

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les logiciels libres et le droit international privé

Haouideg, Hakim

Published in:

Les logiciels libres face au droit

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Haouideg, H 2005, Les logiciels libres et le droit international privé. dans *Les logiciels libres face au droit*. Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, numéro 25, Bruylant, Bruxelles, pp. 227-262.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

PARTIE VI

LES LOGICIELS LIBRES ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Hakim HAOUIDEG^{*}

INTRODUCTION

373. Les logiciels libres et les licences qui en accompagnent la distribution sont, en grande majorité, distribués par Internet, medium sans frontière par excellence. En outre, dans bien des cas, la distribution est d'autant moins rattachable à un territoire particulier qu'elle est entièrement automatisée et peut donc se faire à partir d'un serveur Internet dont la localisation importe peu ou prou.

Or, à l'heure actuelle, il n'existe pas, à l'échelle mondiale, de convention susceptible de régir les aspects de droit international privé concernant les litiges qui pourraient survenir à l'occasion de la distribution de logiciels libres sur Internet, pas plus d'ailleurs qu'à l'occasion de toute autre transaction en ligne.

Ce sont en conséquence toujours les juges nationaux, selon leurs règles nationales (il est vrai parfois harmonisées), qui seront amenés à apprécier leur compétence et à déterminer la loi applicable pour résoudre le litige qui leur est soumis.

374. Dans ce contexte particulier et dans le cadre bien défini de cet ouvrage, nous examinerons donc les questions de droit international privé qui se posent au titulaire des droits d'auteur sur un logiciel libre qui souhaite obtenir, devant les juridictions belges, réparation d'une violation de la licence sous laquelle il a distribué le logiciel ou encore d'un acte de contrefaçon de ses droits d'auteur sur le logiciel.

Dans un premier chapitre, nous examinerons les règles de compétence judiciaire internationale, en abordant également la question de la condition des étrangers. Dans un second chapitre, nous détaillerons les dispositions relatives à la loi applicable tant au contrat que constitue la licence libre, qu'au droit d'auteur qui

^{*} *L'auteur tient à remercier Alexandre Cruquenaire et Séverine Dusollier, chercheurs au C.R.I.D., pour leur disponibilité et leurs précieux conseils.*

protège le logiciel. La question de l'efficacité en Belgique d'une décision étrangère sera brièvement discutée dans un troisième et dernier chapitre.

CHAPITRE 1 : COMPÉTENCE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

375. Depuis le 1^{er} mars 2002, les règles de compétence judiciaire internationale sont déterminées par le Règlement « Bruxelles I »⁵⁸⁶, interprété à la lumière des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes prises sur la base des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁵⁸⁷.

376. Le Règlement s'applique dès lors que le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre, c'est-à-dire pour notre étude, qu'une atteinte au droit d'auteur ou à la licence portant sur un logiciel libre est commise par une personne domiciliée dans l'Union européenne. La notion de domicile s'apprécie selon la loi du for pour les personnes physiques⁵⁸⁸ et selon l'article 60 du Règlement pour les personnes morales.

Rappelons que le Danemark n'est pas considéré comme un Etat membre pour l'application du Règlement (article 1^{er}, al. 3), mais demeure lié par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁵⁸⁹. Les Etats membres de l'association européenne de libre échange ont adhéré à la convention de Lugano du 16 septembre 1988⁵⁹⁰ qui instaure un système quasi-identique à celui de la Convention de Bruxelles, et après elle, à celui du Règlement. Seules les dispositions de ce dernier seront donc examinées.

⁵⁸⁶ 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, 16 janv. 2001, p. 1 ; ci-après le « Règlement ».

⁵⁸⁷ Règlement, considérant 19.

⁵⁸⁸ Règlement, article 59. En Belgique, il s'agit de l'article 4 du code DIP.

⁵⁸⁹ Considérant 22 du Règlement. Pour une étude détaillée du champ d'application territorial du règlement, voy. G.A.L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2001, p. 601 ; N. WATTÉ, H. BOULARBAH et A. NUYTS, « Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale », *J.T.D.E.*, 2002, p. 161.

⁵⁹⁰ G.A.L. DROZ, « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1989, p. 1 ; G.A.L. DROZ, « La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1990, p. 1.

377. Par contre, si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, la compétence est, dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat⁵⁹¹.

En Belgique, il s'agit des dispositions du nouveau code de droit international privé⁵⁹², entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004⁵⁹³ et qui s'applique, concernant la compétence internationale des juridictions belges, aux demandes introduites après cette date⁵⁹⁴.

Section 1 : Défendeur domicilié dans un Etat membre

§ 1. Compétence générale

378. Le Règlement érige en principe général la compétence des tribunaux du domicile du défendeur. Le juge saisi sur cette base sera compétent pour traiter de l'ensemble du litige, sans restriction quant au lieu des faits concernés, à la nationalité des parties⁵⁹⁵, à la localisation des préjudices, etc⁵⁹⁶. Par conséquent, le titulaire des droits d'auteur, quelle que soit sa nationalité, pourra agir, en Belgique, contre une personne qui y est domiciliée et qu'il accuserait de violer les termes de la licence sous laquelle est distribué le logiciel.

379. Par dérogation à cette compétence générale, le défendeur peut toutefois être attiré devant les tribunaux d'un autre Etat membre que celui de son domicile, moyennant le respect des règles de compétences spéciales⁵⁹⁷ que nous examinons ci-dessous.

§ 2. Clause attributive de juridiction et compétence spéciale en matière contractuelle

⁵⁹¹ Règlement, article 4. Sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23, qui ne concernent cependant pas notre étude.

⁵⁹² Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004, p. 57344, ci-après « le code » ou « le code DIP ».

⁵⁹³ Code DIP, article 140.

⁵⁹⁴ Code DIP, article 126.

⁵⁹⁵ Règlement, article 2.

⁵⁹⁶ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 585 et les références citées en note 24.

⁵⁹⁷ Règlement, article 3.

380. Certaines licences libres prévoient une clause attributive de juridiction⁵⁹⁸ ; il faudra dans ce cas examiner les conditions de validité d'une telle clause (A). D'autres n'abordent pas la question de la compétence de telle sorte qu'il est également nécessaire de s'interroger sur l'application des règles de compétences spéciales en matière contractuelle (B).

A. En présence d'une clause attributive de juridiction

381. Pour autant que les conditions de l'article 23 du Règlement soient respectées⁵⁹⁹, la juridiction compétente sera désignée par la clause attributive de juridiction contenue dans la licence libre.

Cette disposition prévoit trois conditions cumulatives : au moins une des parties au contrat initial doit avoir son domicile sur le territoire d'un État membre, le tribunal désigné doit être celui d'un État membre⁶⁰⁰ et la clause doit être conclue par écrit⁶⁰¹. Cette dernière condition peut être satisfaite dans le cas des licences libres sous format électronique, contenues, par exemple, dans la procédure d'installation du logiciel. En effet, toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite⁶⁰². Rappelons également que lorsqu'aucune des parties n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence⁶⁰³.

382. Même si nous n'en avons pour l'heure pas trouvé d'exemple, il se peut que le contrat de licence libre contienne non pas une clause attributive de juridiction, mais une clause d'arbitrage. Cette matière sort du champ d'application du Règlement⁶⁰⁴. La validité des clauses d'arbitrage sera régie notamment par la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage

⁵⁹⁸ Voy. par exemple O.S.L., art. 11: « *Any action or suit relating to this License may be brought only in the courts of a jurisdiction wherein the Licensor resides or in which Licensor conducts its primary business (...)* ».

⁵⁹⁹ C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c/ Hugo Trumpy SpA*, C-159/97, *Rec.*, 1999, p. 1597.

⁶⁰⁰ C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c/ Handelsveem BV e.a.*, C-387/98, *Rec.*, 2000, p. 9337.

⁶⁰¹ Sauf application des dispositions de l'article 23, 1°, a) et b) du Règlement.

⁶⁰² Article 23, 2° du Règlement et sur la notion de support durable en particulier : M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 1831.

⁶⁰³ Article 23, 3° du Règlement.

⁶⁰⁴ Article 1, 2°, d) du Règlement.

commercial international⁶⁰⁵, par la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁶⁰⁶, ainsi que par la sixième partie du Code judiciaire. Nous renvoyons, pour le surplus, aux études spécifiques à cette matière⁶⁰⁷.

B. En l'absence de clause attributive de juridiction

383. La règle spéciale de compétence en matière contractuelle est formulée à l'article 5, 1°, du Règlement et prévoit qu' « *une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* »⁶⁰⁸.

Appliquée à la diffusion de logiciels sous licence libre, cette règle soulève un certain nombre de questions. Les licences libres ont, en effet, une vocation mondiale⁶⁰⁹, tant dans les droits qu'elles confèrent que dans les obligations qu'elles imposent. L'on éprouvera ainsi des difficultés à identifier le lieu où les obligations doivent être exécutées, puisque celles-ci doivent être exécutées en tous lieux.

384. En présence de difficultés similaires, la Cour de Justice a adopté une position restrictive par rapport à l'article 5, 1°, au bénéfice de la compétence générale de l'article 2. Elle a ainsi décidé, dans l'affaire *Besix*⁶¹⁰, que l'article 5, 1°, ne trouvait pas à s'appliquer lorsqu' « *il n'est pas possible de déterminer le tribunal qui présente le lien de rattachement le plus étroit avec le litige, en faisant coïncider la compétence judiciaire avec le lieu effectif d'exécution de l'obligation considérée comme pertinente par le juge national* ». Il s'agissait, en l'espèce, d'une obligation de ne pas se lier à d'autres partenaires dans le cadre d'une procédure de soumission à un marché public qui, selon la volonté des parties, était applicable sans aucune limitation géographique et devait dès lors être respectée partout dans le monde. La Cour décida qu'une telle obligation n'est « *susceptible ni d'être localisée à un endroit précis ni d'être attachée à une juridiction qui serait particulièrement apte à connaître du différend relatif à*

⁶⁰⁵ Loi d'approbation du 19 juillet 1975, *M.B.*, 17 févr. 1976.

⁶⁰⁶ Loi d'approbation du 5 juin 1975, *M.B.*, 15 nov. 1975.

⁶⁰⁷ Voy. notamment G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1993-2003) », *J.T.*, 2004, p. 429.

⁶⁰⁸ Pour rappel, nous visons ici l'hypothèse d'un recours du titulaire des droits sur le logiciel de telle sorte qu'il n'est pas fait application des règles relatives aux litiges entre consommateurs.

⁶⁰⁹ Voy. la contribution de F. DE PATOUL dans ce même cahier.

⁶¹⁰ C.J.C.E., 19 février 2002, *Besix*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2002, p. 577, note H. GAUDEMET-TALLON.

cette obligation », concluant ainsi à l'inapplicabilité de l'article 5, 1°, au cas d'espèce.

La Cour justifie sa position en rappelant que « *le principe de la sécurité juridique constitue l'un des objectifs de la convention de Bruxelles* »⁶¹¹. Ce principe exige notamment que « *les règles de compétence qui dérogent au principe général de la convention de Bruxelles énoncé à son article 2, telles que celle figurant à l'article 5, point 1, de celle-ci, soient interprétées de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l'État de son domicile, il pourrait être attiré* »⁶¹². La doctrine s'interroge sur l'application de la jurisprudence *Besix*, rendue sur base de l'article 5, 1°, de la Convention de Bruxelles, au paragraphe b) de l'article 5, 1°, du Règlement qui concerne les contrats de vente de marchandises et de fourniture de services⁶¹³, catégories dans lesquelles les licences libres ne semblent cependant généralement pas devoir être incluses.

On aurait éventuellement pu envisager de choisir comme lieu d'exécution l'endroit où la violation de l'obligation litigieuse a été commise, rejoignant ainsi la compétence en matière délictuelle (voy. *infra* n° 389 et s.). Cependant, une telle solution est explicitement rejetée par la Cour au motif qu'elle impliquerait un revirement par rapport à la jurisprudence issue de l'arrêt *Tessili*⁶¹⁴, en consacrant une interprétation autonome de la notion de lieu d'exécution, sans passer par la loi applicable à l'obligation pertinente conformément aux règles de conflit de lois de la juridiction saisie. La Cour ajoute, au surplus, qu'une telle solution « *n'éviterait pas la multiplicité des tribunaux compétents dans l'hypothèse où ladite clause n'aurait pas été respectée dans plusieurs États contractants différents* ».

385. En conséquence, il y a lieu de penser que, dans la plupart des cas de contrats de licences libres, la compétence spéciale prévue à l'article 5, 1°, ne trouvera pas à s'appliquer en raison de l'impossibilité d'identifier un seul lieu où l'obligation qui sert de base à la demande du titulaire des droits sur le logiciel doit être exécutée. Dès lors, en diffusant son logiciel sous une licence libre ne contenant aucune clause d'attribution de compétence, celui-ci se privera fort probablement de la possibilité d'agir devant le tribunal de son domicile.

⁶¹¹ Voir les arrêts cités par la Cour : C.J.C.E., 4 mars 1982, *Effer*, 38/81, *Rec.*, 1982, p. 825 ; C.J.C.E., 17 juin 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.*, 1992, p. 3967 ; C.J.C.E., 20 janvier 1994, *Owens Bank*, C-129/92, *Rec.*, 1994, p. 117 ; C.J.C.E., 29 juin 1994, *Custom Made Commercial*, C-288/92, *Rec.*, 1994, p. 2913 ; et C.J.C.E., 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde e. a.*, C-440/97, *Rec.*, 1999, p. 6307.

⁶¹² C.J.C.E., 19 février 2002, *Besix*, *op. cit.*, point 26.

⁶¹³ N. WATTÉ, H. BOULARBAH et A. NUYTS, « Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale », *J.T.D.E.*, 2002, p. 165, note 44.

⁶¹⁴ C.J.C.E., 6 octobre 1976, *Tessili*, 12/76, *Rec.*, 1976, p. 1473.

§ 3. Compétence spéciale en matière délictuelle

386. Selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes⁶¹⁵, la notion de «*matière délictuelle ou quasi délictuelle*» doit être interprétée de manière autonome comme comprenant toute demande qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la «*matière contractuelle*». Il s'agit donc d'une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre⁶¹⁶. Le partage entre la compétence en matière contractuelle et quasi-délictuelle est une question qui peut parfois s'avérer délicate⁶¹⁷.

387. Si l'on admet que la licence libre est généralement opposable au licencié⁶¹⁸, la compétence en matière délictuelle ne pourra être invoquée que dans les cas pour lesquels c'est la première distribution sous licence libre qui est contestée. En d'autres termes, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une personne qui se revendique titulaire des droits d'auteurs sur le logiciel, conteste la distribution d'un logiciel sous licence libre par une autre personne à laquelle elle n'aurait pas conféré cette prérogative. Ce cas de figure est loin d'être resté théorique, ainsi qu'en atteste l'actuelle saga judiciaire qui oppose, aux Etats-Unis, SCO Group à IBM, qui est accusée d'avoir introduit dans Linux des portions de code sur lesquelles SCO Group détiendrait des droits d'exploitation⁶¹⁹.

A. Question préalable : condition des étrangers

388. Les règles régissant le domaine de la condition des étrangers tentent d'apporter une réponse à la question de savoir si, à quelles conditions et dans quelle mesure, l'étranger peut prétendre jouir des droits reconnus par la loi belge aux auteurs⁶²⁰.

⁶¹⁵ Voy. notamment C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Kalfelis, Rec.*, 1988, p. 5565 ; C.J.C.E., 26 mars 1992, *Reichert et Kockler, Rec.*, 1992, p. 2149 ; C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne, Rec.*, 1998, p. 6511.

⁶¹⁶ Voy. notamment C.J.C.E., 17 juin 1992, *Handte, Rec.*, 1992, p. 3967 et C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne, op. cit.*

⁶¹⁷ C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Kalfelis, op. cit.* et J. LAENENS, « Artikel 5,1° EEX of artikel 5,3° EEX : een kwalificatie probleem. Noot bij Antwerpen, 8 december 1998 », *R.G.D.C.*, 2001, p. 495.

⁶¹⁸ Voy. la contribution de Y. COOL dans ce même cahier.

⁶¹⁹ Pour les détails complets de cette affaire, voy. le site Internet : <http://www.sco.com/ibmlawsuit/>.

⁶²⁰ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 595. Cet ouvrage peut être consulté pour une étude plus approfondie des règles relatives à la condition des étrangers en Belgique.

L'article 79 de la LDA⁶²¹ précise que les auteurs étrangers jouissent en Belgique des droits garantis par la loi belge sur le droit d'auteur.

Ce principe d'assimilation est cependant doublement limité par deux conditions de réciprocité. La première concerne la durée de protection et prévoit que, si les droits viennent à expirer plus tôt dans le pays duquel l'étranger est un ressortissant, ils cesseront au même moment d'avoir effet en Belgique. La seconde condition de réciprocité a trait à l'étendue des droits. Ainsi, s'il est constaté que les auteurs belges jouissent, dans le pays duquel l'étranger est un ressortissant, d'une protection moins étendue, l'étranger ne pourra bénéficier en Belgique que d'une protection limitée dans la même mesure.

Les conditions de réciprocité sont, elles aussi, doublement limitées, de telle sorte que le retour au principe général de l'assimilation trouve à s'appliquer dans la plupart des hypothèses. Premièrement, depuis l'arrêt *Phil Collins*⁶²², la Cour de Justice considère que le principe de non discrimination, énoncé à l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne⁶²³, peut être invoqué directement devant le juge national d'un Etat membre par un auteur d'un autre Etat membre. Ceci signifie qu'un auteur ressortissant d'un autre Etat membre doit être traité comme s'il était belge au regard de la LDA. Deuxièmement, l'application des conditions de réciprocité de la loi belge cède le pas devant les dispositions des conventions internationales, principalement celles de la Convention de Berne, des Accords ADPIC et du Traité sur le droit d'auteur de l'O.M.P.I., de telle sorte que tout ressortissant d'un Etat membre de l'une de ces conventions, pourra jouir de la protection de la loi belge pour ses œuvres, dans les limites instaurées par ces conventions.

B. Règle de compétence

389. En matière de contrefaçon, le défendeur, pour autant qu'il soit domicilié sur le territoire d'un Etat membre, peut être attrait, dans un autre Etat membre, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (article 5, 3° du Règlement).

390. Dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, la Cour de Justice a précisé, dans une affaire déjà ancienne, que « *le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur,*

⁶²¹ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19297, ci-après la « LDA ».

⁶²² C.J.C.E., 20 octobre 1993, *Phil Collins, Rec.*, 1993, p. 5171.

⁶²³ Repris à l'article 4, al.2 du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, *J.O.*, n° C 169 du 18 juillet 2003.

*devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage »*⁶²⁴. Par la suite, la Cour a été amenée à préciser que l'interprétation de l'expression '*lieu où le dommage est survenu*' ne saurait être étendue au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant déjà causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu⁶²⁵.

391. Les diffusions par Internet étant susceptibles de causer des dommages dans chacun des pays de réception (voy. *infra*, n° 421), il restait encore à préciser comment appliquer la règle en cas de pluralité des dommages localisés dans des pays différents. Ce fut chose faite à l'occasion d'une célèbre affaire de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs Etats contractants. La Cour de justice a eu l'occasion de préciser que l'expression « *lieu où le fait dommageable s'est produit* » doit être interprétée « *en ce sens que la victime peut intenter (...) une action en réparation soit devant les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie* »⁶²⁶.

Dans le cadre de notre sujet d'étude, et particulièrement de la distribution illicite de logiciels par Internet, le lieu de l'évènement causal semble devoir correspondre au lieu d'établissement de l'éditeur du site qui distribue le logiciel de manière illicite⁶²⁷. Ainsi, le contrefacteur allégué pourra être poursuivi soit devant la juridiction du pays dans lequel il est établi, pour la réparation de l'intégralité du préjudice subi, soit devant chacune des juridictions des pays où un dommage est survenu parce que le logiciel a été téléchargé par un membre du public, sachant que la juridiction saisie sur cette base ne pourra connaître que des seuls dommages effectivement survenus sur son territoire⁶²⁸. Rappelons également que le contrefacteur allégué pourra toujours être poursuivi devant la juridiction de son domicile, pour la réparation de l'intégralité du préjudice subi (*supra*, n° 378).

⁶²⁴ C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Handelskwekerij bier / Mines de potasse d'Alsace, Rec.*, 1976, p. 1735 et en Belgique, voy. not. Bruxelles 4 mai 2001, *J.L.M.B.* 2001, p. 1444.

⁶²⁵ C.J.C.E., 19 septembre 1995, *Marinari / Lloyd's Bank, Rec.*, p. 2719.

⁶²⁶ C.J.C.E., 7 mars 1995, *Shevill e.a. / Presse Alliance, Rec.*, p. 415. Pour une application récente en Belgique en matière de droits d'auteur, Bruxelles 4 mai 2001, *précité*.

⁶²⁷ Bruxelles 4 mai 2001, *précité*.

⁶²⁸ *Ibid.* et F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 590, cité par l'arrêt.

392. Cette jurisprudence aboutit, il est vrai, à une universalisation de la compétence des tribunaux, en raison du caractère mondial d'Internet. Cependant, il faut garder à l'esprit que le titulaire lésé n'agira la plupart du temps que dans les pays d'origine de la communication ou du domicile du défendeur (qui, comme on s'en doute, se trouveront bien souvent être identiques) afin d'obtenir un jugement sur l'ensemble de son dommage, plutôt que de cumuler les procédures. Il négligera également d'agir dans les pays où le public touché est trop réduit. Le juge pourra, en effet, légitimement considérer qu'une diffusion dans une langue étrangère ne touche en réalité aucun public dans le pays considéré et que dès lors l'action n'est pas fondée à défaut d'actes de contrefaçon suffisamment avérés dans ce pays ou que le dommage est très limité⁶²⁹.

L'on pourrait regretter que le Règlement ne contienne pas de disposition similaire à celle qui figurait à l'article 10 de l'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale⁶³⁰ : « *le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'Etat dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet Etat* ». Nous verrons toutefois ci-dessous (n° 408), que cet avant-projet n'a pas été maintenu en l'état et que son étendue a été restreinte.

§ 4. Autres règles de compétence

393. Il existe d'autres règles qui peuvent influencer la compétence des juridictions belges dans le cadre d'un litige transfrontière concernant un logiciel libre. Il s'agit principalement de la litispendance et connexité (art. 28 à 30 du Règlement)⁶³¹, de la pluralité de défendeurs (art. 6, 1°), des demandes en intervention (art. 6, 2°) ou reconventionnelles (art. 6, 3°) et de la comparution volontaire du défendeur (art. 24).

394. Mentionnons également que des mesures provisoires ou conservatoires peuvent être demandées en Belgique, même si les juridictions belges ne sont pas compétentes pour connaître du fond en vertu du Règlement (art. 31)⁶³².

⁶²⁹ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 637. Pour une application en France : Cour d'appel d'Orléans, 6 mai 2003, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2004, p. 139.

⁶³⁰ E. WÉRY et T. VERBIEST, *Le droit de l'internet et de la société de l'information: droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 484.

⁶³¹ Pour une application en droit d'auteur : Anvers (1re ch.), 12 mai 1997, *A&M*, 2000, p. 290.

⁶³² F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 592.

395. Rappelons enfin que le Règlement ne s'applique qu'en matière civile ou commerciale et ne règle donc pas la compétence pour les actions menées au pénal (*infra*, n° 404). L'article 5.4 prévoit cependant une règle spéciale de compétence concernant les actions en réparation fondées sur une infraction.

Section 2 : Défendeur domicilié hors d'un Etat membre

§ 1. Compétence générale

396. A la règle de compétence générale formulée à l'article 2 du Règlement, le code DIP ajoute l'hypothèse de la résidence habituelle : « *les juridictions belges sont compétentes si le défendeur est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande* ». Il se peut donc qu'un défendeur domicilié hors d'un Etat membre soit néanmoins poursuivi en Belgique, s'il y a sa résidence habituelle. Les notions de domicile et de résidence habituelle sont définies à l'article 4 du code DIP.

§ 2. Clause attributive de juridiction et compétence spéciale en matière contractuelle

A. En présence d'une clause attributive de juridiction⁶³³

397. Dans les matières où les parties disposent librement de leurs droits en vertu du droit belge, les clauses attributives de juridiction devront être respectées par les tribunaux belges (art. 6 et 7 du code).

398. Cependant, si le juge belge est désigné, il pourra décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique (art. 6, § 2 du code). Cette réserve de for inapproprié ne devrait jouer que dans des cas exceptionnels puisque, selon les travaux préparatoires⁶³⁴, serait constitutive d'un lien suffisamment étroit, la localisation de la résidence d'une des parties en Belgique, ou encore la circonstance que le tribunal belge appliquerait le droit belge au fond du litige (sur la loi applicable, voy. le chapitre 2).

⁶³³ En présence d'une clause d'arbitrage, nous renvoyons à nos observations *supra*, n° 382.

⁶³⁴ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 7 juillet 2003, Doc. Sénat 3-21/1, p. 34, (ci-après « Exposé des motifs »).

399. Dans l'hypothèse où une juridiction étrangère est désignée, le juge belge saisi devra surseoir à statuer « sauf s'il est prévisible que la décision étrangère ne pourra pas être reconnue ou exécutée en Belgique ou si les juridictions belges sont compétentes en vertu de l'article 11⁶³⁵ » (article 7 du code). Le juge belge devra se dessaisir « lorsque la décision étrangère est susceptible d'être reconnue en vertu de la présente loi »⁶³⁶ (article 7 du code).

B. En l'absence de clause attributive de juridiction

400. En vertu de l'article 96, 1° du code DIP, les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande en matière d'obligations contractuelles, lorsque cette demande concerne une obligation qui est née en Belgique, ou qui y est ou doit y être exécutée.

401. Concernant la localisation de l'exécution de l'obligation contractuelle en Belgique, nous renvoyons à nos commentaires concernant l'article 5, 1° du Règlement et la jurisprudence *Besix* qui s'y rapporte (*supra* n° 384). Cette décision jurisprudentielle a d'ailleurs d'autant plus d'impact sur le droit belge qu'elle a été initiée par la Cour d'Appel de Bruxelles suite aux doutes de celle-ci quant au fait de savoir si la simple circonstance qu'une obligation contractuelle devait être exécutée *notamment* en Belgique pouvait suffire à rendre compétentes les juridictions belges.

402. Pour localiser la naissance de l'obligation contractuelle, notre Cour de Cassation semble avoir consacré la théorie de la réception selon laquelle le contrat est formé au lieu où l'offrant reçoit le message d'acceptation⁶³⁷. E. Montero suggère, en vertu du principe de prévisibilité contractuelle, de retenir comme lieu de formation du contrat conclu par voie électronique, « le lieu où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre à ce qu'il le soit, compte tenu des circonstances, et notamment des informations disponibles sur le site de l'offrant ou dans son message de courrier électronique »⁶³⁸, tout en questionnant l'intérêt pratique de déterminer le lieu de conclusion d'un contrat conclu sur le réseau⁶³⁹.

⁶³⁵ Voy. *infra*, n° 406.

⁶³⁶ Voy. *infra*, n° 409 et s.

⁶³⁷ Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724. Pour une application plus récente, voy. Anvers, 25 mai 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 185.

⁶³⁸ E. MONTERO, *Internet et le droit des obligations conventionnelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 51.

⁶³⁹ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la direction de M. FONTAINE, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 783.

§ 3. *Compétence spéciale en matière délictuelle*

403. En matière délictuelle et quasi-délictuelle, l'article 96, 2°, du code DIP reprend les règles de compétence du Règlement, selon l'interprétation qu'en a donnée la Cour de justice des Communautés européennes⁶⁴⁰. Les juridictions belges sont ainsi compétentes pour connaître de toute demande qui concerne une obligation dérivant d'un fait dommageable, si le fait générateur de l'obligation est survenu ou menace de survenir, en tout ou en partie, en Belgique (art. 96, 2°, a, du code), ou si et dans la mesure où le dommage est survenu ou menace de survenir en Belgique (art. 96, 2°, b, du code). Nous renvoyons pour le surplus à nos précédents commentaires (*supra*, n° 386 et s.).

404. En matière pénale, les juridictions belges seront compétentes pour connaître des actes de contrefaçon sanctionnés en vertu des articles 10 et suivants de la loi sur les programmes d'ordinateur⁶⁴¹ dès lors qu'un élément constitutif ou aggravant de l'infraction est situé sur le territoire belge.

§ 4. *Autres règles de compétence*

405. Comme dans le cadre du Règlement, il existe d'autres règles qui peuvent influencer la compétence des juridictions belges par rapport à un litige concernant un logiciel libre. Il s'agit principalement de la litispendance (art. 14 du code) et connexité (art. 9), de la pluralité de défendeurs (art. 6, § 1, al. 2) des demandes en intervention ou reconventionnelles (art. 8) et de la comparution volontaire du défendeur (art. 24).

406. Mentionnons également l'article 11 du code DIP qui introduit une compétence de nécessité en retenant, à titre subsidiaire et exceptionnel, la faculté de saisir une juridiction belge lorsqu'il serait impossible ou trop difficile pour le justiciable d'agir à l'étranger⁶⁴². Les travaux parlementaires envisagent explicitement qu'il pourrait être déraisonnable d'exiger une action à l'étranger, avec les coûts que cela supposerait au regard des éléments de localisation de la

⁶⁴⁰ Exposé des motifs, p. 121.

⁶⁴¹ Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19315, ci après la « LPO ».

⁶⁴² L'article 11 du code DIP est rédigé comme suit : « *Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger* ».

situation, lorsque les intérêts financiers en litige seraient hors de proportion avec de tels surcoûts⁶⁴³.

407. En dehors de toute action en responsabilité civile⁶⁴⁴ (contractuelle ou délictuelle), l'article 86 du code prévoit une règle de compétence internationale en matière de propriété intellectuelle : « *les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant la protection de droits de propriété intellectuelle, outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si cette demande vise une protection limitée au territoire belge* ».

§ 5. Travaux au niveau international

408. Au niveau international, il est convenu de mentionner la tentative d'élaboration d'une convention sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, issue des travaux de la Conférence de La Haye. L'ambition initiale de l'avant-projet⁶⁴⁵ était d'apporter une réponse globale aux problèmes de compétence et de reconnaissance des jugements étrangers en matière civile et commerciale, en ce compris en matière de droit d'auteur.

Cependant, les travaux sur cet avant-projet ont été suspendus lorsqu'il est apparu qu'il serait difficile de parvenir à un accord. Finalement la portée du texte a été restreinte aux seules clauses d'élection de for⁶⁴⁶. Les travaux sont toujours en cours actuellement⁶⁴⁷.

En conséquence, certains auteurs ont plaidé pour une convention traitant de ces aspects de manière spécifique aux droits de propriété intellectuelle⁶⁴⁸. Afin d'éviter toute confusion à cet égard avec la récente directive sur le respect des

⁶⁴³ Exposé des motifs, p. 36.

⁶⁴⁴ Exposé des motifs, p. 114.

⁶⁴⁵ Avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999, disponible sur le site <http://hcch.e-vision.nl>.

⁶⁴⁶ Projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for, Conférence de La Haye de droit international privé, mai 2004, DOC. TRAV. No 110 F, disponible sur le site <http://hcch.e-vision.nl>.

⁶⁴⁷ Voy. le projet de rapport sur l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (Doc. pré-l. No 26 d'août 2004), disponible sur le site <http://hcch.e-vision.nl>.

⁶⁴⁸ R.C. DREYFUSS, J.C. GINSBURG, *Draft convention on jurisdiction and recognition of judgments in intellectual property matters*, WIPO/PIL/01/7, p. 2.

droits de propriété intellectuelle⁶⁴⁹, précisons que cette dernière ne couvre pas les aspects de droit international privé (considérant 11).

CHAPITRE 2 : LOI APPLICABLE

409. La distribution des logiciels libres est, comme nous l'avons vu, encadrée par une licence qui comporte très souvent une dimension internationale. Pour déterminer la loi applicable, le juge compétent sera, dès lors, amené à se poser deux questions de droit international privé⁶⁵⁰ : la première concerne la détermination de la loi applicable au contrat d'exploitation du droit d'auteur que constitue la licence libre (section 1), et la seconde concerne la détermination de la loi compétente pour régir le droit d'auteur lui-même qui porte sur le logiciel (section 2), chacune de ces lois applicables ayant son domaine d'application propre⁶⁵¹. Nous examinerons également la loi applicable dans l'hypothèse d'une action en contrefaçon (section 3). Nous terminerons par un examen des correctifs et exceptions qui peuvent être apportés aux règles de conflits de lois (section 4).

Section 1 : Loi applicable au contrat

410. Lorsqu'il existe un contrat entre les parties régissant l'exploitation du logiciel libre, le juge belge se référera à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁶⁵². Tant en doctrine qu'en jurisprudence, il ne fait pas de doute que cette Convention a vocation à s'appliquer aux contrats régissant l'exploitation des droits intellectuels⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, 29 avril 2004, *J.O.C.E.*, 30 avril 2004, L 157/45.

⁶⁵⁰ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, Rapport remis au Ministère de la Culture et de la Communication, septembre 1999, p. 25.

⁶⁵¹ Etant donné que l'aspect contractuel revêt une importance particulière dans la distribution des logiciels libres, nous avons choisi d'étudier la loi applicable au contrat en premier lieu.

⁶⁵² Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée), *J.O.* n° C 027, 26 janvier 1998, p. 34 et la loi d'approbation du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 octobre 1987. Il est à noter cependant que la Commission européenne a adopté, le 14 janvier 2003, un Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation (COM(2002) 654 final).

⁶⁵³ Bruxelles (8^e ch.), 8 oct. 2001, *A&M*, 2002, p. 344 ; 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, p. 389 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 641 ; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et

§ 1. Détermination de la loi applicable

411. Pour déterminer la loi applicable à un contrat, la Convention de Rome retient comme principe l'autonomie de la volonté des parties (art. 3). Certaines licences libres désignent ainsi expressément la loi qui leur est applicable⁶⁵⁴.

Le choix de la loi applicable ne doit pas nécessairement être exprès, il peut également résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Ainsi, « *si une clause se réfère à une disposition d'une législation nationale sur le droit d'auteur, cela indique le choix du droit de ce pays; de même, le choix du for d'un pays déterminé peut révéler que les parties ont voulu que le contrat soit aussi régi par la loi du for* »⁶⁵⁵.

Certaines licences libres sont marquées par un style rédactionnel et l'utilisation de concepts qui sont propres à un système juridique déterminé (il s'agit en général, pour l'instant, du droit américain). Ces éléments ne peuvent cependant pas, à eux seuls, suffire à identifier de manière certaine le choix des parties quant à la loi applicable à la licence.

412. À défaut de choix des parties (exprès ou implicite), la Convention de Rome prévoit que le contrat sera régi « *par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* » (art. 4). Il est présumé que « *le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* »⁶⁵⁶. Le texte ne précise cependant pas si c'est la concession des droits ou l'exploitation qui doit être considérée comme la prestation caractéristique.

perspectives », A&M, 2000, p. 217 ; A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'oeuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, OMPI/PIL/01/1, p. 8.

⁶⁵⁴ Voy. par exemple O.S.L., art. 11, qui opère un renvoi à la *lex fori* : « Any action or suit relating to this License may be brought only in the courts of a jurisdiction wherein the Licensor resides or in which Licensor conducts its primary business, and under the laws of that jurisdiction excluding its conflict-of-law provisions » (nous soulignons).

⁶⁵⁵ A. STROWEL et J-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 389. Voy. également Bruxelles, 30 sept. 1994, Affaire « Chantal Thomass », *Ing.-Cons.*, 1994, p. 302 ; Liège, 16 mars 1999, Affaire « C & A », *Ing.-Cons.*, 1999, p. 392 et Bruxelles (8^e ch.), 8 oct. 2001, *précitée*.

⁶⁵⁶ « *Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement* ».

Lorsque la licence ou la cession des droits est concédée moyennant l'obligation pour le co-contractant d'exploiter l'œuvre protégée, il semble qu'il faille considérer que c'est l'exploitant qui accomplit la prestation caractéristique⁶⁵⁷. Par contre, lorsqu'aucune obligation d'exploiter le logiciel n'est imposée au licencié, comme c'est généralement le cas dans les licences libres⁶⁵⁸, il nous semble, dans ce cas, que ce soit le donneur de licence qui doive être considéré comme effectuant la prestation caractéristique, puisque c'est lui qui apporte une valeur nouvelle sur le marché⁶⁵⁹.

Dans ce sens, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique français⁶⁶⁰ a suggéré l'insertion d'une règle similaire à l'occasion des négociations sur le futur Règlement dit « Rome I » qui remplacerait la Convention de Rome⁶⁶¹: « *dans le silence des parties, la loi du contrat doit être celle du pays de résidence habituelle de l'auteur (...), sauf si le cessionnaire de droits est soumis à une obligation d'exploitation, auquel cas, c'est la loi de son pays d'établissement qui serait retenue* ».

En matière de logiciels libres, cette règle signifie que la désignation de la loi applicable au contrat de licence évoluera suivant la localisation des donneurs de licence successifs, qui participent à la redistribution du logiciel. Ce facteur d'insécurité juridique ne peut être évincé que par le biais d'une désignation explicite de la loi applicable.

413. Enfin, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, de la loi de cet autre pays (art. 4.5.)⁶⁶².

414. La Convention de Rome comporte des règles spéciales pour déterminer la loi applicable à certains aspects comme le consentement des parties (application possible de la loi du pays dans lequel la partie dont le consentement doit être apprécié a sa résidence habituelle)⁶⁶³ et la capacité de contracter⁶⁶⁴, ou à certains contrats comme les contrats de travail (art. 6).

⁶⁵⁷ En ce sens F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 643.

⁶⁵⁸ Voy. la contribution de Y. COOL dans ce même cahier.

⁶⁵⁹ En ce sens F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 642 et A.-C. VAN GYSEL et J. INGBER, « A la recherche de la prestation caractéristique », *Rev. dr. U.L.B.*, 1994, p. 81, n° 35.

⁶⁶⁰ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (France), avis n° 2003-2 relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété littéraire et artistique, disponible à l'adresse suivante : <http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/travaux.htm>.

⁶⁶¹ Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM/2002/0654 final.

⁶⁶² Voy. également l'article 19 du code DIP, commenté *infra*, n° 67 et s.

⁶⁶³ Article 8.2 de la Convention de Rome.

De même, il existe une règle spéciale pour la détermination de la loi applicable à la forme du contrat (application possible de la règle *locus regit actum*)⁶⁶⁵. Les règles de forme sont cependant, en certains cas, difficilement séparables des règles de fond⁶⁶⁶. En toute hypothèse, c'est à la *lex fori* qu'il revient d'opérer le partage entre la loi du droit et la loi du contrat⁶⁶⁷. Comme nous le verrons (*infra*, n° 422), le code de DIP a choisi de soumettre « *les modalités de transmission* » des droits intellectuels, à la loi applicable aux droits intellectuels et non à la loi applicable au contrat.

§ 2. *Domaine de la lex contractus*

415. L'article 10 de la Convention de Rome prévoit que la *lex contractus* régit « *notamment* » l'interprétation du contrat⁶⁶⁸, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations⁶⁶⁹, les divers modes d'extinction des obligations⁶⁷⁰ ainsi que les conséquences de la nullité du contrat.

Cette énumération n'est pas limitative ainsi qu'en atteste l'emploi du terme « *notamment* ». La doctrine s'accorde pour y ajouter toutes les questions qui touchent aux droits et obligations respectifs des parties⁶⁷¹, c'est-à-dire pour notre sujet, l'éventuelle rémunération du donneur de licence, les modalités de contrôle de l'exploitation (notamment le copyleft ou les obligations de conserver certaines mentions), etc⁶⁷².

416. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable si le contrat ou la disposition étaient

⁶⁶⁴ Article 11 de la Convention de Rome.

⁶⁶⁵ Article 9 de la Convention de Rome et G. VAN HECKE, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 314, n° 670.

⁶⁶⁶ L. BARNICH, « La Convention de Rome et la loi applicable à la forme des actes juridiques », *Rev. dr. U.L.B.*, 1994, p. 110.

⁶⁶⁷ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁶⁸ Sous réserve de certaines règles d'interprétation propres au droit d'auteur, qui seront soumises à la loi applicable au droit d'auteur (*infra*, n° 422).

⁶⁶⁹ Dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure et y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent.

⁶⁷⁰ En ce compris les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai. Voy. également et F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 644.

⁶⁷¹ P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage "immatériel" des œuvres », *D.*, 1996, n° 16, p. 135 ; A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 390.

⁶⁷² Pour une étude des obligations respectives des parties, voy. la contribution de Y. COOL dans ce même cahier.

valables⁶⁷³. Il s'agit bien de l'existence ou de la validité du contrat au regard des règles générales du droit des obligations, et non des règles particulières au droit d'auteur relatives, qui, comme la cessibilité du droit restent soumises à la loi du droit (*infra*, n° 423). Dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles⁶⁷⁴, la loi applicable au contrat établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve, cette loi sera également applicable⁶⁷⁵.

Section 2 : Loi applicable au droit d'auteur

417. Certaines questions ne sont pas réglées par la loi du contrat, mais relèvent de la loi applicable au droit d'auteur. La loi applicable au contrat, librement choisie par les parties, ne saurait en effet servir à échapper au conflit de lois relatif au droit d'auteur lui-même⁶⁷⁶.

§ 1. Détermination de la loi du droit

418. En raison de la suprématie du droit international sur le droit belge, il convient tout d'abord de se référer à la Convention de Berne⁶⁷⁷, dont l'article 5.2 prévoit que « (...) *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée* ». Selon une doctrine largement majoritaire, l'expression « *législation du pays où la protection est réclamée* » doit s'entendre comme désignant la législation du pays pour lequel la protection est réclamée⁶⁷⁸. En d'autres termes, l'article 5.2 n'opère pas un renvoi à la *lex fori* mais bien à la *lex loci protectionis*.

⁶⁷³ Article 8.1 de la Convention de Rome. N'est pas visée ici la nullité d'un contrat de cession de droit d'auteur en raison de l'incessibilité de ce droit, question qui demeure régie par la loi applicable au droit d'auteur (voy. *infra*, n° 51).

⁶⁷⁴ Et non en matière de droit d'auteur, pour lequel les modes de transmission sont soumis à la loi du droit (voy. *infra*, n° 422 et s.).

⁶⁷⁵ Article 14. 1 de la Convention de Rome.

⁶⁷⁶ A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 218 ; et A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, n° 648 et 649.

⁶⁷⁷ Signée à Berne le 9 septembre 1886, la convention a été complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971. Loi d'approbation du 25 mars 1999, *M. B.*, 10 nov. 1999, p. 41891.

⁶⁷⁸ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 632 ; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 212 ; A. STROWEL et J-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 379 ; et A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'oeuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, *op. cit.*, p. 6.

419. Le libellé de l'article 5.2 demeure cependant relativement imprécis sur l'étendue du renvoi opéré à la *lex loci protectionis*, notamment en raison du fait qu'il ne vise explicitement que l'étendue de la protection et les moyens de recours. S'est ainsi posée la question de savoir si la Convention de Berne ne pouvait pas laisser une place à la loi du pays d'origine pour résoudre certaines questions comme la titularité ou l'existence du droit d'auteur⁶⁷⁹. Une jurisprudence minoritaire en Belgique semble avoir admis le recours à la loi d'origine pour déterminer la titularité initiale d'une oeuvre⁶⁸⁰.

L'argument principalement avancé à l'appui du renvoi à la loi du pays d'origine est bien connu et consiste à invoquer un regain de sécurité juridique et de prévisibilité qui serait acquis en raison de la soumission de certaines questions à une loi unique. Si l'objectif est louable, il ne nous semble cependant pas atteint par le recours à la loi du pays d'origine, en raison de difficultés, tant théoriques que pratiques⁶⁸¹. Pour se limiter aux problèmes rencontrés dans le cadre des logiciels libres, il convient de relever la difficulté d'identifier un seul pays d'origine, lorsque le logiciel est diffusé uniquement sur Internet. En effet, en vertu de l'article 5.4, a) de la Convention de Berne, le pays d'origine est celui dans lequel l'œuvre a été publiée pour la première fois. Or, publié sur Internet, le logiciel devient accessible au même instant dans de très nombreux pays⁶⁸². Si par contre, on entend éluder cette question en considérant, comme le laisse entendre l'article 3.3 de la Convention de Berne, que la mise à disposition sur Internet ne constitue pas une publication⁶⁸³, d'autres difficultés apparaissent. En

⁶⁷⁹ Voy. M. VAN EECHOU, *Conflict of Laws in Copyright and Related Rights. Alternatives to the Lex Protectionis*, Information Law Series 12, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 106 et s. ; P. TORREMAN, « The law applicable to copyright : which rights are created and who owns them ? », *R.I.D.A.* 2001, p. 75 et les références citées dans la note ci-dessous.

⁶⁸⁰ Prés. Civ. Gand, 10 janvier 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 33, note M. PERTEGAS SENDER, Sur la jurisprudence française, plus abondante, qui a eu recours à la loi d'origine, voy. J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., p. 43 et les références citées par A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., p. 15.

⁶⁸¹ Pour une analyse détaillée de ces difficultés, voy. A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », op. cit., p. 215 et s.

⁶⁸² L'article 5.4, a) de la Convention de Berne n'apporte de solution que lorsque les différents pays de l'Union dans lesquels l'œuvre est publiée simultanément admettent des durées de protection différentes.

⁶⁸³ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., p. 45 : « Pour répondre à cette difficulté, les instances de l'OMPI ont, dans un premier temps, envisagé d'adapter la définition 'éditoriale' de la publication aux réseaux numériques lors des travaux préparatoires du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996). Mais cette proposition n'a pas été retenue. Fort de ce silence de l'OMPI, il nous semble raisonnable de considérer qu'en

effet, la Convention de Berne prévoit que le pays d'origine d'une œuvre non publiée sera le pays dont l'auteur est ressortissant ; elle ne prévoit toutefois rien pour les œuvres qui, comme la plupart des logiciels libres, sont généralement l'œuvre d'une multitude d'auteurs⁶⁸⁴.

420. Dans la droite ligne de la jurisprudence⁶⁸⁵ et de la doctrine⁶⁸⁶ majoritaires en Belgique, l'article 93 du code DIP a mis fin à toute controverse en disposant que « *les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée* »⁶⁸⁷. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que l'exposé des motifs⁶⁸⁸ rappelle qu'en matière de propriété intellectuelle, « *la règle de la protection territoriale est classique* » et que le code la consacre, « *même si les recherches en ce domaine commencent à dégager d'autres alternatives* »⁶⁸⁹. Nous verrons cependant que le renvoi à la *lex loci protectionis* n'est pas « rigide », pour reprendre l'expression utilisée dans l'exposé des motifs⁶⁹⁰. Les hypothèses dans lesquelles il pourrait être opportun d'y déroger seront étudiées plus loin (*infra* n° 440).

421. La désignation du pays pour lequel la protection est demandée pose la délicate question de la localisation de l'acte d'exploitation. S'il est, le plus souvent, relativement aisé de localiser un acte de reproduction, la tâche devient plus ardue lorsqu'il s'agit de localiser un acte de communication au public opéré sur Internet tel que la mise à disposition de logiciels à télécharger. A nouveau, deux thèses s'affrontent, opposant les partisans de la localisation dans le « pays de réception » selon lesquels la communication au public a lieu dans l'ensemble

l'état du droit positif, la définition strictement éditoriale de la publication donnée par la Convention de Berne ne permet pas de considérer l'acte de mise en circulation de l'œuvre sur les réseaux numériques comme un acte de publication au sens où elle l'entend pour la définition du pays d'origine ».

⁶⁸⁴ Voy. la contribution de Ph. LAURENT dans ce même cahier.

⁶⁸⁵ Voy. notamment : Civ. Bruxelles, 6 octobre 1995, Affaire « Meubles Eames », *Ing.-Cons.*, 1996, p. 124 ; Bruxelles, 10 novembre 1998, *I.R.D.I.*, 1999, p. 24 et Bruxelles (8^e ch.), 8 octobre 2001, *précité*.

⁶⁸⁶ G. VAN HECKE, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 312 ; A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 510 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 634 ; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 215. Voy. également pour la France, A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'oeuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁸⁷ Cette disposition est applicable aux actes et faits juridiques qui sont survenus après le 1^{er} octobre 2004. Code DIP, article 127.

⁶⁸⁸ Exposé des motifs, p. 118.

⁶⁸⁹ Voy. pour une étude récente et fouillée de ces alternatives, la thèse de M. VAN EECHOUD, *Conflict of Laws in Copyright and Related Rights. Alternatives to the Lex Protectionis*, Information Law Series 12, The Hague, Kluwer Law International, 2003.

⁶⁹⁰ Exposé des motifs, p. 118.

des pays où les signaux peuvent être reçus⁶⁹¹, à ceux de la localisation dans le « pays d'émission », selon lesquels l'acte de communication au public n'a lieu que dans le pays d'émission.

Transposant le mécanisme retenu pour la radiodiffusion transfrontières par satellite⁶⁹², le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information⁶⁹³ avait, dans un premier temps, suggéré d'ériger en principe, pour des raisons d'« *efficacité économique* », la localisation de la communication au public dans l'Etat membre d'origine du service. Cette suggestion a cependant été critiquée et la Commission a fait machine arrière dans sa communication sur le suivi du Livre vert⁶⁹⁴, en estimant qu'il n'était pas utile pour l'heure d'adopter dans ce domaine des mesures législatives au niveau communautaire. Elle a ainsi exprimé de sérieux doutes quant à la mise en place d'une harmonisation faisant du pays d'origine d'une transmission numérique le pays où a lieu l'acte de transmission, et rendant la législation de ce pays seule applicable. Pour justifier ce revirement de position, elle invoque premièrement la complexité technique de la transmission par Internet pour laquelle il est très difficile d'assigner un seul lieu d'origine, contrairement à la radiodiffusion transfrontières par satellite. Deuxièmement, l'application du principe du pays d'origine comporterait un risque trop important de priver les titulaires de droits d'une protection adéquate, surtout si la transmission s'effectue à partir d'un pays tiers. Elle estime d'ailleurs que même dans la Communauté, à moins d'une harmonisation quasi-intégrale des législations sur les droits et leur exploitation (par exemple en matière de première propriété, de cession des droits, d'étendue de la protection – y compris les limitations et exceptions, etc.), cette solution pourrait déboucher sur une décolonisation des services, qui seraient dès lors fournis à partir du pays ayant le plus faible niveau de protection du droit d'auteur et des droits voisins. Il est vrai que l'adoption de la directive 2001/29⁶⁹⁵

⁶⁹¹ Il n'y aura cependant de dommage que si un public a effectivement été touché (voy. *supra* n° 385).

⁶⁹² Article 1.2.b de la 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.C.E.* n° L 248, du 6 oct. 1993, p. 15. Ce ne serait dès lors « *plus le pays du "uplink" comme pour le satellite, mais le pays du "upload", où le produit est chargé ou injecté sur le réseau* », A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 512.

⁶⁹³ Communication de la Commission, « Livre vert : Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information », COM/95/0382 final, p. 41.

⁶⁹⁴ Communication de la Commission, « Suivi du livre vert : le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », Bruxelles, le 20 nov. 1996, COM(96) 568 final, p. 22.

⁶⁹⁵ 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, *J.O.C.E.* n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

apporte un progrès significatif dans l'harmonisation européenne du droit d'auteur, mais, comme le note A. Lucas⁶⁹⁶, « *le caractère exhaustif de la liste contenue dans l'article 5.3 de la directive sur la société de l'information limite, sans le supprimer, l'inconvénient* ».

Dans l'attente d'une réaction de la Commission⁶⁹⁷ ou de la prise en compte des solutions alternatives parfois invoquées par la doctrine⁶⁹⁸, c'est donc toujours bien le principe du « pays de réception » qui est d'application pour déterminer la localisation des transmissions sur Internet⁶⁹⁹. L'inconvénient majeur, mais non insurmontable, de ce principe est qu'un même acte de diffusion sur Internet peut être soumis à des lois différentes en fonction de la réception de cette diffusion dans différents pays. Rappelons que ceci n'empêche évidemment pas que le juge d'un seul Etat soit compétent pour traiter l'ensemble du litige, les questions de compétence et de loi applicable devant être soigneusement distinguées.

§ 2. *Domaine de loi du droit*

422. Afin de mieux appréhender le domaine de la loi régissant le droit d'auteur, l'article 94, § 1, du code DIP précise que celui-ci comprend les questions suivantes : l'existence, la nature, le contenu et l'étendue (2°); les titulaires (3°); la disponibilité (4°); les modes de constitution, de modification, de transmission et d'extinction des droits de propriété intellectuelle (5°).

423. Seront ainsi régis par la *lex loci protectionis*, les questions de l'existence et de l'extinction du droit d'auteur, en ce compris celle de la durée des droits protégés⁷⁰⁰. La détermination du contenu et de l'étendue de celui-ci sera soumise à la *lex loci protectionis*, tout comme le régime des exceptions (voy. p. ex.

⁶⁹⁶ A. LUCAS, « Pays d'origine contre territorialité », Rapport établi à l'occasion du congrès *Le droit d'auteur européen revisité*, Saint Jacques de Compostelle, 16-18 juin 2002, p. 3, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/conferences/2002-06-santiago-rapport-lucas_fr.htm.

⁶⁹⁷ « Vu la complexité de la situation sur le plan juridique, la Commission envisage donc de publier, dans un but de clarification, une communication qui traiterait le problème du droit applicable et les questions liées à l'exercice effectif des droits, et pourrait fournir des lignes directrices aux milieux intéressés », Communication de la Commission, « Suivi du livre vert ... », *op. cit.*, p. 24.

⁶⁹⁸ Pour une analyse critique des solutions alternatives proposées, voy. A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 220 et la thèse de M. VAN EECHOU, *op. cit.*

⁶⁹⁹ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 637 et Bruxelles 4 mai 2001, *op. cit.*

⁷⁰⁰ Bruxelles (8^e ch.), 8 oct. 2001, *précité*.

l'article 8 LPO)⁷⁰¹. La *lex loci protectionis* détermine également la disponibilité, ou plutôt la cessibilité des droits⁷⁰².

424. Le renvoi à la *lex loci protectionis* pour la détermination du titulaire des droits⁷⁰³ semble conforme à la solution adoptée par la Convention de Berne pour le cas particulier des œuvres cinématographiques⁷⁰⁴. Seront soumises à cette même loi, les dispositions prévoyant des présomptions de titularité⁷⁰⁵ telles que celle formulée à l'article 3 LPO⁷⁰⁶.

Rappelons que l'article 93, alinéa 2, du code DIP soumet la détermination du titulaire originaire d'un droit de propriété *industrielle* au droit de l'Etat avec lequel l'activité intellectuelle présente les liens les plus étroits. Cette disposition ne s'applique cependant pas au droit d'auteur et aux droits voisins en raison du fait que « *pour ceux-ci, la nature des dispositions législatives récentes, à savoir de la loi du 30 juin 1994, justifie le maintien du principe de territorialité* »⁷⁰⁷.

425. Selon Fernand de Visscher et Benoît Michaux⁷⁰⁸, les questions qui viennent d'être énumérées doivent être renvoyées à la *lex loci protectionis* parce qu'elles présentent un aspect territorial : elles touchent à la protection des titulaires originaires des droits ou à la situation des tiers à qui sont opposés des droits, domaines dans lesquels la plupart des législateurs entendent accorder aux uns et aux autres dans une mesure égale sur leurs territoires la protection de certains intérêts jugés essentiels. Cette solution a d'ailleurs été consacrée par une décision de la Cour d'Appel de Bruxelles⁷⁰⁹ qui s'appuie sur la thèse défendue par ces auteurs pour affirmer qu'« *eu égard au caractère territorial de la protection assurée par la loi sur les droits d'auteurs, le droit applicable est déterminé par la loi du pays où la protection est demandée. Cette loi détermine entre autres si un droit est ou non susceptible de protection, quel est le titulaire initial du droit d'auteur, le contenu de la protection accordée, les conditions d'exercice et la durée des droits protégés* »⁷¹⁰.

⁷⁰¹ Voy. la contribution de Ph. LAURENT dans ce même cahier.

⁷⁰² Voy. en ce sens Civ. Bruxelles, 6 oct. 1995, *op. cit.* ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 644 ; G. VAN HECKE, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 314, n° 670.

⁷⁰³ Voy. en ce sens Bruxelles (8e ch.), 8 oct. 2001, *op. cit.*, p. 344. *Contra* : Prés. Civ. Gand 10 janvier 1996, *précité*.

⁷⁰⁴ Article 14bis 2 (a) de la Convention de Berne.

⁷⁰⁵ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 640.

⁷⁰⁶ Voy. la contribution de Ph. LAURENT dans ce même cahier.

⁷⁰⁷ Exposé des motifs, p. 119.

⁷⁰⁸ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 544.

⁷⁰⁹ Bruxelles (8e ch.), 8 oct. 2001, *précité*.

⁷¹⁰ Traduction libre.

426. Le code soumet enfin à la *lex loci protectionis* les « modes de transmission » des droits d'auteur. L'exposé des motifs ne précise pas ce que recouvre cette notion.

Si ces « modes de transmission » doivent être compris comme renvoyant aux éventuelles conditions d'opposabilité aux tiers d'une cession de droits intellectuels, cette disposition consacre la tendance de la jurisprudence et de la doctrine majoritaires en Belgique⁷¹¹. Elle est une conséquence logique du principe de territorialité. Les conditions d'opposabilité du contrat de cession, qui sont régies par la *lex loci protectionis*, doivent cependant être soigneusement distinguées de la question de la preuve du contrat vis-à-vis des tiers qui relève du domaine de la *lex contractus* (*supra*, n° 416). Rappelons que l'opposabilité d'une cession de droits d'auteur n'est, en droit belge, soumise à l'accomplissement d'aucune formalité⁷¹², contrairement aux droits de propriété industrielle, comme le brevet⁷¹³, la marque⁷¹⁴ ou le dessin et modèle⁷¹⁵.

427. Si, par contre, les « modes de transmission » doivent être compris comme recouvrant les conditions formelles auxquelles sont parfois soumis les contrats de cession de droit d'auteur⁷¹⁶, le renvoi à la *lex loci protectionis* risque, en certaines circonstances, de mettre en péril les prévisions légitimes des parties. Dans cette matière, en effet, il pouvait également être raisonnable de soumettre la question à la loi du contrat, en constatant que ces règles ne touchent pas à la nature des droits (comme la cessibilité ou la titularité initiale), mais à un aspect purement contractuel⁷¹⁷.

Le partage entre les domaines de la loi du contrat et de la loi du droit est opéré par les dispositions de la législation du juge saisi, la *lex fori*⁷¹⁸. En disposant que

⁷¹¹ Voy. en ce sens Civ. Bruxelles, 6 oct. 1995, *op. cit.* ; Liège 16 mars 1999, *op. cit.* ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 644 ; et G. VAN HECKE, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 314, n° 670.

⁷¹² Bruxelles, 2 octobre 1981, *Ing.-Cons.* 1983, p. 148 ; Civ. Bruxelles 6 octobre 1995, *précité*.

⁷¹³ Art. 44, § 6, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention.

⁷¹⁴ Art. 11, C, de la loi uniforme Benelux sur les marques.

⁷¹⁵ Art. 13, 3, de la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles.

⁷¹⁶ Voy. la contribution de Ph. LAURENT dans ce même cahier.

⁷¹⁷ M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, Paris, GLN Joly, 1995, p. 444 ; et G. KOUMANTOS, « Les aspects de droit international privé », in *Le droit d'auteur en cyberspace*, Journées d'étude de l'ALAI, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, p. 263 : « La loi applicable au droit d'auteur détermine si celui-ci peut être transféré ou non puisqu'il s'agit là d'une qualité intrinsèque de ce droit. Mais une fois la transférabilité admise, c'est la loi applicable au contrat qui déterminera si un transfert a effectivement eu lieu ou non ».

⁷¹⁸ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, *op. cit.*, p. 26.

les « modes de transmission » des droits de propriété intellectuelle sont soumis à la loi du droit, l'article 94, §1^{er}, nous semble avoir clairement établi que les conditions formelles de transmission des droits d'auteur sont soumises à la *lex loci protectionis*, même si, comme nous le pensons, cette soumission ne doit pas rester inconditionnelle.

Il convient ainsi de relever que le code DIP prévoit que la loi du pays de protection régit les « modes de transmission » de tous les droits intellectuels. Sans doute, les conditions formelles de cession d'un droit de propriété industrielle, comme un brevet⁷¹⁹ ou une marque⁷²⁰, doivent être soumises à la loi du pays de protection, puisqu'il existera toujours un lien très étroit entre le pays de protection et le droit de propriété industrielle, en raison du fait que la protection est subordonnée à un enregistrement du droit dans ce pays. Par contre, en matière de droit d'auteur, le lien entre le pays de protection et la cession du droit d'auteur peut être beaucoup plus ténu (*infra* n° 440).

En outre, les conditions formelles de cession des droits d'auteur ont un objectif différent de celles des droits de propriété industrielle puisqu'elles ont été introduites afin de protéger les intérêts de l'auteur, qui peut se trouver en position de faiblesse au moment de céder ses droits. Comme le rappellent judicieusement Fernand de Visscher et Benoît Michaux, « rien n'indique que le législateur les ait voulues applicables en dehors de tout lien avec la Belgique et quelle que soit la loi applicable au contrat »⁷²¹.

Ainsi, les modalités de cession des droits d'auteur ne nous semblent devoir être soumises à la loi du pays de protection que lorsqu'il existe un lien entre ce pays et l'œuvre qui fait l'objet de la cession. En l'absence d'un tel lien, il nous semble que le juge serait en mesure d'appliquer l'article 19 du code DIP et de renvoyer ainsi la question à la loi du contrat de cession (*infra*, n° 439).

Section 3 : Loi applicable aux actes de contrefaçon

428. Comme nous l'avons déjà mentionné, la Convention de Berne prévoit, dans son article 5.2, que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la *lex loci protectionis*⁷²².

Cette solution, classique⁷²³, est également celle adoptée dans la Proposition de Règlement européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelles⁷²⁴

⁷¹⁹ Art. 44, § 2, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention.

⁷²⁰ Art. 11, A, 1° de la loi uniforme Benelux sur les marques.

⁷²¹ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 647.

⁷²² Voy. également pour les droits moraux, l'article 6bis, 3°, de la Convention de Berne.

dont le considérant 14 précise d'ailleurs que « *s'agissant d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle, il convient de préserver le principe 'lex loci protectionis' qui est universellement reconnu* ». L'article 8.1 stipule en conséquence que « *la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* », sans possibilité pour les parties de se soumettre à une loi qu'elles auraient choisie par une convention postérieure à la naissance de leur différend⁷²⁵.

Section 4 : Correctifs et exceptions

429. L'application des règles de conflits de lois peut être limitée, d'une part, en amont, par le recours aux règles spéciales d'applicabilité, d'autre part, en aval, par les correctifs que constituent l'ordre public international, la fraude à la loi et la clause d'exception.

§ 1. Règles spéciales d'applicabilité

430. Depuis l'adoption du code DIP, l'ancienne expression « *loi de police* », héritée du Code Napoléon, a été remplacée par la nouvelle expression « *règle spéciale d'applicabilité* », ce qui, selon l'exposé des motifs, « *correspond mieux à l'évolution de la matière* »⁷²⁶.

L'article 20 du code DIP comporte une disposition inspirée de l'article 7 de la Convention de Rome. En tant que réglementation générale du droit des conflits de lois, le code, pas plus que la Convention, ne porte atteinte aux règles insérées dans des lois particulières, qui ont pour fonction de déterminer l'applicabilité dans l'espace de telles lois. La règle spéciale d'applicabilité agit en amont des règles de conflit de lois. Elle remplit la même fonction qu'une règle de rattachement et, en ce sens, elle résout le conflit de lois par dérogation à la règle de rattachement⁷²⁷.

431. Le premier alinéa de l'article 20 du code DIP prévoit que « les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation

⁷²³ Bruxelles (8^e ch.), 8 oct. 2001, *précité* ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 644.

⁷²⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Bruxelles, 22 juillet 2003, COM(2003) 427 final.

⁷²⁵ Article 10.1 de la Proposition de Règlement.

⁷²⁶ Exposé des motifs, p. 47.

⁷²⁷ Exposé des motifs, p. 46.

internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste »⁷²⁸. Le recours à ce mécanisme se justifie pour d'autres matières⁷²⁹, mais semble devoir demeurer tout à fait exceptionnel en droit d'auteur⁷³⁰. Il postule en effet l'existence d'une règle que le juge belge devrait appliquer à une situation, même si celle-ci n'a aucun lien territorial ou autre avec la Belgique. Une telle application inconditionnelle de la *lex fori* ne peut dès lors avoir lieu qu'en vertu de la loi ou en raison du but manifeste de la règle spéciale d'applicabilité.

La jurisprudence française a cependant eu recours, par le passé, aux règles spéciales d'applicabilité en matière de droit d'auteur. Dans un arrêt devenu célèbre du 28 mai 1991 « Asphalt Jungle »⁷³¹, la Cour de cassation française a qualifié de « lois d'application impérative », les dispositions selon lesquelles c'est la personne physique, auteur d'une oeuvre, qui est, du seul fait de sa création, investie du droit moral. La protection de l'auteur aurait également pu être assurée par un recours à l'exception d'ordre public, procédé plus respectueux du droit étranger⁷³² (*infra*, n° 433).

432. Le second alinéa de l'article 20 du code DIP précise que lors de l'application du droit d'un Etat, « il peut être donné effet aux dispositions impératives ou d'ordre public du droit d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier Etat, ces dispositions sont applicables quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois ». Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

La doctrine antérieure à l'adoption du code DIP s'efforçait de rechercher dans l'article 7.1. de la Convention de Rome⁷³³ une justification à la soumission de certaines questions à la *lex loci protectionis*⁷³⁴. La seule règle de conflit de loi applicable à la loi du droit qui était alors disponible, était celle de l'article 5.2. de la Convention de Berne, dont le domaine pouvait apparaître comme

⁷²⁸ Voy. également l'article 7, al. 2 de la Convention de Rome

⁷²⁹ Notamment les règles en matière d'ententes, de concurrence, de pratiques restrictives de concurrence, de protection du consommateur, certaines règles en matière de transport, etc. Exemples cités par M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.C.E.* n° C 282 du 31 octobre 1980.

⁷³⁰ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 646.

⁷³¹ Cass. fr., 28 mai 1991, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1991, p. 752.

⁷³² A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 224.

⁷³³ Duquel l'article 20, alinéa 2, du code DIP est inspiré.

⁷³⁴ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 644 ; A. STROWEL et J-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 391.

relativement limité (*supra*, n° 419), laissant une (trop) large place à l'application de la loi du contrat⁷³⁵. Selon nous, le recours aux règles spéciales d'applicabilité n'est cependant plus justifié en raison de la définition légale du domaine de la loi applicable au droit d'auteur par la *lex fori*, en particulier l'article 94 du code DIP (voy. *supra*, n° 50) et du caractère exceptionnel que devrait comporter le recours aux règles d'applicabilité immédiate⁷³⁶.

§ 2. *Exception d'ordre public*

433. L'article 21 du code DIP introduit le mécanisme de l'exception d'ordre public⁷³⁷. Ce mécanisme se situe en aval de la règle de conflits de loi, ce qui lui confère un caractère plus respectueux du droit étranger, dans la mesure où il ne nie pas les règles de rattachement et oblige le juge à justifier l'éviction de la loi qui avait été désignée par celles-ci.

434. L'application d'une disposition du droit étranger désignée par la règle de conflits de loi peut être écartée lorsqu'elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public⁷³⁸. Cette formulation consacre une conception de l'ordre public dit fonctionnel ou atténué, en ce sens que la mise en oeuvre de l'exception doit comporter, non une condamnation du droit étranger en raison de son contenu, mais la constatation de l'impossibilité de procéder à son application en raison des effets de cette application dans le cas d'espèce⁷³⁹. L'ordre public est évidemment celui du for, mais il va de soi que cette expression englobe l'ordre public communautaire qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des Etats membres de la Communauté européenne⁷⁴⁰.

L'application de la *lex fori* n'est pas automatique puisque l'article 21 commande au juge d'appliquer une autre disposition pertinente du droit étranger, ou, «*au besoin* », du droit belge.

435. En matière de droit d'auteur, l'exposé des motifs du code DIP fournit deux dispositions considérées comme fondamentales et qui pourraient justifier l'application de l'exception d'ordre public : « *l'indisponibilité du droit moral ou*

⁷³⁵ A. STROWEL et J-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 392 (« *on peut conclure que toutes les questions relèvent en principe de la loi du contrat* »).

⁷³⁶ Exposé des motifs, p. 48.

⁷³⁷ Voy. également l'article 16 de la Convention de Rome.

⁷³⁸ L'article 21 précise que cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger.

⁷³⁹ Exposé des motifs, p. 49.

⁷⁴⁰ M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.* n° C 282 du 31 octobre 1980.

le privilège réservé à une personne physique d'être titulaire⁷⁴¹ d'un droit d'auteur »⁷⁴².

La doctrine reconnaît cependant qu'il n'est pas évident d'appliquer cette exception aux œuvres qui circuleront dans le cyberspace, compte tenu du fait que celles-ci seront souvent des œuvres fonctionnelles, comme les logiciels, pour lesquels le lien personnel avec le créateur est nettement plus ténu⁷⁴³. On peut toutefois imaginer qu'en application de la *lex loci protectionis*, le juge belge se trouve confronté à une législation qui ne reconnaît pas les droits moraux de l'auteur du logiciel⁷⁴⁴. Dans ce cas, il devrait pouvoir recourir à l'exception d'ordre public. Concernant le privilège réservé à une personne physique d'être titulaire originaire d'un droit d'auteur, il convient de noter que le président du Tribunal de Gand⁷⁴⁵ n'a pas invoqué l'exception d'ordre public pour écarter l'application du droit américain concernant les « *works made for hire* »⁷⁴⁶. Précisons toutefois que, dans cette affaire, la personne morale qui revendiquait la titularité initiale du droit d'auteur, demandait uniquement le respect des droits patrimoniaux et non de droits moraux.

§ 3. Fraude à la loi

436. Déjà connue de la doctrine et la jurisprudence belges⁷⁴⁷, l'exception de fraude à la loi a été consacrée par le code DIP dont l'article 18 stipule que « *pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi* ».

437. L'application de la théorie de la fraude à la loi en matière de droit d'auteur avait déjà été envisagée par la doctrine, notamment dans le cas où une des parties userait de sa position dominante lors des négociations pour désigner

⁷⁴¹ Il s'agit bien entendu du titulaire originaire d'un droit d'auteur.

⁷⁴² Exposé des motifs, p. 120. *Contra*, la jurisprudence « Asphalt Jungle » de la Cour de cassation française examinée *supra*, n° 431.

⁷⁴³ A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 388 n° 513bis.

⁷⁴⁴ Article 4 LPO renvoyant à l'article 6bis, 1°, de la Convention de Berne. Voy. la contribution de F. DE PATOUL dans ce même cahier.

⁷⁴⁵ Prés. Civ. Gand 10 janvier 1996, *précité*.

⁷⁴⁶ United States Code, Title 17, § 201, (b) : « *In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright* ».

⁷⁴⁷ Le recours à cette réserve est cependant resté exceptionnel dans la jurisprudence (Voy. Cass., 28 juin 1979, Affaire « Audi-NSU », *Arr. Cass.* 1978-79, p. 1303).

la loi d'un « *paradis numérique* »⁷⁴⁸ dans le seul but d'échapper à la loi normalement applicable.

438. La jurisprudence belge paraît préférer l'exception d'ordre public à la théorie de la fraude à la loi lorsque les deux mécanismes peuvent être indifféremment appliqués⁷⁴⁹, ce qui n'est cependant pas toujours le cas⁷⁵⁰.

§ 4. *Clause d'exception*

439. L'article 19 du code DIP introduit une nouveauté en droit belge, en permettant au juge de ne pas tenir compte du droit qui serait applicable en vertu du code pour éviter un résultat indésirable. Ainsi, le juge peut, exceptionnellement, écarter l'application du droit désigné par le code au profit du droit d'un autre Etat, « *lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec cet autre Etat* ».

Le second paragraphe de l'article 19 précise cependant que la clause d'exception ne peut être utilisée par le juge pour écarter la loi choisie par les parties, « *une telle règle de choix poursuivant plutôt un objectif de sécurité juridique* »⁷⁵¹. De même, cette clause n'est pas applicable lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci.

440. La possibilité de recourir à l'article 19 pour déroger à l'application de la *lex loci protectionis* en matière de propriété intellectuelle, a été explicitement envisagée lors des travaux préparatoires⁷⁵². Cette possibilité nous semble spécialement adaptée pour déterminer la loi applicable aux formalités de cession dont nous avons vu qu'elles sont, par principe, régies par la *lex loci protectionis* en vertu de l'article 94, §1, 5°, du code DIP (*supra*, n° 422). Avant l'adoption du code, et nonobstant le fait que le renvoi à la *lex loci protectionis* était largement admis en droit belge (*supra* n° 436), une certaine jurisprudence belge avait

⁷⁴⁸ A. STROWEL et J-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 388 ; P-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage "immatériel" des œuvres », *D.*, 1996, n° 16, p. 134.

⁷⁴⁹ F. RIGAUX, *Droit international privé*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 366, n° 543.

⁷⁵⁰ A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mijs & Breesch, 1995, p. 92, n° 197.

⁷⁵¹ Exposé des motifs, p. 44.

⁷⁵² Exposé des motifs, p. 118.

écarté la loi du pays de protection pour régler le problème des formalités des cessions de droits d'auteur par un renvoi à la *lex contractus*⁷⁵³.

Rappelons tout d'abord que les règles de formalisme des cessions bénéficient uniquement à l'auteur, en tant que personne physique, qui est le titulaire originaire des droits, de telle sorte que les titulaires dérivés ne pourront les invoquer à leur avantage⁷⁵⁴. Il n'est pas inutile de remarquer que, dans les trois décisions jurisprudentielles précitées qui renvoient ces questions à la *lex contractus* plutôt qu'à la *lex loci protectionis*, ce n'était pas l'auteur qui invoquait le bénéfice des règles formelles mais bien un titulaire dérivé. Il aurait donc été possible, pour ces différents juges, d'obtenir le même résultat (validité de la cession), par application de la loi belge, loi du pays de protection.

Dans les cas où c'est bien l'auteur, en tant que personne physique, qui invoque le bénéfice de ces formalités, il nous semble logique de subordonner l'application de la *lex loci protectionis* à l'existence d'un lien entre l'œuvre cédée et le pays pour lequel la protection est demandée. Raisonnons au départ d'un exemple dans lequel un programmeur américain cède un logiciel, développé aux Etats-Unis, à un exploitant américain. L'exploitant américain cède, à son tour, ces droits à une société belge, qui décide de distribuer ce logiciel sous licence libre. L'auteur du logiciel souhaite s'opposer à cette forme d'exploitation et attaque donc la société belge en Belgique. Après avoir vérifié sa compétence (voy. *supra*, Chapitre 1), le juge belge est donc amené à vérifier le respect des « modes de transmission » du droit d'auteur sur le logiciel au regard de la *lex loci protectionis*, et notamment de la première transmission intervenue entre l'auteur et la société américaine. Or, il se fait que cette cession respecte bien la *lex contractus* qu'était la loi américaine⁷⁵⁵, mais ne détaille pas les modes d'exploitation, l'étendue géographique et la durée, conditions formelles imposées par la loi belge⁷⁵⁶. En l'absence de lien avec la Belgique et en présence d'un lien très étroit avec les Etats-Unis, le juge belge aura la possibilité d'appliquer la loi américaine en vertu de l'article 19 du code DIP et ceci, précisément compte tenu du « *besoin de prévisibilité du droit applicable, et de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement* » (art. 19, al. 2). Cette

⁷⁵³ Bruxelles, 30 sept. 1994, *précité*; Liège, 16 mars 1999, *précité* ; Bruxelles (8^e ch.), 8 oct. 2001, *précité*.

⁷⁵⁴ Voy. la contribution de F. DE PATOUL dans ce même cahier.

⁷⁵⁵ United States Code, Title 17, § 204, (a) : « *A transfer of copyright ownership, other than by operation of law, is not valid unless an instrument of conveyance, or a note or memorandum of the transfer, is in writing and signed by the owner of the rights conveyed or such owner's duly authorized agent* ».

⁷⁵⁶ Voy. la contribution de F. DE PATOUL dans ce même cahier.

solution nous semble s'imposer afin de préserver un point d'équilibre entre le principe d'autonomie de la volonté qui constitue pour les parties un gage de sécurité juridique, et la volonté du législateur belge de protéger les auteurs dans leurs relations avec ceux qui souhaitent acquérir leurs droits⁷⁵⁷.

En revanche, dès lors que la situation présente un lien qui ne serait pas davantage que « *très faible* » avec le pays pour lequel la protection est réclamée, l'article 19 du code DIP ne trouve pas à s'appliquer et les conditions de transfert imposées par la *lex loci protectionis* doivent être respectées. La présence d'un lien davantage que « *très faible* » avec la *lex loci protectionis* ne devrait pas pouvoir être contestée lorsque l'auteur réside dans le pays de protection ou y a réalisé son œuvre, ce qui rapproche la loi applicable au droit d'auteur de celle relative aux contrats de travail⁷⁵⁸. Par contre, la seule circonstance que l'œuvre est exploitée notamment dans le pays de protection ne devrait pas suffire à établir un lien davantage que « *très faible* » avec ce pays, surtout au niveau des modes de transmission de l'œuvre puisque, comme nous l'avons montré, le contrat de cession peut n'avoir que des liens très ténus avec les différents pays où l'œuvre est, par la suite, exploitée⁷⁵⁹.

En raison de la relative incertitude quant à l'applicabilité des différentes conditions de transfert des droits, certains auteurs⁷⁶⁰ conseillent aux parties de respecter, dans leur pratique, les formalités de cession de tous les pays où l'œuvre sera exploitée, ce qui leur permet d'éviter toute complication ultérieure. Il ne faut guère exagérer le caractère impraticable de cette solution. En effet, un contrat bien rédigé devrait suffire à remplir les conditions formelles de la plupart des pays. Ainsi qu'il ressort d'une récente étude comparative des législations des Etats membres, « *the differences observed in the legislation of the Member*

⁷⁵⁷ Voy. en ce sens : A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'oeuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., p. 17 : « la théorie des droits acquis, qui a d'ailleurs dans le passé été expressément invoquée par certains auteurs pour justifier le recours à la loi du pays d'origine, peut, à défaut de commander le choix de la loi applicable, en corriger les effets » et A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 805, favorables au recours à la loi du contrat : « ce n'est pas en effet parce qu'ils ne peuvent désigner la loi applicable au droit d'auteur que les contrats qui l'affectent ne contribuent pas à sa fixation dans le temps ».

⁷⁵⁸ Article 6 de la Convention de Rome.

⁷⁵⁹ Voy. en ce sens Bruxelles, 30 septembre 1994, op. cit., qui constate le « défaut d'éléments de rattachement à la législation belge » et renvoie à la loi française qui exige un écrit pour la cession des droits d'auteur intervenue en France et entre Français, nonobstant le fait que l'œuvre était exploitée, notamment en Belgique. Il est vrai cependant que la Cour raisonne dans un tout autre contexte que celui de l'article 19 du code DIP.

⁷⁶⁰ J. FAWCETT et P. TORREMAN, *Intellectual property and private international law*, Clarendon press, Oxford, 1998, p. 590.

States regarding copyright contracts may not be as significant as one might tend to believe »⁷⁶¹.

CHAPITRE 3 : EFFICACITÉ ET RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

441. Dans ce dernier chapitre, nous abordons brièvement les conditions auxquelles les effets d'une décision judiciaire⁷⁶² étrangère peuvent être reconnus en Belgique.

442. Si la décision⁷⁶³ a été rendue par un Etat Membre, le juge belge⁷⁶⁴ appliquera les articles 33 à 56 du Règlement. Celui-ci prévoit une énumération des motifs qui peuvent être retenus pour refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un autre Etat membre (art. 34 et 35 du Règlement). La procédure d'exequatur a été considérablement simplifiée et accélérée puisqu'elle a lieu, comme l'indique l'article 41 du Règlement, sans examen des motifs de refus prévus aux articles 34 et 35⁷⁶⁵.

443. Dans les cas où la décision n'a pas été rendue par un Etat membre, l'exequatur devra être demandé au tribunal de première instance⁷⁶⁶, qui examinera l'absence des motifs de refus énumérés à l'article 25 du code DIP. Rappelons que l'article 95 du code DIP, pourtant intitulé « *efficacité des décisions en matière de propriété intellectuelle* », n'est pas applicable en matière de droit d'auteur puisque le droit d'auteur n'est pas, en Belgique, un droit de propriété intellectuelle donnant lieu à dépôt ou enregistrement.

⁷⁶¹ L. GUIBAULT et B. HUGENHOLTZ, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Study contract No. ETD/2000 /B5-3001/E/69, p. 147 disponible sur le site Internet <http://www.ivir.nl>.

⁷⁶² Dans le cas où le litige a été soumis à l'arbitrage, nous renvoyons à nos commentaires émis *supra*, n° 382.

⁷⁶³ L'article 32 du Règlement précise qu'il y a lieu d'entendre par décision : « *toute décision rendue par une juridiction d'un Etat membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès* ».

⁷⁶⁴ Il s'agira, en Belgique, du Tribunal de première instance, comme le prévoit l'annexe II du Règlement.

⁷⁶⁵ Nous renvoyons pour le surplus aux articles suivants : G.A.L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 287 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *op. cit.*, p. 642 et s. ; et N. WATTÉ, H. BOULARBAH et A. NUYTS, « Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale », *op. cit.*, p. 166 et s.

⁷⁶⁶ Articles 23 et 24 du code DIP et 570 du Code judiciaire, tel que modifié par l'article 134 du code DIP.

444. Comme le rappellent Fernand de Visscher et Benoît Michaux⁷⁶⁷, s'agissant d'une décision qui condamne le défendeur en raison d'une contrefaçon, il faudra distinguer entre la condamnation au paiement d'une indemnité et la condamnation à cesser de contrefaire. Seule la première pourra s'appliquer au patrimoine du défendeur éventuellement situé en Belgique. La seconde, par contre, ne pourra être exécutée que dans le territoire de l'Etat au regard de la loi duquel l'acte a été jugé comme étant une contrefaçon⁷⁶⁸.

CONCLUSIONS

445. Face à la circulation internationale des logiciels libres et des licences qui en accompagnent la distribution, le donneur de licence peut se trouver confronté à une violation de ses droits par une personne établie dans un endroit parfois fort éloigné. L'introduction d'une action en justice pour les faire respecter posera bien souvent des questions complexes au regard des règles du droit international privé. Dans certains cas, ces règles postuleront que le donneur de licence saisisse une juridiction étrangère, avec les coûts et contraintes que cela implique.

Le moyen le plus sûr d'éviter ce travers est d'opter pour une licence libre comportant une clause attributive de juridiction. Les licences, qui à l'instar de l'O.S.L. (*supra*, n° 381), attribuent la compétence aux juridictions du domicile du donneur de licence, doivent être privilégiées, en ce sens qu'elles s'adaptent parfaitement à la circulation des logiciels en désignant, pour chaque donneur de licence successif, les juridictions du lieu qui est le plus susceptible de lui convenir : celui de sa résidence.

Par contre, le choix d'une licence, qui à l'instar de la Q Public License, désigne les juridictions d'un pays déterminé (en l'espèce, la Norvège), risque de placer le donneur de licence résidant dans un autre pays que le pays désigné, dans une situation extrêmement difficile. Dans le meilleur des cas, parviendra-t-il à démontrer que cette attribution de compétence n'est pas opportune en raison de la localisation des éléments en litige, non sans entrer dans une argumentation détaillée que le choix d'une licence appropriée aurait pu éviter.

Ces considérations valent également pour les clauses déterminant la loi applicable à la licence. Lorsqu'aucune loi applicable n'est choisie par les parties, nous avons d'ailleurs vu que la localisation de la partie effectuant la prestation

⁷⁶⁷ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 594.

⁷⁶⁸ Voy. également, B. DOCQUIR, « La portée territoriale d'un ordre de cessation en matière de droits intellectuels. Note sous Gand (1^{er} ch.), 12 juin 2003 », *Ing.-Cons.*, 2003, p. 393 ; *contra* : Gand (1^{re} ch.), 12 juin 2003, *Ing.-Cons.*, 2003, p. 385.

caractéristique qui détermine la loi applicable risquait de soumettre une même licence à des lois différentes en fonction de la personne qui a effectué la distribution du logiciel (*supra*, n° 412).

Les clauses qui déterminent la juridiction compétente et la loi applicable sont, nous l'avons déjà dit, relativement rares. Dans le cas de la distribution d'un logiciel libre qui a été modifié, il pourrait être sage, pour l'auteur de la modification, de compléter la licence originelle par une clause attributive de juridiction et de loi applicable⁷⁶⁹, sauf si bien entendu, la licence originelle ne tolère aucun ajout de clause pour les redistributions.

Bien que leur importance ne soit souvent perçue qu'au moment de saisir une juridiction, les questions de droit international privé peuvent être déterminantes pour le donneur de licence qui souhaite faire respecter ses droits, que ce soit dans la détermination de la juridiction compétente ou de la loi applicable à la licence ou au droit d'auteur.

⁷⁶⁹ Nous conseillons, dans ce cas, de reprendre la clause, déjà commentée, de l'article 11 de la licence O.S.D. v 21.