

DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET IMMATERIEL

RAPPORT FRANÇAIS

par

Bernard HAFTEL

*Professeur à l'Université d'Orléans
CRJ Potbier*

Droit international privé et immatériel ? Voilà un couple bien mal assorti, qui, de prime abord, ne semble pas destiné à faire bon ménage. Le droit international privé est, en effet, un droit de localisation. Selon la célèbre formule de Savigny, le droit international privé a pour objet principal d' « assigner à chaque classe de rapport de droit un siège déterminé », de déterminer « où ce rapport de droit a son siège »¹.

Cela était, à vrai dire, déjà le cas avant Savigny. Même si la théorie des statuts ne présentait pas les choses en ces termes, il reste que le champ d'application territorial des coutumes était déterminé en considération de la localisation géographique de ce qui – personne ou bien, voire acte – en constituait l'objet².

Cette présentation, surtout, reste vraie aujourd'hui, qu'il s'agisse d'ailleurs du conflit de lois ou de la question de la compétence juridictionnelle internationale qui en est maintenant clairement distinguée³. Dans les deux cas en effet, il s'agit d'ancrer la situation dans un espace donné.

Or, les deux éléments de ce processus : l'ancre et l'espace, ont ordinairement une existence matérielle, corporelle, qui permet, précisément, ce processus de localisation.

Encore pourrait-on objecter qu'un rapport de droit est, en soi, quelque chose d'abstrait, d'immatériel. Mais, précisément, pour localiser le rapport de droit, le droit international privé recherche une ancre et un siège qui ont, l'un et l'autre, une existence corporelle et donc localisable.

Ainsi, pour déterminer la loi applicable – ou le juge compétent – en matière de délit civil, le droit international privé localise traditionnellement le lieu de survenance du fait dommageable. De même, pour déterminer la loi applicable aux droits réels, le droit international privé international cherche-t-il à localiser le bien par son lieu de situation dans l'espace. Comme l'écrivait

¹ F.-C. von Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, t. VIII, 1848, trad. Ch. Guenoux, Firmin, Didot frères, Paris, 1860. repr. éd. Panthéon-Assas, § 360, p. 109.

² M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI* 1929.IV, pp. 287 et s. ; A. Lainé, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, F. Pichon, Paris, t. I, 1888 et t. II, 1892 ; E. M. Meijers, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge », *RCADI* 1934-III, pp. 543 et s. ; B. Ancel, *Histoire du droit international privé*, Cours dactyl. Paris II, 2003-04, inédit.

³ La distinction claire et définitive des deux questions remonte à Bartin (*Etudes sur les effets internationaux des jugements*, t. I, *De la compétence du tribunal étranger*, Paris, 1907, p. III et s., « Théorie générale des conflits de juridictions », *JDI* 1928.5). Sur ce point, v. F. Mailhé, *L'organisation de la compétence internationale des juridictions – Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, th. Paris II, 2013, § 165 et s.

Savigny, s'agissant des biens corporels, « *comme leur objet tombe sous nos sens et occupe une place dans l'espace, le lieu où ils se trouvent est en même temps le siège du rapport de droit dont ils fournissent la matière* »⁴. Ce que le doyen Batiffol avait érigé en première directive générale de solution des conflits de lois : « *la localisation la meilleure d'un rapport juridique est celle qu'indique son objet matériel* », mais Batiffol précisait immédiatement « *s'il en a un* »⁵.

Or, précisément, il se peut que l'un des deux termes de l'opération – l'ancre et l'espace – ou les deux, soit de nature immatérielle, perturbant alors considérablement son déroulement.

C'est d'abord l'ancre qui peut être immatérielle. L'existence de biens immatériels n'est pas, en soi, une nouveauté⁶, mais il s'agit assurément d'un trait caractéristique de l'évolution moderne du droit des biens. Il est ainsi devenu classique de pointer l'archaïsme des dispositions du code civil, qui s'épanouissent au milieu des lapins des garennes et des ruches à miel, mais ne soufflent mot des propriétés incorporelles⁷. Le développement, de ce point de vue, est tout à fait considérable. Au-delà des exemples classiques que sont les créances, le fonds de commerce ou les propriétés intellectuelles, le droit moderne a vu se développer les valeurs mobilières, les autorisations administratives, les monopoles d'exploitations, les noms de domaine, les quotas...⁸ autant de biens, manifestement incorporels, dont la réalité dépasse clairement le seul cadre doctrinal, et qui suscitent un important contentieux, notamment, et parfois même, comme en matière de propriétés intellectuelles, essentiellement, international.

Or, on perçoit immédiatement la difficulté : étant dépourvu de substrat corporel, ces biens sont, littéralement, impossibles à localiser. Comment alors leur appliquer les raisonnements du droit international privé ?

C'est ensuite l'espace, dans lequel on cherche à ancrer la situation, qui peut être immatériel. Cette seconde considération est, elle, franchement nouvelle. Si les biens immatériels sont apparus progressivement dans le paysage juridique, certains existant même depuis bien longtemps, l'espace immatériel est une invention récente. Internet, pour citer cet espace par son nom, est en effet apparu, de manière concrète, au début des années 1990 et a commencé à être véritablement un espace d'interaction sociale à partir de 1996, quand les fournisseurs d'accès proposèrent les premiers contrats d'accès aux particuliers⁹, suivant depuis lors une courbe exponentielle.

Or, cet espace n'a pas de réalité matérielle. Il s'ensuit que les rapports qui s'y nouent ne sont pas à proprement parler localisés. Ils peuvent être ainsi vus comme se déroulant partout, ou nulle part. Les deux termes ne sont d'ailleurs pas, du tout, équivalents. Les tenants d'un Internet libertaire estiment, même inconsciemment, que les agissements qui se déroulent sur le réseau numérique

⁴ *Op. cit.*, § 366, p. 168.

⁵ H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. I, 8^e éd., § 267, p. 448.

⁶ Le droit romain connaissait les droits, par nature incorporels, mais non les autres types de biens, qui, sans avoir d'existence corporelle, sont autre chose que le produit de l'application des règles de droit, comme le sont par exemple les œuvres de l'esprit. Sur l'ensemble, v. F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, Puf, 3^e éd., 2008, § 45 et s.

⁷ V. notamment R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, pp. 297 et s. ; C. Grimaldi, « L'avenir de la notion de bien », in *L'avenir du droit des biens*, Lextenso, à paraître ; N. Blanc « L'avenir de l'immatériel », in *ibid.*

⁸ Sur ces « nouveaux biens », v. F. Zenati-Castaing, T. Revet, *op. cit.*, *eod. loc.* ; R. Libchaber, v° « Biens », in *Rép. D. Civil* ; T. Revet, obs. in *RTD Civ.* 2003.730 ; B. Le Bars, « La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004 », *JCP* 2004.I.148 ;

⁹ L'apparition tardive d'écrits concernant internet dans la doctrine française constitue à cet égard un indicateur pertinent, v. en ce sens les premiers écrits portant sur le droit international privé de l'internet : P.-Y. Gautier, « Du droit applicable dans le "village planétaire" au titre de l'exploitation immatérielle des œuvres », *D.* 1996, chr. 131 ; du même auteur, « Les aspects internationaux de l'Internet », *TCFDIP* 1997-98.241 ; M. Vivant, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP* 1996.I.3969.

n'ont pas d'ancrage dans le monde réel ; qu'au fond, ils ne se déroulent pas réellement, ce qui permettrait de repousser l'interventionnisme étatique, c'est-à-dire la loi. A l'inverse, la tendance qui s'est développée en droit positif¹⁰ tend à considérer que l'ubiquité naturelle et totale consubstantielle à Internet implique que les agissements qui s'y déroulent interviennent, simultanément, dans tous les pays du monde. Le doyen Carbonnier y verrait probablement une illustration de ce qu'il appelle le « *panjurisme foncier des juristes* »¹¹.

Internet pose donc, comme les choses immatérielles, mais peut-être pas exactement de la même manière, la question de savoir comment appliquer les raisonnements du droit international privé en l'absence de son postulat nécessaire : l'existence d'une localisation.

Il est d'emblée à noter que, dans certaines hypothèses, les deux termes du raisonnement sont immatériels : *la chose et l'espace*.

Le contentieux le plus récent et le plus retentissant concerne en effet l'atteinte par des agissements dématérialisés sur Internet à des droits de propriété intellectuelle, donc eux-mêmes immatériels¹². Dans cette hypothèse, rien n'est à proprement parler localisé. Encore, dans l'affaire *Pinckney*, pourrait-on faire valoir que l'atteinte au droit d'auteur à l'origine du litige consistait en une reproduction de CD non autorisée, c'est-à-dire en une atteinte au droit de reproduction qui, elle, était localisée dans le monde réel ; en l'occurrence l'Autriche, un pays tout à fait matériel, ce qui n'a cela dit emporté aucune espèce de conséquence devant les juges. Mais, il est tout à fait possible, et à vrai dire fréquent, que toute l'opération se déroule en l'absence d'un quelconque ancrage tangible. Il suffit de songer au *streaming*, c'est-à-dire à la diffusion entièrement en ligne d'œuvres culturelles qui, lorsqu'elle se déroule sans autorisation, ce qui est bien souvent le cas, constitue une atteinte aux droits des ayant-droits.

5. Comment, dans ces hypothèses, le droit international privé savignien peut-il réagir ?

Toute la problématique du droit international privé face à l'immatériel réside ici. Comment appréhender les difficultés que posent les choses et l'espace immatériels avec des outils qui ont été forgés pour un monde corporel ?

Deux attitudes opposées sont *a priori* concevables et se retrouvent, selon les cas, tant en jurisprudence qu'en doctrine.

Une première attitude consiste à tenter de reproduire, dans le domaine de l'immatériel, le raisonnement tenu dans le domaine matériel traditionnel. Cette première posture, qu'on pourrait appeler *mimétisme*, consiste à appréhender l'immatériel *comme si* il s'agissait de matériel. Dans ce cadre, on parlera de *situs* de substitution, de localisation virtuelle...

Une autre attitude, opposée, consiste à prendre acte de la défaillance, en matière d'immatériel, des critères et méthodes ordinaires, et de leur substituer d'autres critères, d'autres méthodes.

A partir de là, il serait tentant de suivre, comme plan d'étude, ces deux pistes que suggère ce qui constitue manifestement le fil directeur problématique des rapports entre le droit international privé et l'immatériel.

¹⁰ V. *infra*.

¹¹ « L'hypothèse du non-droit », *Arch Phil. Dr.* 1963.55, repr. in *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2000, p. 25 et s. ; *adde.* B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979.107, *in limine*.

¹² CJUE, 3 octobre 2013, *Pinckney*, aff. C-170/12, *D.* 2013. 2345, *D.* 2014.411, note T. Azzi, *RTD com.* 2013. 731, obs. F. Pollaud-Dulian, *Procédures* 2013. Comm. 340, obs. C. Nourissat, Europe 2013. Comm. 558, obs. L. Idot, *CCE* 2014. Chron. 1, n° 3 s., obs. M.-E. Ancel, et son application par la Cour de cassation française : Cass. civ. 1^{ère}, 22 janvier 2014, pourvoi n° 10-15.890 ; *D.* 2014.272.

Une première partie pourrait ainsi être consacrée à la tentation du mimétisme et une seconde au rejet de celui-ci. Pourtant, il m'a semblé que telle n'était pas la meilleure voie, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, la reproduction du réflexe localisateur classique n'a pas le même sens selon que l'on parle de choses immatérielles ou d'espace immatériel, de sorte qu'en suivant le plan esquissé, on serait nécessairement conduit à présenter ensemble, et sous une terminologie commune, des choses qui n'ont en réalité que des rapports lointains et qui ne seraient, ainsi, que très artificiellement rapprochées.

Ensuite, cette opposition mimétisme/refus du mimétisme ne reçoit pas nécessairement la même réponse selon l'objet d'étude, de sorte que, sans vouloir gâcher l'insoutenable suspense qui vous étreint, il n'y a pas une bonne solution et une mauvaise, une que retiendrait le droit positif et une qu'il exclurait. A nouveau, tout est affaire de domaine et l'on verra que le droit positif retient, à raison, une grande variabilité selon les questions envisagées, chose ou espace, ou même parmi les choses et au sein de l'espace immatériel.

Enfin, et c'est probablement la raison la plus importante, il existe entre ces deux postures opposées tout une série de degrés qui rendent définitivement caduque une simple approche binaire.

Puisque donc la forme suit le fond, je suivrai la distinction suggérée, tant par la structure propre du droit international privé que par notre rapporteur général et qui rend bien compte de la diversité des situations à appréhender : celle des *choses immatérielles*, en premier lieu, et de l'*espace immatériel*, en second lieu.

I) Les choses immatérielles

Les choses immatérielles sont d'une extrême diversité, ce qui, *a priori*, n'aide pas à une appréhension globale et à la mise au jour de règles uniformément acceptables.

Que l'on songe aux créances, aux parts sociales, aux titres négociables, aux titres négociables dématérialisés, aux fonds de commerce, aux valeurs mobilières, aux portefeuilles de valeurs mobilières, aux brevets, aux marques, aux dessins et modèles, aux droits d'auteur, aux droits voisins, aux monopoles d'exploitation, aux offices ministériels, aux quotas – de gaz à effets de serre, betteravières –, aux noms de domaines, aux *bitcoins*...¹³.

A cela s'ajoute, comme on l'a justement remarqué¹⁴, une pluralité de textes internationaux applicables de manière parcellaire, à tel ou tel bien immatériel, et généralement inspirés par des buts différents, expliquant des rédactions, sinon des règles, partiellement différentes.

Peut-on, tout simplement, traiter les choses immatérielles comme si elles étaient de simples choses matérielles ? Pour répondre à cette question, et observer dans quelle mesure le droit positif rend effectivement compte de ce mimétisme, il est nécessaire de rappeler rapidement ce qui caractérise le traitement international des biens corporels.

Les biens corporels obéissent en droit français à un principe de *territorialité*. Les droits réels sont de manière générale soumis à la loi du lieu de situation de la chose sur laquelle ils portent¹⁵.

¹³ V. les nombreuses hypothèses envisagées par L. d'Avout, v° « Biens », in *Rép. D. Droit Int.*, 75 et s. ; *adde.* B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 7^e éd., 2013, § 852 et s.

¹⁴ V° « Biens », *précité*.

La territorialité des choses corporelles se caractérise donc par trois points :

D'une part, l'intervention d'une loi conférant à la chose son statut, logiquement préalable à toute opération sur cette chose. Il en résulte que cette loi réelle doit être consultée préalablement à toute opération : constitution de droit réel, disposition, atteinte à la chose. Ce que l'on peut résumer plus prosaïquement : pour qu'il y ait vente, nantissement, atteinte... à la chose, il faut préalablement établir que cette chose existe et quels en sont les contours juridiques (le *status*)¹⁶. Ce qui implique aussi que cette « loi réelle » ne se confond pas avec les lois pouvant ponctuellement régir telle ou telle opération portant sur la chose.

D'autre part, cette loi est unique, car le statut du bien ne peut, dans l'esprit général, n'être qu'unique. Il ne saurait varier au gré des actes affectant la vie du bien.

Enfin, cette loi est celle de la situation effective du bien.

La question est donc d'emblée la suivante : les choses immatérielles obéissent-elles, comme les choses matérielles, à une loi réelle qui en fixe le statut ? Et, si oui, puisque, faute de corporéité, cette loi ne peut évidemment être celle de la localisation effective de la chose immatérielle, comment identifier cette loi réelle ?

On envisagera successivement ces deux points : l'existence d'une loi réelle (**A**), d'une part, et l'identification de la loi réelle (**B**), d'autre part.

A) L'existence d'une loi réelle

Première question, donc : les choses immatérielles obéissent-elles, comme les choses matérielles, à une loi réelle qui en fixe le statut ?

A priori, on pourrait en douter. Le fait est qu'en présence d'un bien incorporel, les raisons d'être du rattachement au *situs* ne se retrouvent en principe pas.

Comme l'écrivent Dicey et Morris : « *la raison d'être de l'application de la lex rei sitae aux droits réels est, en premier lieu, que le lieu de situation est un critère de rattachement objectif et aisé à déterminer, auquel les tiers peuvent raisonnablement se fier et, en second lieu, que le pays du lieu de situation a un pouvoir sur la chose et qu'une décision méconnaissant la lex rei sitae sera souvent inefficace. Ces considérations ne s'appliquent pas nécessairement (ou alors avec beaucoup moins de force) lorsque la chose est un bien incorporel* »¹⁷.

De fait, aucune des considérations qui conduisent à la soumission du statut des choses corporelles à la loi de leur lieu de situation ne se retrouve en matière de choses immatérielles. D'une part, faute de corporéité, aucun Etat ne dispose du pouvoir sur le bien, ni donc de la position incontournable qui en découle. D'autre part, faute de corporéité, aucun *situs* ne saurait être considéré comme suffisamment apparent pour fonder les attentes des tiers.

¹⁵ Pour les immeubles, Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart, S.* 1837.1.95 ; *DP* 1837.1.275 ; *GAJFDIP*, n° 3 ; pour les meubles, Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1969, *DLAC, Rev. crit. DIP* 1971.75, note Ph. Fouchard ; *JDI* 1970.916, note J. Deruppé ; *JCP* 1970.II.16182, note H. Gaudemet-Tallon, *GAJFDIP*, n° 48.

¹⁶ Sur la critique de cette idée de statut réel, et son caractère essentiellement métaphorique, v. L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *Economica*, n°s 25 et s.

¹⁷ Traduction libre de « *The rationale for the application of the lex situs to many questions of property law is, first, that the situs is an objective and easily ascertainable connecting factor to which third parties might reasonably look to ascertain questions of title and, secondly, that the country of the situs has control over the property and a judgment in conflict with the lex situs will often be ineffective. These considerations do not necessarily apply (or apply with much less force) where the property is a chose in action* », Dicey, Morris & Collins *on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 15th ed., 2012, vol. II, n° 22-025, p. 1287.

Toute recherche d'un *situs* de substitution apparaît donc d'emblée vaine.

Il reste toutefois que la *fonction* remplie par la loi réelle pour les biens matériels elle, se retrouve à l'identique, pour les biens immatériels, et même peut-être à plus forte raison. En effet, s'agissant des choses corporelles, leur existence est immédiatement perceptible par les sens, ce sont des faits bruts, et s'il peut apparaître nécessaire qu'une loi fixe un statut réel à la chose corporelle – ce qui est parfois discuté – aucune nécessité absolue n'impose que cette loi soit la loi du lieu de situation plutôt qu'une autre. Par le passé, les meubles étaient soumis à la loi personnelle de leur propriétaire. Dans le futur, ils seront peut-être soumis à la loi du contrat qui les prend pour objet. En tous cas, comme l'exprime les remarques que je citais tout à l'heure de Dicey et Morris, l'application de la loi du *situs* s'explique essentiellement par des raisons contingentes. Ça pourrait être une autre loi.

A l'inverse des choses corporelles, les biens immatériels ne sont pas des faits bruts. Ils ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens. Ils n'arrivent à la vie juridique que par l'intercession d'une loi.

Cela est évident pour certains types de biens qui n'existent que dans le monde du droit : ainsi des créances, des parts sociales, des quotas, des monopoles d'exploitation, des offices ministériels... Ce sont là de pures créations juridiques.

On pourrait *a priori* penser qu'il en va autrement pour les propriétés intellectuelles. Une mélodie, une invention, une histoire, un dessin, voilà des choses qui existent en dehors du droit et qui préexistent à leur protection juridique. Mais ce serait oublier que ce ne sont pas, à mon sens, les œuvres elles-mêmes qui sont des biens. Les œuvres restent dans l'esprit de leur créateur, ou de ses admirateurs, et ne font pas l'objet du commerce juridique.

Ce qui fait l'objet du commerce juridique, ce qui est le véritable bien, ce sont les droits sur ces œuvres¹⁸.

Et ces droits, comme tous les droits subjectifs, ne viennent à la vie juridique que par l'intercession d'une loi.

Cette loi a ainsi une première fonction : faire exister le bien, c'est-à-dire en fixer la nature, la signification, les contours, et le caractère appropriable et cessible (à défaut de quoi, il n'y a pas de bien) ; en un mot : le statut.

Cette même loi a donc le pouvoir de dire si et à quelles conditions on peut jouir et disposer de ce bien, c'est-à-dire le céder ou le grever de droits réels (ou de sûretés réelles). Il en résulte nécessairement que la même loi régit en principe l'opposabilité de telles opérations, puisque l'opposabilité sera en principe le corollaire de l'efficacité de l'opération : si la cession est efficace, le droit est sorti du patrimoine du propriétaire initial et aucune nouvelle aliénation n'est donc possible¹⁹.

Cela ne signifie pas que d'autres lois n'aient pas vocation à intervenir pour, par exemple, fixer des restrictions au caractère appropriables ou poser des conditions supplémentaires d'opposabilité. Mais ces règles doivent alors être appréhendées comme des lois de police et, ainsi, être rattachées unilatéralement, en fonction du dispositif mis en œuvre. On pense tout particulièrement à l'article 1690 du Code civil²⁰.

¹⁸ V. en ce sens N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 266 et s.

¹⁹ En ce sens, L. d'Avout, *op. cit.* ; comp. néanmoins S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, 2003.

²⁰ En droit français, l'article 1690 du code civil prévoit que la cession n'est opposable aux tiers qu'après signification au débiteur cédé. On en déduit généralement que cette règle s'applique lorsque le débiteur réside en France. V. CA Paris, 27 septembre 1984, *D.* 1985.I.178, IR, obs. B. Audit, *JDI* 1985. 664, note Diener. Sur l'ensemble, v. P. Lagarde, « Retour sur la loi applicable à l'opposabilité des transferts de créances », in *Mélanges J. Béguin*, pp. 415 et s. Sur les cessions de créances par bordereau, v. la règle matérielle internationale (super loi de police ?) introduite par la loi de

Les biens immatériels sont donc bien soumis à une loi réelle qui, fonctionnellement, joue un rôle identique à celui de la loi du lieu de situation, mais qui, concrètement, ne peut être assimilée à une quelconque localisation d'une chose par essence non localisable.

Il convient alors d'identifier cette loi.

B) L'identification de la loi réelle

Il découle de ce qui précède que la loi réelle est, de manière générale, la loi qui a présidé à la création du bien immatériel. Celle-ci sera généralement assez aisée à identifier. Pour une créance, ce sera la loi de sa source. Pour une part de société, ce sera la *lex societatis*, c'est-à-dire la loi du siège social dans la mesure où celle-ci coïncide avec la loi de l'Etat d'enregistrement. Pour un monopole d'exploitation, il s'agira de la loi conférant un tel monopole, par exemple de la loi française s'agissant des offices ministériels de notaire... Pour les quotas de gaz à effet de serre, ce sera la loi de l'émetteur du quota de gaz à effet de serre (pas de l'émetteur du gaz)...

Il n'y a en réalité que deux séries de difficulté.

D'abord, on pourrait apporter une légère nuance lorsque les biens sont détenus en compte par un intermédiaire, comme par exemple les quotas de gaz à effet de serre ou les comptes bancaires. Dans ce cas-là, au-delà des biens détenus en compte, qui restent soumis à leur loi propre, le compte lui-même peut être considéré, d'un point de vue fonctionnel, comme un bien, soumis, également, à sa propre loi. En ce sens, le compte peut, lui-même, faire l'objet de sûreté, être cédé, saisi... Quelle est alors la loi applicable au compte ? Si l'on suit les raisonnements précédents, il devrait s'agir de la loi régissant les rapports entre le teneur de compte et son client, c'est-à-dire, concrètement, toujours la loi du lieu où est tenu le compte. Pourrait-il en aller autrement ? *A priori*, le Règlement Rome I l'autorise. Toutefois, une tendance nette, en droit bancaire comme en matière de quotas, penche pour une application autoritaire de la loi locale²¹. Techniquement, cela peut s'expliquer par une logique de lois de police où par la volonté de protéger les tiers qui, lorsque le bien immatériel est tenu en compte, dispose dans la localisation du compte, ou plutôt du teneur de compte, d'une certaine source de prévisibilité.

Ensuite, l'autre difficulté concerne les propriétés intellectuelles. Celles-ci sont en effet gouvernées par un principe de territorialité aux termes duquel toute propriété intellectuelle est nécessairement rattachée à un Etat, et ne déploie ses effets qu'à l'intérieur des frontières de cet Etat²².

sécurité financière du 1^{er} août 2003, modifiant les articles L. 214-169, L. 313-27 et L. 513-13 du Code monétaire et financier (numérotation actuelle). Sur l'ensemble, v. D. Bureau, « Les conflits de lois relatifs à l'opposabilité des transferts de créance par bordereau selon la loi de sécurité financière », *RDC* 2004, pp. 445 et s.

²¹ Art. L. 211-39 du Code monétaire et financier soumettant les sûretés garantissant les opérations portant sur des instruments financiers à la « loi de l'Etat où est situé le compte dans lequel ces titres sont remis ou constitués en garantie », v. aussi CA Paris, 10 mai 2007, *JCP* 2007.I.212, obs. Ph. Delebecque, jugeant que « le nantissement de compte bancaire étant un droit réel, la loi portugaise est seule applicable aux droits réels dont est l'objet le compte bancaire ouvert dans les livres de la banque du Portugal ». Sur les quotas, v. L. d'Avout, « Les quotas face au conflit international des lois », *Lamy Affaires* 2011.93. Au reste, en matière de quotas, le caractère administratif marqué de la réglementation pourrait la faire échapper au Règlement Rome I qui exclut, en son article 1^{er}, la matière administrative.

²² La territorialité est affirmée par tous les auteurs spécialisés (v. par ex. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. I, *Marques et autres signes distinctifs, Dessins et modèles*, LGDJ, 2006, n° 40 et t. II, *Brevets d'invention, Protections voisines*, LGDJ, 2013, § 9 et s.). Elle est généralement implicite, résultant concrètement des modes de protection des propriétés intellectuelles existants, mais elle est parfois plus ou moins expressément consacrée, v. ainsi l'art. 4 bis de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, l'art. II.1 de la Convention

On pourrait s'arrêter ici ; c'est-à-dire simplement constater l'existence de cette territorialité, et en déduire que la loi réelle est la loi de chaque Etat conférant une protection. Mais la difficulté est en amont et consiste à se poser la question suivante : pourquoi ce principe de territorialité ? Pourquoi, alors qu'une créance est soumise partout dans le monde à une loi unique, une invention devrait faire l'objet de 197 brevets, fondant l'application de 197 lois ?

Une première explication parfois donnée tient au caractère nécessairement légal des propriétés intellectuelles. Mais il en va ainsi de tous les droits, ce qui n'empêche jamais de soumettre le droit en question à une loi unique, et d'admettre le rayonnement international de cette loi. On explique aussi la solution par l'immatérialité de l'objet des droits de propriété intellectuelle²³. Mais, à nouveau, il en va également ainsi des tous les biens envisagés aujourd'hui, par exemple des créances, et personne n'a jamais plaidé pour une territorialité dans d'autres domaines. On justifie encore la territorialité par la pluralité des législations en la matière et leur caractère distinct, et par la circonstance que la protection des droits de propriété intellectuelle requiert l'intervention d'un organe de l'Etat. Mais tout cela est aussi le cas dans de nombreux autres domaines. Le mariage, par exemple. Et personne ne prétend que le mariage aurait une portée géographiquement limitée au territoire sur lequel il a été célébré – sauf peut-être les maris volages – et qu'il faudrait en conséquence se marier dans chaque pays pour être considéré comme marié dans chaque pays, ce à quoi conduirait l'idée de territorialité des propriétés intellectuelles²⁴.

On peut en déduire une première conséquence : la territorialité n'est pas une nécessité logique de l'idée même de propriété intellectuelle. Ceci explique que jusqu'à très récemment, jusqu'à quatre arrêts rendus par la Cour de cassation en 2013²⁵, la propriété littéraire et artistique dérogeait fortement à la territorialité en soumettant une part importante des droits – d'auteur ou voisins – à la loi d'origine de l'œuvre.

Alors, pourquoi cette limitation territoriale, qui est désormais générale, des propriétés intellectuelles ?

Il me semble qu'on peut l'expliquer assez simplement en se posant la question suivante : que se passerait-il en l'absence complète de territorialité ? Que se passerait-il en présence d'un principe inverse d'universalité, selon lequel l'enregistrement d'un brevet ou la divulgation d'une œuvre dans un Etat rayonnerait dans les autres, en application de sa loi d'origine ?

Par exemple, en France, les recettes de cuisine ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Supposons que Michel Bras, l'inventeur du cœur coulant au chocolat, ait fait protéger sa recette dans un pays qui admet une telle protection. Pourrait-on imputer à faute aux cuisiniers français la reproduction de la recette alors même que la loi française autorise sans nuance une telle reproduction ?

On voit ici la particularité des propriétés intellectuelles : *l'action en contrefaçon*. L'un des effets – et à vrai dire l'effet essentiel – des propriétés intellectuelles et de régenter les comportements, de manière assez binaire, en disant ce qui interdit et ce qui est permis. Or, de manière très classique,

universelle sur le droit d'auteur de Genève du 6 septembre 1952 ; *adde.* N. Bouche, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002.

²³ Dont d'aucuns déduisent leur « ubiquité », J. Foyer, « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle – brevets, marques et droits d'auteur », in *Mélanges Plantey*, p. 61 ; L. d'Avout, v° « Biens », *précité*.

²⁴ V. les multiples explications recensées et commentées par N. Bouche, *op. cit.*, p. 379 et s. et sa propre position à la suite.

²⁵ Pour le droit d'auteur, v. Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, pourvoi n° 11-12.508, *Bull.* n° 68, et pourvois n° 11-12.509 et 11-12.510, *D.* 2013. 2004, note T. Azzi, JCP 2013. 493, obs. A. Lucas-Schloetter, et 701, note E. Treppoz ; RLDI 2013, n° 94, note P.-D. Cervetti ; sur l'ensemble, *adde.* M. Vivant, « Droit d'auteur : déroutante territorialité », *D.* 2013. 1973 ; pour les droits voisins, v. Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2013, pourvoi n° 12-18.032, à paraître au *Bull.*, *D.* 2013. 2004, note T. Azzi.

la seule loi qui ait vocation à régir les comportements des individus, c'est la loi du lieu dans lequel ils se trouvent²⁶. *A Rome, comporte-toi en Romain*, disait Ambroise à Augustin. Cela explique que seule la loi française ait vocation à dire si les restaurateurs français peuvent servir des moelleux au chocolat. Et il en va de même dans chaque pays. Et ça, c'est le principe de territorialité²⁷. Ça n'exclut pas l'unification du droit de la propriété intellectuelle à un échelon supérieur à l'Etat, et je pense ici à la marque communautaire²⁸, aux dessins et modèles communautaires²⁹ ou au brevet européen, surtout au brevet européen unitaire dont l'entrée en vigueur est particulièrement proche³⁰. Mais une telle unification suppose, outre la tenue de registres accessibles à tous, donc en plusieurs langues³¹, une unification minimum du droit matériel applicable. Mais c'est alors toujours de la territorialité ; simplement le territoire est élargi, ce qui est évidemment souhaitable. C'est donc une logique de responsabilité délictuelle, et non de droit des biens, qui explique initialement l'existence de cette territorialité. Mais elle a clairement des répercussions en droit des biens. En raison de cette territorialité, on se retrouve, de fait, en présence d'une pluralité de biens distincts, une pluralité de brevets par exemple, qui sont chacun, en ce qui concerne leur statut de bien, soumis à la loi de l'état de leur enregistrement. Sur le plan de la loi applicable aux biens que constituent les droits de propriété intellectuelle, la solution découle donc directement de la territorialité.

Mais sur le plan de la contrefaçon, la simple existence du principe de territorialité ne renseigne pas particulièrement. Sur le terrain de la loi applicable, le droit positif opère une sorte d'inversion du paradigme classique. Il ne s'agit plus vraiment de déterminer quelle loi est applicable. Selon ce que prévoient à l'unisson, de manière plus ou moins absconse, et désormais pour toutes les propriétés intellectuelles, la jurisprudence et les règles écrites applicables, la loi applicable est celle du pays *pour lequel la protection est demandée*³². Au fond, l'allégation d'une atteinte suffit. La difficulté

²⁶ De manière significative, les règles de droit international privé dérogeant à l'application de la loi du lieu du fait générateur en matière d'obligations extracontractuelles, prévoient tout de même l'application de cette loi aux règles de comportement, v. ainsi l'art. 17 du Règlement Rome II et l'art. 7 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière. On observera également que cette considération est à la base de la territorialité du droit pénal, qui constitue le principe (art. 113-2 du Code pénal), ce qui n'est pas sans emport ici dès lors que les atteintes aux droits de propriété intellectuelle constituent généralement des infractions pénales. V. sur les aspects de droit pénal international, notamment, J. Passa, « Internet et la compétence internationale du juge pénal. Le cas de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle », in *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 521.

²⁷ Comp. les remarques de N. Bouche, *op. cit.*, p. 411 et s., à l'encontre de l'application de la loi du pays d'origine de l'œuvre, à rapprocher toutefois de l'idée – très contestable – d'une limitation territoriale nécessaire de tout droit subjectif (première partie de la thèse) et de l'idée, tout aussi contestable, que le principe de territorialité résulte essentiellement du caractère immatériel de l'objet des droits de propriété intellectuelle (*ibid.*).

²⁸ Règlement n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire.

²⁹ Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.

³⁰ Règlement n° 1257/2012 du Parlement européen et du conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, entré en vigueur le 20 janvier 2013, mais qui sera effectivement applicable à l'entrée en vigueur de l'Accord relatif à une juridiction unifiée en matière de brevets, signé le 19 février 2013. Ce dernier entrera en vigueur à la treizième ratification. A ce jour, deux Etats l'ont ratifié.

³¹ Sur ce point, v. le Règlement n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet en ce qui concerne les modalités applications en matière de traduction.

³² C'est essentiellement en matière de propriété littéraire et artistique qu'une place a longtemps été réservée à une autre loi, celle du « pays d'origine » de l'œuvre, c'est-à-dire celle de sa première publication. Cette exception s'est bâtie, en grande partie, sur le texte pour le moins confus de l'article 5§2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, dont on a longtemps douté, à la fois de la nature et du sens (sur cette évolution, v. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., 2012, n° 1188 et s. et 1310 et s., et T. Azzi, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, *D.* 2013. 2004), et sur la jurisprudence française qui a admis cette distinction dans la suite d'un célèbre arrêt *Chant du monde* (Cass. civ. 1^{ère}, 22 décembre 1959, *Sté Fox Europa c/ Sté Le Chant du Monde*, *Rev. crit. DIP* 1960. 361, note F. Terré ; *D.* 1960. 93, note G. Holleaux).

n'est donc pas de déterminer quelle loi est applicable mais de savoir si l'atteinte est réalisée dans le pays dont la loi est applicable.

Au fond, d'ailleurs, cette question de la localisation de l'atteinte se pose également, quoi que peut-être pas de la même manière, en matière de compétence internationale. En matière de loi applicable, par imitation des habitudes tirées de la matière délictuelle, on pourrait être tentés de considérer que l'atteinte peut à la fois résider dans le fait générateur, c'est-à-dire les agissements contrefaisants eux-mêmes, et dans le dommage. La prise en compte du dommage est d'ailleurs prépondérante dans le droit contemporain. A la fois en droit interne, qui a vu se déplacer le centre de gravité de la responsabilité délictuelle de sa fonction normative vers sa fonction indemnificatrice, mais aussi en droit international privé, le Règlement Rome II consacrant à titre de principe la compétence de la loi du lieu du dommage³³. Toutefois, ainsi qu'on vient de le voir, la territorialité se justifie que par la volonté de régenter les comportements. Seul le comportement, le fait générateur de responsabilité, semble donc apte à localiser la contrefaçon.

C'est donc la fabrication, la commercialisation d'un produit contrefaisant, la reproduction non autorisée d'une œuvre, l'utilisation d'un procédé... en France qui devrait justifier la compétence de la loi française³⁴.

S'agissant d'agissements matériels, leur localisation dans l'espace ne posera pas de difficulté particulière.

A moins que ce soit l'espace, lui-même, qui soit immatériel.

II) L'espace immatériel

Signe des temps modernes, ce ne sont plus seulement les choses qui sont immatérielles ; depuis l'avènement d'Internet, c'est également l'espace au sein duquel il convient de localiser les activités humaines. Il y a encore quelques années, il s'agissait d'un objet d'étude complètement marginal. Aucune jurisprudence pertinente, une vague affaire Yahoo à se mettre sous la dent, et quelques articles prospectifs d'explorateurs du droit versés dans l'exotisme. Aujourd'hui, le sujet entraîne un abondant contentieux, essentiellement dans le domaine dit des cyber-délits – même l'appellation est, ou fait, moderne – et constitue un passage obligé de toute chronique de jurisprudence un tant soit peu exhaustive.

Concernant Internet, l'attitude – instinctive – consistant à mimer les raisonnements localisateurs ordinaires, conduit à tenter de localiser les situations envisagées sur – ou dans – l'espace immatériel que constitue Internet.

On verra toutefois que ce type de raisonnements, bien que parfois difficilement contournable, s'expose souvent à des difficultés dirimantes et, surtout, produit des résultats globalement très peu satisfaisants de sorte qu'il peut être souhaitable, lorsque cela est possible, de contourner Internet et de s'attacher davantage à l'espace matériel.

L'alternative est donc entre, d'une part, localiser Internet **(A)** et, d'autre part, contourner Internet **(B)**.

³³ Art. 4§1.

³⁴ De manière notable, et très contestable, la solution inverse est retenue en matière pénale, qui considère le délit de contrefaçon réalisé sur le territoire français dès lors que l'un de ses éléments – fait générateur ou dommage – est localisé sur le territoire français, v. Cass. Crim., 2 févr. 1977, *Bull.* n° 41 ; Cass. crim., 6 juin 1991, *Bull.* n° 240 ; comp. Cass. crim. 29 janv. 2002, *Bull.* n° 13, *D.* 2002. 1352.

A) Localiser Internet

La première approche consiste à reproduire la raisonnement de l'espace matériel, c'est-à-dire à localiser les agissements *sur* Internet. C'est dans le domaine de la responsabilité délictuelle que la question s'est essentiellement posée parce qu'en cette matière, la règle *impose* de localiser : le fait dommageable en matière de compétence juridictionnelle³⁵, compris comme le fait générateur ou le dommage³⁶, le délit pour la loi applicable jusqu'à récemment³⁷, ce qui posait la même incertitude – fait générateur ou dommage – et, désormais, le dommage³⁸.

Si on laisse provisoirement de côté les propriétés intellectuelles, la grande question a été présentée comme la localisation du dommage. Le fait générateur serait, dans l'opinion commune, réductible à la mise en ligne de l'information litigieuse³⁹.

En revanche, concernant le dommage, on a essentiellement oscillé entre accessibilité – le dommage serait localisé partout où l'information est accessible – et focalisation – le dommage serait localisé uniquement dans les pays spécialement visé par l'auteur du dommage, dans les pays vers lesquels le site internet est focalisé –.

La jurisprudence française, après avoir été initialement, et très brièvement, favorable à l'accessibilité, a évolué vers la focalisation. Jusqu'à ce que la jurisprudence de la Cour de justice mette un coup d'arrêt en précisant, par trois arrêts intervenus dans des domaines distincts, que le principe est l'accessibilité. La première chambre civile l'a retranscrit, y compris en droit commun. Pourtant, une telle présentation – qu'on soit d'ailleurs favorable à l'accessibilité ou à la focalisation – semble très contestable.

D'abord, tout ça repose sur un postulat qui est que, lorsque le délit transite – j'utilise à dessein un mot imprécis – par un site internet, l'objet de la localisation serait le site internet, ou l'information publiée sur le site. Ce qui, déjà, est tout à fait contestable. Dans bien des cas, Internet n'est qu'un élément parmi d'autres du processus délictuel d'ensemble, dont les autres éléments se déroulent, eux, dans le monde réel. Par exemple la commercialisation de – mettons, de faux sacs Vuitton – en France, mais dont l'achat pourrait être fait sur Internet. Dans ce cas, il pourrait être envisagé de contourner l'épiphénomène que constitue Internet et de chercher à localiser les agissements qui se sont déroulés dans le monde réel. Pourtant, la jurisprudence considère – et l'arrêt *Pinckney*, le dernier rendu par la Cour de Justice, est à cet égard topique – que l'élément Internet emporte tout, agissant, à mon sens, comme un écran de fumée, mais un écran de fumée dont la Cour de Justice nous dit qu'il est opaque. C'est un point que j'envisagerai plus tard.

Toutefois, il est vrai que dans certaines hypothèses, tout se déroule sur Internet. Par exemple, la publication d'une photographie non autorisée, d'une injure, dans l'hypothèse de streaming, c'est-à-dire de diffusion non autorisée, sur internet, d'une œuvre soumise à droits d'auteur. Il faut alors bien localiser sur internet.

³⁵ Art. 5§3 du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »), correspondant à l'art. 7§2 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, qui remplacera le Règlement n° 44/2001 à compter du 10 janvier 2015.

³⁶ CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, *Rec.* 1735, *Rev. crit. DIP* 1977. 568, note P. Bourel, *D.* 1977. 614, note G. Droz, *JDI* 1977. 628, obs. A. Huet. En droit commun, applicable lorsque le défendeur ne réside pas sur le territoire d'un Etat membre de l'Union, le texte de l'article 46 du Code de procédure civile prévoit expressément la même alternative.

³⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1948, *Lautour*, *D.* 1948. 357, note P. Lerebours-Pigeonnière, *S.* 1949. 1. 21, note J.-P. Niboyet, *JCP* 1948. II. 4542, note M. Vasseur, *Rev. crit. DIP* 1948. 89, note H. Batiffol, *JDI* 1946-1949. 38.

³⁸ Art. 4§1 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

³⁹ V. par ex. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, § 884 ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, Puf, 2^e éd., 2010, § 1016. Comp. la solution retenue en matière de diffusion par satellite, art. L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Quel est le dommage ? S'agit-il de l'accessibilité ? A proprement parler, non. Le dommage sera, selon les cas, une atteinte à l'honneur, à l'intimité de la vie privée, une baisse de chiffre d'affaires, des ventes manquées... L'accessibilité au site, en revanche, n'est pas à proprement parler le dommage. C'est plutôt le dernier élément technique qui permet la réalisation du dommage, c'est la manifestation ultime du fait générateur. Mais c'est cette manifestation ultime du fait générateur qui va rendre possible la réalisation du dommage. C'est uniquement à partir du moment où le site sera accessible dans un pays qu'un dommage pourra en découler. Cette proximité explique certainement que la jurisprudence communautaire assimile l'accessibilité au dommage qui en résulte, par une sorte de métonymie.

Quant 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.

C'est donc, me semble-t-il, contrairement à ce que l'on dit parfois, le fait générateur qui se retrouve éparpillé sur Internet. Un des éléments du fait générateur est unique, c'est la mise en ligne. Mais cet élément – le lieu où se trouvait l'auteur au moment de la mise en ligne – semble dénué de toute pertinence en ce qui concerne la localisation. Ceci explique qu'on puisse n'en tenir aucun compte. Et c'est bien ce que fait la Cour de justice puisqu'elle ne cherche jamais le lieu dans lequel se trouvait effectivement le défendeur au moment de la mise en ligne, mais son domicile, ce qui correspond à une localisation juridique du défendeur plus qu'à une localisation effective du fait générateur. Cette localisation, qui se confond avec le critère général du domicile du défendeur, n'a aucune portée en matière de compétence.

En revanche, l'accessibilité au site – que l'on penche en faveur de l'accessibilité simple ou qualifiée – permet directement la réalisation du dommage, elle doit donc être prise en compte mais, étant éparpillée, elle ne peut conférer au juge saisi qu'une compétence réduite à la réparation du dommage local.

Alors, accessibilité ou focalisation ? Tout dépend, je pense, de la matière, et de la latitude plus ou moins grande que permettent les textes applicables.

Sur le terrain de la *loi applicable à la contrefaçon*, comme je l'ai dit précédemment, il me semble que c'est le comportement qui déclenche logiquement la protection de la loi locale. Il semble donc souhaitable de prendre en considération la focalisation. On pourrait discuter, bien sûr, sur un plan casuistique, des critères précis de la focalisation. Mais il me semble qu'il est essentiel de prendre en considération le comportement du contrefacteur allégué. Encore une fois, les textes applicables, que ce soit la Convention de Berne ou le Règlement Rome II, permettent une telle lecture. De fait, c'est bien cette approche qui est consacrée par la Cour de justice sur le terrain du droit matériel, estimant que l'atteinte n'est effectivement localisée sur le territoire d'un Etat qu'à condition que l'offre contrefaisante soit destinée au public de cet Etat⁴⁰.

⁴⁰ V. CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal*, aff. C-324/09, *RTD Eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *CCE* 2011. Comm. 99, note C. Caron, 2012. *Chron.* 1, n° 12, obs. M.-E. Ancel ; *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara, 2054, obs. P.-Y. Gautier, *D.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon, et 2836, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2011. Comm. 71, obs. A. Folliard-Monguiral ; *JCP (E)* 2011. 509, note C. Caron ; *RLDI* 2011/74, n° 2459, note L. Grynbaum, n° 2460, note C. Castets-Renard ; *Europe* 2011. Comm. 320, obs. L. Idot ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 299-300, p. 19, obs. L. Marino ; CJUE 21 juin 2012, *Donner*, aff. C-5/11, *D.* 2012. 1677, 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke, et 1924, obs. J.-C. Galloux ; *RTD com.* 2012. 540, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD Eur.* 2012. 731-112, obs. A. Defossez, et 947, obs. E. Treppoz ; *Europe* 2012. Comm. 314, obs. D. Symon ; *CCE* 2013. *Chron.* 1, n° 15, obs. M.-E. Ancel ; *RLDI* 2012/84, n° 2809, obs. L.

En dehors de la contrefaçon, les choses sont davantage balisées. Le Règlement Rome II donne compétence générale à la loi du lieu du *dommage*, en application d'une malheureuse tendance de fond ayant pour conséquence de déplacer le centre de gravité de la responsabilité de l'auteur vers la victime. Il paraît du coup difficile d'échapper à l'accessibilité, qui se situe à la lisière, à la jonction du fait générateur et du dommage, ce qui implique un éparpillement de la loi applicable. On ne s'étonnera jamais assez que le Règlement, dans son foisonnement, ait oublié les cyber-délits. La seule limite tient, soit à l'inapplicabilité du Règlement en matière de droits de la personnalité⁴¹, soit à la mise en œuvre éventuelle de la clause d'exception⁴², qui pourrait vers la loi du ou des pays de focalisation, mais j'en doute un peu.

De même, en matière de compétence juridictionnelle, l'article 5§3, de manière générale, donne compétence aux juges de l'Etat du lieu du fait générateur *ou* du dommage, et il n'y a pas lieu de s'étonner que la Cour de Justice ait traduit cette exigence par l'accessibilité⁴³ voire même se contente de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle enregistré, c'est-à-dire de la possibilité d'un dommage⁴⁴, au rebours pourtant de la jurisprudence développée par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁵. En effet, même en matière de contrefaçon, rien dans le texte ne permet de restreindre les dommages aux seuls dommages envisagés par leur auteur, ce à quoi conduit la focalisation⁴⁶. Si le critère est le dommage, cela doit se traduire, sur Internet, par l'accessibilité et non par la focalisation.

Toujours est-il qu'il est curieux de dire le juge compétent pour réparer le dommage local, si, ensuite, sur le terrain du fond, aucune contrefaçon n'est réalisée dans son pays, faute de focalisation⁴⁷.

Costes ; CJUE, 8 octobre 2012, *Football Dataco*, C-173/11, *RTD Eur.* 2012. 947, obs. E. Treppoz ; *D.* 2012. 2736, 2013. 527, obs. N. Alaphilippe, 1503, obs. F. Jault-Seseke, 2293, obs. L. d'Avout, et 2487, obs. J. Larrieu ; *RTD com.* 2013. 309, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2013. 88, obs. V.-L. Benabou ; *Europe* 2012. Comm. 506, obs. L. Idot ; *CCE* 2013. Comm. 22, obs. C. Caron.

⁴¹ Art. 1 §2, g).

⁴² Art. 4§3.

⁴³ CJUE 25 oct. 2011, *eDate*, aff. C-509/09 et C-161/10, *Rev. crit. DIP* 2012. 389, note H. Muir Watt ; *D.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1279, note T. Azzi, 1285, chron. S. Bollée et B. Haftel, et 2331, obs. L. d'Avout ; *RTD com.* 2012. 423, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, et 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2012. 28, note S. Francq ; *Europe* 2011. Comm. 499, obs. L. Idot ; *RLDI* nov. 2011. 76, obs. L. Costes, et janv. 2012. 78, note L. Pech ; *CCE* 2012. Chron. 1, n° 6 et n° 10, obs. M.-E. Ancel ; CJUE n° C-170/12, *Pinckney*, *D.* 2013. 411, note T. Azzi ; *RTD Eur.* 2013. 897, note E. Treppoz ; *RTD com.* 2013. 731, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Procédures* 2013. Comm. 340, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2013. Comm. 558, obs. L. Idot ; *CCE* 2014. Chron. 1, n° 3 s., obs. M.-E. Ancel. La solution a été aussitôt adoptée par la Cour de cassation, non seulement dans l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle (Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2014, pourvoi n° 10-15.890), mais également dans deux autres affaires du même jour dont l'une (pourvoi n° 11-26.882) – c'est très significatif – a été rendue en application, non de l'article 5§3 du Règlement Bruxelles I, mais de l'article 46 du code de procédure civile, c'est-à-dire du droit commun français.

⁴⁴ CJUE, 19 avr. 2012, n° C-523/10, *Wintersteiger*, *D.* 2012. 1926, note T. Azzi ; *ibid.* 2331, obs. L. d'Avout ; 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2012. 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2012, comm. 263, obs. L. Idot ; *CCE* 2012, n° 3, p. 30, obs. M.-E. Ancel.

⁴⁵ Com. 13 juill. 2010, *D.* 2010.1972, obs. P. Tréfigny-Goy, 2011. 909, obs. S. Durrande, 1379, obs. F. Jault-Seseke, et 2369, obs. J. Larrieu ; 23 nov. 2010, *D.* 2011. 910, obs. S. Durrande, 1379, obs. F. Jault-Seseke, et 2440, obs. S. Bollée ; 7 déc. 2010, 2 arrêts, *D.* 2011. 910, obs. S. Durrande, et 2440, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2011. 329, obs. J. Azéma, et 404, obs. B. Bouloc ; 29 mars 2011, n° 10-12.272, *D.* 2011. 2373, obs. P. Tréfigny-Goy, 2440, obs. S. Bollée, et 2012. 1237, obs. F. Jault-Seseke ; M.-E. Ancel, *CCE* 2012, chron. 1, n° 4 ; 20 sept. 2011, n° 10-16.569, *Gaz. Pal.* 15-16 févr. 2012. 22, obs. L. Marino. V. déjà Com. 9 mars 2010, *D.* 2010. 1183, note G. Lardeux, 2331, obs. S. Bollée, 2548, obs. Y. Auguet, et 2011. 1381, obs. F. Jault-Seseke ; *JDI* 2010. 870, note L. Usunier.

⁴⁶ V. V. Pironon, Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux - contractuel et délictuel - du commerce électronique, *JDI* 2011. 915 ; S. Bollée et B. Haftel, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », *D.* 2012. 1285.

⁴⁷ De manière très significative, dans la récente affaire *Pinckney*, où il s'agissait précisément de trancher entre accessibilité et focalisation en matière de contrefaçon sur internet, l'avocat général plaidait pour la focalisation en se fondant sur le droit matériel – sans citer les décisions rendues pour l'interprétation du même texte dans d'autres

Reste alors l'autre question que j'avais esquissé tout à l'heure : que faire des véritables dommages, ceux qui sont ressentis en dehors d'Internet ? Répondre, c'est déjà envisager de contourner Internet.

B) Contourner Internet

Plusieurs pistes peuvent être explorées.

La première consisterait à tout simplement refuser de localiser. Ainsi, en matière de contrat se déroulant sur Internet (par exemple, le contrat liant le prestataire de messagerie électronique à un internaute), le Règlement Bruxelles I prévoit la possibilité de saisir, outre le tribunal du domicile du défendeur prévu par l'article 2, celui du lieu d'exécution de la prestation. Dans cette hypothèse, sauf à localiser arbitrairement la prestation à l'établissement de l'une ou l'autre des parties, il semble préférable de considérer que la prestation ne s'exécute nulle part – comme c'est déjà le cas pour les obligations de ne pas faire⁴⁸ – et d'en déduire tout simplement que ce chef de compétence est privé d'application. On en revient alors au chef de compétence générale de l'article 2 : le tribunal du domicile du défendeur.

La question est un peu la même s'il s'agit de mettre en œuvre une loi de police étrangère, le Règlement Rome I limitant désormais cette possibilité aux seules lois du lieu d'exécution. La question est un peu la même, mais peut-être pas la réponse. Ici, le refus de toute localisation conduirait à une neutralisation complète des lois de police étrangères, ce qui est peut-être le sens de l'Histoire⁴⁹, mais, si tel est le cas, le sens de Histoire est malencontreux. L'alternative serait de surlocaliser en considérant que, les lois de police du lieu d'établissement de chacune des parties ont vocation à être appliquée. Cette solution me semble d'autant plus souhaitable que le juge dispose en toute hypothèse d'une grande marge de manœuvre pour appliquer ou non les lois de polices étrangères.

Une autre possibilité consisterait à contourner le site internet pour s'attacher aux aspects du litige qui se déroulent dans le monde réel. Ainsi, bien souvent, une partie non négligeable des agissements à l'origine d'un dommage se déroule dans le monde réel : la reproduction d'une œuvre par gravure de CD, la livraison de biens contrefaisants... pour se contenter de reprendre les faits de l'affaire *Pinckney*. A y regarder de plus près, la localisation – réelle – de ces faits apparaît bien plus pertinente que la simple accessibilité du site internet dans un pays. De fait, si l'annonce concernant un bien contrefaisant est accessible en France, mais que le bien en question ne peut y être livré, aucun dommage n'y est véritablement ressenti.

De même, les véritables *dommages* se situent, eux aussi, dans le monde réel et, si certains d'entre eux paraissent également délicats à localiser – par exemple les atteintes aux droits de la personnalité – d'autres sont plus concrets. Ainsi, les conséquences pécuniaires d'un acte de

domaines –. La Cour a toutefois tranché dans le sens exactement inverse, en se fondant uniquement sur les précédents relatifs à l'article 5§3.

⁴⁸ CJCE, 19 février 2002, *Besix*, aff. C-256/00, *Rev. I*-1699, point 24, *Rev. crit. DIP* 2002. 577, note H. Gaudemet-Tallon ; *TD com.* 2002. 591, obs. A. Marmisse.

⁴⁹ Au vu, notamment, du considérable cantonnement des lois de police dans le Règlement Rome I. V. sur ce point, D. Bureau, H. Muir Watt, *op. cit.*, t. I, § 556 ; L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008. 2165 ; B. Haftel, « La dédensification normative dans un espace de relativité générale : l'exemple des dispositions impératives en droit international privé », in *La densification normative* (dir. par C. Thibierge), 2013, p. 385.

contrefaçon sont aisées à localiser. On pourrait alors songer à dépasser l'accessibilité pour se fonder sur quelque chose de plus tangible.

C'est d'ailleurs, d'une certaine manière, ce qu'a fait la Cour de Justice dans l'affaire *eDate*, en donnant compétence au juge du centre des intérêts du demandeur, compris comme le siège de la personne et donc le lieu où est fictivement subi l'atteinte aux droits de la personnalité⁵⁰. Il n'est pas certain, toutefois, que l'affaire *eDate* constituait la meilleure opportunité dès lors que le dommage « réel » est lui-même immatériel et fait donc, lui aussi, l'objet d'une localisation fictive. Par ailleurs, de manière générale, la solution va à l'encontre de la logique habituelle de la Cour de justice qui rejette la prise en compte d'un dommage indirect ou par ricochet⁵¹. Toutefois, la solution habituelle – préférant le dommage immédiat – est fondée sur le postulat que ledit dommage présente une valeur localisatrice forte, ce qui n'est pas le cas en matière d'Internet. La Cour de Justice pourrait dès lors être conduite à reconsidérer sa position habituelle, comme elle l'a fait dans l'affaire *eDate*, mais de manière plus générale et plus heureuse.

Dans le même ordre d'idées, *de lege lata*, faute de pouvoir véritablement localiser ce qui se passe sur Internet, plusieurs dispositifs législatifs décident de localiser autre chose et ailleurs.

Ainsi, la loi Informatique et Libertés dont l'article 5 pose, outre la localisation des « moyens de traitement » sur le territoire français, deux autres critères d'application (à vrai dire assez primaires) : l'établissement du responsable sur le territoire national, ou l'activité (en général) du responsable sur le territoire national, deux critères qui, en principe, appellent une localisation réelle.

Et lorsqu'il s'agit de localiser les moyens de traitement, la CNIL, bien qu'elle s'en défende, le fait en localisant les utilisateurs eux-mêmes, ce qui semble conforme aux finalités poursuivies par la loi⁵², critère que prévoit également la proposition de règlement du 25 janvier 2012 sur le traitement des données personnelles (art. 3)⁵³.

Dans ce cas, il s'agit d'une espèce de néo-statutisme, assez proche de la logique des lois de police, dans lequel le champ d'application de la loi (fut-elle une loi communautaire) est déterminé, non en fonction de la matière, comme le voulait Savigny, mais en fonction du contenu et de la finalité propre de la loi. Ici, il s'agit clairement d'étendre le champ d'application de lois éminemment protectrices des individus.

C'est d'ailleurs la même logique qui est à l'œuvre dans le domaine très proche des lois protectrices des consommateurs dont le critère d'application, tiré de leur finalité (protéger le consommateur), est la résidence du consommateur. La focalisation⁵⁴ ne jouant au fond pas tant le rôle d'un critère de rattachement que d'une condition supplémentaire à la mise en œuvre de la protection⁵⁵.

⁵⁰ Sur cette lecture, v. S. Bollée et B. Haftel, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », précité. Il n'est d'ailleurs pas interdit de lire l'affaire *Wintersteiger* de la même manière.

⁵¹ V. CJCE 11 janv. 1990, *Dumex*, aff. C-220/88, *Rec. CJCE*, p. I-49, concl. M. Darmon ; *Rev. crit. DIP* 1990. 363, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1990. 497, obs. A. Huet ; *D.* 1990. 45 ; CJUE, 19 sept. 1995, *Marinari*, aff. C-364/93, *Rec. CJCE*, p. I-2719, concl. M. Darmon et P. Léger ; *JDI* 1996. 562, obs. J.-M. Bischoff ; *D.* 1995. 219.

⁵² CNIL, Délibération n° 2013-420 en formation restreinte du 3 janvier 2014, *Google Inc.*

⁵³ Encore que dans sa dernière version, après examen du Parlement, le critère soit devenu celui de l'utilisateur « dans » l'Union (à la place de « ayant sa résidence sur le territoire de » l'Union), ce qui semble plus large, mais infiniment moins clair ou grammaticalement exact.

⁵⁴ C'est en effet en termes de focalisation que la Cour de justice traduit, sur Internet, la condition posée par le texte de l'article 6 du Règlement Rome I, selon laquelle le consommateur n'a droit à la protection de la loi de sa résidence habituelle que si « par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci » (art. 6§1, b) du Règlement Rome I. Sur ce point, v. CJUE 7 déc. 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. jtes C-585/08 et C-144/09, *D.* 2011. 5, obs. C. Manara, 990, note M.-E. Pancrazi, 908, obs. S. Durrande, 974, obs. E. Poillot, 1374, obs. F. Jault-Seseke, 2363, obs. P. Tréfigny-Goy, et 2434, obs. S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2011. 414, note O. Cachard ; *RTD com.* 2011. 663, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD Eur.* 2011. 475, obs. E. Guinchard ; *JDI* 2011. 915, chron. V. Pironon ; *JCP*

A cet égard, le champ d'application des règles protectrices du consommateur ne devrait pas varier selon la matière puisque la finalité de la règle est toujours la même. Elle ne devrait notamment pas varier selon que l'action intentée a une nature contractuelle (ce qui sera le cas si elle est intentée par un consommateur) ou délictuelle (et l'on songe en particulier aux actions en suppressions des clauses abusives par des associations de protection des consommateurs⁵⁶).

On le voit, l'immatérialité met en cause les mécanismes classiques du droit international privé, et si, dans certains cas, ces mécanismes s'avèrent néanmoins aptes à appréhender les situations nouvelles, ce n'est pas toujours le cas. Parfois, l'immatériel impose de repenser tel critère, telle méthode voire l'ensemble du raisonnement. Il y a lieu alors d'adapter les règles habituelles aux spécificités de l'objet à régler. L'avenir nous dira les sacrifices nécessaires.

2011. 129, note L. d'Avout ; *Europe* 2011. Comm. 96, obs. L. Idot ; *CCE* 2011. Chron. 1, n° 10, obs. M.-E. Ancel ; *Procédures* 2011. Comm. 58, obs. C. Nourissat ; *RDC* 2011. 567, note E. Treppoz.

⁵⁵ La condition de direction de l'activité est d'ailleurs expressément qualifiée ainsi par le Préambule (pt. 26).

⁵⁶ Qualifiée de délictuelle sur le terrain de la compétence internationale : CJCE, 1^{er} octobre 2002, Aff. C-167/00, *Henkel*, Rec. p. I-8111, *JDI* 2004. 903, obs. F. Leclerc ; *Rev. crit. DIP* 2003. 682, note P. Rémy-Corlay ; *D.* 2002. 3200, note H. K. Gaba ; *Procédures* 2002. Comm. 228, obs. C. Nourissat ; *RTD com.* 2003. 204, obs. A. Marmisse. Sur le point de savoir si les qualification adoptées dans le domaine de la compétence internationale doivent être automatiquement étendues dans le domaine du conflit de lois, v. dans un sens favorable, T. Azzi, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009. 1621, et dans un sens opposé, B. Haftel, « Entre « Rome I » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I », *JDI* 2010. 762.