

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 19

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Samuel Max Gabbay (IFRJ).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 19 (julho/dezembro 2016)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN MOUVEMENT: PARADOXE ET PERSPECTIVE¹

INTELLECTUAL PROPERTY IN MOTION: PARADOX AND PERSPECTIVE

Jean-Sylvestre Bergé

Résumé: Qu'est-ce que le mouvement, la circulation en droit de la propriété intellectuelle? La situation est paradoxale. Les objets de propriété intellectuelle circulent dans une proportion considérable. En revanche, il est assez difficile de dire que les droits de propriété intellectuelle circulent de territoire en territoire. L'explication de cette absence de circulation des droits de propriété intellectuelle doit être recherchée dans le principe de territorialité qui commande la protection internationale de la propriété intellectuelle. Mais ce principe est de plus en plus marginalisé, de sorte que la question se pose de la fin d'un mythe qui viendrait ainsi ouvrir la perspective d'une véritable circulation des droits de propriété intellectuelle.

Mots-clés: Propriété intellectuelle. Circulation. Territorialité.

Abstract: What is movement, circulation in intellectual property law? The situation is paradoxical. The objects of intellectual property rights is circulating to a considerable extent. On the other hand, it is rather difficult to say that intellectual property rights circulate from territory to territory. The explanation of this lack of circulation

¹ Artigo recebido em 26.09.2017 e aceito em 01.11.2018.

of intellectual property rights must be sought in the principle of territoriality which commands the international protection of intellectual property. But this principle is increasingly marginalized, so that the question arises of the end of a myth that would open the prospect of a real circulation of intellectual property rights.

Keywords: Intellectual Property. Circulation. Territoriality.

Indice: Introduction. I. L'absence de circulation des droits de propriété intellectuelle ou le principe de territorialité. II. La marginalisation du principe de territorialité. III. Les perspectives en termes de circulation des droits de propriété intellectuelle. Em guise de conclusion.

Introduction

Les droits de propriété intellectuelle sont placés dans une situation que l'on peut qualifier de paradoxale. Les objets de propriété intellectuelle circulent dans une proportion considérable. Les livres, interprétations, reproductions, exécutions, représentations, inventions, signes distinctifs, dessins et modèles, etc. se déplacent massivement depuis toujours de territoires nationaux en territoires nationaux. En revanche, il est assez difficile de dire, par la même occasion, que les droits de propriété intellectuelle circulent de territoire en territoire. Où sont les petits pieds qui conduiraient, les droits d'auteur, droits voisins, droits des brevets, droits des marques et indications géographiques, droits de dessins et modèles d'origine française à circuler en Allemagne, aux Etats-Unis ou en Chine, par exemple? On ne dit pas qu'un droit de propriété intellectuelle circule sur un autre territoire. On dit qu'un droit de propriété intellectuelle originaire d'un territoire A soulève la question de sa protection sur un autre territoire B.

L'explication de cette absence de circulation des droits de propriété intellectuelle doit être recherchée dans le principe de territorialité qui commande la protection internationale de la propriété intellectuelle (I.). Mais ce principe est de plus en plus marginalisé (II.), de

sorte que la question se pose de la fin d'un mythe qui viendrait ainsi ouvrir la perspective d'une véritable circulation des droits de propriété intellectuelle (III.).

I. L'absence de circulation des droits de propriété intellectuelle ou le principe de territorialité

La territorialité est une notion d'inspiration essentiellement doctrinale. L'expression "principe de territorialité" est, en effet, fréquemment employée dans la littérature juridique spécialisée². En revanche, les textes de droit positif ne s'y réfèrent pas explicitement, se contentant de références au "territoire" ou parfois "multiterritoire". Quant à la jurisprudence, elle n'a jamais donné à l'expression un véritable écho, si l'on excepte une jurisprudence récente de la Cour de justice³.

La territorialité est d'abord une idée avant d'être un principe juridique. Elle désigne, en effet, plusieurs réalités qu'il faut savoir distinguer.

Au premier niveau, la territorialité traduit, de manière tout à fait banale, l'assise territoriale des lois nationales. Le droit français définit, sur le territoire national, le droit de la propriété intellectuelle français. Il préside à la reconnaissance d'un droit subjectif de dimension essentiellement nationale. Il institue des procédures nationales d'octroi et de défense de ce droit. Il en va de la propriété intellectuelle

2 Voir notamment sur ce sujet, avec les nombreuses références citées: J. Raynard. *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*. Paris: Litec, 1990; N. Bouche. *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*. Paris: L'Harmattan, 2002. Pour une analyse critique, voir notre contribution: "Principle of Territoriality and Intellectual Property / Principe de territorialité et propriété intellectuelle". *In International Private Law and Intellectual Property / Droit international privé et propriété intellectuelle* (dir. C. Nourissat & E. Treppez): Lamy, 2010, p. 50.

3 CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, Pinckney.

comme de l'ensemble des droits subjectifs réglementés à un niveau national aux fins d'y être reconnus et exercés.

Cette première idée de territorialité, qui lie l'existence d'une réglementation à un territoire, trouve en droit de la propriété intellectuelle un écho particulier dans la mesure où ce droit fait l'objet d'actes de revendication. Dans des hypothèses assez nombreuses, le droit n'existe que parce qu'il est revendiqué, la revendication se faisant notamment auprès d'administrations nationales (demandes d'enregistrement de titres de propriété industrielle). Peu importe que pour certains droits les formalités préalables de délivrance de titres aient disparu, comme c'est le cas, en France, pour le droit d'auteur et les droits voisins. L'idée reste la même: le droit exclusif requiert une intervention étatique soit par l'intervention d'une décision individuelle, soit de manière automatique par la loi. Il existe donc bien un lien entre le droit et le territoire, puisque pour être protégé sur le territoire, le droit doit, en règle générale, y être revendiqué⁴.

Mais la territorialité ne prend son véritable – et troisième – sens en droit de la propriété intellectuelle qu'en raison de l'intervention du principe d'indépendance étatique du droit. Selon ce principe, la protection du droit de la propriété intellectuelle définie sur un territoire national est normalement indépendante de celle reconnue sur les autres territoires nationaux. Il s'agit d'un principe substantiellement international, en ce sens qu'il propose une solution spécifique aux situations internationales.

Ce principe d'indépendance étatique du droit a une valeur en droit positif. Il est, en effet, inscrit dans les grands textes qui gouvernent la protection internationale de la propriété intellectuelle⁵.

4 C'est la solution préconisée par l'arrêt Pinckney: CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, préc.

5 La Convention de Paris (CUP) y fait expressément référence s'agissant des brevets (art. 4 bis et 5 quater) et des marques (art. 6); la Convention de Berne (CUB) pose un principe d'indépendance de la protection du droit d'auteur dans le pays où elle est demandée par rapport au pays d'origine de l'œuvre (art. 5.2); le Règlement (CE) n° 864/2007 ("Rome 2") s'attache à

Au niveau régional, on peut également dire que l'Union européenne a défini, dans une certaine mesure, une territorialité européenne: la protection des droits dans l'UE est, en principe, indépendante de la protection des droits dans les Etats tiers⁶.

La justification première de ce principe d'indépendance étatique des droits repose historiquement sur une idée généreuse. Il s'est agi d'éviter que sur le territoire national ou régional la protection ne soit limitée en raison d'une protection moins grande ou non-protection du droit dans le pays d'origine. Le principe d'indépendance étatique du droit prolonge ainsi la règle de l'assimilation et le principe de l'application de la loi du pays pour lequel la protection est demandée.

Dans ce contexte d'indépendance étatique des droits de propriété intellectuelle, la circulation des objets juridiques est parfaitement marginale: très rares seront les hypothèses, en effet, où la reconnaissance d'un droit étranger de propriété intellectuelle sera invoquée (reconnaissance du titre étranger: autorisation administrative ou jugement) sur le territoire national. A chaque passage de frontière, l'objet doit satisfaire aux exigences nationales: exigences de droit matériel et exigences de droit international privé. Il se peut qu'à cette occasion une place soit faite à l'application d'une loi étrangère. Il est théoriquement envisageable qu'un juge ait à appliquer une autre loi nationale que celle de son territoire. Mais l'hypothèse demeure statistiquement exceptionnelle.

considérer que le droit de propriété intellectuelle est régi par "la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée" (art. 8.1), de sorte que si cette protection est demandée sur différents territoires, le juge doit faire une application distributive de plusieurs lois.

6 Par différents biais, le droit européen s'efforce d'unifier les solutions applicables à la propriété intellectuelle au niveau régional. Chaque fois que l'UE parvient à ce résultat, la tentation est forte pour elle de dissocier le régime juridique du droit de propriété intellectuelle sur l'ensemble du territoire européen de celui qui est défini dans les pays tiers. Les illustrations de ce phénomène sont nombreuses. On se contentera ici d'en signaler deux: la définition d'une règle de l'épuisement communautaire des droits qui permet de dissocier la circulation des biens intellectuels à l'intérieur de l'UE de celle qui est régie par le droit des pays tiers à l'UE; la réintroduction du dispositif de comparaison des durées de protection du droit d'auteur vis-à-vis des droits originaires de pays tiers alors que dans les rapports intra-européens la durée de protection a été souvent unifiée.

Cette approche strictement territoriale présente pour inconvénient majeur de fractionner le régime juridique du droit de propriété intellectuelle pays par pays. Comment peut-on concevoir de traiter juridiquement une situation localisée sur un nombre important de territoires différents en leur faisant application d'autant de lois nationales qu'il y a de territoires? Dans le cas de l'utilisation des réseaux numériques, c'est purement et simplement inconcevable.

C'est pour cette raison que le principe d'indépendance étatique des droits, sans jamais être solennellement remis en cause, n'a eu de cesse d'être marginalisé au fur et à mesure que s'est développé le droit international et européen de la propriété intellectuelle.

II. La marginalisation du principe de territorialité

Depuis toujours, on peut dire que le dispositif international de protection de la propriété intellectuelle a cherché à corriger les effets de cloisonnement produits par le principe d'indépendance étatique des droits.

La liste est longue, en effet, des mécanismes qui s'efforcent de marginaliser cette approche strictement nationale d'un objet de propriété intellectuelle fortement internationalisée.

A ce titre, on peut signaler les solutions envisagées en droit international privé pour déroger à l'application de la seule loi du pays pour lequel la protection est demandée. Si toutes les conventions posent comme objectif premier la règle de l'assimilation de l'étranger au national, il existe des cas particuliers dans lesquels la protection du droit dans un pays A peut être fonction de la protection du droit dans un pays B dont le droit est originaire. On trouve trace de ces cas particuliers dans quelques textes conventionnels⁷. La portée de ces textes ne doit pas être exagérée cependant. Outre le fait qu'elle peut être

⁷ Article 6 quinquies de la Convention de Paris et articles 2.7, 7.8 et 14 ter de la Convention de Berne.

anéantie par le principe européen de non-discrimination⁸ ou que ces règles ont un caractère purement volontaire⁹, il faut savoir que le processus de rapprochement des droits nationaux à l'œuvre à l'échelle internationale et, surtout, européenne met à mal la portée de ces exceptions qui trouvent leur justification dans l'incapacité des négociateurs des traités de l'époque à s'entendre sur une protection uniforme. Elles ont donc aujourd'hui une portée limitée. Au plus fort de leurs conséquences, elles ne jouent plus guère que dans les rapports au pays tiers à l'UE¹⁰.

Mais on songe, surtout, aux différents processus de rapprochement, d'unification ou, plus modestement, de coordination des droits nationaux qui ont pour ambition soit de gommer les particularismes locaux en rendant équivalente la protection accordée au droit d'un territoire national à un autre, soit de faciliter une circulation des demandes de protection des droits d'un territoire national à un autre.

Le droit de l'Union européenne a ainsi poussé la logique de rapprochement des droits nationaux très loin, raison pour laquelle on s'attardera sur la situation qu'il a ainsi nouvellement créée sur le continent européen. Sur des questions de plus en plus variées, de nombreux textes de droit dérivé ont été adoptés qui s'efforcent de définir un régime de protection du droit plus élaboré que celui que l'on connaît au niveau conventionnel traditionnel. La voie empruntée est celle des directives que les Etats doivent transposer dans leur législation nationale et qui conduisent à une harmonisation plus ou moins poussée des droits nationaux. Sont ainsi réglementés par voie de directive, des questions touchant aux objets protégés par le droit de propriété intellectuelle, leur titularité, les prérogatives conférées, la durée de

8 Article 18 TFUE. Pour une application jurisprudentielle: CJCE, 30 juin 2005, *Tod's*, aff. C-28/04.

9 C'est le cas de la clause "telle quelle" prévue à l'art. 6 quinquies de la Convention de Paris.

10 On trouve une illustration de ce phénomène dans la Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 7.

protection et, dans une certaine mesure, les contrats d'exploitation. Commençons par les objets de propriété industrielle. Trois principaux objets sont réglementés par voie de directive dans le domaine de la propriété industrielle: les inventions biotechnologiques¹¹, les dessins et modèles¹² et les signes distinctifs protégés par une marque¹³. La démarche est quelque peu différente pour les objets de propriété littéraire et artistique. La définition des objets du droit d'auteur n'est pas donnée de manière générale et systématique par le droit dérivé de l'UE. C'est, en effet, par petites touches que la question a été abordée par différentes directives spécialisées intervenues sur tel ou tel aspect de la matière¹⁴. La question de la titularité des droits fait l'objet d'une attention également disparate dans les textes d'harmonisation. On trouve, pour commencer, une présomption simple de titularité des droits¹⁵. La solution n'est pas expressément reprise dans les textes relatifs à la propriété industrielle, excepté dans un règlement (mais elle est implicite, les directives en matière de propriété industrielle désignant habituellement "le titulaire" du droit de propriété industrielle comme étant le premier déposant ou son ayant cause)¹⁶. En droit de la propriété littéraire et artistique, la réalité est plus complexe. On trouve ainsi des textes qui s'attachent à énumérer les différentes catégories de titulaires de droits¹⁷. Ce travail d'énumération est complété par un effort très inégal de définition des différents titulaires

11 Directive 98/44/CE qui livre une définition positive et négative des inventions biotechnologiques brevetables.

12 Directive 98/71/CE qui régleme la protection des dessins et modèles en énumérant et détaillant les différentes conditions de protection.

13 Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

14 Notamment, Directive 96/9/CE qui définit les bases de données de manière générale ou telle qu'elle est protégée par un droit d'auteur; Directive 2009/24/CE qui définit les programmes d'ordinateur protégés par le droit d'auteur.

15 Directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

16 Règlement 6/2002 sur le dessin et modèle communautaire.

17 La Directive 2001/29/CE énumère ainsi les bénéficiaires du droit de reproduction.

de droit¹⁸. S'agissant des droits exclusifs d'exploitation, le droit européen dérivé distingue, classiquement, les droits d'auteur et droits voisins¹⁹, des droits des marques²⁰, dessins et modèles²¹ et brevets²². Les textes de droit dérivé européen ne consacrent que peu de dispositions aux prérogatives extrapatrimoniales. S'agissant du droit moral de l'auteur, on trouve trois références explicites au droit moral, non dans le corps du texte de la directive mais seulement dans son exposé des motifs (qui n'a pas la même valeur contraignante)²³. Une directive fait cependant exception²⁴. En droit de la propriété industrielle où le droit extrapatrimonial se limite généralement à un droit non absolu pour le créateur de dessin ou modèle ou l'inventeur d'une invention de faire figurer son nom, la seule référence explicite se trouve dans un règlement²⁵. La durée de protection des droits de propriété intellectuelle fait l'objet d'un traitement différent selon le droit en question. En droit des brevets et en droit des marques, le droit de l'UE n'harmonise pas la durée nationale de protection. Pour les autres droits, on trouve des solutions en droit des dessins et modèles²⁶, en droit d'auteur et droits voisins²⁷. Les contrats d'exploitation des droits

18 Directive 2006/115/CE pour les uvres audiovisuelles; Directive 2009/24/CE pour les programmes d'ordinateur.

19 Directive 2001/29/CE en droit d'auteur et droits voisins.

20 Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques

21 Directive 98/71/CE sur les dessins et modèles.

22 Directive 98/44/CE sur les inventions biotechnologiques.

23 Directive 93/83/CEE en matière de radiodiffusion par satellite et câble; directive 96/9/CE en matière de base de données; Directive 2001/29/CE pour la protection du droit d'auteur dans la société de l'information.

24 Directive 2006/116/CE sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

25 Règlement 6/2002 sur les dessins et modèles communautaires.

26 Directive 98/71/CE sur les dessins et modèles.

27 Directive 2006/116/CE sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (modifiée en dernier lieu en 2011).

de propriété intellectuelle ne font pas l'objet d'un corps de réglementation complet et cohérent. C'est donc principalement le droit national qui trouve à s'appliquer. Il n'est pas rare, cependant, que les textes dérivés de l'UE s'intéressent à tel ou tel montage contractuel dans ce contexte particulier de rapprochement des législations nationales des Etats membres²⁸.

La Cour de justice s'est littéralement emparée de cet acquis communautaire, portant une appréciation de plus en plus autonome du droit dérivé de l'Union européenne. Cette évolution est loin d'être anodine. Pour remédier à la territorialité du droit de propriété intellectuelle, l'Europe a fait le choix de caresser le rêve de l'uniformité. Si cette uniformité n'est pas totale et si le droit européen demeure fondamentalement incomplet, nourrissant ainsi de nombreuses combinaisons possibles avec le droit national, international et européen²⁹, le fait est que l'on assiste, de plus en plus souvent à une approche systémique du droit européen de la propriété intellectuelle.

D'autres exemples existent encore d'une relativisation de plus en plus grande du principe de territorialité. Sans les développer, on peut en donner un aperçu énumératif:

- (i) l'affirmation par les grandes conventions internationales en la matière d'un principe universel d'assimilation qui interdit aux pays du monde de restreindre territorialement les conditions d'accès à la protection par les étrangers;
- (ii) la reconnaissance de droits de dimension réellement internationale, comme par exemple le droit de priorité en

28 Directive 93/83/CEE en matière de radiodiffusion par satellite et câble; Directive 98/44/CE sur les inventions biotechnologiques; Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques; Directive 2014/26/UE qui réglemente les licences (notamment multiterritoriales) de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

29 Voir notamment en ce sens, les nombreuses contributions proposées ci-après dans cet ouvrage sur, notamment, les applications nationales, nécessairement différentes, de textes de portée européenne ou internationale.

droit de la propriété industrielle³⁰, qui permettent un exercice véritablement transnational du droit des brevets ou des marques;

- (iii) la reconnaissance de titres européens de propriété industrielle sur laquelle on reviendra un peu plus loin;
- (iv) l'instauration, au niveau européen d'un mécanisme unifié d'épuisement des droits qui libère la circulation des objets de propriété intellectuelle à l'intérieur de l'espace du marché intérieur en interdisant aux Etats membres d'appliquer leur législation selon une logique strictement territoriale;
- (v) la définition de mécanismes européens de reconnaissance et exécution des jugements étrangers en matière de propriété intellectuelle qui permet, dans une certaine mesure, une circulation des décisions de justice rendue en la matière;
- (vi) la contractualisation internationale de la propriété intellectuelle³¹ qui permet de pallier dans une certaine mesure aux inconvénients de la territorialité.

Tous ces exemples, qui pourraient être longuement développés³², montrent que la territorialité absolue des droits de propriété intellectuelle, saisis territoire national par territoire national, est de moins en moins une réalité. Elle est en train de redevenir ce qu'elle n'a jamais, de notre point de vue, cessé d'être: un dogme.

Cette transformation de la matière s'opère assez largement par une circulation des modèles juridiques de la propriété intellectuelle.

30 Art. 4 de la Convention de Paris (CUP).

31 Voir sur ce thème, J.-M. Bruguière et P. Tréfigny (dir.). *Les contrats de la propriété intellectuelle*. Actes du colloque du CUERPI. Dalloz 2013.

32 Pour une présentation d'ensemble, voir, avec les renvois proposés, notre ouvrage: *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle*, Larcier, 2015.

Le droit international et le droit régional uvrent ainsi, depuis des décennies, à la dénationalisation du régime des droits de propriété intellectuelle. Cette dénationalisation passe au premier niveau par l'internationalisation et la régionalisation de la matière, c'est-à-dire par la diffusion de nouveaux modèles juridiques de propriété intellectuelle, distincts de modèles historiques nationaux. Derrière ces phénomènes de dimension globale ou régionale, c'est donc bien une circulation de modèles juridiques qui est à l'uvre.

III. Les perspectives en termes de circulation des droits de propriété intellectuelle

Sans chercher à développer plus avant l'ensemble des politiques et techniques juridiques qui mettent à mal une approche strictement territoriale et cloisonnée, territoire par territoire, du droit de la propriété intellectuelle, il n'est pas inintéressant de se demander si, dans des situations précises, on n'assiste pas à un renouvellement profond du modèle sur lequel s'est construite historiquement la protection de la propriété intellectuelle.

Une fois de plus, c'est vers l'Europe qu'il faut se tourner pour mesurer les évolutions qui sont potentiellement à l'uvre aujourd'hui. A cet égard, j'esquisserai deux pistes: la première autour de la portabilité des contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle et la seconde à propos des demandes de protection de portée extraterritoriale.

Sur le premier point, on sait que la Commission européenne (UE) a présenté en décembre 2015 une proposition de règlement "visant à assurer la portabilité des services de contenus en ligne dans le marché intérieur"³³. Cette proposition vient d'être adoptée³⁴. Elle ré-

33 COM (2015) 627 final.

34 Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur.

pond à un objectif précis: permettre à un abonné de service de contenu en ligne (musique, vidéo notamment) de continuer à avoir accès audit contenu quand il se déplace temporairement dans un autre Etat membre que celui de sa résidence habituelle. A l'heure actuelle, le contenu en ligne n'est généralement pas accessible. L'abonné qui, le temps d'un court séjour dans un autre Etat membre, souhaite continuer à avoir accès à son abonnement, se voit interdit de le faire. La géolocalisation de sa connexion au réseau l'empêche d'y avoir accès depuis un autre Etat que celui dans lequel il a contracté à l'offre de service en ligne. Pour remédier à cette situation, la proposition de règlement énonce en son article 4 que "La fourniture d'un service de contenu en ligne, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par un abonné [...], sont réputés avoir lieu uniquement dans l'Etat membre de résidence". C'est ce que l'on appelle la portabilité des contenus. Le consommateur dispose du droit d'accéder au contenu où qu'il se trouve dans un Etat membre de l'UE. Il porte l'accès au contenu par un rattachement de ce dernier au territoire de sa résidence habituelle.

Il y a plusieurs manières de lire cette proposition législative européenne. De façon assez classique, on peut considérer que le texte définit un nouveau critère de rattachement au territoire national de la résidence habituelle de l'abonné au contenu en ligne, là où traditionnellement c'est un rattachement au territoire du lieu d'accès au contenu en ligne qui est privilégié. La solution, qui n'est pas sans rappeler celle définie en matière de retransmission de contenu par satellite et par câble³⁵, a clairement pour objectif de soumettre l'accès à un contenu en ligne au seul régime juridique de la loi du pays de résidence habituelle de l'abonné, de manière à éviter que le changement du pays de connexion au service de contenu en ligne ne soit source d'obstacle réglementaire audit accès. Mais il y a plus. En proposant ce rattachement, la proposition construit sa solution autour d'un nouveau territoire, c'est-à-dire qu'il revisite la territorialité nationale du

35 Directive 93/83/CEE, 27 sept. 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.

droit d'auteur et des droits voisins, pour imposer une territorialité européenne à l'intérieure de laquelle lesdits droits circulent sans entrave. Pour comprendre la révolution qui est ainsi à l'œuvre dans la proposition de règlement européen, il faut se représenter la situation telle qu'elle existe aujourd'hui et celle que s'efforce de dessiner le nouveau rattachement au territoire de la résidence habituelle de l'abonné au contenu en ligne. Dans la situation actuelle, le contenu en ligne est soumis, chaque fois qu'il est protégé par un droit de propriété intellectuelle (par exemple, un droit d'auteur ou un droit voisin), à un principe de territorialité absolue. Ce principe commande l'application pour chaque territoire de la loi nationale: l'accès à un contenu en ligne dans un pays A relève de la loi A et l'accès à un contenu en ligne dans un pays B relève de la loi B. Cette solution, solidement ancrée dans les textes de droit international privé européen³⁶ et que la Cour de justice de l'UE a réaffirmé avec force³⁷, justifie, en droit positif actuel, que le contenu accessible en ligne au pays A de connexion puisse ne pas l'être pour le pays B de connexion. Sauf à souscrire plusieurs abonnements, soumis chacun à une loi différente, le consommateur n'a accès au contenu en ligne qu'au départ du pays de sa résidence habituelle. Cette situation est radicalement modifiée par la proposition de règlement européen. Certes la proposition continue de rattacher l'opération, ici l'accès au contenu en ligne, à un territoire institutionnel classique: celui d'un Etat. Mais ce rattachement au lieu de la résidence habituelle de l'abonné est un véritable bouleversement. L'abandon d'un critère de stricte territorialité et son remplacement par un critère fondé sur la localisation stable de la personne de l'abonné confèrent à ce dernier le statut de siège d'un nouveau territoire d'accès à un contenu en ligne. Par une fiction juridique, le droit redessine un nouvel espace d'accès en abandonnant le lieu réel de connexion au réseau et en lui préférant un lieu théorique défini par référence à la résidence habituelle de l'abonné. L'espace numérique n'est plus fragmenté comme c'est le cas aujourd'hui entre les multi-

36 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), article 8.

37 Voir notamment: CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, Pinckney, préc.

ples territoires d'accès au réseau. L'espace numérique est représenté dans sa dimension européenne par un rattachement à un seul et unique territoire. Certes, la solution n'a pas une portée universelle. Elle ne vaut que pour le territoire européen, faute de projet de réglementation internationale équivalent. Mais elle traduit bien cette idée qu'il existe un territoire européen unique soumis, pour une opération déterminée – ici l'accès à un contenu en ligne auquel un consommateur s'est abonné dans l'espace européen – à un seul régime juridique.

Ce changement de critère perturbe fortement le modèle actuel de gestion individuelle et collective des droits d'auteur et droits voisins dans l'espace européen. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le même jour, la commission a ouvert une réflexion sur un nouveau cadre européen du droit d'auteur³⁸. Ce changement de paradigme, du territoire d'accès au contenu au territoire de résidence habituelle de l'utilisateur, pourrait conduire à une abstraction plus grande encore: le rattachement de l'utilisateur directement au droit de la plateforme numérique et non plus seulement au droit d'un territoire physique, que ce soit celui de la résidence habituelle du consommateur, ou celui de l'accès aux données. Cette hypothèse n'est pas une fiction³⁹. Chaque fois qu'une plateforme définit, par voie contractuelle, un régime juridique de mise à disposition de grande ampleur, de contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle, elle crée les conditions de l'émergence d'un droit contractuel global qui concurrence, qu'on le veuille ou non, les autres dispositifs de masse qui ne passent pas nécessairement par la conclusion d'un contrat préalable, comme c'est le cas, par exemple, des régimes de licences non volontaires soumis à un système légal de rémunération obligatoire gérée de manière collective. Ce droit d'essence contractuelle n'est pas bien sûr

38 COM (2015) 626 final.

39 On reconnaîtra dans l'hypothèse ici envisagée, le cas, par exemple, des accords conclus par Googlebooks avec de très nombreux éditeurs de par le monde. Pour des développements jurisprudentiels outre-Atlantique et en France, voir respectivement les chroniques de P. Kamina, *Comm. com. électr.* 2016, n° 2, *Un an de droit anglo-américain du copyright*, *chron.* 3, n° 4 et F.-M. Piriou, *Comm. Com. Electr.* n° 5, Mai 2010, étude 11.

affranchi de tout droit étatique ou interétatique. Mais il se nourrit à une autre source que la référence jusqu'alors omniprésente dans cette matière d'une stricte territorialité du droit national applicable. Cette source renvoie au territoire numérique, décollé des territoires institutionnels classiques et avec lesquels il interagit dans un même espace que l'on peut appeler "la sphère des données"⁴⁰. Dans la configuration européenne, cette espace est unique et l'on voit bien que les droits de propriété intellectuelle ont vocation à y circuler librement, sans être entravés comme ils le sont aujourd'hui par un principe de territorialité.

Un second exemple a pour toile de fond les demandes de protection des droits de propriété intellectuelle qui ont une portée extraterritoriale. Il a été montré⁴¹ que, même à l'échelle de l'espace européen, deux grands obstacles s'opposaient à une circulation sans entrave des injonctions prises par le juge d'un pays A à propos de la violation d'un droit dans un pays B: la compétence souvent limitée du juge appelé à statuer et la territorialité des droits de propriété intellectuelle qui rend difficile la satisfaction des demandes de protection multiterritoriale qui sont soumises potentiellement à plusieurs droits.

Avec le développement des titres européens de propriété industrielle (marques de l'UE, dessins et modèles de l'UE, etc.), le second obstacle saute de sorte que seul le premier, contournable en cas de saisine du juge du défendeur ou du juge de fait générateur de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle (pas toujours facile à définir dans notre matière), demeure.

Deux perspectives nouvelles doivent néanmoins être considérées qui changent la donne en termes de circulation des droits de propriété intellectuelle. La première porte sur la circulation du droit national applicable à un brevet européen à effet unitaire (non encore

40 Sur cette approche, voir notre article co-écrit avec S. Grumbach: *La sphère des données*: nouvel espace, nouveaux rapports aux territoires. JDI, 2016, 1153.

41 E. Treppoz. L'extraterritorialité des injonctions portant sur un site Internet. *Mélanges B. Auditt*, éd. Lextenso, 2014, 657.

entré en vigueur). On sait en effet que pour ce titre européen d'un genre bien particulier, le régime juridique applicable dépend, notamment, de la loi nationale du déposant. Ce titre européen a vocation à circuler dans l'espace des Etats européens participant à ce dispositif. Cette circulation implique notamment l'application, dans les différents Etats membres, de ce droit national qui circule ainsi de territoire national en territoire national, au gré, par exemple, des injonctions prononcées par la future juridiction unifiée du brevet.

La seconde perspective porte sur la possibilité qu'il y aurait de créer un dispositif de type "injonction européenne de contrefaçon" sur le modèle, fortement adapté, de "la procédure européenne d'injonction de payer"⁴². Pour des applications bien déterminées, comme celles envisagés ci-dessus (portabilité des contenus et titres européens de propriété industrielle), on pourrait envisager, en effet, d'instaurer par voie législative européenne une procédure simplifiée, impliquant une concentration des recours dans le pays membre du juge qui délivre l'injonction et une circulation européenne des mesures de respect d'un droit de propriété intellectuelle. Une telle initiative ne peut aboutir que si des chefs de compétence élargis sont définis qui permettent au juge saisi de statuer pour l'ensemble des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle dans le paysage juridique européen. Le dernier verrou, empêchant une réelle circulation des droits de propriété intellectuelle dans l'espace européen, serait ainsi levé. Mais rappelons que cette perspective n'est envisageable qu'en cas de réelle unicité du droit applicable, ce qui ne peut correspondre qu'à des hypothèses clairement identifiées.

En guise de conclusion

Sans risque de se tromper, on peut conclure que la circulation des droits de propriété intellectuelle en dehors de leurs frontières

42 Règlement (CE) n° 1896/2006 (modifié) du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

passa efectivamente por uma circulação dos modelos jurídicos. Esta circulação é largamente favorecida à escala internacional e, sobretudo, regional europeia. Ela não é, no entanto, possível sem um ultrapassamento do modelo estritamente nacional. Este ultrapassamento pode assumir duas formas: o enunciado de direitos substancialmente internacionais ou europeus que circulam de territórios nacionais em territórios nacionais ou a abrangência realmente extraterritorial de direitos nacionais.