi Cass. (crim.), 9 septembre 2008, en cause *Giuliano F. c. Ministère public* (www.legalis.net): statuant sur une demande visant à faire cesser la reproduction sur un site Internet d'un article publié dans un journal français (*Le Monde*), la Cour de cassation française a estimé que les juridictions françaises n'étaient pas compétentes. Selon la Cour, « la reproduction et la diffusion non autorisée[s] par son auteur d'une œuvre sur un site internet ne constitue[nt] pas un acte de contrefaçon commis sur le territoire français pour la seule raison que le site est accessible en France ».

³⁸ C.J.U.E., 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09, *Rec.*, I-I-12527, spéc. §§ 83-92. La Cour a ajouté d'autres indices dans son arrêt *Mühlleitner*: C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Daniel Mühlleitner c. Yusufi*, aff. C-190/11.

³⁹ C.J.U.E., 17 octobre 2013, *Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic*, aff. C-218/12, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2014, p. 630, note O. BOSKOVIC.

⁴⁰ Le BGH a noté: « Denn die unter der Internet-Domain abrufbare Homepage der Beklagten richtet sich auch inhaltlich bestimmungsgemäß an die Verkehrskreise im Inland. Die Beklagte wirbt in ihrem Internetauftritt in deutscher Sprache für ihr Hotel und wendet sich mit der Werbung daher auch an das deutsche Publikum, für das sie zusätzlich eine Online-Reservierungs- und Buchungsmöglichkeit bereithält » (BGH, 13 octobre 2004, *GRUR Int.*, 2005, p. 433).

duits disponibles aux internautes dans un pays voisin (en l'occurrence, la Slovénie) permettait de conclure que ce site s'adressait au public autrichien⁴¹.

Un consensus se fait pour retenir certains indices comme doués de pertinence dès lors qu'il s'agit de déterminer si une activité est bel et bien dirigée vers un État: la langue de la communication⁴², l'utilisation d'un nom de domaine possédant une extension nationale, la monnaie utilisée, la zone de livraison des produits ou de fourniture des services, la circonstance que l'utilisateur d'un site est redirigé vers un autre site permettant la livraison dans le pays de l'internaute, etc. La possibilité de se procurer les produits ou services faisant l'objet du litige constitue également un élément auquel les juridictions accordent un poids certain dans l'appréciation de la focalisation⁴³.

Des questions demeurent néanmoins ouvertes, qui ne vont pas sans fragiliser l'utilisation du concept de « focalisation »⁴⁴. À propos du public visé par une communication (en ligne ou hors ligne), l'on a, par exemple, pu se demander s'il était nécessaire de distinguer la nature des personnes visées. Dès lors que le produit ou le service pertinent est réservé à un public particulier, il pourrait être opportun d'en tenir compte pour déterminer si une communication est véritablement destinée au public cible. Une autre difficulté concerne la dimension subjective de la focalisation: est-il requis, pour qu'il soit accepté qu'une communication vise un public déterminé, que son auteur en ait pleinement conscience ou doit-on se contenter du constat objectif de la focalisation⁴⁵? Ces interrogations sont sans doute inhérentes à ce qui constitue non pas une nouvelle règle de compétence, mais bien une méthode d'interprétation permettant de mettre en œuvre une règle de compétence dont la rédaction demeure fort générale. Au total, il faut bien admettre que la méthode de la focalisation conduit nécessairement à une approche casuistique, qui n'est, dès lors, pas de nature à rassurer ceux qui attendent d'une règle de compétence qu'elle permette de déterminer sans débat aucun le juge compétent.

⁴¹ OGH, 29 mai 2001, *GRUR Int.*, 2002, p. 344 (en cause *Boss-Zigarreten*).

⁴² Comp. néanmoins, à propos du rôle de l'anglais comme langue de communication, l'affaire *Würzburg Holding* dans laquelle une cour d'appel avait estimé que la diffusion d'une annonce en anglais pouvait très bien être comprise par le public français dans la mesure où les textes étaient intelligibles sans trop de difficulté, position qui fut censurée par la Cour de cassation, cette dernière estimant qu'il ne suffisait pas de constater l'accessibilité du site sur le territoire français, mais qu'il convenait de rechercher si les annonces litigieuses étaient destinées au public français (Cass. [com.], 20 septembre 2011, n° 10-16.579). Après censure, la Cour d'appel de Paris estima que « la vulgarisation croissante de la langue anglaise ne saurait l'ériger comme langue nationale, naturellement et nécessairement acquise par tout Français » (Paris [ch. 3 pôle 1], 22 mai 2012, *Würzburg Holding c. eBay Inc.*, cité par F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, p. 173).

⁴³ Par exemple, Cass. fr., 10 juillet 2007, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2008, p. 323 (en cause *Buttress BV c. L'Oréal Produits de Luxe France*): pour considérer que les mentions figurant sur un site ne constituaient pas un acte de contrefaçon d'une marque protégée en France, la Cour note que le site Internet sur lequel une entreprise présentait sa gamme de produits comportait une rubrique particulière visant le produit litigieux, mais que cette partie du site, différenciée des pages destinées à la clientèle francophone, ne présentait pas le produit sous la marque litigieuse et qu'il n'était ni offert à la vente ni disponible en France.

⁴⁴ Et notamment le constat qu'évoquer la focalisation ou le ciblage d'un site Internet risque d'entraîner la juridiction saisie à s'intéresser au fond du litige, alors même qu'elle doit d'abord trancher la question de la compétence. Sur ce point, cons. J.-PH. MOINY, « Internet et la compétence internationale des tribunaux en matière de droits de la personnalité et de propriété intellectuelle: la fin des débats? Oui et non... », *R.D.T.I.*, 2013, (61), pp. 86-89, n° 42.

⁴⁵ M^{me} Pironon propose de ne pas retenir l'appréciation subjective de la focalisation dans le contexte délictuel, voy. V. PIRONON, « Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux – contractuel et délictuel – du commerce électronique », *J.D.I.*, 2011, n° 11-16.

Si l'on pousse l'analyse plus loin, l'on s'aperçoit que ramener le débat à une opposition entre accessibilité et focalisation est par trop réducteur. Comme d'autres distinctions axiomatiques utilisées en droit⁴⁶, la distinction entre accessibilité et focalisation est une présentation binaire destinée à éclairer le débat, qu'elle obscurcit d'emblée en le figeant autour de deux positions artificielles. Au-delà des slogans, il faut, en effet, s'entendre sur ce que recouvrent ces deux appellations. Dès que l'on tente de définir avec plus de précision ce qu'il faut entendre, par exemple, par focalisation⁴⁷, force est de constater que des difficultés peuvent surgir. Ainsi, dans l'affaire *LVMH* soumise à la Cour de cassation française, l'entreprise assignée contestait la revendication de compétence par les juridictions françaises. Selon le défendeur, l'exercice de compétence n'était possible que si le site Internet litigieux « est dirigé vers le public du for », ce qui suppose que le site soit « destiné au public en cause, sans que ni la simple accessibilité du site par le public du for, ni le défaut d'obstacle à l'accès au site par le public du for suffise[nt] à justifier le rattachement »⁴⁸. Or, toujours selon ce moyen, avancé à l'appui d'une critique de l'arrêt entrepris, en l'espèce, les juridictions du fond s'étaient contentées de constater l'accessibilité du site litigieux. La Cour de cassation réagit néanmoins en estimant que les juridictions du fond avaient constaté une focalisation suffisante, ayant retenu que les annonces d'enchère étaient rédigées en français, qu'elles faisaient la publicité de produits vendus en euros et que les vendeurs s'engageaient à livrer ces produits en France. Voilà une preuve éclatante qu'il y a plusieurs versions de la focalisation et qu'en fonction de l'intensité de la focalisation retenue, une version moins étroite peut avoir les apparences d'une simple accessibilité. Comme on a pu l'écrire,

« [q]uant à la focalisation, ce n'est jamais qu'une accessibilité qualifiée ; l'accessibilité plus autre chose. La différence est essentiellement que dans la logique de la focalisation, on prend en compte, outre le fait objectif de l'accessibilité au site, qui permet la réalisation d'un dommage, le fait subjectif que constitue la volonté de l'auteur de diriger son comportement vers un certain pays. La focalisation, c'est une approche restrictive et subjective de l'accessibilité, tenant compte du comportement de l'auteur »⁴⁹.

À un niveau plus général encore, le débat à propos de la méthode d'interprétation à retenir pour concrétiser le lieu de survenance du dommage interroge directement les fondements de la règle de compétence internationale. Au-delà de l'opposition quelque peu stérile entre accessibilité et focalisation, le discours relatif aux limites de la compétence internationale emprunte, en effet, vite à des arguments connus, qui sont autant de morceaux classiques de la théorie générale de la compétence internationale.

Parmi les différents éléments qui occupent une place de choix dans cette théorie, l'on note, par exemple, la crainte du morcellement du contentieux. Ce thème se greffe sur le constat que, telle qu'interprétée par de nombreuses juridictions, la règle de compétence européenne ne permet au juge saisi de se prononcer que sur le dommage « local », sans pouvoir prendre position sur l'ensemble du préjudice allégué. Cette limitation importante « peut conduire à une fragmentation excessive de la compétence judiciaire »⁵⁰.

⁴⁶ L'on pense à l'universalisme et à la territorialité dans le droit de l'insolvabilité internationale.

⁴⁷ Que certaines juridictions résumant à l'idée que l'information litigieuse doit avoir un « impact économique » sur le public local (Paris, 6 juin 2007 [en cause *Stés Google Inc. et Google France c. S.A. Axa, S.A. Avanssur, S.A. Direct Assurances Iard*], *J.C.P.*, 2007, II, p. 10151, note M.-E. ANCEL).

⁴⁸ Cass. fr. (com.), 7 décembre 2010, n° de pourvoi 09-16811 (premier moyen).

⁴⁹ B. HAFTEL, « Rapport français », in *L'immatériel (Journées Capitant – Espagne)*, à paraître, p. 12.

⁵⁰ D. MOURIA VICENTE, *op. cit.*, 407, n° 183.

Un autre argument bien connu qui traverse le débat est celui de la sécurité juridique. Le souci de prévisibilité des règles de compétence est une dimension importante qui reçoit une place de choix dans les travaux consacrés à la théorie de la compétence internationale⁵¹. Ce souci de sécurité juridique et de prévisibilité des règles de compétence résonne dans la jurisprudence consacrée à la contrefaçon internationale. Ainsi, dans l'affaire *LVMH*, le défendeur avançait que l'interprétation retenue par les juridictions françaises, qui se fondaient sur quelques éléments concrets pour retenir que les sites litigieux étaient dirigés vers le public français, était susceptible de violer les « principes de sécurité juridique et de prévisibilité des règles de compétence »⁵². L'un des ingrédients de la sécurité juridique est la prévisibilité des solutions. À de nombreuses reprises, cet argument est avancé pour contester une interprétation particulière de la règle de compétence internationale. On le retrouve tant dans un moyen développé par un justiciable qui entend dénoncer une lecture jugée trop généreuse de la règle de compétence⁵³ que sous la plume de commentateurs avisés⁵⁴.

Le souci de prévisibilité va souvent de pair avec le souhait d'éviter d'ouvrir trop largement les portes des prétoires. Comme dans d'autres contextes, c'est l'idée de voir les « vannes » s'ouvrir qui est appelée à la rescousse pour dénoncer une interprétation jugée trop souple⁵⁵. Permettre de fonder la compétence d'un juge sur l'accessibilité d'un élément aussi omniprésent qu'un site Internet ne manquerait pas, écrit-on, de conduire à une multiplication prodigieuse des possibilités d'action. Le demandeur pourrait légitimement saisir le juge de son choix, dans la mesure où l'accessibilité est aussi répandue que l'air que l'on respire. Moura Vicente décrivait comme suit les risques de cette approche :

« [...] la simple accessibilité desdits contenus sur le territoire de l'État du for doit être considérée insuffisante pour attribuer la compétence aux tribunaux locaux, même si le demandeur est titulaire d'une marque enregistrée dans cet État, identique à celle qui est utilisée sans son consentement sur Internet. Autrement, le nombre de tribunaux compétents pour juger des actes illicites commis en réseau deviendrait trop considérable, ce qui aggraverait injustement la position du défendeur, étant donné l'imprévisibilité des tribunaux où celui-ci devrait se défendre ; en outre, sa liberté d'expression serait aussi inévitablement limitée. On consacrerait ainsi, somme toute, une modalité de *forum actoris* qui n'est pas prévue dans les règles légales applicables »⁵⁶.

⁵¹ Par exemple, A. T. VON MEHREN, « Theory and practice of adjudicatory authority in Private International Law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common- and civil-law systems – General course on Private International Law », *Rec. cours*, 2002, vol. 295, (9), pp. 69-70.

⁵² Cass. fr. (com.), 7 décembre 2010, n° de pourvoi 09-16811 (première branche du premier moyen).

⁵³ Dans l'affaire *LVMH* déjà citée, le défendeur (demandeur en cassation) reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu la compétence internationale des juridictions françaises alors que n'existait, selon lui, « qu'un lien indirect (passant par des agissements imputables à des tiers), imprévisible (n'intégrant pas les visées de l'opérateur étranger) et fortuit (le lien caractérisé n'étant pas établi entre le litige en cause, portant sur les liens sponsorisés, et le for français, mais entre ce for et un autre litige, qui porterait directement sur les sites ebay) » (Cass. fr. [com.], 7 décembre 2010, n° de pourvoi 09-16811).

⁵⁴ Par exemple, F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, p. 169 : M^{me} Jault-Seseke évoque la nécessité de ne pas « déjouer les attentes prévisibles des responsables prétendus ». M^{me} Jault-Seseke évoque dans la même contribution le fait qu'il « est essentiel que le demandeur, comme le défendeur, puisse prévoir les lieux où l'action est susceptible de se dérouler » (p. 170).

⁵⁵ Le droit de la responsabilité délictuelle est coutumier de cet argument que la doctrine anglophone désigne sous l'appellation de *floodgate argument* : voy. M.K. LEVY, « Judging the flood of litigation », *University of Chicago Law Review*, 2013, pp. 1007-1077 et T.J. STERN, « Federal judges and fearing the "floodgates of litigation" », *J. Constitutional Law*, 2003, pp. 377-422.

⁵⁶ D. MOURIA VICENTE, *op. cit.*, 400, n° 182.

Dans le même registre, on a pu écrire qu'accepter une compétence fondée sur l'accessibilité d'information permettrait de « consacrer une sorte de compétence universelle »⁵⁷, liée à la crainte d'un *forum shopping* débridé. La Cour d'appel de Paris a, à ce sujet, noté que, « compte tenu de l'universalité de ce réseau, appliquer le critère de la simple accessibilité aurait nécessairement pour conséquence d'institutionnaliser la pratique du *forum shopping* »⁵⁸.

Ce sont, dès lors, les fondements mêmes de la compétence internationale qu'interroge la pratique de la contrefaçon. Ceci ne doit pas étonner lorsque l'on considère la grande plasticité des règles de compétence.

In fine, le débat doit se lire comme une tentative, une de plus, de concilier les intérêts en jeu, même lorsque ceux-ci sont apparemment contradictoires : les intérêts des parties en cause et ceux des États concernés. Le demandeur a un intérêt à pouvoir engager une procédure devant une juridiction qui peut connaître de l'ensemble du préjudice allégué. Le défendeur, quant à lui, doit être protégé contre la possibilité d'être attiré devant une juridiction dont il pouvait difficilement prévoir qu'elle pourrait revendiquer compétence ou devant laquelle il lui sera plus onéreux de se défendre. Quant aux États, l'exercice d'une compétence internationale représente un coût certain. Il permet néanmoins, sinon d'imposer sa loi, du moins de participer à la régulation d'un phénomène dépassant les frontières d'un État. C'est l'éternel débat entre le souhait de permettre au demandeur un accès aisé au juge, tout en n'en déjouant pas les attentes des défendeurs. Il est temps, maintenant, d'examiner comment la Cour de justice a façonné les termes généraux de l'article 7(2).

Chapitre II

La Cour de justice et l'enfermement du débat

On a déjà rappelé que la jurisprudence de la Cour de justice à propos du contentieux délictuel est relativement riche. Ce n'est toutefois que récemment que le contentieux des droits de la propriété intellectuelle a été soumis à la Cour de Luxembourg. En quelques années est ainsi née une jurisprudence relativement abondante qui permet d'apercevoir avec une netteté toute relative les contours de l'application de l'article 7(2) au contentieux des droits de la propriété intellectuelle et spécialement du droit d'auteur⁵⁹.

⁵⁷ F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁸ Paris, 6 juin 2007 (en cause Stés Google Inc. et Google France c. S.A. Axa, S.A. Avanssur, S.A. Direct Assurances Iard), J.C.P., 2007, II, p. 10151, note M.-E. ANCEL. L'attendu de la cour d'appel mérite d'être reproduit dans son intégralité : « Considérant que, sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont pour support technique le réseau internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué ; que, compte tenu de l'universalité de ce réseau, appliquer le critère de la simple accessibilité aurait nécessairement pour conséquence d'institutionnaliser la pratique du *Forum shopping*. »

⁵⁹ La Cour de justice a été saisie de différends concernant le droit d'auteur et les droits voisins. Dans l'affaire *Hi Hotel* étaient en jeu les droits patrimoniaux d'un photographe (C.J.U.E., 3 avril 2014, *Hi Hotel HCF Sarl c. Uwe Spering*, aff. C-387/12). Dans l'affaire *Pinckney*, le litige concernait les droits voisins d'un interprète-compositeur (C.J.U.E., 3 octobre 2013, *Peter Pinckney c. KDG Mediatech AF*, aff. C-170/12).

Fidèle à la jurisprudence *Bier*, la Cour de justice a eu l'occasion de donner des précisions tant sur la localisation du fait dommageable (section 1) que sur celle du dommage (section 2).

Section 1

Le lieu de l'événement causal

L'exercice de localisation de l'événement causal peut s'avérer délicat lorsque l'action en responsabilité s'appuie sur des faits dématérialisés. La difficulté est amplifiée lorsque ces faits sont diffusés de manière universelle par le biais d'une mise en ligne. Ces caractéristiques avaient poussé la Cour à retenir une interprétation novatrice lorsque la responsabilité découle d'une violation de droits de la personnalité. Selon la Cour, la victime peut, dans ce cas, introduire une procédure, outre devant les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus, également devant les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le centre des intérêts de la victime⁶⁰. Ces juridictions sont compétentes pour statuer sur l'intégralité du dommage.

Cette consécration d'un véritable *forum actoris* peut se revendiquer de la « gravité de l'atteinte que peut subir le titulaire d'un droit de la personnalité qui constate qu'un contenu qui porte atteinte audit droit est disponible en tout point du globe »⁶¹.

La Cour n'a pas jugé opportun d'adopter une lecture identique lorsqu'est en jeu la violation d'un droit de la propriété intellectuelle. Dans une affaire portant sur une contrefaçon de marque, la Cour a noté que la jurisprudence *eDate* qui s'inscrit dans le « contexte particulier des atteintes aux droits de la personnalité, ne saurait valoir également pour la détermination de la compétence judiciaire en ce qui concerne les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle »⁶². Ceci ne préjuge néanmoins pas du sort qui pourrait être réservé aux droits moraux de l'auteur, qui partagent d'importants traits communs avec les droits de la personnalité. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur ces droits.

S'il n'est pas possible pour le titulaire d'un droit d'auteur d'assigner devant les juridictions de son propre domicile, quelles leçons doit-il tirer de la jurisprudence de la Cour s'il souhaite se prévaloir de la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions de l'État membre où se situe le fait dommageable ?

À première vue, la Cour adopte une position très précise, retenant comme événement causal le « déclenchement du processus technique d'affichage » des informations litigieuses sur le site Internet concerné⁶³. Dans l'affaire *Pez Hejduk*, cette lecture donnait

⁶⁰ C.J.U.E. (Gr. Ch.), 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH c. X et Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Ltd.*, aff. C-509/09 et 161/10, non encore publié in *Rec.*

⁶¹ *Ibid.*, § 47.

⁶² C.J.U.E., 19 avril 2012, *Wintersteiger A.G. c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, aff. C-523/10, § 24.

⁶³ C.J.U.E., 22 janvier 2015, *Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NRW GmbH*, aff. C-441/13, § 24. Dans l'affaire *Pinckney*, la Cour n'était pas saisie de la question de la localisation du fait dommageable. Elle s'est contentée de constater que « ce dernier lieu ne se situe pas dans le ressort de la juridiction saisie » (arrêt *Pinckney*, précité, § 29). Dans l'affaire *Hi Hotel*, la Cour a constaté pareillement qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le lieu de l'événement causal dans la mesure où la seule partie impliquée dans la procédure n'avait agi qu'en France, c'est-à-dire en dehors du ressort de la juridiction saisie (arrêt *Hi Hotel*, précité, § 30). La Cour en a déduit qu'à défaut pour cette partie d'avoir posé un quelconque acte en Allemagne, « il ne peut être considéré que l'événement causal s'est produit dans le ressort de cette juridiction » (§ 31).

compétence aux juridictions allemandes, puisque c'était en Allemagne qu'était situé le siège de l'entreprise qui avait « pris et exécuté la décision de mettre en ligne des photographies sur un site internet déterminé »⁶⁴, le fait générateur résidant, selon la Cour, dans « le comportement du propriétaire de ce site »⁶⁵. Dans l'affaire *Wintersteiger*, la Cour a retenu que l'événement causal était « non l'affichage de la publicité elle-même, mais le déclenchement, par l'annonceur, du processus technique d'affichage, selon des paramètres prédéfinis, de l'annonce que celui-ci a créée pour sa propre communication commerciale »⁶⁶.

À bien y regarder, l'interprétation retenue par la Cour pourrait être radicalement opposée à celle retenue dans l'arrêt *eDate*. En effet, au détour de ce qui paraît être une approche purement technique, la Cour donne un avantage certain au défendeur. La Cour prend soin d'identifier, parmi le complexe des événements qui constituent ensemble la contrefaçon, ceux qui se situent au début de la chaîne. Est, en effet, pertinente, selon la Cour, la « décision de mettre en ligne des photographies sur un site déterminé »⁶⁷. La Cour évoque également l'exécution de cette décision⁶⁸. Sur l'axe « émission-réception » qui a bien souvent été utilisé dans ce contexte, les événements retenus par la Cour se situent clairement dans le premier volet. La visualisation ou l'utilisation par les internautes des documents ou informations litigieuses n'est, dès lors, pas pertinente⁶⁹. Or, la plupart du temps, les prémisses de l'événement causal seront situées dans l'État où est installé le défendeur. Ou comment par une interprétation technique du *forum delicti*, il est possible d'avantager le défendeur.

L'on peut, par ailleurs, s'interroger sur l'évolution que la Cour imprime à sa jurisprudence. *Prima facie*, la Cour maintient la vision simplificatrice déjà retenue dans l'affaire *Shevill* : ce ne sont pas tant les différents agissements concrets, qui constituent ensemble le processus de contrefaçon, qu'il importe de localiser. La Cour semble, en effet, ne retenir que le seul établissement de la partie à l'origine de la contrefaçon. Cette approche a des vertus importantes. Elle évite que le débat sur la compétence internationale s'enlise dans des considérations très concrètes sur la localisation des différents éléments du processus de contrefaçon⁷⁰.

L'on peut néanmoins relever les germes d'une approche plus complexe au détour de quelques attendus : après avoir mis en avant « le lieu où se trouve le siège » du défendeur, la Cour ajoute que cet endroit est pertinent dans la mesure où ce dernier « y a pris et

⁶⁴ Arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 25.

⁶⁵ *Ibid.*, § 24.

⁶⁶ C.J.U.E., 19 avril 2012, *Wintersteiger A.G. c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, aff. C-523/10, § 34.

⁶⁷ Arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 25.

⁶⁸ L'arrêt de la Cour ne permet pas de donner la préférence au lieu où est prise la décision de mettre en ligne un certain contenu ou, au contraire, au lieu où cette décision est exécutée, dès lors que ces deux événements n'ont pas lieu au même endroit. Dans l'arrêt *Pez Hejduk*, ces deux lieux se confondaient en effet.

⁶⁹ Ceci apparaît également très clairement dans l'arrêt *Wintersteiger* précité : la Cour relève que l'événement causal n'est pas « l'affichage de la publicité elle-même, mais le déclenchement, par l'annonceur, du processus technique d'affichage » (§ 34). Et la Cour de relever également que « le fait générateur d'une atteinte éventuelle au droit des marques réside donc dans le comportement de l'annonceur ayant recours au service de référencement pour sa propre communication commerciale ».

⁷⁰ M^{me} Usunier évoque à raison à ce propos une « méthode de localisation fictive » qui permet à la Cour de localiser le fait générateur « au lieu d'établissement du responsable, sans tenir compte de l'endroit où la publication litigieuse a effectivement été conçue et imprimée, ni de la localisation des serveurs sur lesquels sont stockées les données litigieuses » (L. USUNIER, obs. sous l'arrêt *Pinckney*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2014, p. 205, n° 12).

exécuté la décision de mettre en ligne» les contenus litigieux⁷¹. Ceci pourrait signifier que le siège du défendeur ne possède pas de valeur en tant que telle, mais uniquement s'il est démontré que des décisions et des actes participant à la contrefaçon peuvent y être localisés⁷². Si cette évolution devait se vérifier, elle susciterait des questions sous l'angle de l'administration de la justice. Il est facile, en effet, de comprendre que la partie se plaignant d'une violation d'un droit de la propriété intellectuelle ne pourra pas toujours disposer d'informations précises sur le processus qui a conduit à la diffusion d'informations ou de contenus en contravention avec un droit d'auteur. Cette question sera encore plus complexe lorsque, comme c'était le cas dans l'affaire *Hi Hotel*, plusieurs parties sont à l'origine, conjointement, de la contrefaçon alléguée⁷³.

Toujours à propos du lieu du fait dommageable, l'on ajoutera pour terminer que la Cour a clarifié l'incertitude qui subsistait sur la position à adopter lorsque la contrefaçon est le fait de plusieurs acteurs différents – comme c'était le cas dans l'affaire *Pinckney* dans laquelle le pressage des disques litigieux avait eu lieu en Autriche par une entreprise dont il apparaît qu'elle n'était en rien intervenue dans la commercialisation en ligne des supports, la distribution étant assurée par une entreprise anglaise qui exploitait le site Internet litigieux. Ce dédoublement du fait générateur permet-il au titulaire du droit d'auteur d'assigner à sa guise devant les juridictions de l'un des faits litigieux? Cette lecture paraissait le plus plausible. Étendant la solution retenue dans l'arrêt *Melzer*⁷⁴, la Cour a néanmoins confirmé qu'elle n'ouvre pas la possibilité de saisir l'un des tribunaux d'une action contre la partie à l'origine de l'autre élément du fait générateur⁷⁵. Le coauteur du dommage ne saurait, en effet, être poursuivi devant la juridiction du lieu de survenance du fait générateur commis par un autre coauteur⁷⁶.

Section 2

Le *forum damni*

La rencontre entre la Cour de justice et le lieu de survenance du dommage n'est pas, de loin, une primeur réservée au contentieux de la propriété intellectuelle. Dans un autre contexte, la Cour semble avoir marqué sa préférence pour la théorie de la focalisation. C'est ainsi qu'à propos de la protection des bases de données, la Cour de justice a jugé que la simple accessibilité de contenus n'était pas suffisante. S'interrogeant sur la localisation d'un acte de réutilisation tel que visé par la directive 96/9/CE, la Cour a retenu que «la simple accessibilité, sur un territoire national donné, du site internet comprenant les données concernées ne suffit pas pour conclure que l'exploitant de ce

⁷¹ Arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 25.

⁷² L'arrêt *Wintersteiger* semble en retrait de cette évolution: dans cette affaire, la Cour a, en effet, insisté sur la localisation de l'événement causal au lieu de l'établissement de l'annonceur. Selon la Cour, ce lieu «est celui où le déclenchement du processus d'affichage est décidé» (arrêt *Wintersteiger*, précité, § 37), ce qui semble laisser penser qu'il n'est pas besoin de s'interroger concrètement sur le lieu où la décision a été effectivement prise.

⁷³ Dans cette affaire, l'entreprise française, qui avait reçu le droit d'utiliser les photographies litigieuses, les avait transmises à un éditeur allemand. C'est la publication par cet éditeur d'un ouvrage reprenant certaines des photographies qui était à l'origine du litige. La Cour n'a pas été amenée à se prononcer sur la localisation du fait dommageable dans cette hypothèse.

⁷⁴ C.J.U.E., 16 mai 2013, *Melzer c. MF Global UK Ltd*, aff. C-228/11.

⁷⁵ Arrêt *Pinckney*, précité, §§ 31-32.

⁷⁶ Cette lecture était déjà préconisée par L. USUNIER, obs. sous l'arrêt *Pinckney*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2014, p. 198, n° 4.

site se livre à un acte de réutilisation tombant sous le coup du droit national applicable sur ce territoire en matière de protection par le droit *sui generis*⁷⁷. Pour appuyer cette conclusion, la Cour n'a pas hésité à souligner que la publication d'informations en ligne «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 État membre d'établissement et en dehors de son contrôle». La Cour préfère une approche plus ciblée, «la localisation d'un acte de réutilisation sur le territoire de l'État membre vers lequel les données concernées sont envoyées [dépendant] de l'existence d'indices permettant de conclure que cet acte révèle l'intention de son auteur de cibler les personnes situées sur ce territoire»⁷⁸.

Cette décision, qui n'est pas isolée⁷⁹, a été résolument écartée par la Cour dans le domaine qui nous intéresse. Pour la Cour, en effet, le lieu de matérialisation du dommage peut «varier en fonction de la nature du droit prétendument violé»⁸⁰. En outre, les droits de la propriété intellectuelle sont caractérisés par une territorialité dont la Cour entend déduire des conséquences sur la détermination de la compétence internationale. Il en résulte que le travail de localisation doit être réalisé en tenant compte de la nature du droit dont la violation est à la base de l'action en responsabilité. Dès lors qu'il s'agit d'un droit de la propriété intellectuelle faisant l'objet d'un enregistrement, la Cour semble pencher vers le lieu d'enregistrement du droit⁸¹. Dans l'arrêt *Wintersteiger* qui mettait en jeu une marque dont il était allégué qu'elle était violée par l'usage qu'en faisait un concurrent sur un site Internet, la Cour a insisté sur le fait que «tant l'objectif de la prévisibilité que celui de la bonne administration de la justice militent en faveur d'une attribution de la compétence, au titre de la matérialisation du dommage, aux juridictions de l'État membre dans lequel le droit en cause est protégé»⁸². Cette attribution peut en appeler, selon la Cour, au constat que ce sont les juridictions de l'État d'enregistrement de la marque qui sont les mieux à même d'évaluer s'il est effectivement porté atteinte à la marque⁸³. Il n'y a pas de raison de penser que cette solution doit être limitée à la seule contrefaçon en ligne⁸⁴. Les justifications avancées par la Cour sont, en effet, tout aussi pertinentes lorsque la violation alléguée n'a pas lieu dans le monde virtuel.

⁷⁷ C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Football Dataco Ltd., Scottish Premier League Ltd., Scottish Football League, PA Sport UK Ltd. c. Sportradar GmbH, Sportradar A.G.*, aff. C-173/11.

⁷⁸ La jurisprudence *Football Dataco* concernait le droit exclusif relatif à une base de données et se situait, dès lors, fermement dans le domaine de la propriété intellectuelle. Sans doute peut-on expliquer l'approche résolument différente retenue par la Cour dans ce domaine par le constat que la Cour n'était pas interrogée sur une question de compétence internationale en application du règlement Bruxelles Ibis. Sous l'angle de la cohérence générale du droit européen, cette coexistence d'approches contrastées à propos de la focalisation suscite néanmoins des questions.

⁷⁹ Voy. C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal S.A. e.a. c. eBay International A.F. e.a.*, aff. C-324/09.

⁸⁰ Arrêt *Pinckney*, précité, § 32.

⁸¹ Il est permis de se demander comment cette jurisprudence doit se comprendre à l'égard de droits de la propriété intellectuelle qui bénéficient (à titre provisoire ou non) d'une protection malgré l'absence d'un enregistrement – l'on pense aux dessins et modèles non enregistrés ou, encore, à la marque notoirement connue (art. 6bis de la Convention de Paris).

⁸² Arrêt *Wintersteiger*, précité, § 27.

⁸³ *Ibid.*, § 28.

⁸⁴ En ce sens, F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, p. 179.

Qu'en est-il du droit d'auteur? À défaut d'enregistrement, la Cour a mis en avant l'idée qu'il ne peut y avoir de dommage que si le droit dont la violation est alléguée bénéficie d'une protection dans l'État membre dont les juridictions sont saisies⁸⁵. Cette exigence, qui pourrait avoir été conçue comme une manière d'équivalent fonctionnel à l'enregistrement de la marque⁸⁶, pourrait conduire à une «reterritorialisation» du contentieux, qui n'est pas éloigné des contraintes propres au droit matériel⁸⁷. Si les contingences du droit matériel s'imposent, la limitation n'est, en réalité, que virtuelle en raison de l'existence d'une protection européenne fondée sur la directive 2001/29/CE qui procède à l'harmonisation de certaines questions essentielles liées à la protection du droit d'auteur⁸⁸.

Au-delà de cette première exigence, la Cour lie également l'existence d'une compétence au risque que le dommage soit susceptible de se matérialiser dans le ressort de la juridiction. Introduite par l'arrêt *Pinckney*⁸⁹, cette condition a été confirmée dans les arrêts *Pez*⁹⁰ et *Hi Hotel*⁹¹. Cette exigence ne signifie nullement que le support qui sert de réceptacle aux contenus litigieux doit être dirigé vers un État membre pour que celui-ci possède compétence. La Cour a nettement écarté dans ce contexte l'exigence de la focalisation. Selon la Cour en effet, l'article 7(2) n'exige pas que le site en cause soit dirigé vers l'État membre de la juridiction saisie⁹². Est dès lors sans importance le fait que le site Internet en cause ne soit pas «destiné» à l'État membre dont relève la juridiction saisie. Et la Cour de souligner, pour éviter toute équivoque, que le risque de matérialisation du dommage découle de l'accessibilité dans un État membre, des informations litigieuses par l'intermédiaire d'un site Internet⁹³.

S'agissant d'œuvres protégées par le droit d'auteur, l'exigence de risque de matérialisation concrète du dommage dans le ressort de la juridiction saisie conduit à examiner s'il est possible de se procurer, dans le ressort de cette juridiction, les reproductions de l'œuvre à laquelle s'attachent les droits d'auteur⁹⁴. On comprend bien que la Cour n'exige pas la preuve que le dommage s'est effectivement matérialisé, mais se contente de l'existence d'un «risque» de matérialisation. Aller plus loin aurait rendu impossible la conduite d'une procédure préventive. En outre, une approche plus stricte n'aurait pas été conciliable avec la nature du droit d'auteur, qui confère un droit exclusif, c'est-à-dire un droit d'empêcher un comportement donné, le droit à la réparation du dommage qui résulte de la violation du droit exclusif n'étant que secondaire.

Telle qu'elle est entendue par la Cour, cette exigence ne constitue néanmoins guère un obstacle à la revendication de compétence. Dans l'affaire *Hi Hotel*, il a suffi à la Cour de constater que l'ouvrage reprenant les photographies litigieuses était offert à la vente

⁸⁵ Arrêt *Pinckney*, précité, § 33; arrêt *Hi Hotel*, précité, § 35.

⁸⁶ En ce sens, L. USUNIER, obs. sous l'arrêt *Pinckney*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2014, p. 201, n° 8.

⁸⁷ L'idée est absente de la jurisprudence *eDate*, ce qui s'explique parce que les droits de la personnalité n'ont pas une vocation territorialement limitée.

⁸⁸ M^{me} Ancel fait remarquer que, «venue du droit des marques, cette condition fait peu de sens en matière de propriété littéraire et artistique» (M.-E. ANCEL, «Un an de droit international privé du commerce électronique», *Comm. Comm. éle.*, janvier 2014, n° 6).

⁸⁹ Arrêt *Pinckney*, précité, § 43.

⁹⁰ Arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 31.

⁹¹ Arrêt *Hi Hotel*, précité, § 36.

⁹² Arrêt *Pinckney*, précité, § 42; arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 32.

⁹³ Arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 34.

⁹⁴ Par exemple, arrêt *Hi Hotel*, précité, § 37.

dans une librairie située dans le ressort de la juridiction saisie⁹⁵. S'il n'en avait pas été ainsi, la possibilité de se procurer une copie de l'ouvrage en plaçant une commande en ligne aurait sans nul doute suffi. Ou comment l'exigence de disponibilité est elle-même singulièrement diluée dans le contexte du commerce en ligne⁹⁶.

La singularité de la jurisprudence de la Cour est plus visible encore lorsque l'on se penche sur l'hypothèse de la contrefaçon entièrement dématérialisée, par exemple, parce que le support litigieux vecteur de la contrefaçon est accessible en ligne, sans le truchement d'un support matériel. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Pez Hejduk*, l'avocat général Cruz Villalón avait proposé de manière radicale de ne pas retenir dans cette hypothèse la compétence fondée sur le dommage, pour ne laisser subsister que le for du fait générateur⁹⁷. Selon l'avocat général, la solution appliquée par la Cour dans l'arrêt *Pinckney* « correspond aux situations dans lesquelles le risque de violation des droits d'auteur ou leur violation effective se matérialise clairement dans un espace territorial bien que le moyen utilisé soit Internet⁹⁸ ». M. Cruz Villalón estimait que, « lorsque le dommage est 'délocalisé' en raison du type d'œuvre ou du média utilisé pour sa communication [...], il n'est pas possible d'appliquer le critère du lieu de matérialisation du dommage⁹⁹ ». Et l'avocat général de suggérer que, dans cette hypothèse, seule soit retenue la compétence des juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit.

Critiquée par certains au motif qu'elle favoriserait le défendeur au détriment de la victime¹⁰⁰, et applaudie par d'autres¹⁰¹, l'option n'a guère convaincu la Cour qui ne la mentionne pas. La solution que la Cour a appliquée dans cet arrêt se revendique clairement de la doctrine de l'accessibilité. Selon la Cour est, en effet, compétent au titre du lieu de survenance du dommage le juge de l'État membre dans lequel est accessible le site Internet contenant les éléments litigieux. Certes, cette compétence est limitée au seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie. Certes encore, il est nécessaire de démontrer que le droit d'auteur bénéficie d'une protection dans l'État membre dont les juridictions sont saisies. Il n'en demeure pas moins que l'approche retenue par la Cour consacre de manière éclatante l'idée d'une compétence fondée sur l'accessibilité dans un État membre d'informations mises à disposition sur un site Internet. L'interprétation retenue par la Cour n'est pas neuve : on avait déjà pu écrire qu'en cas d'atteinte à un droit d'auteur, l'accessibilité du site Internet et la disponibilité du produit se confondent lorsque la contrefaçon est

⁹⁵ Arrêt *Hi Hotel*, précité, § 37.

⁹⁶ Ceci a permis à la Cour de cassation française, statuant après renvoi par la Cour de justice, d'accepter la compétence internationale des juridictions françaises dans l'affaire *Pinckney*: Cass. fr. (1^{re} civ.), 22 janvier 2013, n° 11-24.019 (en cause *Bourdin c. Sté British Broadcasting Corporation [BBC]*), *Comm. Comm. éle.*, 2014, comm. 33, avec une note de Ch. CARON. La Cour de cassation a censuré l'arrêt déferé à sa connaissance au motif que « l'accessibilité, dans le ressort de la juridiction saisie, d'un site Internet commercialisant le CD argué de contrefaçon est de nature à justifier la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué ».

⁹⁷ Concl. de M. Pedro CRUZ-VILLALÓN, 11 septembre 2014, aff. C-441/13 (*Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NRW GmbH*), spéc. §§ 41-47.

⁹⁸ *Ibid.*, § 41.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ F. LEJEUNE, « Le lieu du fait dommageable : derniers développements en lien avec le droit d'auteur », *A.M.*, 2015, pp. 142-145.

¹⁰¹ M.-E. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. Comm. éle.*, janvier 2015, n° 7.

totalelement dématérialisée¹⁰². La Cour le confirme, notant que « la matérialisation du dommage et/ou le risque de cette matérialisation découlent de l'accessibilité, dans l'État membre dont relève la juridiction saisie, par l'intermédiaire du site internet [litigieux], des photographies auxquelles s'attachent les droits [dont le titulaire] se prévaut »¹⁰³.

La jurisprudence de la Cour offre pour autant une certaine prise à celui qui veut éviter d'être assigné devant les juridictions d'un État donné. Lorsque la contrefaçon est entièrement dématérialisée, les ressources de la technique et singulièrement celles de la géolocalisation permettent à une partie d'interdire l'accès à l'information mise en ligne pour tous les internautes d'un pays donné. Certes, cette technique est loin d'être infail- lible, puisqu'elle peut à son tour être contournée par le recours à des « proxys ». Il est difficile de savoir dans quelle mesure la Cour a tenu compte de l'existence de tels mécanismes dans la balance des intérêts à laquelle elle a procédé.

La grande latitude laissée au titulaire du droit d'auteur se ressent également dans l'hypothèse dans laquelle la violation du droit d'auteur est le fruit de l'action conjuguée de plusieurs coauteurs. La Cour a certes retenu que la règle de compétence ne permet pas, dans ce cas, d'assigner un des auteurs allégués de la contrefaçon devant une juridiction d'un État dans lequel il n'a pas agi. Lorsque cette configuration est examinée sous l'angle de la compétence du juge du lieu de survenance du dommage, la solution est nettement moins favorable aux contrefacteurs. Dans l'arrêt *Hi Hotel*, la Cour a, en effet, précisé qu'il était possible d'assigner l'un quelconque des coauteurs de la violation alléguée devant le juge du lieu de survenance du dommage. Cette solution, dont on a pu dire qu'elle était « très sévère »¹⁰⁴, se justifie sans doute par le constat que l'ensemble des différents éléments qui constituent la violation du droit d'auteur contribue à faire naître le dommage allégué. Elle contraste néanmoins singulièrement avec le souci affiché à maintes reprises par la Cour de privilégier la prévisibilité des solutions qu'elle retient¹⁰⁵.

Conclusion

Au terme de cet aperçu, force est de constater que le travail de rapprochement entre les règles de compétence internationale et le contentieux du droit d'auteur n'a pas encore abouti à un système stable et entièrement cohérent. Au vrai, certaines limites sont infranchissables, qui tiennent à l'inadéquation des concepts mêmes utilisés par le législateur. Ainsi en va-t-il du concept de « dommage » qui joue un rôle central dans la détermination du juge compétent. Élément essentiel du contentieux de la responsabilité, le dommage peine à trouver sa place dès lors qu'est en jeu la violation d'un droit d'auteur. Une atteinte au droit d'auteur possède, en effet, une nature objective, puisque

¹⁰² H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon. Aspects actuels », *D.*, 2008, p. 740, n° 20.

¹⁰³ Arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 34.

¹⁰⁴ F. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁵ Comp. avec la solution retenue par la Cour en matière de concurrence déloyale dans l'arrêt *Coty* : la Cour estime que, lorsqu'un droit de la propriété intellectuelle est protégé par le biais des dispositions en matière de concurrence déloyale, il est permis de saisir les juridictions d'un État membre dès lors que le fait dommageable, localisé dans un autre État membre, a entraîné un dommage dans l'État membre dont les juridictions sont saisies, à condition que celles-ci constatent sur la base des faits qu'un dommage a bel et bien été causé dans leur ressort (arrêt *Coty*, précité, §§ 56-58).

le droit d'auteur est un droit *exclusif*. Elle ne nécessite pas la démonstration de l'existence d'un dommage pour justifier la sanction. L'on comprend, dès lors, qu'il soit difficile de concilier les deux logiques.

La Cour de justice s'est employée à forger une interprétation des règles de compétence européennes au gré des affaires qui lui ont été soumises. Certaines zones d'ombre continuent à subsister malgré l'effort de clarification de la Cour. Parmi les questions en suspens, l'on notera tout d'abord que la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le contentieux du droit moral de l'auteur. À ce propos, il n'est pas exclu qu'elle se prononce pour une extension de la jurisprudence *eDate* pour permettre à l'auteur de saisir les juridictions de son État membre¹⁰⁶. Même s'il faut reconnaître que l'Union européenne ne s'est pas intéressée au droit moral de l'auteur, qui ne fait pas l'objet d'une harmonisation, contrairement aux droits patrimoniaux, on peut néanmoins se demander, avec M^{me} Ancel, si le droit d'auteur peut se prêter à « un double régime sur le plan de la compétence internationale, en fonction de la nature (morale ou patrimoniale) des droits revendiqués »¹⁰⁷.

La jurisprudence de la Cour n'est pas non plus exempte d'incohérences. La difficulté la plus visible concerne le peu de cas que fait la Cour, au stade de la compétence, des questions de fond. Ceci se remarque particulièrement à propos de la question de l'imputabilité d'un acte au défendeur. Ainsi, dans l'affaire *Pinckney*, la Cour a précisé que la question de savoir si une violation est imputable au défendeur relevait de l'examen au fond par la juridiction compétente et ne pouvait avoir d'impact au stade de l'examen de la compétence¹⁰⁸. Certes, cette position a l'avantage de simplifier grandement l'appréciation de la compétence. En délaissant au juge compétent les questions liées au fond, telles que celle de la causalité ou d'imputabilité d'un acte, la Cour expose néanmoins le défendeur à devoir se défendre devant une juridiction dont la saisine pourrait *in fine* se révéler vide de sens¹⁰⁹. Si le souci de la Cour de refouler les questions liées au fond s'accorde bien avec la nature du droit d'auteur, dont la violation ne nécessite pas la démonstration d'un dommage, il reste que cette lecture « pousse dangereusement le for du délit vers l'exorbitance »¹¹⁰.

Il faut, en effet, bien constater qu'au total, la Cour a réservé la part belle au demandeur. Malgré le souci affiché de préserver l'équilibre précaire entre les intérêts naturellement antagonistes des deux parties¹¹¹, la Cour permet dans une très large mesure au demandeur, qui sera le plus souvent le titulaire du droit d'auteur, de saisir le for de son choix. Et l'on remarque effectivement que, dans toutes les espèces soumises à la Cour de

¹⁰⁶ L'interrogation est partagée par L. USUNIER, obs. sous l'arrêt *Pinckney*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2014, p. 201, n° 7.

¹⁰⁷ M.-E. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. Comm. éle.*, janvier 2014, n° 7.

¹⁰⁸ Arrêt *Pinckney*, précité, § 40. Voy. déjà, dans l'affaire *Wintersteiger*, le refus de la Cour de permettre que soit examinée au stade de la compétence la question de savoir si l'utilisation d'un signe identique à une marque sur un site Internet porte effectivement atteinte à la marque (arrêt *Wintersteiger*, précité, § 25).

¹⁰⁹ M^{me} Ancel note avec raison que le refoulement des questions liées au fond contraste avec la position de la Cour à propos de certaines conséquences du fait générateur : dès lors qu'il s'agit de fonder sa compétence sur un dommage indirect, la Cour enjoint, en effet, aux juges nationaux d'examiner les données de fait du litige (M.-E. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. Comm. éle.*, janvier 2015, n° 5).

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ La Cour rappelle de manière incantatoire que la règle de compétence spéciale prévue à l'article 7(2) constitue une « dérogation au principe de la compétence des juridictions du domicile du défendeur » (arrêt *Wintersteiger*, précité, § 29 ; arrêt *Hi Hotel*, précité, § 25).

justice, la juridiction saisie était celle du demandeur¹¹². En d'autres termes, le demandeur, qui alléguait l'existence d'une violation d'un droit de la propriété intellectuelle, avait saisi ses propres tribunaux pour obtenir tantôt un ordre de cessation, tantôt réparation du dommage qu'il alléguait avoir subi.

La Cour introduit une mesure d'équilibre en rappelant de manière systématique que le juge compétent au titre de la localisation du dommage ne peut connaître que « du seul dommage causé sur le territoire de cet État membre »¹¹³. Cette limitation est importante. Elle n'en suscite pas moins à son tour d'importantes questions liées à sa mise en œuvre. Ceci est particulièrement le cas lorsque le juge saisi fonde sa compétence non pas sur la disponibilité du produit ou des services litigieux, mais bien de la simple accessibilité d'un site comprenant une reproduction des éléments protégés par le droit d'auteur.

Au-delà des doutes sur la praticabilité du système retenu par la Cour, c'est la fragilité même de l'équilibre que la Cour tente de maintenir entre les différents intérêts en présence qui peut être questionnée. Il ne faut sans doute pas craindre que la grande souplesse dont la Cour fait preuve en liant compétence et accessibilité d'une information mise en ligne conduise à l'éclosion de procédures dans des États membres choisis uniquement pour les vertus de leur système judiciaire. L'option de compétence qu'introduisent la jurisprudence *Hi Hotel* et sa progéniture devrait plutôt conduire à la consécration d'un véritable *forum actoris*. Dès lors que les éléments de la contrefaçon sont dématérialisés, le titulaire du droit actionnera devant ses propres tribunaux. Comme on l'a noté, la jurisprudence généreuse de la Cour consacre « à la dérochée » un *forum actoris* qui ne dit pas son nom¹¹⁴.

L'on peut à tout le moins regretter que la Cour n'ait pour ce faire eu recours qu'à une motivation fort réduite, empruntant toujours de larges pans des justifications avancées à sa jurisprudence antérieure, qui reçoit, ce faisant, une légitimation par itération¹¹⁵. À ce caractère rituel s'ajoute un caractère *formel* : certains des éléments avancés par la Cour sont quasi immédiatement contredits par le résultat qu'elle retient. Il en va particulièrement ainsi de l'idée que le *forum delicti* devrait faire l'objet d'une interprétation restrictive. Cette incantation maintes fois répétée vise à sauvegarder le rôle général du for du défendeur. La Cour en déduit que la compétence des juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit « est d'interprétation stricte » et ne permet pas une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées de manière explicite par le règlement¹¹⁶. Comment ne pas s'interroger sur la pertinence de cette observation lorsque l'on constate que la Cour aboutit à privilégier de manière très large le demandeur ? L'on peut faire le même constat à propos du « lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et les juridictions » saisies, dont la Cour rappelle *ad nauseam* qu'il justifie l'attribution de la compétence sur la base de l'article 7(2)¹¹⁷.

¹¹² Arrêt *Pinckney*, précité (demande de question préjudicielle émanant d'une juridiction française), arrêt *Pez Hejduk*, précité (demande de question préjudicielle émanant d'une juridiction autrichienne), arrêt *Hi Hotel*, précité (demande de question préjudicielle émanant d'une juridiction allemande), arrêt *Wintersteiger*, précité (demande de question préjudicielle émanant d'une juridiction autrichienne).

¹¹³ Arrêt *Hi Hotel*, précité, § 38 ; arrêt *Pinckney*, précité, § 45 ; arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 36.

¹¹⁴ L. USUNIER, obs. sous l'arrêt *Pinckney*, *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 2014, (195), 204, n° 12.

¹¹⁵ À cet égard, les arrêts *Pinckney*, *Hi Hotel* et *Pez* sont révélateurs : la grande majorité des attendus principaux (arrêt *Hi Hotel* : §§ 23-40 ; arrêt *Pez Hejduk* : §§ 15-38 ; arrêt *Pinckney* : §§ 22-47) utilisés par la Cour pour justifier la solution retenue sont tout simplement identiques.

¹¹⁶ Arrêt *Hi Hotel*, précité, § 26 ; arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 16.

¹¹⁷ Arrêt *Hi Hotel*, précité, § 28 ; arrêt *Pez Hejduk*, précité, § 19.

Ces constats démontrent que la plasticité des termes de l'article 7(2) permet de justifier des lectures en sens divers, selon le poids que l'on choisit de donner aux intérêts en présence. *In fine*, c'est donc une véritable leçon de politique judiciaire que nous donne la Cour de justice. Après le fondement offert par l'alternative consacrée dans l'arrêt *Bier*, la jurisprudence récente prolonge la générosité judiciaire à l'égard du demandeur. Il restera à vérifier dans quelques années si cette politique a permis de garantir un haut niveau de protection des titulaires de droit d'auteur.

II. La loi applicable au droit d'auteur : retour sur la territorialité

Bernard Vanbrabant

Alors que plusieurs arrêts décisifs, mais néanmoins controversés, de la Cour de justice placent sous les feux de l'actualité le problème de la compétence juridictionnelle¹, on se propose de revenir sur deux autres questions de droit international privé soulevées par la dimension transnationale qui caractérise de plus en plus souvent – Internet oblige – les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, comme d'ailleurs leur exploitation.

On commencera, classiquement, par examiner la question « préalable » de la *condition des étrangers*² (chapitre I), avant de s'interroger sur la *loi applicable*. Comme on va le voir, la détermination de cette loi est compliquée par la collision de plusieurs sources de droit, dont la portée et les rapports mutuels sont abondamment discutés. La loi applicable aux *droits* des auteurs et des auxiliaires de la création littéraire et artistique – ainsi qu'aux conséquences de leur *violation* (chapitre II) – doit, en outre, être articulée avec celle qui régit les *contrats* intéressant ces droits (chapitre III).

Chapitre I

La condition des étrangers³

La condition des auteurs et titulaires de droits voisins étrangers est réglée par l'article XI.289 du Code de droit économique (CDE), lequel reprend (presque) mot pour mot le libellé de l'article 79 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, lui-même largement inspiré de l'article 38 de la loi sur le droit d'auteur du 22 mars 1886⁴. C'est dire que la philosophie présidant au traitement du créateur

¹ Voy. la contribution de notre collègue Patrick Wautelet ci-avant dans le présent ouvrage.

² Si on considère traditionnellement que la question de la condition des étrangers *précède* celle de la loi applicable, la doctrine moderne suggère, au contraire, de l'aborder *ex post*, pour valider ou dénier le bénéfice des droits accordés par cette loi, préalablement déterminée. Cette approche nous semble particulièrement justifiée en matière de droits d'auteur et de droits voisins où, comme on va le voir, les règles de condition des étrangers conduisent, la plupart du temps, non pas à refuser toute protection à ceux-ci, mais à *limiter* cette protection. Si le praticien aura donc intérêt à suivre cette méthodologie moderne, il reste cependant préférable, dans le cadre d'un commentaire, de se pencher d'abord sur les règles relatives à la condition des étrangers parce qu'elles précèdent, tant du point de vue textuel que du point de vue historique, les règles de conflit.

³ Sur la question, voy., en particulier, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, nos 743-789, pp. 595 et s.; dans la Convention de Berne: A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER (ci-après, « Lucas »), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, nos 1445-1464, pp. 1120 et s. Pour une étude de droit comparé approfondie, mais déjà ancienne, voy. E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude réalisée à la demande de la Commission européenne (série Secteur culturel, n° 3), Munich, octobre 1976, spéc. pp. 40-43.

⁴ L'article XI.289 CDE dispose comme suit:

« 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.

étranger n'a guère évolué, en Belgique, depuis la fin du XIX^e siècle, et que la question mériterait d'être remise sur le métier, *de lege ferenda*.

Le point de départ de l'article XI.289 du CDE, conforme à la tradition accueillante de notre pays⁵, est l'*assimilation* des auteurs, artistes-interprètes et producteurs étrangers à leurs homologues belges. Ce principe est toutefois immédiatement assorti, lorsque l'étranger n'est pas officiellement domicilié en Belgique⁶, de deux nuances considérables faisant la part belle à la notion de *réciprocité*⁷ : premièrement, il y a lieu de procéder à une *comparaison des délais* de protection accordés respectivement par le livre XI (titre 5) du CDE et par la loi du pays dont l'ayant droit possède la nationalité, ce dernier ne pouvant jouir en Belgique d'une protection plus longue que celle qui est accordée chez lui⁸. La protection en question ne peut davantage – c'est la deuxième restriction – être plus étendue d'un *point de vue matériel*, autrement dit inclure des facultés qui n'appartiennent pas aux Belges dans le pays étranger⁹ (on songe, par exemple, aux droits moraux qui ne sont pas toujours reconnus aussi largement qu'en Belgique ou, encore, au droit exclusif de location ; les exceptions prévues par la loi belge pourraient également trouver à s'appliquer à ce titre nonobstant l'application de principe d'un droit étranger qui les ignore)¹⁰.

Faisant une application particulière de cette seconde restriction, l'article XI.289 du CDE précise que les *droits à rémunération* en cas de reproduction dans un but privé ou à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (reproduction sous licence légale) ne pourront être invoqués par les éditeurs, artistes-interprètes et producteurs étrangers¹¹ que si un régime similaire est accessible aux Belges dans le pays

En outre, s'il est constaté que les auteurs belges et les titulaires belges de droits voisins jouissent dans un pays étranger d'une protection moins étendue, les ressortissants de ce pays ne pourront bénéficier que dans la même mesure des dispositions du présent titre.

Nonobstant l'alinéa 1^{er}, la réciprocité s'applique aux droits à rémunération des éditeurs, des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes ou de premières fixations de films, visés aux articles XI.229, XI.235, XI.240 et XI.243, sans préjudice du Traité sur l'Union européenne.»

⁵ Cf. article 191 de la Constitution : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi. »

⁶ Nous nous rallions à l'opinion de MM. de Visscher et Michaux selon laquelle l'assimilation au Belge de l'étranger « autorisé à s'établir dans le Royaume et inscrit au registre de la population » consacrée par l'article 11, deuxième phrase, du Code civil présente un caractère général et trouve, dès lors, à s'appliquer dans la matière présentement examinée nonobstant l'absence de réserve à ce sujet dans l'article XI.289 du CDE (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n° 747). La structure de l'article 11 du Code civil suggère, en effet, cette solution, par ailleurs conforme à la philosophie du droit d'auteur international (cf. *infra*, note 14).

⁷ Pour une critique du recours à la technique de la réciprocité en droit international privé – où la personne qui subit la discrimination (*in casu*, l'auteur) est distincte de celle dont le comportement la justifie (l'État étranger), voy. M. JOSSELINE-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Étude de droit international privé* (préf. P. Lagarde), GLN Joly éditions, 1995, p. 269, et la référence au cours de P. LAGARDE, *La réciprocité en droit international privé*.

⁸ La solution est classique en droit international privé : voy. déjà Cass. fr., 25 juillet 1887, *D.P.*, 1888, I, 5, note L. SARRUT.

⁹ Pour une application dans la jurisprudence belge, voy. Liège, 28 juin 2004 (aff. *Buena Vista Home Videos*), *A.M.*, 2006, p. 192, où la Cour s'interroge sur l'existence et les modalités (d'épuisement) d'un droit exclusif d'importation des producteurs de disques aux États-Unis (peut-être de manière surabondante vu la primauté de l'article 5.1 de la Convention de Berne : cf. *infra*).

¹⁰ On fait observer à juste titre que cette exigence est « source d'incertitude » et peut « conduire à des débats sans fin » compte tenu des divergences d'interprétation de la loi étrangère et de la difficulté de comparer ses solutions avec celles de la loi belge (A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 220).

¹¹ On observe que les auteurs ne figurent pas dans l'énumération... ce qui n'a toutefois probablement pas de conséquence, compte tenu de la restriction générale énoncée à l'alinéa précédent !

dont ils sont les ressortissants (ce qui n'est pas le cas, en particulier, de la législation des États-Unis d'Amérique...); il en va de même en ce qui concerne le « droit de suite » des artistes plasticiens et graphistes (art. XI.176, § 4, CDE). *De lege ferenda*, il nous semble que seules ces dernières manifestations du principe de réciprocité mériteraient d'être maintenues, pour des raisons essentiellement budgétaires; dans l'optique humaniste et égalitaire qui préside à nos législations modernes, les autres expressions du principe discriminatoire devraient être abolies dès lors qu'il est constant que les inconvénients qui en résultent pour les ayants droit concernés (dont les œuvres ou prestations sont moins bien protégées, en Belgique, que celles des Belges et assimilés) laissent parfaitement indifférents les États auxquels ressortissent ces victimes; sur le plan du droit international public, la mesure de réciprocité exercée dans le champ du droit privé s'avère stérile, puisqu'elle ne provoque pas une amélioration du statut des ayants droit (belges ou non belges) à l'étranger¹².

L'article XI.289 du CDE, qui concerne tant les ressortissants étrangers (non domiciliés en Belgique¹³) que les personnes morales de droit étranger, ne trouvera toutefois que rarement à s'appliquer, en raison de la prévalence de différents textes de droit international, précisément réservés au début du texte, qui interdisent les discriminations en raison de la nationalité.

Au premier rang de ceux-ci figure l'article 5 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, texte riche et complexe dont la portée demeure discutée, mais dont on s'accorde à tout le moins pour considérer qu'il interdit les discriminations fondées sur la nationalité des auteurs, lorsque ceux-ci peuvent se prévaloir du régime « unioniste ». L'article 5.1 de la Convention dispose, en effet, que « *les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention*¹⁴, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre¹⁵, *des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux*¹⁶, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention¹⁷ ».

¹² Voy. M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*

¹³ Cf. *supra*, note 6.

¹⁴ Contrairement à la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle, le bénéfice de la Convention de Berne n'est pas limité aux auteurs qui possèdent la *nationalité* de l'une des parties contractantes (membres de l'Union de Berne) ou qui sont *domiciliés* sur leur territoire, mais s'étend, *en outre*, aux auteurs d'œuvres « *naturalisées* » dans l'un de ces pays, pour y avoir été publiées en premier lieu (critère général), pour y être érigées (œuvres architecturales) ou parce que le producteur y a sa résidence principale (œuvres cinématographiques). L'objet de cette extension est d'inciter les auteurs à publier en priorité dans les pays de l'Union (ou à y ériger/réaliser leurs œuvres architecturales, plastiques ou graphiques) et les producteurs à s'y établir. Pour de plus amples développements quant aux critères d'applicabilité de la Convention de Berne, voy., notamment, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, nos 755 et s.; LUCAS, *op. cit.*, nos 1434 et s.

¹⁵ La détermination du pays d'origine de l'œuvre, notion clé de la Convention de Berne, est à effectuer conformément à l'article 5, alinéa 4, de cette convention. Le critère est tantôt « réel » (lieu de publication, lieu d'érection...), tantôt « personnel » (nationalité de l'auteur, pour les œuvres non publiées ou publiées pour la première fois hors de l'Union de Berne). S'agissant de la protection dans le pays d'origine, voy. *infra*, note 18.

¹⁶ Nous soulignons. Pour des applications dans la jurisprudence belge, voy. Bruxelles, 10 octobre 1997, D.A./O.R., 1998, p. 64; Civ. Bruxelles (cess.), 17 septembre 2001, A.M., 2002, p. 431; Civ. Bruges, 28 novembre 2001, A.M., 2002, p. 426; Liège, 28 juin 2004 (*Buena Vista Home Videos*), A.M., 2006, p. 192. Concernant la question de savoir si l'article 5.1 contient (également) une règle de conflit de lois, voy. *infra*, note 36.

¹⁷ Cette dernière précision permet aux bénéficiaires (étrangers) de ne pas pâtir du niveau de protection le cas échéant insuffisant du traitement national. En Belgique, la perspective d'une discrimination à rebours (traitement

La discrimination n'est pas davantage possible, que ce soit au détriment des auteurs étrangers (art. 5.3 de la Convention de Berne¹⁸) ou des Belges¹⁹, lorsque la Belgique est le « pays d'origine » de l'œuvre²⁰.

Dès lors que l'Union de Berne compte pas moins de cent soixante-huit membres²¹, on comprend que les cas seront particulièrement rares dans lesquels une discrimination directe, résultant de la règle de réciprocité exprimée à l'article XI.289 du CDE, sera effectivement opérée au détriment d'un auteur étranger. Il n'en va guère différemment en ce qui concerne les titulaires de *droits voisins* – à l'exception notable des producteurs de films –, dès lors qu'un principe de « traitement national » est pareillement consacré par la Convention de Rome²² et que, si celle-ci compte certes (un peu) moins de parties contractantes que celle de Berne²³, elle est, comme sa cousine transalpine,

unioniste de l'étranger plus favorable que le traitement national) est toutefois exclue par l'effet de l'article XI.290 du CDE (reproduit *infra* à la note 19).

¹⁸ « La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, *les mêmes droits que les auteurs nationaux* » (nous soulignons). Alors que la première phrase vise à souligner qu'en l'absence d'élément d'extranéité, la convention ne trouve pas à s'appliquer (sous réserve, en Belgique, de l'effet de l'art. XI.290: cf. note suivante), l'objet de la seconde phrase de cette disposition est, précisément, d'écartier l'application de dispositions telles que l'article XI.289 (subordonnant la protection à une condition de réciprocité) ou de dispositions nationales (d'autres États membres dont les tribunaux seraient saisis) réservant le bénéfice du droit d'auteur, ou de certains droits d'auteur, aux nationaux ou résidents.

¹⁹ La législation belge contient, en effet, une disposition particulière qui a pour effet d'étendre aux Belges le bénéfice, en Belgique, des dispositions conventionnelles. Aux termes de l'article XI.290 du CDE, « les auteurs belges peuvent revendiquer l'application à leur profit en Belgique des dispositions: 1° de la Convention de Berne, et 2° du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur (WCT), adopté à Genève le 20 décembre 1996, dans tous les cas où ces dispositions seraient plus favorables que la loi belge ». Comme on le sait, ce mécanisme d'incorporation par référence est utilisé systématiquement par le législateur belge, à l'occasion de l'assimilation à des conventions internationales adoptées dans le domaine de la propriété intellectuelle.

²⁰ Pour des applications de l'article 5.3 (première phrase) de la Convention de Berne, voy. Bruxelles, 5 mai 2011 (*Copiepresse c. Google*), *R.D.T.I.*, 2011, p. 35, note A. de FRANCQUEN; Bruxelles, 3 octobre 2013, *RTL Belgium et crts c. D. (Permis d'rire)*, *J.L.M.B.*, 2014, p. 446. Dans ces deux affaires, la 9^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles considère, en substance, que la circonstance que le défendeur, ou l'un des défendeurs, soit une société étrangère ne suffit pas à conférer au litige un élément d'extranéité. Dès lors que les œuvres concernées ont pour pays d'origine la Belgique et que l'atteinte alléguée s'est produite en Belgique, ou du moins y produit ses effets, seule la législation belge a vocation à s'appliquer, conformément à l'article 5.3, première phrase, de la Convention de Berne (protection dans le pays d'origine d'une œuvre d'un ressortissant du pays d'origine).

²¹ Au jour où sont écrites ces lignes: cf. <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/> (7 mai 2015). Il faut, en outre, tenir compte du fait qu'en vertu de l'article 9 (1) de l'accord ADPIC, les pays membres de l'Organisation mondiale du commerce, quand bien même ils ne feraient pas partie de l'Union de Berne, sont tenus de se conformer aux (principales) dispositions de la Convention de Berne, en ce compris son article 5. L'article 3 (1) de l'accord précise que « 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 [...] ». L'article 4 (1) de l'accord, consacrant le principe de la nation la plus favorisée, contient la même exception en faveur des dispositions de la Convention de Berne (ou de la Convention de Rome) autorisant que le traitement accordé soit fonction non pas du traitement national, mais du traitement accordé dans un autre pays.

²² Convention de Rome sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, en vigueur en Belgique depuis le 20 novembre 1999.

²³ L'Union de Rome compte tout de même nonante-deux membres, au jour où ces lignes sont écrites: cf. <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/> (7 mai 2015).

incorporée par référence dans l'accord ADPIC, qui lie, comme on le sait, les États membres de l'O.M.C.²⁴, soit cent soixante et un pays à ce jour²⁵.

Il n'en demeure pas moins que la Convention de Berne (tout comme la Convention de Rome²⁶) prévoit certaines exceptions, principalement trois²⁷, au principe du traitement national. En premier lieu, la protection de *dessins et modèles* par le droit d'auteur, autrement dit en tant qu'œuvres des arts appliqués, ne sera accessible aux auteurs unionistes que si le « pays d'origine » de l'œuvre reconnaît cette même protection, par droit d'auteur, ou n'en accorde aucune, fût-ce sous la forme d'un droit de propriété industrielle; si cette dernière protection est seule accessible dans le pays d'origine, il en ira de même en Belgique²⁸. On retrouve, deuxièmement, dans la Convention de Berne le principe de *comparaison des délais* inscrit à l'article XI.289 du CDE, encore que ce soit ici à la législation du pays d'origine, lequel ne coïncide pas nécessairement avec celui dont l'auteur a la nationalité, qu'il convient de se référer²⁹. Une intéressante application de ces deux conditions de réciprocité peut être trouvée dans un jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 6 octobre 1995 relatif à la commercialisation, en Belgique, de reproductions de meubles des célèbres designers américains Charles et Ray Eames³⁰. Un troisième lieu de discrimination concerne le *droit de suite*, qui consiste, rappelons-le, pour l'auteur d'œuvres d'art plastique ou graphique, ou ses ayants cause, à obtenir un

²⁴ Cf. article 3 (1), reproduit à la note infrapaginale 21. Cette disposition précise qu'« en ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion, cette obligation (de non-discrimination) ne s'applique que pour ce qui est des droits visés par le présent accord » (ces droits étant énumérés à l'art. 14); voy., aussi, l'article 4 (1) c) en ce qui concerne la dérogation semblablement prévue au regard du principe de la nation la plus favorisée.

²⁵ Voy. https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm (7 mai 2015).

²⁶ Les nuances apportées au principe du traitement national par l'article 16.1 de cette convention ne seront pas évoquées dans la suite de cette contribution, pas davantage que les conditions d'accès au traitement unioniste, fondées tantôt sur des critères de rattachement de type « réel » (lieu d'exécution, lieu de fixation, lieu de publication...), pouvant faire l'objet de réserves de la part des États membres, tantôt sur le critère « personnel » (nationalité du producteur de phonogramme, siège social de l'organisme de radiodiffusion).

²⁷ Outre les exceptions évoquées *infra*, voy. aussi l'article 6, alinéa 1^{er}, relatif à la possibilité de limiter la protection accordée aux auteurs ressortissants de pays non membres de l'Union de Berne (et qui n'ont pas leur résidence principale dans un tel pays), dont on rappelle qu'ils peuvent se prévaloir de la protection de la Convention, pour les œuvres qu'ils ont publiées (ou érigées ou fait produire) pour la première fois dans l'Union.

²⁸ Article 2 (7) de la Convention de Berne: « Pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclaté dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces œuvres seront protégées comme œuvres artistiques. » Pour des applications, dans la jurisprudence belge, voy. Civ. Bruxelles, 6 octobre 1995, évoqué *infra* (aff. *Eames*); Civ. Bruxelles, 17 septembre 2001, précité.

²⁹ Article 7 (8). Dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclmée; 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. Voy. aussi l'article 18 concernant l'application de la Convention à des œuvres créées avant son entrée en vigueur.

³⁰ *Ing.-Cons.*, 1996, p. 124. Le tribunal a ainsi été conduit à s'intéresser au double système de protection des œuvres des arts appliqués aux États-Unis d'Amérique – par « design patent » et par « copyright » –, à la condition de « dissociabilité » inhérente au second, ainsi qu'aux conséquences de l'extension du terme de la durée du copyright par une loi de 1978. Il souligne notamment qu'il importe d'examiner la possibilité théorique d'une protection par droit d'auteur dans le pays d'origine de l'œuvre, peu important l'absence de protection effective lorsqu'elle résulte du simple défaut d'accomplissement d'une formalité (le dépôt auprès du *Copyright Office*). Il convient, en effet, de combiner l'article 7.8 de la Convention de Berne avec les principes de l'interdiction des formalités et de l'indépendance des protections, inscrits chacun à l'article 5.2 de ladite Convention. *Comp. Civ. Bruxelles*, 17 septembre 2001, précité (aff. *Mag*).

pourcentage du prix de revente (du support), lorsque cette opération fait intervenir un professionnel du marché de l'art; ce droit de suite, aux termes de l'article 14^{ter} de la Convention de Berne, « n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si la législation nationale de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée »; ici aussi, les artistes plasticiens américains, dont la *lex patriae* ignore le droit de suite, ne pourront prétendre à rien.

Chacune de ces exceptions au principe d'assimilation semble toutefois remise en cause par l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (anc. art. 12 TCE), selon lequel est interdite, dans le domaine d'application des traités (auquel n'échappent pas le droit d'auteur et les droits voisins³¹), « toute discrimination en raison de la nationalité ». La Cour de justice paraît décidée à faire une application extensive de cette disposition, pour sanctionner non seulement les discriminations directement fondées sur la nationalité de l'ayant droit (arrêt *Phil Collins*³²), mais aussi les discriminations *indirectes*, notamment celles qui résultent d'une condition de réciprocité exprimée à travers une référence au pays d'origine de l'œuvre, comme il en va de l'article 2.7 de la convention de Berne relatif aux dessins et modèles (arrêt *Tod's*³³) et de son article 7.8 relatif à la durée de protection (arrêt *Puccini*³⁴).

³¹ Arrêt du 20 octobre 1993, *Phil Collins c. Imtrat e.a.*, C-92/92 et C-326/92, *Rec.*, 1993, p. I-5145, points 17-28.

³² Dans cette affaire relative à la vente de CD contenant des enregistrements non autorisés de prestations du chanteur britannique Phil Collins était en cause la compatibilité avec le droit européen de la disposition de la loi allemande réservant la protection des prestations d'artistes-interprètes aux ressortissants allemands et aux étrangers ayant exécuté leur prestation sur le territoire allemand. La Convention de Rome avait été jugée inapplicable aux faits de l'espèce en raison du lieu de l'enregistrement (aux États-Unis d'Amérique, alors non-parties à ladite Convention).

³³ Arrêt du 30 juin 2005, *Tod's c. Heyraud*, C-28/04, *Rec.*, 2005, p. I-5781, ECLI:EU:C:2005:418. La Cour de cassation de France interrogeait la Cour de justice sur la possibilité de maintenir sa jurisprudence, bien établie, refusant la protection du droit d'auteur à des créations des arts appliqués (*in casu* des chaussures) protégeables dans le pays d'origine (l'Italie) uniquement par le biais d'un dépôt de modèle. L'argument du gouvernement français, selon lequel, en substance, il n'y avait pas de discrimination parce que la loi du pays d'origine ne concevait pas les créations en cause comme des œuvres, n'est pas reçu par les juges européens. Pour un commentaire critique de l'arrêt *Tod's*, cf. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n^{os} 1607 et 1610.

³⁴ Arrêt du 6 juin 2002, *Land Hessen c. Ricordi*, C-360/00, *Rec.*, 2002, p. I-5089, ECLI:EU:C:2002:346. L'affaire au fond était relative à la représentation dans un théâtre allemand exploité par le *Land Hessen* de l'opéra *La Bohème* de Puccini, à un moment où la protection du droit d'auteur était éteinte selon le droit italien (56 ans *post mortem auctoris*), mais non selon le droit allemand (70 ans), étant entendu que l'Italie était le pays d'origine de l'œuvre. Dans cet arrêt, la Cour souligne : « S'il est constant que l'article (18 TFUE) ne vise pas les éventuelles disparités de traitement et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et les entreprises soumises à la juridiction de l'Union, des divergences existant entre les législations des différents États membres dès lors que celles-ci affectent toutes les personnes tombant sous leur application selon des critères objectifs et sans égard direct ou indirect à la nationalité, il interdit "toute discrimination exercée en raison de la nationalité". En conséquence, cette disposition impose à chaque État membre d'assurer une parfaite égalité de traitement entre ses ressortissants et les ressortissants d'autres États membres se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire. »

Chapitre II

La loi applicable

Section 1

La *lex loci protectionis*: notion et domaine

Contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture superficielle de l'article XI.289 du CDE, cette disposition ne règle pas à proprement parler la question de la loi applicable au droit d'auteur et aux droits voisins³⁵, pas davantage d'ailleurs que l'article 5.1³⁶ (ou l'article 5.3³⁷) de la Convention de Berne. La détermination de la règle de conflit dans ces matières a donné lieu à des divergences de vues remarquables, non seulement à l'étranger (s'agissant, notamment, du système de Berne)³⁸, mais aussi au sein de la doctrine et de la jurisprudence belges³⁹. Alors que d'aucuns retiennent

³⁵ Comp. G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 311 et s., n° 666 (à propos de l'art. 38 de la loi sur le droit d'auteur de 1886); Civ. Bruges (cess.), 28 novembre 2001, précité.

³⁶ Pour le libellé de l'article 5.1. voy. *supra*. Certains auteurs aperçoivent dans cette disposition une véritable règle de conflit de loi, désignant la *lex loci protectionis* (cf. *infra*). Cette interprétation, qui fait bon marché du contexte dans lequel a été adopté le texte comme de la présence centrale, en son sein, du terme « droits », a été rejetée par la Cour de justice de l'Union européenne: « Ainsi qu'il ressort de l'article 5, paragraphe 1, de la convention de Berne, 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 » (arrêt *Tod's c. Heyraud*, précité). Ce faisant, les juges de Luxembourg consacrent l'interprétation défendue par une doctrine largement majoritaire: cf. notamment M. WALTER, « La liberté contractuelle et les conflits de lois », *RIDA*, 1976/1 (n° 87), pp. 44 et s., spéc. p. 47; LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 1447; M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n°s 234 et s.

³⁷ L'article 5.3 de la Convention de Berne a pour objet premier de déterminer les cas dans lesquels la protection unioniste trouve à s'appliquer nonobstant la circonstance que la protection est demandée dans le « pays d'origine » de l'œuvre (voy. LUCAS, *op. cit.*, n° 1440). Lorsque l'auteur est étranger, cette protection lui est garantie – ce qui n'a pas toujours été le cas – ainsi que le précise la deuxième phrase de l'article 5.3. En revanche, lorsque l'auteur se trouve, en outre, être un ressortissant du pays d'origine (Belge demandant la protection d'une œuvre « belge » en Belgique), le texte déclare la situation « réglée » exclusivement « par la législation nationale » (première phrase de l'article). Cette première phrase a, en d'autres termes, pour seule vocation d'écarter l'application de la convention. Néanmoins, la jurisprudence en déduit parfois une règle de conflit, en faveur de la loi du for: voy. Bruxelles, 5 mai 2011, *Copiepresse c. Google* et 3 octobre 2013, *Permis d'rire*, précités.

³⁸ Pour une comparaison de la situation dans les différents États de l'Union européenne, voy. l'étude commandée par la Commission européenne sous la référence D/99/B-3000/E/16, *Final Report to the Study on Intellectual Property and the Conflict of Laws*, 18 avril 2000, accessible en ligne à l'adresse: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/index_fr.htm. Pour des études approfondies à l'étranger, voy. notamment, en France, LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n°s 1314 et s.; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. M. Vivant, Paris, Litec, 1990; J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1996; M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, pp. 221 et s.; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2005; aux Pays-Bas, M. VAN ECHOUD, *Choice of Law in Copyright and Related Rights. Alternatives to the Lex Protectionis*, La Haye, Kluwer Law International, 2003; au Royaume-Uni, J.J. FAWCETT et P. TORREMAN, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, OUP, pp. 455 et s. Adde: J. GINSBURG, « The private international law of copyright in an era of technological change », *R.C.A.D.I.*, 1998, pp. 239 et s., spéc. pp. 322 et s.

³⁹ Voy., notamment, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 632 et s.; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *A.M.*, 2000, pp. 212 et s.; B. DOCQUIR, « La titularité du droit d'auteur – Étude de conflits de lois », *Ing.-Cons.*, 2003, pp. 409 et s.; H. HAOUIDEG, « Droit d'auteur et droit international privé en Belgique », *RIDA*, 2006, pp. 131 et s.; B. VAN ASBROECK et M. COCK, « La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique », in E. CORNU (éd.), *Bande dessinée et droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 194 et s.; A. DE FRANQUEN, « L'arrêt *Google contre Copiepresse* et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet », note sous Bruxelles, 5 mai 2011, *R.D.T.I.*,

l'application généralisée de la loi du pays pour lequel la protection est demandée (*lex loci protectionis*)⁴⁰, d'autres, à la suite de Bartin⁴¹, entendent (ou entendaient⁴²) faire jouer un rôle à la loi du « pays d'origine » de l'œuvre (*lex loci originis*)⁴³ – notion au demeurant diversement comprise⁴⁴ –, à tout le moins au niveau de la détermination du titulaire (originaire) du droit⁴⁵, parfois aussi pour décider si ce droit existe tout

2011, p. 58; M. PERTEGÀS SENDER, « Compétence internationale et conflits de lois », in D. KAESMACHER (éd.), *Les droits intellectuels*, 2^e éd., mise à jour par J.-L. Van Boxtael, Bruxelles, Larcier, 2013.

⁴⁰ En ce sens, en Belgique, cf. en particulier B. DOCQUIR, « La titularité du droit d'auteur – Étude de conflits de lois », *op. cit.*; voy. aussi A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia, droit belge, droit européen, droit comparé* (Cahiers du CRID, n° 11), Bruxelles, Story-Scientia, 1997, n° 511, pp. 380-381; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n°s 791 et s.; A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, spéc. pp. 212-213; H. HAOUIDEG, *op. cit.*, pp. 131-132. En France, voy. LUCAS, *op. cit.*, n° 1467 et s.; J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 528 et s. La jurisprudence et la doctrine allemandes se prononcent également majoritairement en ce sens: cf. Th. DREIER, rapport allemand in *Le droit d'auteur en cyberspace*, *op. cit.*, pp. 300 et s.; E. ULMER, *op. cit.*, p. 45.

Cette analyse a été retenue par la Cour d'appel d'Anvers dans une affaire relative à la contrefaçon d'un logiciel et d'une base de données publiés aux Pays-Bas (Anvers, 19 décembre 2005, *Omni Whittington c. East-West Debt*, A.M., 2007, p. 85). Refusant de déterminer l'existence et les conditions de protection à la lumière de la loi néerlandaise, les juges anversois appliquent le droit belge « op onderhavig geschil in zijn totaliteit ». Voy. aussi Bruxelles, 8 octobre 2001, A.M., 2002, p. 345.

⁴¹ E. BARTIN, « Localisation territoriale des monopoles intellectuels », *J.D.I.*, 1934, pp. 780 et s., spéc. pp. 788-799. Il s'agit pour Bartin d'une application particulière de la *lex rei sitae*, l'œuvre, meuble incorporel objet d'un monopole d'exploitation comparable au droit d'usufruit, étant située fictivement au lieu dont elle est originaire, à savoir celui de sa première publication. Rapp. J.-P. NIBOYET, note sous Trib. civ. Seine, 6 décembre 1933, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1934, pp. 424 et s.

⁴² Cf. *infra*, au sujet de la conséquence de l'entrée en vigueur du Code D.I.P.

⁴³ En Belgique, voy. J. CORBET, *Auteursrecht*, E. Story-Scientia (coll. A.P.R.), 1997, n° 314 (peu explicite cependant); A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 224 (comp., toutefois, n° 220); M. PERTEGÀS-SENDER, note sous Civ. Gand, 10 janvier 1996, R.D.C., 1997, pp. 36 et s. (paraissant approuver la solution retenue par le tribunal). À l'étranger, voy. H. SCHACK, *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht*, 1979, cité in *Final Report to the Study on Intellectual Property and the Conflict of Laws*, précité, p. 14; G. KOUMANTOS, « Sur le droit international privé du droit d'auteur », in *Il diritto di autore*, 1979, n° 1, pp. 616 et s.; du même auteur, « Le droit international privé et la Convention de Berne », in *Le droit d'auteur*, 1988, pp. 439 et s.; J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1996, spéc. n°s 320 et s., pp. 226 et s. (comp., toutefois, n° 336 s'agissant du système conventionnel de Berne); M. JOSSELYN-GALL, *op. cit.*, n°s 266-273, pp. 282 et s.; J. GINSBURG, « Le titulaire du droit d'auteur en droit international privé français », note sous Paris, 14 mars 1991 (*Cofrad et La Rosa c. Almax*), *J.C.P.*, 1992, II, 21780; du même auteur, « Conflits de lois et titulaire initial du droit d'auteur », *Cahiers du droit d'auteur*, 1989, n° 18, p. 1; du même auteur, « La loi applicable à la titularité du droit d'auteur dans les rapports entre l'auteur et le propriétaire de son support », *Rev. crit. DIP*, 1994, pp. 603 et s., spéc. pp. 615-616; M. VAN ECHOU, *Choice of Law in Copyright and Related Rights*, *op. cit.*, spéc. pp. 122-123; P. GOLDSTEIN et P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright*, 3^e éd., Oxford, OUP, pp. 136 et s.; J.J. FAWCETT et P. TORREMAN, *op. cit.*, pp. 512 et 540.

⁴⁴ Il faut, en effet, observer que les représentants de la doctrine favorable à l'application (partielle) de la loi du « pays d'origine » ne s'entendent pas sur la manière exacte de déterminer ce pays. Si la notion reçoit un contenu bien précis dans la Convention de Berne – dont le *bénéfice*, rappelons-le, est réservé aux œuvres qui se rattachent à un pays de l'Union par les critères précisés aux articles 3 et 4 (cf. *supra*, note 14) –, la plupart des auteurs entendent redéfinir cette notion lorsqu'il s'agit de désigner la loi applicable. L'origine de l'œuvre peut alors être déterminée, du moins en théorie, par le lieu de sa création, de sa (première) publication ou communication au public, de la nationalité – ou du domicile – de son auteur (*lex patriae*), voire de la première « revendication » qui en a été opérée à travers l'exercice d'une action en contrefaçon (J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 269 et s.), diverses combinaisons de ces facteurs de rattachement « réels » étant au demeurant proposées (voy., notamment, A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 510, p. 576).

⁴⁵ Telle est la solution défendue par la grande majorité des auteurs cités à la note 43, *supra*. Du côté de la jurisprudence, la solution mixte a été retenue par le Tribunal civil de Gand dans une affaire relative à la copie de sculptures décoratives de jardin publiées pour la première fois aux États-Unis en tant que « works made for hire »: cf. Civ. Gand, 10 janvier 1996 (*Henri Studio c. Bouw Remie De Witte*), R.D.C., 1997, p. 33, note M. PERTEGÀS SENDER. Le tribunal déclare recevable l'action diligentée par la société demanderesse en considérant celle-ci comme

simplement (la jouissance dudit droit étant alors opposée à son exercice, seul abandonné à la *lex loci protectionis*)⁴⁶.

Nous nous rallions sans réserve à la première thèse (l'application généralisée de la *lex loci protectionis*), non seulement parce que les différentes dispositions applicables, qu'elles relèvent du droit conventionnel, du droit européen ou de notre Code de droit international privé (Code D.I.P.), convergent vers cette solution, mais aussi parce qu'elle seule est conforme au principe de territorialité qui – bien compris – caractérise le droit d'auteur, les droits voisins et, au-delà, tous les droits de propriété intellectuelle.

L'article 5.2 de la Convention de Berne, d'abord, qui demeure⁴⁷ la disposition de référence pour déterminer la loi applicable au droit d'auteur⁴⁸ (lorsque la protection est

titulaire originaire des droits d'auteur invoqués en application de la loi américaine, aux motifs que « dit recht is immers toepasselijk als zijnde de nationale wet van de eerste eiseres, en als de wet van het land van oorsprong t.t.z. twee aanknopingsfactoren die door de rechtsleer en rechtspraak worden weerhouden [...] ». Aux États-Unis, la solution mixte a reçu l'appui de la Cour d'appel du 2^e circuit dans l'arrêt *Itar Tass c. Russian Kurier* du 27 août 1998. Selon cette décision, la détermination du titulaire initial du copyright, lequel est « a form of property », doit être opérée à la lumière de la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec cette propriété et les parties (« the most significant relationship to the property and the parties ») – *in casu*, le droit russe –, tandis que les atteintes sont à apprécier conformément à la *lex loci delicti*. En France également, les juges ont, à l'occasion, fait appel à la loi du pays d'origine, pour refuser à un employé la qualité d'auteur (Trib. gr. inst. Paris, 14 février 1977, *RIDA*, 1978, n° 37, p. 179; décision rapportée par J. PERLBERGER dans sa chronique de jurisprudence « Le droit d'auteur (1976-1985) », *J.T.*, 1986, p. 629, n° 36) ou, au contraire, pour reconnaître la qualité d'agir au demandeur en contrefaçon (Paris, 9 février 1995, *RIDA*, n° 166, 1995, p. 310: « Considérant que la titularité des droits d'auteur, selon la loi américaine, loi du pays d'origine de l'œuvre comme étant celle de la première publication, n'étant pas contestée à la [société demanderesse], celle-ci est fondée à revendiquer, en vertu de la Convention de Berne, applicable à l'espèce, la protection de la loi française, à raison d'actes commis sur le territoire français »). Toutefois, à supposer qu'elle y ait, elle aussi, adhéré autrefois (comme l'enseigne une partie des commentateurs de l'arrêt dit du « Rideau de fer »: cf. note suivante), la Cour de cassation a fermement répudié cette solution dans deux arrêts rendus en 2013, respectivement en droit d'auteur et à propos du droit d'artiste-interprète:

- 1^{re} civ., 10 avril 2013, *Bull.*, 2013, I, n° 68: « la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée »;
- 1^{re} civ., 19 juin 2013, *Bull.*, 2013, I, n° 128: « la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits d'artiste interprète désigne la loi du pays où la protection est réclamée ».

⁴⁶ Voy. en particulier J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, op. cit., pp. 226 et s. En France, c'est un arrêt célèbre rendu par la Cour de cassation en 1959 (affaire dite du « Rideau de fer ») qui est classiquement invoqué à l'appui de la règle de conflit « mixte ». Selon l'attendu principal, « 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 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 spécialement de l'article 3 de la loi des 19-24 juillet 1793 » (Cass. fr., 22 décembre 1959, *Fox-Europa c. Le Chant du Monde*, D., 1960, p. 93, note G. HOLLEAUX, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1960, p. 361, note F. TERRÉ; au sujet de cet arrêt, voy. aussi les pénétrantes observations de Lucas, op. cit., nos 1314 et 1347). Quoi qu'il en soit de la portée exacte de cet arrêt, force est de constater que, dans sa jurisprudence contemporaine, la Cour de cassation de France paraît bien tourner le dos à la qualification « réelle » (rattachement par l'œuvre) pour privilégier une approche purement délictuelle (*lex loci delicti*): cf. 1^{re} civ., 5 mars 2002, *Sisro*, D., 2002, p. 2999, note N. BOUCHE, *J.C.P. (éd. G.)*, 2002, II, p. 10082, note H. MUIR WATT; voy. aussi l'arrêt *Lamore (Waterworld)* évoqué *infra*, note 72.

⁴⁷ Sur l'articulation de la Convention de Berne avec le règlement Rome II, voy. *infra*, notes 61 et 66.

⁴⁸ Sur ce que l'article 5.2 contient une règle de conflit, à tout le moins depuis la révision de Berlin en 1908, voy. en particulier LUCAS, op. cit., n° 1467. D'autres auteurs contestent cependant cette interprétation « conflictualiste » pour situer l'article 5.2, à l'instar de l'article 5.1, exclusivement sur le terrain de la condition des étrangers: voy., par exemple M. VAN ECHOU, op. cit., pp. 47 et s., et « Overleefde territorialiteit: Grensoverschrijdende

demandée en dehors du pays d'origine⁴⁹), fait, à notre estime, résolument obstacle à la seconde thèse⁵⁰ puisque ce sont « la jouissance et l'exercice » des droits qui non seulement « ne sont subordonnés à aucune formalité », mais qui sont, aussi, « indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre ». Et c'est « par suite » de cette indépendance qu'en dehors des stipulations particulières de la 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 législation⁵¹ du pays où la protection est réclamée »⁵². La compétence de la *lex loci protectionis* est réaffirmée dans d'autres dispositions de la Convention de Berne⁵³ et si, comme on l'a vu, des nuances lui sont apportées par ailleurs – par rapport à des œuvres (dessins et modèles, films) ou des questions (durée) particulières –, celles-ci conduisent à retirer, en tout ou en partie, le bénéfice de la protection accordée par la loi du lieu de protection plutôt qu'à lui substituer celle du pays d'origine, par des techniques qui relèvent de la condition des étrangers⁵⁴ davantage que de la règle de conflit⁵⁵; loin d'être conçues comme la garantie d'une protection universelle des œuvres, les références à la *lex loci originis*, dans la Convention de Berne, constituent des concessions à l'inclination protectionniste des États de l'Union⁵⁶.

auteursrechtinbreuken onder de "Rome II"-ontwerpverordening», *AMI*, 2005-2, n° 3.1, pp. 11-13; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2010, n° 8.05.

⁴⁹ L'article 5.2 n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la protection est réclamée dans le pays d'origine : voy. Bruxelles, 5 mai 2011, précité (*Copiepresse c. Google*). Néanmoins, dans la mesure où « la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale » (art. 5.3; cf. *supra*, notes 18 et 37) et où le droit belge désigne pareillement la *lex loci protectionis* en excluant tout renvoi (cf. *infra*, note 51), c'est également le livre XI (titre 5) du CDE qui s'appliquera aux œuvres « belges » dont la protection est demandée en Belgique.

⁵⁰ Les partisans de cette thèse favorable à l'application (partielle) de la *lex loci originis* retiennent une interprétation restrictive de l'article 5.2 de la Convention de Berne, soit qu'ils réduisent celui-ci à une simple règle d'assimilation des étrangers (non-discrimination) (comp. *supra*, note 48), soit que, tout en acceptant l'interprétation conflictualiste de cette disposition, ils en limitent le domaine à l'étendue de la protection (droits et exceptions) et aux moyens de recours de l'auteur (sanctions). Quant à la compétence « positive » de la loi du pays d'origine (ou de la *lex patriae*), elle est établie, par cette doctrine, soit par référence à des règles nationales de conflit (le cas échéant, purement jurisprudentielles), soit en « bilatéralisant » la règle contenue à l'article 5.3 de la Convention de Berne, selon laquelle la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale.

⁵¹ Nous inclinons à penser que « la législation du pays où la protection est réclamée » visée à l'article 5.2, de même que la « législation nationale » dont question à l'article 5.3, n'inclut pas les règles de droit international privé de l'État concerné (en ce sens, cf., notamment, LUCAS, *op. cit.*, n° 1477; J.J. FAWCETT et P. TORREMANNS, *op. cit.*, p. 469). D'autres auteurs sont toutefois d'un avis différent, qui revient à admettre le mécanisme du renvoi : voy., par exemple, A. DICKINSON, *op. cit.* Quoi qu'il en soit, la controverse ne porte pas à conséquence lorsque la protection est demandée pour la Belgique, eu égard au libellé de l'article 93 du Code D.I.P., consacrant pareillement la compétence de la *lex loci protectionis* (cf. *infra*) et de l'article 16 du même Code, excluant le renvoi.

⁵² Pour une démonstration plus complète de la condamnation du rattachement, même partiel, à la loi du pays d'origine, cf. LUCAS, *op. cit.*, n° 1467, 1468 et 1469; B. DOCQUIR, « La titularité du droit d'auteur – Étude de conflits de lois », *op. cit.*

⁵³ Cf., notamment, l'article 6bis, alinéas 2 et 3, pour les droits moraux (pour une application, cf. Paris, 23 septembre 1997, *Giacometti, RIDA*, 1998, n° 176, p. 418), l'article 14ter, alinéa 2, pour la titularité des droits sur une œuvre cinématographique (pour une explication de l'origine de cette règle, voy. J.J. FAWCETT et P. TORREMANNS, *op. cit.*, pp. 511-513).

⁵⁴ Exigence (nuancée) d'un cumul de protection (art. 2.7); comparaison (facultative) des délais (art. 7.8); pure condition de réciprocité dans la *lex patriae* (art. 14ter).

⁵⁵ Comp. K. ROOX, « Intellectuele eigendom in het nieuwe wetboek I.P.R. », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 149 et s., spéc. p. 155; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *op. cit.*, n° 666.

⁵⁶ Cf. LUCAS, *op. cit.*, n° 1467; M. JOSSELYN-GALL, *op. cit.*, n° 246, pp. 256-257.

La *lex loci protectionis* ou, plus exactement, la loi « du pays pour lequel la protection est revendiquée » est pareillement désignée par l'article 8.1⁵⁷ du règlement « Rome II »⁵⁸ comme étant celle qu'il y a lieu d'appliquer à « une obligation⁵⁹ non contractuelle⁶⁰ résultant d'une atteinte⁶¹ à un droit de propriété intellectuelle⁶² », ce règlement ne craignant pas d'affirmer qu'il s'agit là d'un principe « universellement reconnu »⁶³. De même, au niveau national, l'article 93 du Code D.I.P. – qui figure dans le chapitre consacré aux « Biens »⁶⁴ – dispose-t-il que « les droits de propriété intellectuelle sont

⁵⁷ Nous ne sommes pas convaincu par la thèse, défendue par plusieurs éminents auteurs français, selon laquelle l'article 8.1 n'aurait pas vocation à s'appliquer dès lors que le délit de contrefaçon allégué présenterait un caractère « complexe » caractérisé par la localisation en des territoires distincts du fait générateur (mise en ligne sur Internet par exemple) et du dommage en résultant (voy. J. GINSBURG, note précitée sous Trib. gr. inst. Paris, 20 mai 2008, p. 516; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels », *op. cit.*, n° 20; T. AZZI, obs. précitée sous Cass. fr., 30 janvier 2007, note 64; L. USINIER, note sous Cass. fr. [1^{re} civ.], 12 juillet 2012, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2013, pp. 102 et s.). On notera cependant que cette thèse a été suivie – ou, plus exactement, ce postulat adopté –, à deux reprises au moins, par la Cour d'appel de Bruxelles (5 mai 2011; 3 octobre 2013, précités). Il nous paraît pourtant que l'article 8 du règlement Rome II, tout autant que l'article 5.2 de la Convention de Berne qui lui sert de modèle, désigne le lieu – et, en cas de délit complexe ou de délits multiples, les lieux – où l'effet exclusif du droit intellectuel est appelé, à la demande de son titulaire, à être consacré, ou le dommage résultant de la méconnaissance de cette exclusivité réparé (rapp. la « première voie » évoquée par T. AZZI au n° 7 de sa note précitée sous l'arrêt *Lamore*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2007, p. 776).

⁵⁸ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles; le règlement Rome II est entré en vigueur le 11 janvier 2009.

⁵⁹ La notion d'« obligation » doit être entendue dans un sens large et couvre, semble-t-il, aussi bien l'obligation de payer des dommages et intérêts que celle de cesser de porter atteinte au droit exclusif (rapp. A. DICKINSON, *op. cit.*, n° 8.46).

⁶⁰ Concernant la loi applicable aux relations contractuelles mettant en cause des droits d'auteur ou voisins, *cf. infra*, chapitre III.

⁶¹ La référence à la notion d'« atteinte » et d'« obligation résultant » d'une telle atteinte suggère que l'article 8 du règlement Rome II n'a pas vocation à déterminer la loi applicable au droit d'auteur (et aux autres droits intellectuels) en dehors de la perspective contentieuse. Le domaine précis de cette disposition est toutefois incertain. Ainsi, peut-on se demander s'il englobe la détermination du titulaire originaire du droit (pour une réponse négative, voy. M. VAN EECHOUD, « Overleefde territorialiteit: Grensoverschrijdende auteursrechtenbreuken onder de "Rome II"-ontwerpverordening », *op. cit.*, p. 6, excluant de façon générale le « statut réel » – *goederenrechtelijke aspecten* – des droits de propriété intellectuelle), voire, plus largement, les questions « préalables » relatives à l'existence et à la validité des droits de propriété intellectuelle (pour une réponse négative, *cf.* A. DICKINSON, *op. cit.*, n° 8.18) ou encore les prérogatives des ayants droit étrangères à toute idée d'atteinte, telles que le droit de suite des artistes plasticiens (*ibid.*) ou les autres « droits à rémunération » consacrés par la loi (copie privée, reprographie, exploitation secondaire). Ces incertitudes sont toutefois d'une importance relative pour le juriste belge, eu égard au libellé des articles 93 et 94 du Code D.I.P. (*cf. infra*).

⁶² Le considérant (26) précise qu'aux fins du règlement, « l'expression "droits de propriété intellectuelle" devrait être interprétée comme visant notamment le droit d'auteur, les droits voisins, le droit *sui generis* pour la protection des bases de données ainsi que les droits de propriété industrielle ».

⁶³ Sur l'origine de cette affirmation et, surtout, sur les discussions qui ont précédé l'adoption de l'article 8, voy. A. DICKINSON, *op. cit.*, n° 8.01-8-08, pp. 448 et s. Observons toutefois que, dans la mesure où l'article 8 ne concerne vraisemblablement que les obligations résultant de la violation d'un droit de propriété intellectuelle, et non l'existence même du droit, les conditions auxquelles il est reconnu, l'étendue du droit exclusif qu'il confère à son titulaire et, *a fortiori*, la désignation de ce titulaire, l'affirmation n'est pas aussi excessive qu'il y paraît de prime abord...

⁶⁴ Le choix de cet emplacement est remarquable. D'une part, il rappelle la parenté entre les droits de propriété intellectuelle et les droits réels, qui partagent à tout le moins en commun la notion d'exclusivité (*cf.* B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, à paraître, t. I). D'autre part, il crée, fût-ce implicitement, un lien entre la *lex rei sitae*, règle de conflit classique en matière de droits réels, et la *lex loci protectionis*, largement dominante en matière de propriété intellectuelle, en suggérant que l'œuvre ou la prestation d'artiste, parce qu'incorporelle, se localise, en somme, en tout territoire où sa protection est recherchée : voy., à cet égard, la thèse de M. RAYNARD, précitée.

régis par le droit de l'État pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée⁶⁵. La compétence de la *lex loci protectionis* est ainsi réaffirmée par ces deux textes de facture récente aussi bien pour le droit d'auteur que pour les droits voisins, sous les réserves prévues respectivement par la Convention de Berne et par la Convention de Rome⁶⁶.

Observons ici – et les deux dernières dispositions évoquées le soulignent à bon escient – que la « législation du pays où la protection est réclamée » visée à l'article 5.2 de la Convention de Berne désigne en réalité – du moins en tant qu'elle est appelée à régir les conditions et l'étendue de la protection⁶⁷ – la loi du pays « pour lequel » la protection est demandée⁶⁸ et « appelée à sortir ses effets »⁶⁹; ou encore, dans une perspective plus économique, la loi du ou des territoires où l'œuvre est exploitée⁷⁰.

Dès lors que, comme on l'a vu, le tribunal d'un État membre de l'Union européenne peut connaître d'une action concernant des actes de contrefaçon commis,

⁶⁵ L'exception prévue par l'alinéa 2, en ce qui concerne la détermination du titulaire originaire, est expressément limitée aux droits de propriété *industrielle* (pour une critique de cette disposition renvoyant à « l'État avec lequel l'activité intellectuelle présente les liens les plus étroits », voy. A. PUTTEMANS, « Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé », *R.D.C.*, 2005, pp. 615 et s., n° 20). Cette exception confirme que l'article 93 du Code D.I.P., contrairement à l'article 8 du règlement Rome II, couvre également le statut réel des droits de propriété intellectuelle. La place de cette disposition, dans le chapitre 8 du Code relatif aux « Biens », de même que l'article 94 précisant le domaine des dispositions qui précèdent le confirmant. Aussi, certains partisans de l'application partielle de la loi du pays d'origine reconnaissent-ils – à juste titre – que la controverse quant à la loi applicable à la titularité originaire du droit d'auteur est désormais close, pour ce qui est de la Belgique (M. PERTEGAS SENDER, « Commentaire de l'article 93 du Code de droit international privé », in J. ERAUW et al., *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Anvers, Intersentia, 2006).

⁶⁶ On peut, en effet, se poser la question de savoir si les nuances à l'application de la *lex loci protectionis* prévues (ou autorisées) par ces traités (en particulier, s'agissant de la Convention de Berne, les art. 2.7, 7.8 et 14ter : cf. *supra*) sont toujours de mise en dépit du caractère apparemment absolu de l'article 8.1 du règlement Rome II. Cette question doit, à notre estime, recevoir une réponse affirmative. Selon son article 28, en effet, le règlement « n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de [son] adoption [...] et qui régissent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles ». Il est vrai que les Conventions de Berne et de Rome sont absentes de la liste établie par la Commission en application de l'article 29, à défaut d'avoir été communiquées à ce titre par les États membres qui y sont parties. Il n'en résulte cependant pas, à notre estime, que leur application ne doit pas être réservée en vertu de l'article 28, dont le jeu n'est pas subordonné à la notification envisagée dans la disposition suivante. En ce sens, voy. également A. DICKINSON, *op. cit.*, n° 16.40, p. 661. Rappelons, toutefois, que le principe de non-discrimination inscrit à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est, lui, de nature à paralyser le jeu des exigences de réciprocité énoncées par le droit conventionnel, mais uniquement dans le cas où elles joueraient en défaveur d'un citoyen européen.

⁶⁷ Comp., *infra*, note 71 s'agissant des moyens de recours de l'auteur.

⁶⁸ Ou « revendiquée », selon l'expression de M. BERGÉ (cf., *infra*, note 70).

⁶⁹ Selon l'adéquate formule de MM. DE VISSCHER et MICHAUX (*op. cit.*, n° 791).

⁷⁰ Cf. notamment J.J. FAWCETT et P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 467 : « the law of the protecting country is the law of the country in which the work is being used, in which the exploitation of the work takes place ». C'est l'occasion de souligner que la question de la loi applicable à des droits de propriété intellectuelle, contrairement à celle de la compétence judiciaire, peut se poser en dehors de tout litige (rapp. J.J. FAWCETT et P. TORREMANS, pp. 467-468; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, n° 791, p. 632; J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 310-311, distinguant « la loi de l'exercice négatif du droit : la loi de l'atteinte au droit » et « la loi de l'exercice positif du droit : la loi du lieu de revendication du droit »); le lieu où la protection est appelée à produire ses effets n'est donc pas nécessairement le lieu d'un (quasi-)délit ! La perception du droit de suite (art. XI.175 et s. CDE), en particulier, ne suppose pas la « violation » d'un droit exclusif de l'auteur; la créance naît *ex lege*, du fait de la revente de l'œuvre en Belgique par, à ou à l'intermédiaire d'un professionnel du marché de l'art; pour une référence à ce critère de rattachement, et l'écartement du droit luxembourgeois, que la maison de ventes aux enchères prétendait applicable, en application de la théorie de la fraude à la loi, voy. Civ. Liège, 30 avril 1999, *A.M.*, 1999, p. 438, et Liège, 18 janvier 2001 (confirmation), *A.M.*, 2001, p. 248 (aff. *SABAM c. Hôtel des ventes mosan*).

en tout ou en partie, en dehors du territoire de cet État, on comprend que ce n'est pas une application pure et simple de la *lex fori* qui est de mise⁷¹. Pas plus d'ailleurs que de la (seule) loi du pays où a été commise l'« infraction primaire » à l'origine d'une contrefaçon affectant plusieurs territoires⁷², ou encore celle du pays de résidence du titulaire des droits violés, où se « concentrerait » le délit à travers le dommage qui en résulte⁷³, un dommage n'étant d'ailleurs pas requis pour que la protection du droit d'auteur puisse être invoquée, sous la forme d'une injonction (ordre de cessation)⁷⁴, par exemple. Par ailleurs, la spécificité de la *lex loci protectionis* rend superflu le recours aux dispositions de droit européen relatives aux lois de police⁷⁵ (sauf, le cas échéant, pour

⁷¹ Cf. notamment A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 510, pp. 379-380; K. ROOX, « Intellectuele eigendom in het nieuwe wetboek I.P.R. », *I.R.D.I.*, 2005, p. 149, spéc. p. 154; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels », *D.*, 2008, pp. 737 et s., n° 17; LUCAS, *op. cit.*, n° 1473; M. JOSSELINE-GALL, *op. cit.*, n° 242. *Adde*: Cass. fr., 5 mars 2002, *Sisro*, précité. Encore est-ce bien la *lex fori* qui a principalement compétence pour régler « les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits ». La terminologie de l'article 5.2 présente à cet égard une commode ambivalence. Au-delà, il faut observer que la conjonction de la compétence judiciaire (*forum loci damni*) et législative (*lex loci protectionis*) du (ou des) pays où le droit exclusif de l'auteur est violé présente l'avantage, pour les ayants droit, de pouvoir toujours obtenir du juge local un ordre de cessation dont la portée territoriale sera certes limitée, mais qui pourra être obtenu et exécuté relativement facilement (absence de consultation d'un droit étranger et absence d'*equatur*; voy. aussi l'article 16 de la Convention de Berne, prévoyant que la saisie des œuvres contrefaites a lieu « conformément à la législation de chaque pays »). C'est sans doute ce *quod plerumque fit* qui conduit A. Berenboom à écrire que, « si l'action est introduite en Belgique, le tribunal appliquera la loi belge » (A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 220).

⁷² Un argument supplémentaire à l'encontre de cette thèse peut être déduit d'une lecture *a contrario* de l'alinéa 2 de l'article 8 du règlement Rome II, relatif aux titres européens à effet unitaire. Comp., toutefois, la position (récente) de la Cour de cassation de France, privilégiant l'application du lieu de l'infraction « primaire » sur pied d'une interprétation contestable de l'article 5.2 de la Convention de Berne: « [...] Attendu que, au sens de la disposition visée, la législation du pays où la protection est réclamée n'est pas celle du pays où le dommage est subi, mais celle de l'État sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, l'obligation à réparation n'étant que la conséquence éventuelle de ceux-ci; que la cour d'appel a retenu que le film avait été conçu, réalisé et représenté aux États-Unis et que le roman tiré de celui-ci avait été édité dans le même pays; qu'elle en a exactement déduit que le droit américain était applicable [...] » (Cass., 30 janvier 2007, *Lamore – Waterworld – Propr. intell.*, 2007, p. 337, note A. LUCAS, *Rev. crit. dr. int. privé*, 2007, p. 769, note T. AZZI). La solution est d'autant moins justifiée, à notre estime, que l'affaire ne mettait pas en cause un délit « complexe » de contrefaçon (comme il en va en cas de mise en ligne sur Internet), mais la distribution d'un roman et la diffusion d'un film, l'un et l'autre considérés comme des adaptations non autorisées de l'œuvre du demandeur, *sur le seul territoire français*. Rapp. Trib. gr. inst. Paris, 20 mai 2008 (*Google*), *R.D.T.I.*, 2008, p. 501, note J. GINSBURG; comp. Cass. fr., 5 mars 2002, *Sisro*, précité. En réalité, la Cour de cassation de France ne reconnaît, pour ainsi dire, aucune spécificité aux faits de contrefaçon et, partant, aux droits de propriété intellectuelle, ramenant le principe de la *lex loci protectionis* à celui de la *lex loci delicti* dans une approche fondée sur la seule logique de la responsabilité extracontractuelle. Cette logique est poursuivie dans l'arrêt ultérieur *Google Images* où l'application de la loi française est justifiée par la « focalisation » des sites litigieux vers le territoire français (cf. *infra*, note 89).

⁷³ Pour un rejet de cette approche qui prétend donner compétence exclusive à la loi du pays où réside le titulaire affecté, voy. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 5 mars 2002 (*Sisro*), précité: « Attendu qu'aux termes de l'article 5.2^e de la convention d'Union de Berne, 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; 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; qu'il en résulte 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. »

⁷⁴ Le droit de suite n'est pas davantage fondé sur une notion de responsabilité extracontractuelle visant la réparation d'un dommage: cf. *supra*, note 70.

⁷⁵ Comp. Cass. fr., 28 mai 1991, *Huston* (*Rev. crit. dr. intern. privé*, 1991, p. 752, note P.-Y. GAUTIER, *J.C.P.*, 1991, II, p. 21731, note A. FRANÇON, *J.D.I.*, 1992, p. 133, note B. EDELMAN, *D.*, 1993, jur., p. 197, note J. RAYNARD), écartant l'application de la loi des États-Unis d'Amérique, pays d'origine de l'œuvre, au profit de la loi française sur le droit

échapper aux conséquences de l'application de la *lex contractus*, dans le domaine qui est le sien⁷⁶).

Au-delà de la lettre de la loi, si l'application de la *lex loci originis* est difficilement admissible (autrement que pour limiter la protection offerte par la *lex loci protectionis* : cf. *supra*), c'est aussi en raison du principe de « territorialité » des droits intellectuels⁷⁷. Ceux-ci n'étant pas « de droit naturel »⁷⁸, il appartient à chaque État souverain de déterminer librement⁷⁹ ce qu'est une œuvre, à quelles conditions et pour quelle durée celle-ci est protégée, quelles prérogatives il entend reconnaître aux ayants droit et quelles limitations y seront apportées en considération d'autres valeurs et intérêts dignes de protection⁸⁰. Certes, le droit international de la propriété intellectuelle (droit « unioniste », accord ADPIC et directives de l'Union européenne) trace-t-il des limites, toujours plus

d'auteur en considération du caractère de loi de police des dispositions relatives au droit moral de l'auteur : « [...] en France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'État sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ; que la personne qui en est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice par le second des textes susvisés ; que ces règles sont des lois d'application impérative ». L'application des dispositions relatives au droit moral comme loi de police du for pourrait avoir pour conséquence de sanctionner à ce titre des faits dont les conséquences ne se font pas ressentir sur le territoire du juge saisi, ce qui ne nous paraît pas opportun. Le recours à la loi du lieu de revendication, en revanche, écarte cette éventualité (rapp. M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 365). Pour le reste, il faut admettre qu'il existe un rapport étroit entre la *lex loci protectionis* et la notion de loi d'application immédiate.

Cf. *infra*, chapitre III, section 3.

⁷⁷ Sur le lien entre le principe de territorialité et la compétence de la *lex loci protectionis*, voy. aussi G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *op. cit.*, n°s 663 et 665 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n° 791 ; C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, *Droit international privé et propriété intellectuelle*, Lamy, 2010, n° 63 (ces auteurs évoquent « un droit de la propriété intellectuelle pétri de territorialité », regrettent la « fragmentation de la protection internationale » qui en résulte et prédisent une marginalisation de l'article 8 du règlement Rome II) ; comp. M. VAN ECHOU, « Overleefde territorialiteit: Grensoverschrijdende auteursrechtinbreuken onder de "Rome II"-ontwerpverordening », *op. cit.*, p. 11. Du côté de la jurisprudence, voy., notamment, Anvers, 19 décembre 2005, précité, appliquant la loi belge « krachtens de territoriaal gebonden uitwerking van de auteursrechtelijke bescherming ». Le caractère territorial des droits de propriété intellectuelle est aussi retenu par la Commission européenne comme justification de la compétence de la *lex loci protectionis* : voy. la proposition de règlement sur la loi applicables aux obligations non contractuelles (COM[2003] 427 final), p. 20.

⁷⁸ Nous partageons l'opinion de MM. de Visscher et Michaux selon laquelle « les critiques adressées au principe de territorialité [sont] fondées essentiellement sur une conception jusnaturaliste et universaliste [...] peu compatible avec les réalités législatives et judiciaires » (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*). Voy. aussi Cass. fr., 16 août 1880, précité, soulignant, pour refuser de protéger en France l'œuvre lyrique d'un auteur italien alors que la protection en Italie était éteinte, « 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 ». Cela dit, la propriété (individuelle) des choses corporelles (mobilières comme immobilières) résulte, tout autant que la réservation privative des créations de l'esprit, prestations et autres émissions, d'un choix politique (les régimes communistes en font foi), mais la protection est, là aussi, essentiellement déterminée par la loi du pays où l'atteinte est susceptible de survenir (*lex rei sitae*).

⁷⁹ Librement et de manière impérative : cf. l'alinéa 3 de l'article 8 du règlement Rome II excluant le choix de la loi applicable, même après la survenance du litige.

⁸⁰ Rapp. M. VAN ECHOU, mettant en avant, dans une perspective utilitariste, l'opportunité de laisser à chaque État définir les contours du domaine public en procédant à ses propres balances des intérêts, en particulier dans la Société de l'information caractérisée par l'internationalisation de la production comme de l'utilisation des œuvres ; l'auteur relève que, de manière paradoxale, cette internationalisation justifie le primat de la loi locale, car le caractère massif des flux d'informations transfrontières serait de nature à affecter la balance des intérêts locale si la loi étrangère se substituait systématiquement à la *lex loci protectionis* (« Overleefde territorialiteit: Grensoverschrijdende auteursrechtinbreuken onder de "Rome II"-ontwerpverordening », *op. cit.*, p. 14).

précises, à la liberté législative des États pour décider de ces questions. Il n'empêche que des différences considérables demeurent, même au sein de l'Union européenne⁸¹, entre les législations nationales. Au vu de celles-ci, il est difficilement acceptable de sanctionner comme contrefaisants des actes accomplis – ou produisant leurs effets – sur un territoire déterminé sans s'assurer que la loi du pays en cause les tient, effectivement, pour tels⁸². Sans doute un État pourrait-il accepter de s'en remettre, en tout ou en partie, à la loi du pays d'origine de l'œuvre (ou à une autre loi⁸³) – spécialement pour déterminer le titulaire des droits patrimoniaux⁸⁴ –, mais il conviendrait, à tout le moins, que cette déférence soit exprimée (par la loi locale) ou convenue (dans un traité) de façon non équivoque, ce qui n'est pas le cas s'agissant de la loi belge⁸⁵, des conventions unionistes ou encore de l'accord ADPIC.

Section 2

Application distributive des lois des territoires de protection en cas de contrefaçon internationale

Les développements qui précèdent conduisent, en outre, à considérer que, dans l'état actuel du droit positif à tout le moins, la contrefaçon « multiterritoriale », sur Internet⁸⁶

⁸¹ On songe, en particulier, aux exceptions et limitations aux droits exclusifs, pour lesquels les États membres conservent une importante marge de manœuvre, la directive 2001/29/CE ne contenant qu'une liste d'exceptions facultatives semi-fermée. Le droit moral n'a fait, de son côté, l'objet d'aucune harmonisation.

⁸² Soumettre l'existence et les conditions de protection à la loi du pays d'origine et l'étendue de la protection à la *lex loci protectionis* peut, par ailleurs, conduire à des situations de sous ou de surprotection. Dans les pays de *common law*, par exemple, l'accession à la protection du copyright est assez rapidement acquise, en raison d'une application généreuse du critère de l'originalité, mais l'usage de l'œuvre protégée par les tiers est, en contrepartie, plus souvent libre qu'ailleurs en raison de la plasticité de l'exception de *fair use/fair dealing*. Cet équilibre est rompu si l'on apprécie l'étendue de la protection d'œuvres « anglo-saxonnes » à la lumière d'une législation qui accorde des droits plus étendus aux auteurs ou des exceptions plus étroites aux utilisateurs (surprotection). Inversement, une œuvre dont l'originalité est appréciée selon des critères plus stricts pourrait se retrouver insuffisamment protégée dans un pays de *common law* en cas de recours à la règle de conflit mixte.

⁸³ Cf. *infra*, concernant la situation en matière de diffusion satellitaire.

⁸⁴ Il faut admettre que, *de lege ferenda*, il serait peut-être souhaitable de soumettre la question de la détermination du titulaire des droits patrimoniaux à une loi unique – qui pourrait être la loi d'origine de l'œuvre, celle du domicile de l'auteur ou encore celle du lieu du principal établissement de l'exploitant –, afin d'éviter un fractionnement de la propriété en fonction des territoires d'exploitation (selon que la législation locale comprenne ou non une présomption, de titularité ou de cession, au bénéfice de l'exploitant, dans telles ou telles conditions). En pratique, l'absence d'une telle règle de conflit doit inciter les exploitants prudents à inclure une clause de cession dans les conventions qu'ils concluent avec les auteurs et artistes-interprètes *même* en présence d'une présomption de cession (ou de titularité) à leur profit dans la législation locale (sur la loi applicable à une telle clause, cf. *infra*). Ajoutons que, si le législateur rattachait la détermination du titulaire du droit d'auteur à la loi d'origine de l'œuvre, encore conviendrait-il qu'il garantisse la protection des droits moraux des créateurs, un résultat qui peut être atteint en attachant le caractère de loi de police aux dispositions relatives au droit moral (voy. P.-Y. GAUTIER, note précitée sous l'arrêt *Huston*, spéc. n° 3).

⁸⁵ S'agissant de cette dernière, un tel renvoi existe, mais uniquement pour la détermination du titulaire des droits de propriété industrielle : cf. *supra*.

⁸⁶ La littérature sur le sujet est pléthorique. Voy. les nombreuses références citées in J.-S. BERGÉ, « Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques : rétrospective et prospective », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2000, pp. 357 et s., notes (1) à (5). Voy. aussi les différents rapports publiés dans la partie III des Actes des journées d'étude de l'ALAI des 4-8 juin 1996 sur le thème *Le droit d'auteur en cyberspace* (pp. 257 et s.), ainsi que les travaux effectués en décembre 1998 sous l'égide de l'OMPI au sujet des « aspects de droit international privé de la protection d'œuvres ou d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », notamment les exposés d'A. LUCAS (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_1.pdf) et J. GINSBURG (<http://www.wipo>).

comme ailleurs⁸⁷, appelle une *application distributive* des lois des pays concernés⁸⁸; en d'autres termes, c'est à l'aune des lois respectives des différents pays pour lesquels la protection est revendiquée – abstraction faite de la volonté du responsable de l'exploitation dénoncée (théorie dite de la « focalisation »⁸⁹) – qu'il convient d'apprécier si l'œuvre répond aux conditions de protection, qui en est l'auteur originaire⁹⁰ et si les faits dénoncés tombent sous le coup du droit exclusif. La difficulté de l'exercice ne doit pas être exagérée, car, dans la majorité des cas, la contrefaçon sera avérée – ou non – dans l'ensemble de la zone de diffusion⁹¹. Mais, si des divergences devaient apparaître, que ce soit au niveau de la durée de protection, des conditions requises pour y accéder ou de l'étendue des droits – et des exceptions –, il nous paraît légitime d'en tenir

int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_2.pdf). Voy. encore, plus récemment, A. LUCAS, « La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique », *e.Bulletin du droit d'auteur* (Unesco), octobre-décembre 2005; LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., n^{os} 1331-1337, pp. 1088 et s.; J. GINSBURG, « Where does the act of "making available" occur? », in *Research Handbook on EU Internet Law*, Edward Elgar, 2014, pp. 191 et s.

⁸⁷ La possibilité, pour un acte technique unique (comp. la vente de produits contrefaits dans différents pays) de porter atteinte à des droits d'auteur ou voisins simultanément dans plusieurs États n'est pas née avec Internet – songeons aux difficultés suscitées par la radiodiffusion et la communication par satellite –, mais le réseau des réseaux amplifie toutefois considérablement le problème dès lors que, sauf paramétrage particulier réalisé par le fournisseur de contenu (« geotargetting »), toute communication a une portée mondiale.

⁸⁸ Voy. aussi F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 794; H. HAOUIDE, *op. cit.*, p. 133; C. NOURISSAT et E. TREPOZ, *Droit international privé et propriété intellectuelle*, Lamy, 2010, n^o 63; J. GINSBURG, « Where does the act of "making available" occur? », *op. cit.*, spéc. p. 206 (« The judge should apply the law of each country whose market is disrupted by the impact of the infringement »); cette opinion est d'autant plus remarquable que son auteur avait pris précédemment une autre position: cf. rapport OMPI 1998, précité, spéc. p. 48). Telle est aussi la recommandation de l'American Law Institute: cf. *Intellectual Property – Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes* (2008), article 301 (1) et le commentaire (d).

⁸⁹ À notre estime, la compétence législative, à l'instar de la compétence juridictionnelle fondée sur le lieu du dommage, ne devrait pas être subordonnée à la constatation d'une « focalisation » de l'exploitation litigieuse vers le territoire de protection. Il suffit que le demandeur allègue qu'il est porté atteinte à ses droits dans un pays déterminé – du fait de la mise à disposition, sur le territoire de ce pays, de son œuvre ou de sa prestation – et sollicite la cessation de cette atteinte (ou la réparation du dommage qui en résulte) pour que cette prétention doive être examinée à la lumière de la loi dudit pays. Comp. B. BUCHNER, « Art. 8 », in G. CALLIENS, *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters-Kluwer, 2011, pp. 481 et s., spéc. n^{os} 11-12; Cass. fr. (1^{re} civ.), 12 juillet 2012, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2013, pp. 102 et s., note L. USINIER: « Mais attendu que l'arrêt retient que le litige porte 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 Images et de connexion à ceux-ci caractérise un lien de rattachement substantiel avec la France; qu'il en déduit exactement, conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne qui postule l'application de la loi de l'État où la protection est réclamée, que l'action introduite par M. X., qui réclamait, en tant qu'auteur de la photographie, la protection de ses droits en France à la suite de la constatation en France de la diffusion en France, par un hébergeur français, la société Aufeminin.com, d'une photographie contrefaisante, mise en ligne pour le public français sur le site de Google Images par le service des sociétés Google Inc. et Google France, relevait de la loi française; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches. »

⁹⁰ Si le demandeur se prévaut d'une acquisition dérivée des droits, la *lex contractus* – voire la loi successorale – devra être consultée, sous réserve des éventuelles dispositions de police de l'État du for: cf. *infra*, chapitre III.

⁹¹ Pour ce même motif ne nous semble pas dirimante l'objection déduite des difficultés rencontrées par les exploitants qui entendent procéder à une diffusion mondiale sur la Toile. Il leur appartient, en définitive, d'assumer les conséquences de leurs ambitions, soit en s'alignant sur les exigences des pays connaissant le plus haut niveau de protection, soit en modulant, par un paramétrage technique élémentaire, la disponibilité territoriale des données qu'ils mettent en ligne. Au demeurant, les difficultés éventuelles de ces exploitants sont compensées par la sécurité juridique des utilisateurs, qui peuvent apprécier la légalité des contenus qu'ils téléchargent ou consultent à la lumière de la loi du lieu de leur résidence.

compte pour moduler l'étendue géographique de l'ordre de cessation fait au défendeur ou le *quantum* de l'indemnisation allouée.

La seule dérogation à cette application distributive, dans l'état actuel du droit positif, nous paraît être celle prévue, à l'initiative du droit européen⁹², à l'endroit de la *radio-diffusion par satellite*. En vertu de l'article XI.221 du CDE, la communication au public par satellite est réputée, en principe, avoir lieu uniquement dans l'«État [membre] d'émission», et non dans chaque État compris dans l'«empreinte» du satellite (États de réception). Destinée à faciliter la négociation des droits TV, la solution est admissible en raison de l'harmonisation préalable (encore que partielle) du droit matériel dans l'Union européenne (ce que révèle, d'ailleurs, le texte, complexe, de la disposition concernée⁹³).

L'extension de cette solution aux communications publiques («mises à disposition») sur *Internet*⁹⁴ se heurte à diverses objections⁹⁵. Un obstacle pratique, d'abord, résidant dans la difficulté, dans certains cas du moins, à identifier l'État où un contenu litigieux a été mis en ligne («injecté»)⁹⁶. Un danger d'affaiblissement de la position des ayants droit, ensuite, car autant la désignation de la loi du pays d'origine (envisagée précédemment) peut provoquer un déplacement de ces derniers vers des pays offrant une protection élevée, afin d'y «naturaliser» leurs œuvres et prestations (par leur fixation, leur

⁹² Directive 93/83/CEE du 27 septembre 1993 du Conseil relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (dite directive «câble-satellite»).

⁹³ Article XI.221: «La communication au public par satellite a lieu uniquement dans l'État membre de l'Union européenne 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. Si elle a lieu dans un État qui n'est pas membre de l'Union européenne et que celui-ci n'accorde pas une protection dans la même mesure que les chapitres qui précèdent, elle est néanmoins réputée avoir lieu dans l'État membre défini ci-après et les droits s'y exercent selon le cas contre l'exploitant de la station ou de l'organisme de radiodiffusion: - lorsque les signaux porteurs de programmes sont transmis par satellite à partir d'une station pour liaison montante située sur le territoire d'un État membre, ou - lorsque l'organisme de radiodiffusion qui a délégué la communication au public, a son principal établissement sur le territoire d'un État membre.» La notion de communication par satellite est définie à l'article XI.222. La directive «câble-satellite» (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, *J.O.*, L 248, 6 octobre 1993, pp. 15 et s.).

⁹⁴ Cette extension avait été prônée par la Commission européenne dans son «Livres vert» sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, présenté le 19 juillet 1995 (COM[95] 382 final, spéc. pp. 41-42). La Commission était toutefois revenue sur sa position à la suite des réponses des parties intéressées: cf. suivi du Livre vert «Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information», communication du 20 novembre 1996, COM(96) 568 final, spéc. pp. 23-24. À l'heure où ces lignes sont écrites, la Commission vient de lancer une nouvelle consultation publique, relative cette fois à la révision de la directive «câble-satellite» 93/83/CEE, où est derechef posée la question de l'opportunité d'étendre le «principe du pays d'origine» (origine de la communication, non de l'œuvre) aux transmissions et retransmissions «en ligne» d'émissions de télévision ou de radio (à l'exclusion, donc, d'autres contenus numérisés). Sont évoqués, sans que ces concepts soient clairement définis, «la diffusion sur le web/IPTV», la «télévision de rattrapage/simulcasting», les «services de vidéo à la demande» fournis par des radiodiffuseurs, et «tout service de contenu en ligne fourni par tout fournisseur de service». Voy. <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive#Français>.

⁹⁵ Voy. notamment A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 512; A. LUCAS, «Les questions épineuses: responsabilité, compétence, loi applicable», in M.-C. JANSSENS (dir.), *Les droits intellectuels dans la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 247 et s., spéc. p. 257.

⁹⁶ Il devient de plus en plus difficile, dans l'état actuel de la technique, de relier un contenu accessible en ligne à un serveur localisé en un endroit déterminé, ou à un exploitant identifié et localisable.

première publication, etc., dans les pays en question), autant la compétence de la loi du territoire du « fait générateur » du dommage⁹⁷ (lieu du serveur ou de l'établissement principal de son exploitant), de plus en plus souvent défendue pour éviter la multiplication des rattachements⁹⁸, risque d'inciter (davantage encore) les exploitants peu regardants, ou les prestataires de services intermédiaires, à installer leur siège, ou leurs machines, dans des « paradis de la contrefaçon »⁹⁹... Sauf à compléter la compétence de la *lex loci delicti commissi* par des rattachements *subsidiaries* dans l'hypothèse où la protection offerte par cette loi serait insuffisante¹⁰⁰ – ou le lieu du fait générateur non déterminable –, solution qui n'a, en tout cas, pas l'avantage de la simplicité et pêche, dès lors, par défaut de prévisibilité, en ce compris pour les *utilisateurs* qui ont tout intérêt à savoir si la source des copies qu'ils vont (généralement) réaliser est licite¹⁰¹.

De lege lata, c'est en tout cas, selon nous, l'application distributive de la *lex loci protectionis* qui s'impose¹⁰², en ce compris pour la désignation du titulaire originaire du droit, et ce, sans qu'il soit nécessaire de se demander – à ce stade de la détermination de la loi applicable – si le prétendu contrefacteur a « dirigé ses activités » vers le ou les territoires pour lesquels la protection est réclamée (théorie de la « focalisation »)¹⁰³. En d'autres termes, s'agissant des atteintes commises sur Internet, il suffit que les ayants droit demandent de rendre indisponible le contenu estimé contrefaisant dans un pays déterminé – généralement, mais pas nécessairement (uniquement) celui du for – pour déclencher l'application de la loi de ce pays¹⁰⁴. Si elle a des détracteurs, cette solution n'en est pas moins, selon nous, (la plus) conforme à la nature, territoriale, mais aussi exclusive, des droits intellectuels.

⁹⁷ Rappelons qu'en matière de compétence juridictionnelle, le lieu du fait générateur fonctionne comme facteur de rattachement alternatif par rapport au lieu de réalisation du dommage (et au domicile du défendeur): *cf. supra*.

⁹⁸ Cf. J. GINSBURG, « Where does the act of "making available" occur? », *op. cit.*, spéc. p. 203; en jurisprudence, voy., par exemple, Trib. gr. inst. Paris, 20 mai 2008, précité (aff. *Google Images*); rappr. (hors du contexte d'Internet) US Court of Appeal, 2nd circ., *Update Art Inc v. Modiin Publishing*, F. 2d 67 (1988): application du droit américain pour sanctionner la reproduction non autorisée d'une œuvre protégée dans un quotidien israélien, motif pris de ce que la reproduction initiale de l'œuvre a été réalisée aux États-Unis.

⁹⁹ La Cour d'appel de Bruxelles fait sienne cette observation en soulignant que « privilégier la loi de l'injection peut conduire à décerner un brevet d'impunité au contrefacteur puisqu'il lui suffirait de localiser ses serveurs dans des pays à faible protection en matière de droits d'auteur, ce qui est manifestement contraire au but recherché par la Convention de Berne » (Bruxelles, 5 mai 2011 et 3 octobre 2013, précités).

¹⁰⁰ En faveur d'un tel rattachement en cascade, voy. notamment J.-S. BERGÉ, « Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques : rétrospective et prospective », *op. cit.*, n^{os} 37 et s. (rattachement primaire au lieu du serveur et, subsidiairement, si la protection est insuffisante, au pays d'origine); J. GINSBURG, rapport OMPI précité, p. 48 (lieu du serveur, subsidiairement de la résidence de l'exploitant et plus subsidiairement application de la *lex fori*; comp. toutefois, du même auteur, « Where does the act of "making available" occur? », *op. cit.*, p. 206).

¹⁰¹ Cf. C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam B.V. c. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254.

¹⁰² C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, *Droit international privé et propriété intellectuelle*, Lamy, 2010, n^o 63.

¹⁰³ Rappr. Th. DREIER, rapport précité, pp. 305-306.

¹⁰⁴ Cette théorie de la « focalisation » ou du rattachement « de proximité » que nous rejetons a de nombreux partisans: *cf.*, notamment, B. BUCHNER, *op. cit.*, n^o 13; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels », *D.*, 2008, pp. 737 et s., n^o 18, p. 741 (la position de ce dernier auteur étant plus nuancée).

Chapitre III

L'articulation de la *lex loci protectionis* avec la *lex contractus*¹⁰⁵

Si l'existence et la consistance du droit d'auteur et des droits voisins, de même que les conséquences de l'atteinte à ces droits, doivent être appréciées à la lumière de la *lex loci protectionis*, cette loi n'a pas vocation à régir les questions d'ordre contractuel qui peuvent surgir dans le domaine de la propriété intellectuelle; le statut réel (celui du droit) demeure, en effet, distinct du statut contractuel (celui du contrat relatif au droit). Dans les lignes qui suivent, on s'attachera à préciser le domaine respectif de la loi du droit et de celle du contrat (section 1), avant d'indiquer comment cette dernière doit être déterminée (section 2). On s'interrogera enfin sur la possibilité, et l'opportunité, d'appliquer à titre de «loi de police» certaines dispositions impératives de droit belge relatives aux contrats d'exploitation passés par les auteurs et artistes-interprètes (section 3).

Section 1

Domaine de la *lex contractus*

La ligne de partage entre la *lex loci protectionis* et la *lex contractus* doit être tracée à la lumière de l'article 94 du Code D.I.P., relatif au «domaine du droit applicable au régime des biens»¹⁰⁶, et de l'article 12 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁰⁷. En vertu du paragraphe 1^{er} de cette dernière disposition, «la loi applicable au contrat [...] régit notamment : a) son interprétation; b) l'exécution

¹⁰⁵ Sur le sujet, voy. en particulier R. PLAISANT, «L'exploitation du droit d'auteur et les conflits de lois», *RIDA*, n° 35, 1962, pp. 63 et s.; M. WALTER «La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois», *op. cit.*; E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, pp. 55 et s.; P. TORREMANS, «Licences and assignments on intellectual property rights under the Rome I regulation», *J.P.I.L.*, 2008, pp. 397 et s.; du même auteur, «Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening», *R.D.C.*, 2009, pp. 538 et s.

¹⁰⁶ Cette disposition, intitulée «Domaine du droit applicable au régime des biens», prévoit que tombent sous l'empire de la *lex rei sitae* (pour les biens corporels) ou de la *lex loci protectionis* (dans notre matière): 1° le caractère mobilier ou immobilier d'un bien (on rappelle qu'en droit belge, le droit d'auteur comme les droits voisins sont des meubles incorporels: cf. art. XI.167, § 1^{er}, al. 1^{er}, CDE); 2° l'existence, la nature, le contenu et l'étendue des droits réels susceptibles d'affecter un bien, ainsi que des droits de propriété intellectuelle; 3° les titulaires de ces droits; 4° la disponibilité de ces droits; 5° les modes de constitution, de modification, de transmission et d'extinction de ces droits; 6° l'opposabilité aux tiers d'un droit réel.

¹⁰⁷ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.*, L 177/6, 4 juillet 2008, pp. 6 et s. Pour des commentaires généraux de cette disposition, voy. notamment M.-E. ANCEL, «Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles est enfin adopté», *Comm. Comm. éle.*, juillet-août 2008, n° 83, p. 2; L. D'AVOUT, «Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I», *D.*, 2008, pp. 2165 et s., spéc. p. 2167; M. WILDERSPIN, «The Rome I regulation: communitarisation and modernization of the Rome Convention», *ERA Forum*, 2008, pp. 259 et s.; P. LAGARDE et A. TENENBAUM, «De la Convention de Rome au règlement Rome I», *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2008, p. 727; V. MARQUETTE, «Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats internationaux», *R.D.C.*, 2009, pp. 515 et s.; P. WAUTELET, «Le nouveau droit européen des contrats internationaux», in *Actualités de droit international privé*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 1 et s.; S. CORNELOUP et N. JOUBERT, *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011; S. FRANCK, «Règlement Rome I (Obligations contractuelles)», *Répertoire Dalloz de droit international*, 2013.

des obligations qu'il engendre ; c) [...] les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations [...] ; d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ; e) les conséquences de la nullité du contrat». L'existence et la validité du contrat sont également soumises à la *lex contractus*, plus précisément à la loi « qui serait applicable [...] si le contrat ou la disposition étaient valables »¹⁰⁸.

La *lex loci protectionis* régit, en revanche, notamment, la question de savoir *s'il peut être disposé*, dans quelle mesure et selon quelles modalités, des différents attributs du droit d'auteur et des droits voisins¹⁰⁹. On comprend que la loi d'autonomie, privilégiée au niveau du statut contractuel, doive céder la place aux dispositions de la loi du pays d'exploitation qui interdisent la cession du droit moral (ou limitent la faculté de renoncer à son exercice), voire l'aliénation d'autres prérogatives, de nature patrimoniale, de l'auteur ou de l'artiste-interprète¹¹⁰.

La détermination du *titulaire initial* du droit intellectuel appartient aussi, comme on l'a vu¹¹¹, à la loi du pays où la protection est demandée, mais la validité des cessions, ou concessions, ultérieures dont ce droit peut faire l'objet relève de la *lex contractus*¹¹², de même que l'interprétation de ces contrats¹¹³ ou, encore, les conséquences de leur inexécution¹¹⁴. Cette loi a vocation à être consultée non seulement lorsque le litige oppose des cocontractants (par exemple un ayant droit et son licencié), mais aussi dans le cadre d'actions non contractuelles, en contrefaçon ou en cessation, lorsque le défendeur conteste la qualité de titulaire (dérivé) du demandeur.

Qu'en est-il, cependant, lorsque le demandeur en question entend s'appuyer, pour justifier sa qualité à agir, sur des *présomptions légales*, comme on en trouve dans de nom-

¹⁰⁸ Voy. déjà, en ce sens, Cass., 21 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 705. On reviendra plus loin sur la nuance introduite par l'article 10, § 2, au niveau du consentement.

¹⁰⁹ Cf. notamment E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n°s 68-70 ; P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsvereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n° 2 ; A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, point E ; H. HAOUIDEQ, *op. cit.*, p. 137 ; M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, pp. 431 et s. Du côté de la jurisprudence, voy. Civ. Bruxelles, 6 octobre 1995, *Vitrua collections c. Cadsana et ICT* (« Meubles Eames »), *Ing.-Cons.*, 1996, pp. 124 et s., spéc. p. 129 (cessibilité des droits d'auteur des époux Eames et opposabilité aux tiers de la cession appréciées sur la base du droit belge) ; comp. Paris, 1^{er} février 1989, *Anne Bragance c. Michèle de Grèce et éditions Urban, RIDA*, 142, 1990, p. 301, note P. SIRINELLI, *J.D.I.*, 1989, p. 1005, obs. B. EDELMAN (un « contrat de nègre » valablement soumis au droit américain ne peut faire obstacle à l'exercice, par l'auteur, en France, de son droit moral de paternité, inaliénable selon la loi française, de surcroît qualifiée de loi de police).

¹¹⁰ En Belgique, ce sont la plupart des « droits à rémunération (équitable) » qui sont ainsi déclarés « inaliénables » (droit de suite, rémunération pour copie privée, rémunération équitable des artistes-interprètes...) ; en Allemagne, l'analyse moniste du droit d'auteur, majoritaire, exclut toute possibilité de cession, le droit ne pouvant faire l'objet que de licences limitées (« nutzungsrechte »).

¹¹¹ Cf. *supra*, chapitre II, section 1, où a été évoquée la controverse relative au jeu éventuel, en la matière, de la loi du pays d'origine de l'œuvre.

¹¹² Voy., par exemple Liège, 16 mars 1999, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 392 ; Bruxelles, 8 octobre 2001, *A.M.*, 2002, p. 344. Si l'appréciation de la validité du contrat échappe en tout état de cause à la *lex loci protectionis*, des distinctions doivent être opérées, s'agissant de la détermination de la loi applicable, selon que la contestation est fondée sur des motifs de fond (tel un vice du consentement) ou de forme : cf. *infra*.

¹¹³ Cf. E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n° 81, pp. 64-65. En droit belge, on songe notamment à la règle de l'interprétation stricte édictée par l'article XI.167, § 1^{er}, alinéa 3, CDE ; sur la possibilité d'appliquer celle-ci à titre de loi de police, nonobstant la soumission du contrat à une loi étrangère, cf. *infra*, section 3.

¹¹⁴ La prescription de l'action contractuelle sera aussi soumise à la *lex contractus*, au contraire de la prescription de l'action en contrefaçon. Voy., par exemple, dans le cadre d'une licence de marque, Bruxelles, 30 octobre 1980, *Ing.-Cons.*, p. 30.

breuses législations sur le droit d'auteur et les droits voisins¹¹⁵ ? À notre avis, mais nous admettons que la nuance est subtile, il conviendrait de distinguer selon qu'il s'agit d'une simple présomption de cession¹¹⁶, d'une véritable attribution originaire du droit d'auteur à la personne qui a financé la création¹¹⁷ ou, encore, d'un mandat *ad litem* destiné à faciliter les poursuites en justice. Le premier mécanisme relève, sans doute¹¹⁸, de la *lex contractus*¹¹⁹, et plus particulièrement de la loi applicable au contrat de travail¹²⁰; le second, en l'absence d'une règle de conflit spécifique renvoyant à la loi du pays d'origine, ne pourra produire ses effets que dans la mesure où la protection est demandée pour le pays dont la loi contient ledit mécanisme, d'autres dispositifs (légaux ou contractuels) pouvant, bien entendu, être invoqués pour ce qui concerne les autres territoires éventuellement concernés par l'action; enfin, un mécanisme dont l'application serait éventuellement limitée aux poursuites en contrefaçon devrait plutôt être rattaché à la *lex fori*¹²¹.

La *forme du contrat* relève du statut contractuel, et ce, que les formalités considérées soient imposées *ad validitatem* ou *ad probationem* (cf., par exemple, l'art. XI.167, § 1^{er}, al. 3, CDE)¹²²;

¹¹⁵ Sur ce point, voy. aussi H. HAOUIDEC, *op. cit.*, pp. 139-141; J. GINSBURG, « La loi applicable à la titularité du droit d'auteur dans les rapports entre l'auteur et le propriétaire de son support », *op. cit.*, spéc. pp. 614 et s.

¹¹⁶ De telles présomptions, réfragables, de cession sont prévues par la législation belge en faveur de l'employeur, en matière de bases de données (ce qui permet de rassembler sur la tête du producteur à la fois le droit d'auteur sur la structure de la base et le droit *sui generis* sur contenu) et de programmes d'ordinateur

¹¹⁷ On songe bien évidemment à la célèbre conception américaine des « works made for hire » et de son pendant français qu'est l'*œuvre collective*, dont les œuvres cinématographiques constituent, dans un cas comme dans l'autre, le terrain de prédilection (sur ce terrain, il faut aussi avoir égard à l'art. 14bis de la Convention de Berne, qui, à vrai dire, se limite, pour l'essentiel, à réserver l'approche respective de chaque ordre juridique). Mais un semblable mécanisme existe aussi en droit belge, à l'égard des *dessins et modèles* créés soit par un ouvrier ou un employé dans l'exercice de son emploi, soit sur commande en vue d'une utilisation commerciale ou industrielle du produit dans lequel le dessin ou modèle est incorporé; l'employeur, dans le premier cas, celui qui a passé la commande, dans le second, est « considéré, sauf stipulation contraire, comme créateur » (art. 3.8 CBPI), en ce compris pour la détermination du titulaire du droit d'auteur (art. 3.29): cf. C.J. Benelux, arrêt du 27 juin 2007, n° A 2006/3/13, *Electrolux Home Products c. Sofam*; Bruxelles, 30 septembre 1994, *Chantal Thomass, Ing.-Cons.*, 1994, p. 302.

¹¹⁸ Comp. B. DOCQUIR, « La titularité du droit d'auteur – Étude de conflits de lois », *op. cit.*, n° 71.

¹¹⁹ Les présomptions de cession reviennent, en réalité, à un renversement de la charge de la preuve: c'est à l'employé à prouver que les droits sont restés dans son chef plutôt qu'à l'employeur à établir qu'il les a acquis de ce dernier. Or, selon l'article 18, § 1^{er}, du règlement Rome I, « la loi régissant l'obligation contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve ».

¹²⁰ La règle de droit belge selon laquelle, en l'absence de clause contraire, les droits patrimoniaux sont présumés cédés à l'employeur, en cas de création salariée d'un programme d'ordinateur ou d'une base de données, peut, en effet, être comprise comme indiquant la volonté présumée des parties; elle relève donc de l'*interprétation* du contrat de travail. Le lieu de l'exécution habituelle des prestations de travail paraît approprié comme rattachement objectif (cf. *infra*) et il semble légitime que ce mécanisme, comme d'ailleurs la clause contraire éventuelle, produise leurs effets aussi bien entre parties qu'à l'égard d'un tiers contrefacteur.

¹²¹ On pourrait éventuellement ranger dans cette catégorie les présomptions édictées, d'une part, aux articles XI.170, alinéa 2, 205, § 2, 209, § 2, et 215, § 2, du CDE, en faveur de celui dont le nom ou le sigle apparaît sur l'œuvre, la prestation, d'autre part, à l'article XI.170, alinéa 3, du même Code (anc. art. 6, al. 3, LDA), en faveur de l'éditeur d'œuvres anonymes ou pseudonymes. Pour une application de la première présomption dans le cadre de poursuites intentées en Belgique par une société de droit finlandais, au nom du principe d'assimilation consacré par l'article 4.1 (aujourd'hui 5.1) de la Convention de Berne (et donc, fût-ce implicitement, par application de la *lex fori*), voy. Bruxelles, 10 octobre 1997, précité; pour une application de la seconde présomption, (apparemment) au titre de *lex loci protectionis*, dans le cadre d'une action en contrefaçon intentée en Belgique par un titulaire néerlandais ayant acquis ses droits en vertu d'un contrat soumis au droit néerlandais, voy. Civ. Liège, 30 avril 1999, et Liège, 18 janvier 2001, précités.

¹²² Pour une appréciation relative à la forme d'une cession de droits d'auteur à la lumière de la loi contractuelle, voy. Bruxelles, 30 septembre 1994, *Chantal Thomass*, précité.

mais les conditions de son *opposabilité aux tiers*, de même que la question de savoir si le cocontractant de l'auteur a *qualité pour agir en justice* contre les tiers qui porteraient atteinte au droit exclusif, sont du ressort de la *lex loci protectionis*¹²³.

Section 2

Détermination de la *lex contractus*

Conformément à la pratique judiciaire qui s'est établie en Belgique et en France au cours du siècle dernier¹²⁴, le règlement Rome I consacre la liberté des parties dans la détermination du droit applicable à leurs conventions (« loi d'autonomie »). En vertu de l'article 3, § 1^{er} – et sous certaines réserves que l'on abordera plus loin –, « le contrat est régi par la loi choisie par les parties », étant entendu que ce choix doit être exprès ou « résult[er] de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »¹²⁵.

À défaut d'un tel choix, l'article 4 du règlement prévoit un système de rattachement fondé sur des critères objectifs ; il ne s'agit donc pas de reconstituer une volonté hypothétique des parties (approche dite « subjective »). En premier lieu, un rattachement concret est prévu à l'entour de huit types de contrats particuliers (art. 4, § 1^{er}). Parmi ceux-ci ne figurent toutefois pas, en tant que tels, les contrats typiques de la propriété littéraire et artistique (contrat d'édition, de représentation, de production audiovisuelle, etc.) ou, plus généralement, de la propriété intellectuelle (cession¹²⁶, licence¹²⁷)¹²⁸. Le

¹²³ Cf. E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n^{os} 71-72. Du côté de la jurisprudence belge, voy. Civ. Bruxelles, 6 octobre 1995, précité (aff. *Eames*) ; Liège, 16 mars 1999, précité (aff. *C&A*) ; comp. Bruxelles, 30 septembre 1994, précité (aff. *Chantal Thomass*). Notons qu'en Belgique, les contrats relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins sont opposables aux tiers de plein droit, du seul fait de leur conclusion, sauf contestation relative à la date de l'acte (art. 1328 C. civ.). L'exigence d'une inscription dans un registre *ad hoc*, qui peut exister sous d'autres latitudes, ne saurait certainement faire obstacle à des poursuites intentées en Belgique, quelle que soit la loi applicable au contrat. Par ailleurs, l'action en cessation est accueillie très largement puisqu'elle appartient à « tout intéressé ».

¹²⁴ Sur le caractère relativement tardif de l'admission de la loi d'autonomie dans ces pays, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n^{os} 14.37 à -14.39, pp. 796 et s.

¹²⁵ On observe qu'il n'y a guère d'unanimité sur les circonstances qui impliqueraient de manière tacite, mais certaine, un choix de loi. Ont tendance à être rejetés à ce titre : la clause d'élection de for, le lieu de conclusion du contrat, la nationalité ou le domicile des parties. La référence à des dispositions légales est parfois, mais pas automatiquement, jugée déterminante (pour une application positive, en matière de droit d'auteur, voy. Civ. Liège, 30 avril 1999, et Liège, 18 janvier 2001, précité [aff. *SABAM c. Hôtel des ventes mosan*]). Sans doute, la présomption la moins susceptible de discussion est-elle celle qui est déduite de la circonstance que la convention envisagée a été conclue en exécution d'un premier contrat (cadre) qui contient, lui, une clause expresse de droit applicable.

¹²⁶ Une cession de droits intellectuels peut certes être qualifiée de vente, lorsqu'elle a lieu à titre onéreux. Cependant, la vente en question ne porte pas sur des « biens » au sens de l'article 4 du règlement, cette expression renvoyant, en réalité, à celle de « marchandises », autrement dit de meubles *corporels*. Seule la vente du *corpus mechanicum* – par exemple, d'une statue ou d'un tableau – par l'auteur tombera, à strictement parler, sous le coup de l'article 4, § 1^{er}, sous a).

¹²⁷ S'il n'est certainement pas exclu que certains contrats intervenant dans l'orbe de la propriété littéraire et artistique soient qualifiés de contrats de service – et emportent, partant, l'application de la loi du lieu de la résidence du prestataire –, il faut souligner que ne relève pas de cette catégorie la simple licence d'exploitation, donnant naissance essentiellement à une obligation de *non facere* : cf. C.J.U.E., arrêt du 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.*, 2009, p. I-3327, ECLI:EU:C:2009:257.

¹²⁸ La proposition de règlement établie par la Commission prévoyait un rattachement spécifique en ce qui concerne « le contrat portant sur la propriété intellectuelle ou industrielle », qui aurait été régi automatiquement par « la loi du pays dans lequel celui qui transfère ou concède ses droits a sa résidence habituelle » (proposition du 15 décembre 2005, COM/2005/0650 final – COD 2005/0261, art. 4.1 [f]). Cette règle de conflit a toutefois été

plus souvent, il faudra donc se référer à la présomption générale inscrite à l'alinéa 2 de l'article 4, selon laquelle le contrat est régi par « la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle »¹²⁹.

On considère généralement que l'*obligation d'exploiter*, autrement dit d'assurer la diffusion d'une œuvre (ou d'une interprétation), doit être tenue pour caractéristique, par opposition à celle qui consiste, pour l'auteur (ou l'artiste), à autoriser cette exploitation¹³⁰; c'est ainsi qu'en l'absence de clause de droit applicable, un contrat d'édition sera régi par la loi du pays où l'éditeur a son siège¹³¹ (autrement dit, s'agissant le plus souvent d'une personne morale, son administration centrale¹³²); le contrat entre l'au-

abandonnée au cours du processus d'adoption, sans doute en raison des critiques dont elle avait fait l'objet de la part du groupe « CLIP » (cf. *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (« Rome I ») of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs' Draft Report on the Proposal of August 22, 2006*, accessible en ligne à l'adresse http://www.cl-ip.eu/_www/files/pdf2/clip-rome-i-comment-04-01-20062.pdf; sur l'évolution du texte de l'article 4 de la proposition de règlement, voy. aussi P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n^{os} 19-20). Les experts, M. Torremans en tête, avaient fait observer, notamment, qu'il est parfois difficile de distinguer un contrat de franchise d'un contrat de licence, et qu'une cession ou une licence de droits intellectuels peut être prévue à titre accessoire dans bien d'autres contrats (recherche et développement, distribution, etc.). Ces observations sont exactes, et le contrat de franchise contient, pour ainsi dire par nature, une licence, portant sur des signes distinctifs (nom commercial, enseigne, marque) et, dans une mesure variable, du savoir-faire (cf. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2015, partie III, titre II); il est vrai aussi qu'on eût fait face, en cas d'adoption du rattachement objectif proposé, à un conflit de règles dès lors que le contrat de franchise est régi par la loi du franchisé, qui est aussi « preneur », et non donneur, de licence. Néanmoins, nous croyons qu'il n'était pas impossible, comme le suggérait le groupe CLIP à titre subsidiaire, d'exprimer une préférence en faveur de la règle spécifique prévue pour le contrat de franchise lorsque la licence n'est qu'un élément d'un tel contrat ou, plus généralement, de réserver le rattachement spécifique à la propriété intellectuelle aux contrats dont l'objet principal est de céder ou concéder (avec ou sans obligation d'exploiter) des droits de cette nature. Le rattachement de tels contrats au lieu d'établissement du cédant ou concédant eût facilité grandement la détermination du droit applicable et, partant, augmenté la sécurité juridique, en obviant aux discussions relatives à l'obligation d'exploiter ou à d'autres éléments d'identification de la « prestation caractéristique » des contrats concernés (cf. *infra*); elle eût aussi été plus favorable aux ayants droit.

¹²⁹ Comme le souligne M. Jafferali, ce rattachement ne vise pas le lieu d'exécution de l'obligation – comme il en va dans la règle de compétence (juridictionnelle) spéciale énoncée à l'article 7, § 1^{er}, du règlement Bruxelles Ibis –, mais le lieu où réside le débiteur de cette obligation (R. JAFFERALI, « Actualité jurisprudentielle dans le domaine de la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (200-2012) », in *Actualités en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 135 et s., n^o 6, p. 143).

¹³⁰ E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n^o 75, pp. 70-71, et n^o 77, pp. 62-64; Th. DREIER, rapport in *Le droit d'auteur en cyberspace*, *op. cit.*, p. 301; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 799; P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n^o 64. Le professeur Torremans estime qu'il devrait en aller de même en présence d'une « expectative » d'exploitation de la part de l'ayant droit (« exploitatieverwachting »), notamment lorsque le caractère obligatoire de cette exploitation, dans le chef du professionnel, est précisément l'objet du litige (*op. cit.*, n^o 65). En tout cas, il faut observer que l'importance accordée à l'obligation, voire à l'expectative, d'exploitation vide assez largement de son contenu le (soi-disant) principe (« point de départ », « uitgangspunt », pour reprendre les termes de la doctrine précitée) selon lequel l'obligation caractéristique des contrats relatifs à la propriété intellectuelle serait celle de l'auteur, artiste, ou producteur... Il en résulte aussi que, s'agissant à tout le moins des œuvres et prestations achevées au moment de la conclusion du contrat (sur cette précision, cf. *infra*), c'est lorsque le (con)cédant a le plus besoin d'être protégé – dans le cadre d'un véritable contrat d'exploitation – qu'il ne peut compter sur la loi, supposée favorable, du territoire où il réside... Il est vrai, toutefois, que l'approche du rattachement par la prestation caractéristique n'a pas pour but de protéger les parties en situation de faiblesse économique... Cet objectif est poursuivi par d'autres mécanismes, dont nous allons bientôt discuter l'application en l'espèce.

¹³¹ Cf., notamment, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 799; P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n^{os} 64-67; M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, pp. 369-380.

¹³² Selon l'article 19, § 1^{er}, du règlement Rome I, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale, tandis que la résidence habituelle d'une personne

teur d'une œuvre littéraire et le producteur qui s'engage à la porter à l'écran, par la loi du siège du producteur¹³³.

C'est, au contraire, dans le chef du créateur ou de l'artiste que se cristallise la prestation caractéristique lorsque l'œuvre ou l'interprétation *n'existe pas encore* au moment de la conclusion du contrat et que celui-ci emporte, précisément, l'obligation de la réaliser, et accessoirement seulement une (con)cession de droits devant permettre l'exploitation, par le cocontractant, du résultat dudit travail créatif¹³⁴ : c'est la figure du *contrat de commande* (droit d'auteur) ou du « contrat d'artiste » (contrat liant un artiste à un producteur, généralement moyennant exclusivité et pour une durée ou un nombre d'enregistrements déterminés). Ces conventions seront régies, à défaut de choix d'une autre loi¹³⁵, par le droit du pays où se situe la résidence principale du concédant qui loue, avant tout, son industrie.

À l'autre bout de la chaîne qui va du créateur au marché, le contrat par lequel un consommateur ou une entreprise obtient l'*autorisation d'utiliser* une œuvre (spécialement un programme d'ordinateur), ou un répertoire (musical), de la part du titulaire dérivé de droits exclusifs (éditeur, société de gestion, etc.) sera régi par la loi du lieu où ce dernier a son principal établissement (ou sa résidence habituelle) ; à défaut de toute obligation autre que pécuniaire dans le chef de l'utilisateur¹³⁶, l'obligation caractéristique de ces conventions – de simple licence – est celle de mise en jouissance, voire de pure abstention, qui est contractée par le concédant¹³⁷.

De même, l'*aliénation pure et simple* de droits – sans obligation d'exploiter à charge du cessionnaire – sera-t-elle régie par la loi du pays où réside le cédant, débiteur de l'obligation de *dare*¹³⁸.

On rappellera toutefois que la loi désignée par référence au lieu de résidence de la partie (présumée) débitrice de l'obligation caractéristique du contrat (art. 4, §§ 1^{er} et 2) peut éventuellement faire place à celle du lieu avec lequel le contrat présente des liens « manifestement plus étroits »¹³⁹ (art. 4, § 3) – il y a écartement de la première règle – ou « les liens les plus étroits » (art. 4, § 4) – il est suppléé à la première règle, qui ne permet pas de déterminer le droit applicable. L'éviction de la loi du pays de résidence au profit

physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal.

¹³³ Rapp. M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n^{os} 349-350.

¹³⁴ En ce sens, voy. surtout M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, spéc. n^{os} 329 et 357.

¹³⁵ Il est vrai, cependant, que, dans la plupart des hypothèses ici envisagées, l'exploitant professionnel (producteur) aura veillé à inclure dans le contrat une clause de droit applicable renvoyant à la législation du lieu où il est établi...

¹³⁶ Il est communément admis que la partie qui ne supporte qu'une obligation de paiement (au sens courant du terme) n'est pas celle qui fournit la prestation caractéristique : cf. notamment M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.C.E.*, C 282, 31 octobre 1980, p. 20.

¹³⁷ Rapp. E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n^o 78, p. 64 ; P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n^o 63.

¹³⁸ Rapp. article 4, § 1^{er}, a), relatif à la vente de biens. En ce sens également, E. ULMER, *op. cit.*, n^o 76, p. 62 ; P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, évoquant l'exemple d'une cession de droits entre sociétés de production.

¹³⁹ Sur la nécessité d'interpréter ce critère de façon stricte, voy. C.J.U.E., 6 octobre 2009, C-133/08 (*ICF*). Cet arrêt, qui invite à interpréter strictement la dérogation au rattachement au lieu de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique prévue à l'époque par l'article 4, § 5, de la Convention de Rome, nous semble garder toute sa pertinence sous l'empire du règlement Rome I.

de la « loi de proximité » pourrait, par exemple, intervenir lorsqu'un contrat d'édition est conclu dans le pays de l'auteur pour une diffusion dans ce même pays, mais avec un éditeur établi à l'étranger¹⁴⁰. Le rattachement subsidiaire devra être utilisé, notamment, lorsque les prestations mises à charge de chacune des parties sont de même nature, par exemple dans un contrat de coproduction¹⁴¹ ou entre coauteurs¹⁴². Il faudra alors mettre en balance, à la manière d'un apothicaire, les différents paramètres de la situation contractuelle. Dans cet exercice, il est souhaitable d'accorder un poids particulier au lieu de l'exploitation de l'œuvre (si tant est que celui-ci renvoie à un territoire national unique); ce rattachement présente, en effet, l'avantage d'unifier le droit applicable aux aspects contractuels et réels de la situation¹⁴³.

L'article 10 du règlement Rome I prévoit aussi des règles particulières en ce qui concerne l'appréciation de la validité au fond du contrat et, plus spécialement, du *consentement*¹⁴⁴. Il nous semble que l'auteur qui a sa résidence principale en Belgique pourrait éventuellement se prévaloir du paragraphe 2 de cette disposition pour échapper à l'application d'une loi étrangère, désignée par les règles de conflit exposées dans les lignes qui précèdent, qui déduirait la cession des droits d'exploitation, voire la renonciation à certains attributs moraux, du seul fait de la remise du support matériel de l'œuvre à l'acquéreur¹⁴⁵.

En ce qui concerne, enfin, *la forme* des actes juridiques, on sait que l'article 11 du règlement Rome I, conformément à la tradition en droit international privé, retient une approche favorable à la validité, en renvoyant tout à la fois à la *lex contractus*, déterminée

¹⁴⁰ Pour une application, en droit d'auteur, sous l'empire de la Convention de Rome du 19 juin 1980, du rattachement de proximité, voy. Bruxelles, 8 octobre 2001, A.M., 2002, p. 344 (cession en France, entre sociétés françaises, des droits sur un modèle de réverbère, prétendument contrefait en Belgique; application du droit français aux aspects contractuels).

¹⁴¹ Sur les difficultés afférentes à la situation de coproduction en matière audiovisuelle, voy. M. JOSSELINE-GALL, *op. cit.*, n^{os} 343 à 356, pp. 412 et s.

¹⁴² Rappr. E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n^o 79, p. 64 (publication d'un recueil de poèmes ou de nouvelles: rattachement au lieu du siège de l'éditeur).

¹⁴³ Cf. P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n^{os} 67-68 et n^o 74; voy., déjà, R. PLAISANT, « L'exploitation du droit d'auteur et les conflits de lois », *op. cit.*, p. 95. Cette préférence ne pourra, bien entendu, être retenue lorsque, comme il en va souvent, les droits sont (possiblement) cédés pour tous pays. Dans ce dernier cas, en présence d'une œuvre de collaboration faisant intervenir des auteurs établis en des pays différents, la doctrine majoritaire suggère un rattachement au lieu de résidence de l'exploitant: cf. P. TORREMANS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*; M. WALTER, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁴ L'article 10 dispose comme suit:

« 1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables.

2. Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1.»

¹⁴⁵ Cette règle, qui consiste à lier le sort de l'œuvre (*corpus mysticum*) à celui de la chose matérielle qui l'incorpore (*corpus mechanicum*), prévalait autrefois en France et en Belgique tout autant qu'aux États-Unis (du moins dans l'État de New York). Elle a été abandonnée à des époques diverses dans ces juridictions, à la faveur d'une distinction plus claire entre les deux ordres de propriété, matérielle et intellectuelle, mais pourrait encore se rencontrer dans d'autres États. Pour une étude de la question sous l'angle du droit comparé et du droit international privé, voy. J. GINSBURG, « La loi applicable à la titularité du droit d'auteur dans les rapports entre l'auteur et le propriétaire de son support », *op. cit.*, pp. 607-614; concernant l'évolution en France et en Belgique, cf. B. VANBRABANT, « *Corpus mechanicum versus corpus mysticum*: des conflits entre l'auteur d'une œuvre et le propriétaire du support », *Rev. Dr. Ulg.*, 2005, pp. 491 et s., spéc. pp. 539-541.

comme précisé ci-dessus, et à la règle *locus regit actum* (ou encore, dans le cas d'un contrat « entre absents », à la loi de la résidence principale de chacune des parties)¹⁴⁶. Il suffit que les formes imposées par l'une ou l'autre de ces lois soient remplies pour que le contrat soit valable en la forme¹⁴⁷. Par suite, l'exigence du droit belge selon laquelle les contrats se prouvent par écrit à l'égard de l'auteur pourrait ne pas profiter à ce dernier si, bien que conclue en Belgique, la convention contient une clause désignant comme applicable une loi où prévaut un système de liberté des preuves.

Section 3

Éviction de la *lex contractus*

Une des principales innovations de la loi belge du 30 juin 1994 (récemment codifiée) consistait dans l'instauration de *règles impératives* destinées à protéger le créateur (et, dans une moindre mesure, l'artiste-interprète¹⁴⁸) dans les rapports contractuels qu'il est appelé à nouer en vue de l'exploitation de son œuvre, et ce, en considération de la situation d'*infériorité économique* dans laquelle il se trouve, le plus souvent, par rapport à l'exploitant. Ces règles, déposées à l'article 3 de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins (actuel art. XI.167 CDE), sont assouplies lorsque l'exploitation intervient en exécution d'un contrat de travail ou est le fait d'un agent statutaire (art. 3, § 3, LDA; XI.167, § 3, CDE), renforcées lorsqu'est en cause un contrat d'édition (art. XI.195-200 CDE) ou de représentation (art. XI.201-202 CDE).

La question se pose de savoir si ces règles protectrices peuvent être purement et simplement écartées par le choix¹⁴⁹ – en pratique imposé par l'exploitant cocontractant – d'un droit étranger qui ne connaît pas un tel système de protection contractuelle en matière littéraire et artistique. Bien que la législation d'un nombre croissant de pays, aux premiers rangs desquels l'Allemagne ou la France, comporte des mécanismes comparables, voire supérieurs, à ceux de la loi belge, la liberté contractuelle demeure, en revanche, entière dans bien d'autres ordres juridiques, y compris au sein de l'Union européenne (Royaume-Uni).

Si le règlement Rome I prévoit bien des règles de conflits particulières destinées à protéger les intérêts des consommateurs (art. 6) et des travailleurs (art. 8), on n'y trouve,

¹⁴⁶ Cf. article 11 du règlement de Rome:

« 1. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là. »

¹⁴⁷ Dans la jurisprudence française, l'acte de naissance de ce rattachement alternatif *in favorem* concernait, précisément, une affaire relative à la cession de droits d'auteur (sur le film *Le Kid*) sous la forme d'un « assignment of copyright » signé uniquement par le cédant (Sir Charlie Chaplin): voy. Cass. (civ.), 28 mai 1963, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1964, p. 513, note Y. LOUSSOUARN, *J.D.I.*, 1963, p. 1004, note B. GOLDMAN, *J.C.P.*, 1963, II, n° 13347, note P. MALAURIE.

¹⁴⁸ Cf. article XI.202, § 2, CDE (anc. art. 35, § 2, LDA). Les observations qui suivent, concernant les règles protectrices de l'auteur, sont transposables, *mutatis mutandis*, aux contrats passés par les artistes-interprètes.

¹⁴⁹ Un risque semblable existe aussi, en l'absence de choix du droit applicable, lorsque la prestation caractéristique est due par l'exploitant: cf. *supra*.

en revanche, rien de semblable en faveur des auteurs ou des artistes-interprètes. En cas de création ou de prestation *salarisée*, l'auteur ou l'artiste pourra toutefois se prévaloir du système de protection de l'article 8 du règlement¹⁵⁰, qui garantit le bénéfice des dispositions impératives du pays « dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail »¹⁵¹. Il faut cependant observer que, dans cette hypothèse de travail en subordination, la protection offerte par la législation belge sur le droit d'auteur et les droits voisins est relâchée : lorsque la cession des droits est prévue par une clause expresse, la protection se limite en définitive à la règle d'interprétation stricte¹⁵²; la cession des droits à l'employeur est, en outre, présumée lorsque le travailleur est employé au développement de programmes d'ordinateur ou de bases de données, ou, encore, dans le domaine des arts appliqués ou du cinéma (mais non dans tout autre domaine, selon la loi belge).

Lorsque l'auteur ou l'artiste n'est pas dans les liens d'un contrat de travail – et ne peut dès lors se prévaloir de l'article 8 du règlement Rome I¹⁵³ – ou lorsqu'il exécute habituellement son travail en dehors de la Belgique, trois mécanismes généraux du droit international privé peuvent être envisagés pour assurer la protection de ses intérêts, nonobstant la désignation d'une loi qui n'y est pas favorable : la fraude à la loi, l'exception d'ordre public et les lois de police¹⁵⁴.

S'agissant de la *fraude à la loi*, il faut souligner en premier lieu que si les parties à un contrat d'exploitation soumettaient celui-ci à une loi étrangère – par exemple la loi américaine – alors que ledit contrat ne présente *aucun caractère international*¹⁵⁵, ce choix

¹⁵⁰ L'article 8 (« Contrats individuels de travail ») dispose :

« 1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.

4. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique. »

¹⁵¹ Cf. notamment M. JOSSELYN-GALL, *op. cit.*, n°s 333-342, pp. 404 et s.; P. TORREMANNS, « Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening », *op. cit.*, n° 64.

¹⁵² Cf. article XI.167, § 3, CDE. Il n'y a, en particulier, pas d'obligation de déterminer l'étendue et la durée de la cession pour chaque mode d'exploitation, ni d'obligation d'exploitation dans le chef de l'employeur.

¹⁵³ Sur la possibilité pour un créateur salarié travaillant aux États-Unis de se prévaloir des règles de l'article XI.167 CDE à titre de loi de police, voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n° 804, et nos observations *infra* concernant l'application desdites lois de police.

¹⁵⁴ Voy. aussi H. HAOUIDEG, *op. cit.*, pp. 149-159. Cet auteur évoque aussi la « clause d'exception » prévue par l'article 19 du Code D.I.P., estimant que celle-ci pourrait être invoquée, par le cocontractant de l'auteur, « lorsque les conditions imposées par la loi belge pour la cession de droits d'auteur n'ont pas été respectées, et que la situation ne présente qu'un lien très faible avec la Belgique » (*op. cit.*, p. 157). Cette observation part du postulat que les exigences prévues par l'article XI.167 CDE auraient vocation à s'appliquer au titre de la *lex loci protectionis*. Ce postulat nous semble inexact, la question relevant du statut contractuel. S'il est vrai que la disposition de droit belge envisagée pourrait éventuellement s'appliquer de manière impérative, c'est par le biais de la technique de la loi de police et par le biais de l'article 9, § 2, du règlement de Rome, et ce, uniquement en présence d'un lien suffisamment étroit avec le territoire du tribunal belge saisi (*cf. infra*).

¹⁵⁵ On évoque une situation d'extranéité « subjective » (par la volonté des parties).

ne permettrait pas d'échapper aux dispositions impératives de la loi belge. En effet, selon l'article 3, § 3, du règlement Rome I, «lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord». Nous pensons qu'une application généreuse de cette clause de sauvegarde serait justifiée dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins et que, par exemple, le seul fait que les droits cédés – par un auteur résidant en Belgique à un exploitant local – le soient «pour tous pays» ne suffit pas à conférer à la situation un caractère international ouvrant la porte à un choix de législation pleinement efficace.

De lege ferenda, il faut espérer qu'un socle minimal de protection, en matière de contrats d'auteur, pourra être défini à l'échelon européen. Une telle évolution législative permettrait aux ayants droit de profiter de la réplique de la clause de réserve précitée qui est prévue au paragraphe 4 de l'article 3¹⁵⁶ et, ainsi, de se prémunir contre l'application de droits de pays tiers qui ne protègent pas les intérêts de l'auteur dans la sphère contractuelle. Dans l'attente d'une telle harmonisation, la présence de ces clauses de réserve (art. 3, §§ 3 et 4, du règlement Rome I) aux conditions strictement délimitées rend difficile l'invocation de la «théorie de la fraude à la loi» du seul fait du choix, par les parties à un véritable contrat international, d'un droit étranger déterminé, même sans lien avec la situation factuelle. Cette théorie pourrait certes offrir un recours si un facteur de rattachement objectif – autrement dit distinct du choix de la *lex contractus* – était artificiellement créé en vue d'échapper aux dispositions contractuelles impératives du droit belge; force est toutefois de constater que la résidence de l'exploitant, dès lors qu'elle doit être principale et effective, se prête mal à une telle manipulation¹⁵⁷.

Le second instrument auquel il est permis de songer, pour écarter l'application de la loi désignée selon les articles 3 et 4 (voire 6) du règlement Rome I, est l'*exception d'ordre public international*, expressément réservée par l'article 21 (encore que dans d'étroites limites puisqu'elle suppose que l'application du droit étranger soit «manifestement incompatible» avec l'ordre public du for). Certains commentateurs se sont montrés dubitatifs à l'égard de l'application de cette exception dans le domaine du droit d'auteur¹⁵⁸, tandis que d'autres y sont assez favorables¹⁵⁹. À notre estime, le cercle des dispo-

¹⁵⁶ «Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for.» Pour un commentaire de cette disposition, qui constitue une des innovations les plus intéressantes du règlement Rome I, voy. notamment A. NUYTS, «Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I», *R.D.C.*, 2009, pp. 553 et s., n^{os} 19 et s.

¹⁵⁷ *Comp. Civ. Liège*, 30 avril 1999, et *Liège*, 18 janvier 2001, précités, où les juges liégeois constatent une fraude à la loi en vue d'échapper au droit de suite dû aux héritiers de James Ensor et Georges Collignon du fait de la vente publique d'œuvres de ces artistes (aff. *SABAM c. Hôtel des ventes mosan*). Dans cette affaire, le facteur de rattachement manipulé était le lieu de conclusion de la vente.

¹⁵⁸ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^o 800, note (57), et n^o 802; A. PUTTEMANS, «Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé», *op. cit.*, n^o 21.

¹⁵⁹ Cf., par exemple P. SIRINELLI, note sous Paris, 1^{er} février 1989, *RIDA*, vol. 142, 1990, pp. 307 et s.; comp. J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n^{os} 371 et s.; M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n^o 366 (sans être réellement favorables à une application de l'exception d'ordre public, ces deux auteurs l'estiment toutefois moins dommageable que l'application de la loi du for à titre de loi de police). À noter que l'Exposé des motifs du Code D.I.P. donne comme exemples de règles suscep-

sitions pouvant être considérées comme relevant de l'ordre public international est plus étroit que celui formé par les « lois de police », dont il sera question ci-après. Il nous paraît difficile, de prime abord, d'y inclure les dispositions inscrites à l'article XI.167 du CDE dont l'objet est de protéger des intérêts privés, de nature essentiellement patrimoniale. En revanche, l'application d'une loi étrangère qui permettrait une renonciation à des droits moraux d'une portée particulièrement grave¹⁶⁰ ou la conclusion d'un engagement relatif à des œuvres futures mettant en péril la liberté de création d'un auteur, pourrait être écartée sur le fondement de cette exception¹⁶¹.

Quoi qu'il en soit, c'est la troisième technique, celle des *lois de police*, qui a le plus retenu l'attention de la doctrine dans la matière ici examinée¹⁶².

Contrairement à ce qui a pu être suggéré par des commentateurs autorisés, il nous semble que c'est bien à titre de loi de police *du for*, dont l'application « immédiate »¹⁶³ est réservée par l'article 9, § 2, du règlement Rome I¹⁶⁴ (et par l'art. 7.2 de la Convention de Rome), que les dispositions impératives de droit belge protégeant l'auteur en matière contractuelle pourraient trouver à s'appliquer nonobstant le choix, ou la désignation objective, d'un droit étranger pour régir le contrat d'exploitation¹⁶⁵.

tibles de justifier la mise en œuvre de l'exception d'ordre public « l'indisponibilité du droit moral ou le privilège réservé à une personne physique d'être titulaire d'un droit d'auteur » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extra. 2003, n° 3-27/1, p. 120). Le second point est, en tout cas, tout à fait douteux, puisque la loi belge admet – et présume même parfois – la cession des droits patrimoniaux à une personne morale et, dans un cas au moins, prévoit même une fiction réputant « créateur » un employeur ou un commanditaire (*cf. supra*).

¹⁶⁰ S'agissant du droit moral, le professeur Plaisant suggérait déjà de distinguer le noyau dur de celui-ci, consacré par l'article 6bis de la Convention de Berne et caractérisé par l'atteinte à la réputation et à l'honneur de l'auteur, des prérogatives plus étendues garanties par la loi française (et la loi belge, dans une moindre mesure) : *cf.* R. PLAISANT, « L'exploitation du droit d'auteur et les conflits de lois », *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁶¹ Pour une illustration dans la jurisprudence française, voy. Paris, 1^{er} février 1989, *Anne Bragance c. Michèle de Grèce et éditions Orban*, RIDA, 142, 1990, p. 301, note P. SIRINELLI, *J.D.I.*, 1989, p. 1005, obs. B. EDELMAN (contrat dit « de nègre » soumis à la loi américaine : validité de la cession globale des droits patrimoniaux contre une somme forfaitaire, mais non de la renonciation définitive au droit de paternité).

¹⁶² De manière générale, la doctrine observe du reste un « phénomène de symbiose » entre l'exception d'ordre public et les lois de police, sinon sur le plan technique, du moins quant aux préoccupations auxquelles elles répondent (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 7.42, p. 313). Il est d'ailleurs fréquent que le législateur consacre, par la technique de la règle d'application immédiate (loi de police), la protection d'un intérêt supérieur assurée dans un premier temps par la jurisprudence à travers le recours systématique à l'exception d'ordre public ; le stade ultime de la protection consistant à bilatéraliser le rattachement en l'élevant au statut de règle de conflit impérative (*ibid.*, prenant l'exemple de la protection des intérêts des salariés dans le contrat de travail individuel).

¹⁶³ L'application est « immédiate » en ce sens qu'elle n'intervient pas par le *medium* d'une règle de conflit de lois « bilatérale » ; c'est l'auteur de la norme impérative qui décide, unilatéralement, que celle-ci doit être appliquée à la situation matérielle qu'il vise quelle que soit la loi applicable en vertu des règles ordinaires du droit international privé : voy. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1961, pp. 309 et s.

¹⁶⁴ Aux termes de l'article 9, § 2, « les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ». Comp. le paragraphe 3, disposant qu'« il pourra également être donné effet aux lois de police du pays (étranger, selon l'interprétation quasi unanime de cette disposition) 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 ».

¹⁶⁵ Comp. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n°s 800-803, admettant l'application de l'article 7, § 1^{er}, de la Convention de Rome – pourtant généralement compris comme visant, nonobstant son libellé général, les lois de police étrangères – et rejetant l'application de l'article 7, § 2 (lois de police du for) au motif qu'il s'agirait d'un mécanisme « beaucoup plus exceptionnel ». Par ailleurs, l'application de l'article 7, § 1^{er}, est préconisée par ces auteurs pour garantir l'application des dispositions impératives de droit belge relatives au droit moral, au droit de suite

Une objection au recours à ce mécanisme peut être déduite de la définition substantielle, et de prime abord assez restrictive, qui a été donnée à la notion de loi de police à l'occasion de l'adoption du règlement Rome I¹⁶⁶ : il s'agit d'« une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». De façon générale, certains commentateurs ont soutenu que cette définition fermait la porte à la protection d'intérêts privés par la technique des lois de police¹⁶⁷, admise par les tribunaux de plusieurs États contractants sous l'empire de la Convention de Rome¹⁶⁸. Cette interprétation nous paraît toutefois contestable¹⁶⁹, et nous pensons que la politique de soutien aux auteurs et aux artistes poursuit un but de politique sociale et économique justifiant qu'il ne soit pas permis de priver de cette protection leurs bénéficiaires par un simple choix de droit applicable¹⁷⁰, qui risque en fait d'être imposé par l'exploitant en situation de force lors de la négociation des conditions d'exploitation.

Une autre objection à l'application de l'article 9, § 2, du règlement Rome I pourrait être prise de ce que la volonté du législateur de garantir l'application des règles contractuelles en faveur des auteurs nonobstant le choix d'un droit étranger n'est *pas explicite* ; les dispositions de droit belge envisagées ne définissent pas elles-mêmes leur champ d'application spatial, comme c'est le cas d'autres règles reconnues, dans d'autres secteurs du droit économique, comme étant d'application immédiate¹⁷¹. Il faut, en tout

et au droit à rémunération équitable, ainsi que celles, tout aussi impératives, mais cette fois au bénéfice des utilisateurs, qui concernent les exceptions aux droits exclusifs. À notre estime, il n'est pourtant pas nécessaire, pour garantir à l'auteur, à l'artiste ou aux utilisateurs la jouissance, en Belgique, desdits droits et exceptions, de passer par l'article 7 (aujourd'hui l'article 9 du règlement Rome I), car ces questions échappent au domaine de la loi contractuelle et relèvent de la *lex loci protectionis*, qui non seulement consacre ces prérogatives, mais leur attache un caractère d'indisponibilité (cf. *supra*).

¹⁶⁶ Sur l'évolution d'une définition purement fonctionnelle, dans la Convention de Rome, vers une définition à la fois substantielle et fonctionnelle, voy. notamment A. NUYS, « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, n° 7.

¹⁶⁷ Voy M.-E. ANCEL, « Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles est enfin adopté », *Comm. Comm. éle.*, juillet-août 2008, n° 83, p. 2. L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.*, 2008, pp. 2165 et s., spéc. p. 2167 ; M. WILDERSPIN, « The Rome I regulation: communautarisation and modernization of the Rome Convention », *ERA Forum*, 2008, pp. 259 et s., spéc. p. 272 ; D. ARCHER, « Actua-lités sur le droit international privé communautaire des contrats de consommation », *Petites Aff.*, 16 septembre 2008, n° 186, pp. 4 et s., spéc. p. 6.

¹⁶⁸ Cf. notamment A. NUYS, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) (suite) », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1999, pp. 31-74 et pp. 245-265.

¹⁶⁹ Voy. P. WAUTELET, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 45 ; A. BONOMI, « Over-riding mandatory provisions in the Rome I regulation on the law applicable to contracts », *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 285 et s., spéc. p. 291 ; A. NUYS, *op. cit.*, n° 12.

¹⁷⁰ Voy., déjà, E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, étude précitée, n° 82, favorable (avant l'adoption de la Convention de Rome) à l'application des dispositions impératives protégeant l'auteur, partie faible, nonobstant le choix d'une loi étrangère.

¹⁷¹ Cf., par exemple la formule des articles X.25 (agence commerciale), X.33 (information précontractuelle dans les accords de franchise) et X.39 (concession exclusive de vente) du CDE. L'article X.33 dispose, par exemple, que « la phase précontractuelle de l'accord de partenariat commercial relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges, lorsque la personne qui reçoit le droit exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord principalement en Belgique » (nous soulignons). On observera toutefois que d'autres dispositions impératives ont été reconnues comme étant d'application immédiate par la jurisprudence nonobstant le silence, à ce sujet, du texte légal.

cas, admettre qu'il ne serait pas justifié de procéder à cette application à *tout contrat* donnant lieu à un contentieux soumis au juge belge¹⁷²; par exemple, si un éditeur américain a contracté aux États-Unis avec un auteur belge qui souhaite faire publier une traduction d'un de ses ouvrages, il ne serait pas justifié que le juge belge, saisi d'un différend, fasse application des règles contenues à l'article XI.167 du CDE nonobstant la désignation explicite du droit de l'État de l'éditeur. Si les règles contenues dans cette disposition devaient s'appliquer à titre de loi de police du for, à tout le moins faudrait-il subordonner cette application immédiate à l'existence d'une *proximité étroite* de la situation avec notre pays¹⁷³. À cet égard, il serait peut-être souhaitable que le législateur belge ajoute, dans le livre XI du CDE, une disposition relative au domaine d'application, dans l'espace, des règles envisagées.

Dans l'attente d'une telle évolution, indicative d'une volonté politique non équivoque, nous demeurons réservé quant à la possibilité d'une application à titre de loi de police des règles impératives relatives à la *preuve*¹⁷⁴, à l'*interprétation*¹⁷⁵, à la *détermination de l'objet*¹⁷⁶ et à l'*exécution*¹⁷⁷ des contrats d'exploitation¹⁷⁸. La règle de l'article XI.167, § 2 – expressément prescrite à peine de nullité –, qui limite la possibilité de céder les droits

¹⁷² En ce sens, cf. F. DE VISSCHER ET B. MICHAUX, *op. cit.*, n° 801. Ces auteurs déduisent de cette observation – à notre sens, un peu rapidement – qu'il faut écarter le jeu de l'article 7, § 2, de la Convention de Rome (lois de police du for).

¹⁷³ Telle est la position de la doctrine majoritaire en Allemagne: dès lors que la situation présente un lien étroit avec l'Allemagne, il y a lieu, selon cette doctrine, de faire application des principales règles impératives du *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*: nullité des concessions relatives à des modes d'exploitation futurs, interprétation restrictive en fonction du but poursuivi par l'exploitant au moment de la concession, clause de succès, droit de résilier les contrats relatifs à des œuvres futures ou en cas d'inexploitation...: cf. Th. DREIER, rapport allemand in *Le droit d'auteur en cyberspace*, *op. cit.*, pp. 301-302.

¹⁷⁴ Article XI.167, § 1^{er}, alinéa 2, CDE: « À l'égard de l'auteur, tous les contrats se prouvent par écrit. »

¹⁷⁵ Article XI.167, § 1^{er}, alinéa 3, CDE: « Les dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation. La cession de l'objet qui incorpore une œuvre n'emporte pas le droit d'exploiter celle-ci; l'auteur aura accès à son œuvre dans une mesure raisonnable pour l'exercice de ses droits patrimoniaux. » Sur l'inopportunité d'appliquer comme loi de police une directive légale d'interprétation, voy. aussi M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 377.

¹⁷⁶ Article XI.167, § 1^{er}, alinéa 4, CDE: « Pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminées expressément. » Pour un rejet de l'exception d'ordre public international à l'égard d'un contrat stipulant une cession globale des droits d'exploitation moyennant une rémunération forfaitaire, interdite par le droit d'auteur français, voy. Lyon, 16 mars 1989 (*Mouminoux*), *RIDA*, avril 1990 (n° 144), p. 227.

¹⁷⁷ Article XI.167, § 1^{er}, alinéa 5, CDE: « Le cessionnaire est tenu d'assurer l'exploitation de l'œuvre conformément aux usages honnêtes de la profession. » Voy. aussi, pour le contrat d'édition, l'article XI.196, § 1^{er}: « L'éditeur doit produire ou faire produire les exemplaires de l'œuvre dans le délai convenu. À défaut d'avoir été fixé par contrat, ce délai sera déterminé conformément aux usages honnêtes de la profession. Si l'éditeur ne satisfait pas à son obligation dans les délais définis ci-avant sans pouvoir justifier d'une excuse légitime, l'auteur pourra reprendre ses droits cédés, après une mise en demeure, adressée par envoi recommandé avec accusé de réception, et restée sans effet pendant six mois. » À propos de l'application comme loi de police de dispositions relatives à l'obligation d'exploiter, voy. aussi M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n° 376.

¹⁷⁸ *Idem* pour les dispositions particulières relatives à la rémunération de l'auteur dans les contrats d'édition et de représentation: non seulement la règle, purement supplétive, qui a trait à la rémunération proportionnelle, mais aussi la clause dite de succès (art. XI.196, § 2, al. 2: si l'auteur a cédé à l'éditeur les droits d'édition à de telles conditions que, compte tenu du succès de l'œuvre, la rémunération forfaitaire convenue se trouve manifestement disproportionnée par rapport au profit tiré de l'exploitation de celle-ci, l'éditeur est tenu, à la demande de l'auteur, de consentir une modification de la rémunération pour accorder à l'auteur une participation équitable au profit. L'auteur ne peut renoncer anticipativement au bénéfice de ce droit; rapp. art. XI.202 pour le contrat de représentation).

relatifs aux œuvres futures¹⁷⁹ pourrait, en revanche, selon nous, faire l'objet, dans certaines circonstances, d'une application immédiate à titre de loi de police. Tel pourrait, notamment, être le cas si un exploitant mettait à profit la technique du conflit de lois pour stipuler en sa faveur la cession illimitée des œuvres à réaliser par un auteur, mettant ainsi en péril la liberté créative de ce dernier¹⁸⁰. La règle permettant à l'auteur de « reprendre ses droits » si son éditeur n'exploite pas l'œuvre (art. XI.196, § 1^{er}, al. 3, CDE¹⁸¹) pourrait pareillement se voir reconnaître le caractère de loi de police – en cas de liens étroits avec la Belgique – si l'inexploitation concernait une première édition et portait, dès lors, atteinte au droit moral de divulgation de l'auteur.

Conclusion

À l'heure où les interventions répétées de la Cour de justice tendent à consacrer, au titre de la règle de compétence spéciale commune à toutes les actions en responsabilité délictuelle, celle du tribunal du lieu pour lequel la protection de droits d'auteur est demandée (*forum protectionis*), il n'est pas inutile de rappeler que ce facteur de rattachement est aussi celui qui prévaut au niveau de la compétence législative (*lex loci protectionis*). Si elle a de nombreux détracteurs, cette double compétence n'en est pas moins, selon nous, (la plus) conforme à la nature, exclusive et territoriale, des droits intellectuels, étant entendu que le titulaire qui entend obtenir des sanctions dont l'étendue transcende les frontières du for devra saisir d'autres juridictions (celles du domicile du défendeur ou du lieu de l'infraction primaire), moins favorables peut-être à ses intérêts et au risque, surtout, de devoir composer avec une application distributive des lois des pays pour lesquels est revendiquée cette protection élargie.

¹⁷⁹ Nous hésitons à étendre cette faveur (d'application immédiate) à la règle de l'article XI.167, § 1^{er}, alinéa 6, CDE selon laquelle, « nonobstant toute disposition contraire, la cession des droits concernant des formes d'exploitation encore inconnues est nulle ». En effet, la *ratio legis* de cette règle est d'ordre purement pécuniaire; la disposition est à lire dans la foulée de l'alinéa 4 de l'article XI.167, § 1^{er}.

¹⁸⁰ En faveur de cette distinction entre les engagements mettant en péril la liberté de création et ceux dont les conséquences sont exclusivement pécuniaires, voy. M. JOSSELIN-GALL, *op. cit.*, n^{os} 367 et s.

¹⁸¹ Cf. *supra*, note 177.