

# Le lieu du fait dommageable : derniers développements en lien avec le droit d'auteur

Frédéric Lejeune, avocat au barreau de Bruxelles, assistant en droit judiciaire à l'U.L.B.

L'auteur de cette contribution revient sur les derniers développements jurisprudentiels de la Cour de justice de l'Union européenne relatifs au critère du lieu du fait dommage tiré de l'article 5 (3) du règlement 44/2001 (devenu, depuis lors, l'article 7 (2) du règlement 1215/2012) en matière de compétence internationale (quasi) délictuelle. Même si ces développements jurisprudentiels s'inscrivent dans la continuité avec la jurisprudence antérieure de la Cour, ils comportent néanmoins quelques spécificités auxquelles il convient d'être attentif et sur lesquelles il paraît important de s'interroger.

De auteur van deze bijdrage bespreekt de laatste ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot het criterium van de plaats van het schadebrengende feit zoals voorzien in artikel 5 (3) van Verordening nr. 44/2001 (ondertussen vervangen door artikel 7 (2) van Verordening nr. 1215/2012) in het kader van de internationale bevoegdheid voor verbintenissen uit onrechtmatige daad. Hoewel deze ontwikkelingen in de lijn liggen van de eerdere rechtspraak van het Hof, houden ze enkele bijzonderheden in die de nodige aandacht verdienen en waarbij een aantal vragen gesteld kunnen worden.

1. Décidément, le «lieu du fait dommageable»<sup>(1)</sup> n'aura jamais autant prêté le flanc à l'interprétation<sup>(2)</sup>.

Le droit d'auteur n'échappe pas à ce constat et apparaît même comme un terrain particulièrement fertile à l'éclosion de questions préjudicielles en la matière.

Ainsi après l'arrêt *Pinckney*<sup>(3)</sup>, deux nouvelles affaires méritent de retenir notre attention : l'affaire *Hi Hotel*<sup>(4)</sup> et l'affaire *Pez Hejduk*<sup>(5)</sup>.

L'affaire *Hi Hotel* ne s'inscrit pas dans le contexte internet, mais l'arrêt rendu par la Cour de justice au terme de celle-ci n'en est pas moins important. Il s'impose d'en mesurer la portée et d'en jauger les conséquences.

L'affaire *Pez Hejduk* n'a, quant à elle, pas mené à une solution surprenante eu égard à la jurisprudence antérieure de la Cour de justice (en particu-

lier, eu égard à l'arrêt *Pinckney*). Ceci dit, dès lors que la décision de la Cour de justice dans cette affaire *Pez Hejduk* s'écarte drastiquement de la solution originale et, il faut bien le dire, radicale<sup>(6)</sup> que l'avocat général Cruz Villalón avait préconisée dans ses conclusions du 11 septembre 2014, il nous est apparu intéressant de revenir sur les réflexions développées par cet avocat général, et de mettre en évidence les raisons pour lesquelles, à notre sens, il n'eût pas été opportun pour la Cour de justice de les reprendre à son compte.

## I. L'arrêt *Hi Hotel*

2. M. Spoering est photographe. En 2003, il photographie, sur commande, différentes pièces de l'hôtel niçois baptisé *Hi Hotel*. L'arrangement

(1) Le siège de la matière se situe à l'article 5 (3) du règlement 44/2001, remplacé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015 par l'article 7 (2) du règlement 1215/2012 : «Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre : (...) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire».

(2) Voy. notamment : C.J.U.E., 25 octobre 2011, arrêt *eDate c. Olivier Martinez*, C-509/09 et C-161/10 (aff. jointes) ; C.J.U.E., 19 avril 2012, arrêt *Wintersteiger*, C-523/10 ; C.J.U.E., 25 octobre 2012, arrêt *Folien Fischer*, C-133/11 ; C.J.U.E., 16 mai 2013, arrêt *Melzer*,

C-228/11 ; C.J.U.E., 18 juillet 2013, arrêt *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB*, C-147/12 ; C.J.U.E., 16 janvier 2014, arrêt *Kainz*, C-45/13 ; C.J.U.E., 5 juin 2014, arrêt *Coty*, C-360/12.

(3) C.J.U.E., 3 octobre 2013, arrêt *Pinckney*, C-170/12.

(4) C.J.U.E., 3 avril 2014, arrêt *Hi Hotel*, C-387/12.

(5) C.J.U.E., 22 janvier 2015, arrêt *Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NRW GmbH*, C-441/13.

(6) Solution radicale tant par rapport à la solution dégaagée par la Cour de justice dans l'arrêt *Pinckney* (accessibilité) que par rapport à la solution préconisée par l'avocat général Jääskinen à l'occasion de cette même affaire *Pinckney* (focalisation).

contractuel est le suivant : Hi Hotel a le droit d'utiliser les photographies réalisées par M. Spoering dans le cadre de prospectus publicitaires et sur son site internet.

En 2008, M. Spoering découvre, dans une librairie de Cologne, un livre d'architecture qui reprend neuf des photographies qu'il avait prises pour le compte de Hi Hotel. Ce livre est édité par les éditions Phaidon.

Estimant que Hi Hotel a, ni plus ni moins, violé ses droits d'auteur en remettant aux éditions Phaidon les photos litigieuses, M. Spoering décide d'introduire, en Allemagne, une action contre Hi Hotel afin que celui (i) cesse «de reproduire ou de faire reproduire, de diffuser ou de faire diffuser, d'exposer ou de faire exposer, sur le territoire allemand» les photographies litigieuses et (ii) indemnise «tout dommage que [M. Spoering] aurait subi et subirait en raison du comportement de Hi Hotel».

3. Dès lors que Hi Hotel n'a commis aucun acte litigieux en Allemagne (étant entendu que la remise des photos litigieuses avait eu lieu en France), la question se pose de savoir si les juridictions allemandes sont compétentes, sur la base de l'article 5 (3) du règlement 44/2001, à l'égard de Hi Hotel (et ce d'autant plus que les éditions Phaidon, qui pouvaient faire le lien avec l'Allemagne, n'étaient pas parties au litige<sup>(7)</sup>).

Autrement dit : une personne peut-elle être atraite devant les juridictions d'un État alors qu'elle n'a pas posé d'acte dommageable ou infractionnel dans cet État ?

C'est dans ce contexte que le Bundesgerichtshof décide de surseoir à statuer et interroge la Cour de justice à titre préjudiciel.

4. La Cour de justice confirme la compétence internationale des juridictions allemandes (c'est-à-

dire les juridictions du lieu où le dommage est survenu) pour connaître d'une action en contrefaçon dirigée contre une personne qui n'a pourtant commis son forfait qu'en France (lieu de l'événement causal), tout en prenant le soin de préciser que l'étendue de cette compétence internationale est limitée au seul dommage matérialisé sur le territoire allemand.

5. À première vue, cette décision n'est pas novatrice. Il est, en effet, acquis depuis :

– 1976 et l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* que le «lieu où le fait dommageable s'est produit» au sens de l'article 5 (3) du règlement 44/2001 vise tout à la fois le lieu de l'événement causal et le lieu où le dommage est survenu ou est susceptible de se matérialiser<sup>(8)</sup> ;

– 1995 et l'arrêt *Shevill* que le juge du lieu de la survenance du dommage n'est, contrairement au juge du lieu de l'événement causal, compétent que pour le seul dommage qui s'est matérialisé sur son territoire<sup>(9)</sup>.

Sur la base de ces deux arrêts – dont l'enseignement a, depuis lors, été confirmé à maintes reprises<sup>(10)</sup> – il était donc possible d'arriver, sans difficulté, à la solution entérinée par l'arrêt *Hi Hotel*. Dans ces circonstances, il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le *Bundesgerichtshof* a cru devoir saisir la Cour de justice d'une question – en apparence – aussi limpide.

6. En réalité, il existe une différence factuelle de taille entre les précédents déjà résolus par la Cour de justice et l'affaire *Hi Hotel*. Cette différence est la suivante :

– dans les affaires *Mines de Potasse d'Alsace* et *Shevill*, le dommage survient dans l'État B après que le fait générateur ait été commis par une seule et même personne dans l'État A ;

(7) «Hi Hotel, qui est la seule partie actionnée dans le litige au principal, a agi en France, à savoir en dehors du ressort de la juridiction devant laquelle elle a été atraite» (point 30 de l'arrêt).

(8) «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, l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit", dans l'article 5, 3°, de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal. Il en résulte que le défendeur peut être atrait, au choix du demandeur, 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».

(9) «L'expression lieu où le fait dommageable s'est produit, utilisée à l'article 5, point 3, de la convention du

27 septembre (...) doit, en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs États contractants, être interprétée en ce sens que la victime peut intenter contre l'éditeur 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».

(10) C.J.U.E., 25 octobre 2011, arrêt *eDate c. Olivier Martinez*, C-509/09 et C-161/10 (aff. jointes) ; C.J.U.E., 19 avril 2012, arrêt *Wintersteiger*, C-523/10 ; C.J.U.E., 25 octobre 2012, arrêt *Folien*, C-133/11 ; C.J.U.E., 16 mai 2013, arrêt *Melzer*, C-228/11 ; C.J.U.E., 18 juillet 2013, arrêt *ÖFAB, Östergötlands Fastighets AB*, C-147/12 ; C.J.U.E., 16 janvier 2014, arrêt *Kainz*, C-45/13.

– alors que dans l'affaire *Hi Hotel*, le dommage survient dans l'État B après que deux faits générateurs successifs aient été commis par deux personnes différentes, respectivement dans l'État A puis dans l'État B.

Au vu de cette différence, le *Bundesgerichtshof* a légitimement pu se demander si les arrêts *Mines de Potasse d'Alsace* et *Shevill* étaient transposables, tels quels, à l'affaire dont il avait à traiter et, en particulier, s'il était conforme à l'article 5 (3) du règlement 44/2001 d'assigner *Hi Hotel* en Allemagne (lieu de matérialisation du dommage) alors que *Hi Hotel* avait exclusivement commis une faute en France et n'était pas *directement* à l'origine du dommage subi par M. Spoering en Allemagne, puisque ce dommage n'a pu se réaliser que par l'intermédiaire des éditions Phaidon.

Autrement dit : est-il conforme à l'article 5 (3) du règlement 44/2001 d'assigner, dans un État B, une personne qui a commis une faute dans un État A, alors que le dommage survenu dans l'État B n'a pu se matérialiser qu'à la suite d'un autre fait dommageable commis par un tiers dans cet État B ?

C'est donc la succession de faits dommageables et l'incertitude quant au lien direct entre le fait dommageable commis en France et le dommage concrètement subi en Allemagne qui constitue, à n'en pas douter, l'originalité de la question préjudicielle posée par le *Bundesgerichtshof*.

7. Pour la Cour de justice, ces circonstances ne justifient toutefois pas qu'il soit dérogé à son enseignement constant aux termes duquel l'auteur d'un fait dommageable peut être attiré, au choix du demandeur, devant les juridictions du lieu de l'événement causal ou devant les juridictions du lieu de la survenance du dommage.

Dans un sens, la réponse de la Cour de justice se comprend aisément : l'incertitude quant à l'existence d'un lien causal entre la faute du premier coauteur présumé et le dommage ne saurait servir à exclure la compétence du juge du lieu de la survenance du dommage, sauf à statuer sur la réalité du lien causal au stade de l'appréciation de la compétence et donc à préjuger du fond, ce que la Cour de justice a déjà refusé dans d'autres affaires<sup>(11)</sup>.

Dans un autre sens, la réponse de la Cour de justice est très sévère pour ceux qui commettent un acte fautif susceptible d'entraîner leur responsabi-

lité civile : ceux-ci doivent savoir qu'aussi limité que puisse paraître leur acte fautif en termes de conséquences (tant d'un point de vue financier que géographique), ils ne sont pas à l'abri de se retrouver assignés devant les juridictions d'États membres dans lesquels ils n'ont pourtant jamais opéré si, dans leur sillage, une autre personne vient continuer, amplifier ou donner une autre dimension au fait dommageable et que, par l'intervention de cette autre personne, un dommage survient dans un ou plusieurs des 27 États membres de l'Union européenne.

8. En guise de conclusion, l'on notera que la Cour de justice a confirmé la jurisprudence *Hi Hotel* dans un arrêt *Coty*<sup>(12)</sup> rendu en matière de concurrence déloyale en lien avec une marque communautaire.

Les faits de cette affaire peuvent être brièvement résumés comme suit : la société allemande *Coty Germany* reproche à la société belge *First Note* d'avoir commis des actes illicites de publicité comparative et d'imitation déloyale, en distribuant un parfum dans un flacon similaire à celui protégé par l'une de ses marques communautaires. La société *Coty Germany* assigne, en conséquence, la société *First Note* devant les juridictions allemandes. Devant celles-ci, il apparaît toutefois que c'est un établissement allemand qui s'occupe de la commercialisation des parfums litigieux en Allemagne, après en avoir pris livraison chez *First Note* en Belgique. La question se pose donc de savoir si *First Note* peut être assignée en Allemagne sans avoir jamais commis d'acte litigieux sur ce territoire.

La réponse de la Cour de justice est, en tout point identique, à celle formulée dans l'affaire *Hi Hotel* :

«L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 (...) doit être interprété en ce sens que, dans le cas d'une allégation de publicité comparative illicite ou d'imitation déloyale d'un signe protégé par une marque communautaire, interdite par la loi relative à la répression de la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) de l'État membre dont relève la juridiction saisie, cette disposition ne permet pas d'établir, au titre du lieu de l'événement causal d'un dommage résultant de la violation de cette loi, la compétence d'une juridiction dudit État membre dès lors que celui des auteurs supposés qui y est attiré n'y a pas agi lui-même. En revanche, dans un tel cas, ladite disposition permet d'établir, au titre du lieu de la matéria-

(11) C.J.U.E., 3 octobre 2013, arrêt *Pinckney*, C-170/12, point 41 ; «En effet, au stade de l'examen de la compétence d'une juridiction pour connaître d'un dommage, l'identification du lieu de la matérialisation de celui-ci au sens de l'article 5, point 3, du règlement ne saurait dépendre de critères qui sont propres audit examen au fond et ne figurent pas à cette disposition». Sur la

distinction entre la compétence et le fond, voy. également F. LEJEUNE, «Une clarification attendue : en matière de compétence internationale, le droit d'auteur échappe à la théorie de la focalisation», *A&M*, 2014/3-4, pp. 189-190, n° 7 et pp. 191-193, n°s 13-16.

(12) C.J.U.E., 5 juin 2014, arrêt *Coty*, C-360/12.

lisation du dommage, la compétence juridictionnelle pour connaître d'une action en responsabilité fondée sur ladite loi nationale introduite contre une personne établie dans un autre État membre et dont il est allégué qu'elle a commis, dans celui-ci, un acte qui a entraîné ou risque d'entraîner, dans le ressort de la juridiction saisie, un dommage».

## II. L'arrêt *Pez Hejduk*

9. M<sup>me</sup> Hejduk est une photographe spécialisée en photographie architecturale. Elle réside en Autriche. EnergieAgentur, responsable du site [www.energieregion.nrw.de](http://www.energieregion.nrw.de) diffuse, sans l'autorisation de M<sup>me</sup> Hejduk, certaines de ses photographies. Le public peut y accéder, les consulter et les télécharger librement.

Informée de cet état de fait, M<sup>me</sup> Hejduk assigne EnergieAgentur devant les juridictions autrichiennes afin de l'entendre condamner au paiement de 4.050 EUR à titre de réparation du dommage. EnergieAgentur soulève un déclinatoire de juridiction au motif que seules les juridictions allemandes seraient compétentes, dès lors qu'elle a son siège à Düsseldorf et que son site web a un nom de domaine de premier niveau «.de».

C'est dans ce contexte que le Handelsgericht Wien a posé la question préjudicielle suivante à la Cour de justice :

«L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 (...) doit-il être interprété en ce sens que, dans un litige portant sur la violation de droits voisins du droit d'auteur, commise en rendant une photographie accessible à la consultation sur un site Internet, celui-ci étant exploité sous le domaine de premier niveau d'un État membre autre que celui dans lequel le titulaire du droit possède son domicile, il n'existe de compétence que

- dans l'État membre dans lequel l'auteur supposé de la violation a son siège ; ainsi que
- dans le ou les État(s) membre(s) au(x)quel(s) le site Internet est destiné, de par son contenu ?».

### A. Les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón

10. Dans ses conclusions du 11 septembre 2014, l'avocat général Cruz Villalón fait tout d'abord observer que le dommage consécutif à la diffusion des photos litigieuses sur internet est «dématéria-

lisé», «diffus» ou, pour le dire encore autrement, «délocalisé», ce qui rend difficile l'application de l'article 5 (3) du règlement 44/2001.

Il passe ensuite en revue les différents critères de compétence qui pourraient s'appliquer à un tel dommage «délocalisé», à savoir le critère du centre des intérêts de la victime, le critère de la focalisation et le critère de l'accessibilité (qu'il appelle «le critère de la territorialité et l'arrêt *Pinckney*»).

Aucun de ces trois critères ne trouve grâce aux yeux de l'avocat général et il suggère, en conséquence, à la Cour de justice de rejeter, en cas de dommage délocalisé, le lieu de la survenance du dommage et, en conséquence, de limiter l'option traditionnellement offerte par l'article 5 (3) du règlement 44/2001 au seul juge du lieu de l'évènement causal (point 45 de ses conclusions) :

«Dans ces conditions, lorsque des dommages "délocalisés" se produisent sur Internet, qui portent atteinte à des droits patrimoniaux d'auteur, je considère que la meilleure option consiste à exclure la possibilité d'agir devant les juridictions de l'État dans lequel le dommage s'est matérialisé et à limiter la compétence aux juridictions de l'État dans lequel le fait dommageable s'est produit, du moins la compétence fondée sur l'article 5, paragraphe 3, du règlement. Cette option n'exclut d'ailleurs aucunement le for prévu à l'article 2 du règlement, conformément auquel le requérant pourrait également s'adresser aux juridictions de l'État membre dans lequel le défendeur a son domicile. Bien que les deux critères désigneront le même for dans la majorité des cas (comme en l'espèce), il n'en sera pas toujours ainsi».

Cette solution radicale ne manque pas de surprendre tant elle tranche franchement avec la jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Dans ces circonstances, il nous semble indispensable d'examiner en détail les motifs pour lesquels l'avocat général écarte successivement les critères du centre des intérêts de la victime, de la focalisation et de l'accessibilité, et en arrive à prôner, sur la base de l'article 5 (3) du règlement 44/2001, la compétence 'exclusive' du juge du lieu de l'évènement causal en cas de dommage «délocalisé».

#### 1. Le critère du centre des intérêts de la victime

11. S'agissant du *centre des intérêts de la victime* dégagé dans l'arrêt *eDate*<sup>(13)</sup>, l'avocat général estime

(13) C.J.U.E., 25 octobre 2011, arrêt *eDate c. Olivier Martinez*, C-509/09 et C-161/10 (aff. jointes) : «L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 (...) doit être interprété en ce sens que, en cas d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur un site internet, la personne qui s'estime lésée

a la faculté de saisir d'une action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé, soit les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus, soit les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts. Cette personne peut également, en lieu et place d'une action en responsabilité au

que ce critère de compétence exceptionnel n'a été entériné par la Cour de justice que dans le contexte spécifique des droits de la personnalité, et qu'il ne se justifie pas de l'étendre aux droits d'auteur patrimoniaux (points 26 et 27 de ses conclusions):

«Il importe de souligner que l'arrêt *eDate Advertising et autres* se rapportait exclusivement à des cas d'atteintes aux droits de la personnalité. Il en est ainsi parce que, si ce n'était pas le cas, cela pourrait entraîner un détournement de la finalité de l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 44/2001. D'une part, le critère du centre des intérêts de la victime place l'accent sur l'accessibilité du média, facteur que la Cour avait écarté ou limité à de nombreuses occasions, y compris dans des contextes étrangers à l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 44/2001. Le fait que le média soit accessible à l'endroit où se situe le centre des intérêts de la victime ouvre la possibilité pour celle-ci d'engager un recours dans cet État et, de surcroît, d'y demander réparation de la totalité du dommage subi, ce qui permet de modifier considérablement l'équilibre que la compétence spéciale mise en place à l'article 5, paragraphe 3, vise à instaurer. D'autre part, il faut tenir compte également de la proximité qui existe entre le critère du centre des intérêts et le *forum actoris*, car le centre des intérêts de la victime se situera dans la grande majorité des cas, mais pas toujours, au lieu où celle-ci a son domicile.

C'est précisément en raison des risques que comporte le critère du centre des intérêts de la victime que j'estime qu'il ne convient pas de l'étendre aux droits patrimoniaux d'auteur, même lorsqu'il s'agit d'un dommage "délocalisé" infligé par le truchement d'Internet. La Cour a écarté cette option dans le cas de propriété industrielle dans l'arrêt *Wintersteiger* et elle l'a fait également lorsqu'elle a analysé le cas de dommages "localisables" résultant d'atteintes à des droits patrimoniaux d'auteur. Tel est, selon moi, la solution qu'il convient de retenir dans une hypothèse telle que celle de l'espèce, où la victime allègue avoir subi un dommage "délocalisé" en raison d'une atteinte à un droit patrimonial d'auteur».

Nous souscrivons à la conclusion à laquelle arrive l'avocat général: il ne nous semble pas opportun d'étendre la solution exorbitante dégagée dans l'arrêt *eDate* en matière de droits de la personnalité à tous les quasi-délits et dommages dématérialisés,

car cela reviendrait, en substance, à généraliser la compétence du juge du lieu du domicile du *demandeur* (*forum actoris*). Or tel n'est pas l'objectif de l'article 5 (3) du règlement 44/2001 (dont le principe de base est – il est bon de le rappeler – la compétence du juge du lieu du domicile du *défendeur*<sup>(14)</sup>).

Ceci dit, si nous approuvons le rejet du critère du centre des intérêts de la victime en matière d'atteintes dématérialisées aux droits d'auteur patrimoniaux, nous trouvons le raisonnement de l'avocat général «un peu court» en droit: M. Cruz Villalón pointe le contexte spécifique dans lequel est né le critère du centre des intérêts de la victime et les risques liés à ce critère, mais il n'explique pas (ou en tout cas pas clairement) pourquoi ce critère spécifique se justifierait en matière d'atteintes portées aux droits de la personnalité, mais ne se justifierait pas en matière d'atteintes portées aux droits d'auteur patrimoniaux. Pourquoi une telle différence de traitement entre les victimes d'atteintes à l'honneur ou à la réputation, d'une part, et les victimes de contrefaçon, d'autre part? Telle est la question à laquelle il eût fallu apporter une réponse. Sur ce point, les conclusions de l'avocat général laissent le lecteur sur sa faim.

## 2. Le critère de la focalisation

12. S'agissant ensuite du *critère de la focalisation*, consistant à retenir la compétence du juge dont l'État est spécialement ciblé par le site *web* par l'intermédiaire duquel le quasi-délit est commis et le dommage survient<sup>(15)</sup>, l'avocat général considère que la Cour de justice l'a rejeté de manière définitive dans l'arrêt *Pinckney* (points 29-31):

«La possibilité de déclarer compétente la juridiction de l'État vers lequel est dirigée l'activité dommageable est une option que diverses juridictions nationales ainsi que la doctrine ont déjà préconisée. Comme chacun sait, c'est également le critère utilisé par le règlement n° 44/2001 pour la compétence spéciale que l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, sous c), prévoit dans le cas des consommateurs. Dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire *Pinckney*, l'avocat général Jääskinen a proposé d'appliquer ce critère et présenté des arguments de poids à cet effet. Bien que la Cour ne l'ait pas suivi sur ce point, elle l'a appliqué dans ses arrêts *L'Oreal*, *Donner* et *Football Dataco*,

titre de l'intégralité du dommage causé, introduire son action devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été. Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie» (nous soulignons).

(14) Article 2 (1) du règlement 44/2001: «Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes

domiciliées sur le territoire d'un État membre sont atraïtes, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre». Voy. également l'article 4 (1) du règlement 1215/2012.

(15) Pour une analyse approfondie de cette théorie, voy. F. LEJEUNE, «Contrefaçon, internet et compétence internationale: le droit d'auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation?», *A&M*, 2011/4-5, pp. 425-442.

dont les contextes étaient différents, mais proches de celui qui est en cause dans la présente affaire.

Néanmoins, la Cour a rejeté le critère de la focalisation dans l'arrêt *Pinckney*, dans lequel elle a déclaré expressément que «contrairement à l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, sous c), du règlement [n° 44/2001] [...], l'article 5, paragraphe 3, dudit règlement n'exige notamment pas que l'activité en cause soit "dirigée vers" l'État membre de la juridiction saisie».

S'il est vrai que ce point de l'arrêt *Pinckney* est susceptible d'interprétation, il me semble que l'on puisse déduire clairement de la formulation utilisée par la Cour que celle-ci avait l'intention d'exclure le critère de la focalisation dans l'interprétation de l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 44/2001. Le critère de la focalisation a été utilisé dans les fors où il existe une activité économique précédée d'une intention claire d'offrir des biens et des services dans l'État membre vers lequel est dirigée l'activité. C'est la raison pour laquelle je considère que l'arrêt *Pinckney* écarte, en principe, la possibilité d'étendre le critère de la focalisation à une hypothèse de dommages extracontractuels résultant d'atteintes à des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle».

L'avocat général doit être suivi, car c'est sans la moindre ambiguïté que la Cour de justice a exclu, au point 42 de son arrêt *Pinckney*<sup>(16)</sup>, toute possibilité de prendre en compte la direction du site *web* litigieux lors de la détermination du lieu de la survenance du dommage au sens de l'article 5 (3) du règlement 44/2001. Ce critère, exclu dans l'arrêt *Pinckney*, ne peut donc fonder la solution à donner dans l'affaire *Pez Hejduk*.

### 3. Le critère de l'accessibilité

13. S'agissant enfin du *critère de l'accessibilité* consacré par la Cour de justice dans son arrêt *Pinckney*, l'avocat général émet de sérieuses réserves (points 38-40 de ses conclusions) :

«En résumé, la jurisprudence *Pinckney* se caractérise par trois traits permettant de constater la compétence judiciaire en cas d'atteinte transfrontalière à un droit patrimonial d'auteur : une protection matérielle, une protection de fait et une protection limitée au territoire. Sera seule compétente à constater qu'un dommage a été subi à la suite d'une atteinte à un droit patrimonial d'auteur la juridiction de l'État sur le territoire duquel le droit est protégé et où existe le risque effectif que la violation se produise, sa compétence étant limitée au dommage subi dans cet État.

Appliquer la jurisprudence citée à la présente affaire ne va pas sans difficulté. Si le droit d'auteur de

M<sup>me</sup> Hejduk est effectivement protégé en Autriche et si ses photographies reproduites et distribuées sans son autorisation peuvent être vues sur Internet en Autriche, il est difficile, voire impossible, de déterminer le dommage subi dans ce seul État membre. À la différence de ce qui se passait dans l'affaire *Pinckney*, où la violation des droits d'auteur consistait dans la reproduction de CD et leur vente sur Internet dans n'importe quel État membre, la présente affaire concerne un dommage dont la matérialisation est difficile à constater puisque le simple fait qu'une photographie puisse être vue sur Internet n'offre aucun indice concernant la localisation du dommage. Le dommage en cause dans l'affaire *Pinckney* était le résultat d'une prestation rémunérée (à savoir la fabrication de CD et leur vente en ligne sur Internet), alors que, dans la présente affaire, il n'y a pas de prestation rémunérée, mais un acte de communication publique posé par une entreprise.

C'est la raison pour laquelle appliquer la solution que la Cour a retenue dans l'affaire *Pinckney* à un cas tel que celui-ci nous amènerait, comme l'a souligné la Commission, soit à refuser à la requérante la possibilité d'ester en Autriche, puisque la violation de ses droits d'auteur en Autriche n'est pas visible ou ne l'est guère, soit à reconnaître l'ensemble du préjudice qu'elle allègue puisqu'il est impossible de segmenter territorialement la violation, solution qui, en définitive, contredirait celle que la Cour a retenue dans l'arrêt *Pinckney*».

14. Il semble que, dans l'esprit de l'avocat général, le critère de l'accessibilité du site *web*, par et sur lequel les photographies protégées par le droit d'auteur sont illicitement diffusées, ne pourrait être retenu pour déterminer le lieu de la survenance du dommage au motif (i) que la simple accessibilité n'offre aucun indice quant à la localisation du dommage et qu'il est très difficile de déterminer le dommage subi dans chaque État où le site *web* litigieux est accessible et (ii) que le juge compétent grâce à la simple accessibilité du site *web* litigieux ne serait pas, lors de son examen au fond, en mesure de déterminer le dommage subi uniquement sur le seul territoire de sa juridiction.

Ce sont donc des considérations de fond (à savoir qu'il serait impossible pour le juge compétent sur la base de la simple accessibilité de déterminer le dommage subi sur le seul territoire de sa juridiction) qui poussent l'avocat général à rejeter le critère de l'accessibilité sur le plan de la compétence. Le point 42 de ses conclusions confirme d'ailleurs cette lecture :

«(...) dans un cas comme celui de l'espèce, le requérant ne pourra pas apporter d'éléments vérifiables permettant de délimiter avec précision le

(16) C.J.U.E., 3 octobre 2013, arrêt *Pinckney*, C-170/12.

dommage qu'il a subi uniquement dans l'État où il a introduit son recours. Cette circonstance amènerait la juridiction saisie à accorder la réparation d'un dommage moindre que celui qui s'est réellement produit. Si elle accordait une réparation plus grande, elle irait au-delà du critère territorial dont la Cour exige l'application en pareille hypothèse. La Commission a raison lorsqu'elle affirme qu'appliquer la jurisprudence *Pinckney* à la présente espèce comporterait un risque sérieux que la juridiction saisie agisse au-delà des limites de sa compétence».

Ce raisonnement nous laisse plus que perplexe.

15. D'abord et avant tout, l'on ne saurait faire dépendre l'application de l'article 5 (3) du règlement 44/2001 de considérations de fond. La Cour de justice l'a rappelé sans ambiguïté au point 41 de son arrêt *Pinckney*: «En effet, au stade de l'examen de la compétence d'une juridiction pour connaître d'un dommage, l'identification du lieu de la matérialisation de celui-ci au sens de l'article 5, point 3, du règlement ne saurait dépendre de critères qui sont propres audit examen au fond et ne figurent pas à cette disposition»<sup>(17)</sup>. Pour ce seul motif, le raisonnement de M. Cruz Villalón est, nous semble-t-il, vicié *ab initio*.

16. Ensuite, à supposer que l'avocat général ait raison et qu'il ne serait pas réaliste d'agir devant les juges du lieu de la survenance du dommage, compétents grâce à la simple accessibilité du site web litigieux, au motif qu'il serait (très) difficile pour ces juges de procéder à une segmentation territoriale du dommage et de déterminer avec précision la réalité et la hauteur du seul dommage subi dans leur juridiction, en quoi la situation serait-elle différente pour le juge du lieu de l'événement causal ?

Pour le dire autrement : si le juge du lieu de la survenance du dommage n'est pas capable de segmenter territorialement le préjudice, comment le juge du lieu de l'événement causal en serait-il davantage capable ?

Or, il est constant que le juge du lieu de l'événement causal devra, lui aussi, distinguer les préjudices subis dans chaque État (ne serait-ce que parce qu'il devra appliquer, pour chacun de ces préjudices, une loi différente).

Dans ces circonstances, le problème mis en avant par l'avocat général, pour disqualifier la compétence du juge du lieu de la survenance du dommage, se posera exactement dans les mêmes termes devant le juge du lieu de l'événement causal, puisque ce juge sera compétent pour connaître de l'ensemble du litige et qu'il devra, en conséquence, déterminer le préjudice subi dans chacun des États où le dommage s'est produit.

À notre sens, la difficulté pour le juge de la survenance du dommage de déterminer le préjudice subi dans sa seule juridiction en cas de dommage «délocalisé» n'est pas propre à ce juge et n'est donc pas un motif valable pour écarter, purement et simplement, sa compétence au profit de son homologue du lieu de l'événement causal, lequel connaîtra exactement les mêmes difficultés !

17. Enfin, dans l'arrêt *eDate*, il était également question d'un dommage «délocalisé» puisque les atteintes aux droits de la personnalité avaient été commises en ligne via la diffusion d'articles sur des sites *web*. Cette circonstance n'a pas empêché la Cour de justice de retenir la compétence des juridictions du lieu de la survenance de ce dommage pourtant délocalisé (point 51 de l'arrêt *eDate*): «Par ailleurs, en lieu et place d'une action en responsabilité au titre de l'intégralité du dommage, le critère de la matérialisation du dommage issu de l'arrêt *Shevill* e.a., précité, confère compétence aux juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été. Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie».

À l'époque de l'affaire *eDate*, le même avocat général n'avait d'ailleurs identifié aucun problème de segmentation ou de détermination territoriale du préjudice : «À titre de conclusion, nous proposons à la Cour de déclarer que l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire", au sens de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, doit être interprétée, en cas d'atteinte à des droits de la personnalité par le biais d'informations diffusées dans plusieurs États membres par l'intermédiaire d'Internet, en ce sens que le titulaire du droit de la personnalité peut engager une action en dommages et intérêts (...) devant les juridictions de tout État membre dans lequel la publication a été diffusée et dans lequel le titulaire du droit de la personnalité affirme avoir subi une atteinte à sa réputation, qui sont compétentes pour connaître uniquement des dommages causés dans l'État de la juridiction saisie (...)».

Dans ces circonstances, nous avons du mal à apercevoir en quoi le préjudice «délocalisé» subi en conséquence d'une diffusion illicite de photographies protégées par le droit d'auteur serait moins susceptible de segmentation territoriale que le préjudice «délocalisé» consécutif à une publication difamatoire ou attentatoire à la vie privée.

## B. La décision de la Cour de justice

18. Pour les motifs qui viennent d'être exposés, les justifications proposées par l'avocat général pour

(17) Nous soulignons.

disqualifier, purement et simplement, la compétence du juge du lieu de la survenance du dommage en cas de préjudice «délocalisé» nous paraissent peu convaincantes.

Au demeurant, il ne faut pas perdre de vue que consacrer exclusivement la compétence du juge du lieu de l'événement causal favorisera, le plus souvent, le défendeur au détriment de la victime, et ne facilitera pas nécessairement la résolution du litige, car le juge devra pouvoir jongler avec une ou plusieurs lois nationales étrangères<sup>(18)</sup> (la loi applicable aux contrefaçons de droit d'auteur étant la *lex loci protectionis* en vertu de l'article 8 du règlement 864/2007, dit «Rome II»<sup>(19)</sup>).

19. C'est par conséquent avec enthousiasme que nous accueillons la décision de la Cour de justice dans cette affaire *Pez Hejduk*. Aux termes de celle-ci, la Cour de justice confirme, sans ambiguïté aucune, que sa jurisprudence constante relative à l'article 5 (3) du règlement 44/2001 est applicable en cas d'atteinte commise par internet à des droits d'auteur ou à des droits voisins, les caractères dématérialisés ou diffus de l'atteinte et du dommage consécutif à cette atteinte n'étant pas déterminants pour justifier une solution différente :

«L'article 5, point 3, du 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, doit être interprété en ce sens que, en cas d'atteinte alléguée aux droits d'auteur et aux droits voisins du droit d'auteur garantis par l'État membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente, au titre du lieu de la matérialisation du dommage, pour connaître d'une action en responsabi-

lité pour l'atteinte à ces droits du fait de la mise en ligne de photographies protégées sur un site Internet accessible dans son ressort. Cette juridiction n'est compétente que pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève».

En d'autres termes, lorsqu'une atteinte est commise à des droits d'auteur par l'intermédiaire d'internet, le demandeur en justice, qui clame un préjudice consécutif à cette atteinte, pourra choisir d'agir soit devant le juge de l'État membre de l'événement causal (duquel il pourra obtenir la réparation intégrale, c'est-à-dire extraterritoriale, de son préjudice); soit devant le juge de l'État membre dans lequel est accessible le site *web* par lequel est survenue l'atteinte à ses droits, c'est-à-dire devant le juge de l'État membre de la matérialisation du dommage (duquel il ne pourra toutefois obtenir que la réparation du préjudice local).

20. L'autorité de cette décision nous paraît d'autant plus forte que la Cour de justice n'a pris ni la peine de citer ni *a fortiori* de rencontrer les critiques émises par l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions du 11 septembre 2014.

La jurisprudence de la Cour de justice qui, en matière (quasi) délictuelle, offre l'option au demandeur d'agir soit devant le juge du lieu de l'événement causal soit devant le(s) juge(s) du lieu de la matérialisation du préjudice semble donc avoir de beaux jours devant elle. En tout cas, ni la théorie de la focalisation ni la proposition radicale d'écarter, purement et simplement, la compétence du juge du lieu de la matérialisation d'un préjudice diffus ou délocalisé n'auront pu ébranler cette jurisprudence constante...

(18) Voy. en ce sens : D. VAN ENGELEN, «Rome II and intellectual property rights : Choice of law brought to a standstill», *NjPR*, 2008, liv. 4, p. 445, n° 7 : «One of the clear problems facing litigants with regard to infringements of IPRs is that the alleged infringements may occur in numerous countries simultaneously. In this regard, one only has to think of an internet publication or the distribution of a product throughout the entire, single European market. Application of the *lex loci protectionis* will mean that the national IP laws of all 27 Member States will have to be applied». Voy. également : J.-S. BERGÉ, «The Territoriality Principle and Intellectual Property», disponible sur <http://cejec.u-paris10.fr/> : «The court of the country in which the harmful event causing the right to be infringed took place will nevertheless be bound to effect a distributive application of the various laws of the countries for which protection is claimed».

(19) J. BASEDOW, *Conflict of laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, Oxford University Press, 2013, p. 232, n° 3:102.C09 : «The *lex protectionis* is the law of the country *for which* protection is sought, not the law of the country *where* protection is sought. The two expressions are sometimes confounded, but they must be clearly distinguished. The *lex protectionis* does not refer to the country where a legal action is pending ; otherwise it would simply be synonymous with the *lex fori* since in that country the law of the forum and the *lex protectionis*, thus understood, would be identical. But where a court outside the country for which protection is sought has jurisdiction, that court should apply not its own law, but the law of the country for which protection is sought. The determination of the relevant *lex protectionis* is also, in principle, independent from the question where the infringement occurred and whether an intellectual property right in the country of protection was in fact infringed (...)».