

Contrefaçon, internet et compétence internationale: le droit d'auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation?

Frédéric Lejeune, avocat au barreau de Bruxelles

L'application du droit international privé au domaine d'Internet est complexe. L'auteur revient sur la théorie de la «focalisation» qui a été imaginée afin de remédier aux affres de la compétence internationale quasi-systématique de tous les tribunaux du monde, lorsqu'un fait délictueux est commis en ligne. Cette théorie de la «focalisation» trouve essentiellement son origine en droit des marques, mais est-elle nécessairement applicable mutatis mutandis aux contrefaçons en ligne de droits d'auteur? Des arguments sérieux permettent d'en douter. Cette problématique, en apparence purement procédurale, force l'auteur à comparer le droit des marques et le droit d'auteur du point de vue du droit substantiel.

De toepassing van het internationaal privaatrecht op het Internet is complex. De auteur komt terug op de theorie van de «gerichtheid» die werd gecreëerd om een einde te maken aan het probleem van de quasi-systematische internationale bevoegdheid van alle rechtbanken wereldwijd, wanneer een strafbaar feit online wordt gepleegd. Deze theorie van de «gerichtheid» vindt zijn oorsprong voornamelijk in het merkenrecht, maar is zij noodzakelijkerwijze mutatis mutandis van toepassing op online inbreuken op het auteursrecht? Er bestaan ernstige argumenten om dit in vraag te stellen. Deze op het eerste zicht louter procedurele problematiek noopt de auteur het merkenrecht met het auteursrecht te vergelijken vanuit het materiële recht.

1. Les liens tortueux qu'entretiennent les «cyberdélicts» et la compétence internationale sont bien connus⁽¹⁾. À l'heure du web 2.0, l'usage de ce formidable réseau est devenu risqué car, en plus d'exposer l'internaute ou l'exploitant d'un site web aux règles de droit de tous les États du monde, internet permet, vu l'accessibilité mondiale qui caractérise ce média, de conférer compétence internationale aux juges des quatre coins du globe.

Cette compétence internationale «exorbitante», issue de l'inadéquation entre l'ubiquité d'internet et la territorialité des ordres judiciaires souverains, ne favorise-t-elle pas les demandeurs en justice, au

détriment des défenseurs? N'est-elle pas contraire aux principes fondamentaux du procès équitable? Ces questions légitimes ont conduit à l'élaboration de la théorie de la focalisation, dont l'ambition est de réserver la compétence internationale, en matière de (quasi-)délicts commis en ligne, aux ordres judiciaires réellement concernés par ces atteintes extra-contractuelles.

L'objectif de cette contribution consiste à évaluer la pertinence de la théorie de la focalisation, notamment au regard des contrefaçons en ligne d'œuvres protégées.

(1) Voy. entre autres.: A. LUCAS, «La responsabilité civile des acteurs de l'internet», *A&M*, 2000/1, pp. 42-52, spécialement n^{os} 34-40; B. DE GROOTE et J.-Fr. DERROITTE, «L'internet et le droit international privé: un mariage boiteux? – À propos des affaires *Yahoo!* et *Gutnick*», *Revue Ubiquité – Droit des technologies et de l'information*, 16/2003, pp. 61-82; B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening*, Bruxelles, Larcier, 2004; A. NUYS, «Suing At The Place of Infringement: The

Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and internet Disputes», in A. NUYS (dir.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 105-130; H. GAUDEMET-TALLON, «Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels», *D.*, 2008, pp. 735-742; B. DE GROOTE, «Droit international privé – Compétence internationale et droit applicable», *R.D.T.I.*, 39/2010, pp. 43-58.

I. L'article 5 (3) du règlement Bruxelles I et internet: l'équation complexe!

2. À l'échelle européenne, le problème qui nous occupe trouve sa source dans l'article 5 (3) du règlement 44/2001, dit Bruxelles I⁽²⁾.

Plus précisément, à côté de la compétence générale des tribunaux de l'État du domicile du défendeur (art. 2) qui constitue l'expression pratique de la règle *actor sequitur forum rei*, le règlement 44/2001 permet au demandeur, victime d'un quasi-délit, de saisir les juridictions du lieu «où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire» (article 5 (3)). Cette expression s'entend, depuis les arrêts *Mines de potasse d'Alsace*⁽³⁾ et *Shevill*⁽⁴⁾, tout à la fois du lieu où la faute a été commise (fait générateur/événement causal) et du lieu où le dommage est subi. Une option est ainsi ouverte au demandeur en cas de délits complexes, à la nuance près que la compétence internationale du juge du lieu où le dommage est souffert sera limitée à la réparation du préjudice local⁽⁵⁾. Le demandeur devra donc prendre la mesure de cette différence – non négligeable! – que constitue l'étendue de la compétence, au moment de choisir le lieu d'introduction de son action. Si le demandeur souhaite éviter une multiplication des procédures, il devra nécessairement saisir le juge de l'événement causal.

Si jusqu'ici la situation paraît asymptotique, les choses se complexifient indiscutablement quand la scène se joue sur les planches du grand théâtre d'internet. En effet, la toile est un monde sans frontières: dès lors qu'un internaute *uploads* une information sur une page web, un blog ou un réseau social, celle-ci est, sauf exceptions, accessible dans le monde entier. Ceci a pour conséquence qu'une information inexacte, qu'une atteinte à la vie privée ou qu'un article diffamatoire devient immédiatement consul-

table à partir de tout point du globe et risque de causer un dommage universel à la victime. Le lien avec la compétence internationale saute aux yeux: si à la suite de cette mise en ligne préjudiciable, un dommage peut être invoqué partout dans le monde, la victime est théoriquement susceptible d'agir devant les juridictions des vingt-sept États membres de l'Union européenne sur la base de l'article 5 (3).

Par conséquent, en présence de (quasi-)délits commis sur internet, la compétence internationale des juges européens tend à être systématique et universelle. La solution est, par ailleurs, identique lorsque le règlement Bruxelles I ne trouve pas à s'appliquer⁽⁶⁾, si des dispositions nationales similaires à l'article 5 (3) existent. Les articles 86, alinéa 1^{er} et 96, 2^o du Code belge de droit international privé (Codip) ainsi que l'article 46 du nouveau Code de procédure civile français (N.C.P.C.) en fournissent une excellente illustration.

3. Les droits de propriété intellectuelle n'échappent pas à cet écueil. En effet, l'article 22 (4) mis à part, le règlement 44/2001 ne prévoit aucune règle spécifique à la propriété intellectuelle⁽⁷⁾. Aussi les contrefaçons de droits intellectuels tombent-elles également sous le coup de l'article 5 (3)⁽⁸⁾, disposition générale applicable à l'ensemble de la matière extracontractuelle⁽⁹⁾.

Or internet est devenu un foyer incroyablement favorable à la contrefaçon. Si l'exemple le plus frappant est celui de la mise en ligne d'œuvres protégées (notamment par les internautes), le droit d'auteur n'est pas le seul concerné. Un contentieux important en matière de marques est en croissante expansion⁽¹⁰⁾ (utilisation de la marque d'un concurrent ou d'une marque renommée sur un site de vente en ligne ou encore comme AdWords, comme nom de domaine, comme métatag...).

La question n'est donc point théorique. De telles mises en ligne d'œuvres ou de pareilles utilisations

(2) Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O. L 12*, 16 janvier 2001, p. 1 (Rect. *J.O. L 307*, 24 novembre 2001).

(3) C.J.C.E., 30 novembre 1976, arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, C-21/76, *Rec.*, 1976, p. 1735.

(4) C.J.C.E., 7 mars 1995, arrêt *Shevill*, C-68/93.

(5) Sur l'étendue de la compétence du juge du lieu de l'événement causal et de celui du lieu du dommage, voy. les points 25 et 30 à 33 de l'arrêt *Shevill*.

(6) Hypothèse où le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne (article 4 (1) du règlement 44/2001: «Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la

loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23»).

(7) F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 720-721, n° 13.59.

(8) Sauf s'agissant des titres communautaires pour lesquels des règles de compétence internationale spécifiques sont prévues. Voy. le règlement (CE) n° 207/2009 sur la marque communautaire (et spéc. articles 97-98) et le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (spéc. articles 82-83).

(9) C.J.C.E., 27 septembre 1988, arrêt *Kalfelis*, C-189/87, *Rec.*, 1988, p. 5585, pt 18.

(10) Sur ce thème, voy. A. CRUQUENAIRE (coord.), *La protection des marques sur internet*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

de marques permettent-elles, vu l'accessibilité d'internet, d'attaquer le gestionnaire du site ou l'internaute responsable devant les juges des vingt-sept États membres (voire de nombreux autres États)?

II. Vers une théorie alternative: la théorie de la focalisation?

4. La compétence universelle et systématique décrite dans les paragraphes précédents est-elle satisfaisante? Du point de vue des intérêts de l'auteur, la réponse est affirmative, car ce dernier disposera d'une grande variété de choix quant à la ou aux juridiction(s) à saisir (*forum shopping*)⁽¹¹⁾. *A contrario*, du point de vue du défendeur, cette solution est très rude: il pourra être assigné n'importe où (en Europe notamment par le biais de l'article 5 (3), mais également dans le reste du monde, pour autant qu'une disposition nationale similaire existe). Le risque pour un défendeur de se faire attirer devant n'importe quelle juridiction «exotique»⁽¹²⁾, par le seul fait que son site internet soit consultable à partir du territoire sur lequel est établie cette juridiction, est réel.

En conséquence, la prévisibilité⁽¹³⁾, la sécurité juridique et même la bonne administration de la jus-

tice peuvent souffrir de cette compétence universelle et systématique⁽¹⁴⁾.

5. Une alternative a alors été proposée par une partie de la doctrine⁽¹⁵⁾, afin de remédier et d'éviter à l'avenir les affres de cette compétence internationale démesurée. Cette alternative est communément appelée «théorie du ciblage» ou «théorie de la focalisation»⁽¹⁶⁾.

L'idée sous-jacente consiste à examiner si le site, sur lequel ou par lequel un fait dommageable survient, est dirigé vers un ou plusieurs territoire(s) spécifique(s)⁽¹⁷⁾. Si tel est le cas, un dommage est susceptible de survenir sur ce(s) territoire(s), et, conformément à l'article 5 (3), l'action pourra être portée devant le juge de cet ou de ces État(s). Afin de déterminer, si le site est dirigé vers un territoire particulier, l'on va prendre en compte différents critères⁽¹⁸⁾: langue(s) du site, moyen(s) de paiement, lieu(x) de livraison, extension du nom de domaine etc.

Autrement dit, cette théorie réduit, plus ou moins, le groupe des juges potentiellement compétents, puisque le nombre de territoires, sur lesquels les effets du dommage pourront être ressentis, sera bridé en fonction de la destination ou de la focalisation du site.

(11) G. KAUFMANN-KOHLER, «Internet: mondialisation de la communication – Mondialisation de la résolution des litiges?», in K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDIAN (dir.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? – Internet, Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 116.

(12) B. DE GROOTE et J.-Fr. DERROITTE, «L'internet et le droit international privé: un mariage boiteux? – À propos des affaires *Yahoo!* et *Gutnick*», *op. cit.*, p. 65: «Il serait peu souhaitable que (...) l'information mondialement accessible sur internet puisse être soumise à l'examen des règles de n'importe quel ordre juridique... aux législations et aux tribunaux d'Albanie ou du Zimbabwe».

(13) La prévisibilité est un concept essentiel autour duquel le règlement 44/2001 est articulé. Le considérant 11 dudit règlement prescrit en effet que «Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité». Du reste, il paraît entendu que la prévisibilité est une composante essentielle du droit au procès équitable tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(14) Voy. en ce sens: A. LUCAS, «La responsabilité civile des acteurs de l'internet», *op. cit.*, p. 49, n° 34 et O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *R.L.D.I.*, août-septembre 2010, n° 63, p. 16.

(15) Voy. entre autres: O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002,

487 p.; O. CACHARD, «Compétence d'une juridiction française pour connaître de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne», *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 2004, pp. 632 et s.; C. MANARA, «L'utilisation sur internet d'un signe identique à une marque française n'est pas une contrefaçon de celle-ci», *D.*, 2005, pp. 428 et s.; J. Passa, «Territorialité de la marque et protection contre un signe exploité sur un site internet étranger», 14 mars 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/documents/dm20050314.pdf>; E. TREPOZ, «De la localisation d'agissements de concurrence déloyale et de contrefaçon accomplis via internet», *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 2008, pp. 322 et s.; G. LARDEUX, «La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélicts», *D.*, 2010, pp. 1183 et s. et O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, pp. 15-21.

(16) En néerlandais, on parle de «gerichtheid van de sites» (voy. par exemple M. VAN EËCHOUD, note sous Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, pp. 104-105).

(17) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 736, n° 5.

(18) A. NUYS, K. SZYCHOWSKA et N. HATZIMIHAIL, «Cross-Border Litigation In Intellectual Property Matters In Europe», Background Paper for The Heidelberg Workshop of 21 October 2006, disponible sur <http://www.ulb.ac.be/droit/ipit/docs/HeidelbergBackgPaper1.pdf>, pp. 32 et s., n° 61 et s.

C. Une jurisprudence variée et hésitante

6. La théorie de la focalisation a connu un certain succès en doctrine. Elle fut présentée comme l'alternative réglant tous les maux issus de la relation bancaire entre l'article 5 (3) et internet. Cependant, une idée théorique n'est rien si elle n'est pas mise en pratique. La question mérite donc d'être posée: comment la théorie de la focalisation fut-elle accueillie par les cours et tribunaux?

7. La jurisprudence française a connu une évolution impressionnante à ce sujet. Schématiquement, cette jurisprudence se décline en trois grandes périodes:

i) La première est celle qui s'étend de 1997 à 2005⁽¹⁹⁾, avec comme point d'orgue l'arrêt *Castellblanch*⁽²⁰⁾ en 2003. Par cet arrêt, la Cour de cassation vint confirmer une jurisprudence, jusque là bien établie chez les juges du fond: l'accessibilité d'un site internet en France suffit à conférer aux juges de l'Hexagone la compétence internationale pour connaître d'un litige lié à ce site internet litigieux.

ii) La seconde période est celle entamée par l'arrêt *Hugo Boss*⁽²¹⁾ en 2005, lequel nous enseigne que la théorie de la focalisation est nécessaire pour vérifier, sur le fond, la réalité du dommage et entrer en condamnation. En l'espèce, la Cour de cassation avait retenu qu'il ne saurait y avoir condamnation de la société allemande pour utilisation des marques françaises d'Hugo Boss puisque les produits proposés sur internet par la firme allemande n'étaient pas disponibles en France.

iii) Enfin, la troisième période débute en 2006 avec l'arrêt *Acet* de la cour d'appel de Paris⁽²²⁾, laquelle mit en évidence les risques liés à la pure et simple accessibilité. Selon ladite cour, accepter cette théorie pour fonder la compétence internatio-

nale d'un juge français revient à le rendre systématiquement compétent pour n'importe quel litige lié à un site internet, puisque théoriquement un tel site est toujours accessible en France. Il est intéressant d'observer que la cour d'appel de Paris fit montre de grande constance⁽²³⁾ et même de persévérance dans sa jurisprudence en faveur de la focalisation avec, en 2008, les arrêts *Real de Madrid* et *L'Oréal c. eBay*⁽²⁴⁾. Et ce, alors qu'entre-temps la Cour de cassation avait décidé en 2007, dans son arrêt *Gep Industries*⁽²⁵⁾, que la simple allégation d'un dommage pouvait suffire, sans qu'il ne faille appliquer la théorie du ciblage⁽²⁶⁾. Mais justement, depuis cet arrêt *Gep Industries*, la Cour de cassation fut, à nouveau, invitée à se prononcer à quatre reprises sur cette question, dans des arrêts *Pneus Online Suisse*, *Google c. Louis Vuitton*, *Axa et Maceo*⁽²⁷⁾, et il paraît indiscutable qu'elle se soit définitivement rangée du côté de la théorie de la focalisation sur le plan de la compétence. À ce titre, le libellé de l'un des attendus de la Cour dans l'affaire *Maceo* est on ne peut plus clair: «Attendu qu'en se déterminant ainsi alors que la seule accessibilité d'un site internet sur le territoire français n'est pas suffisante pour retenir la compétence (...)»⁽²⁸⁾.

8. Le positionnement de la Cour de cassation de France face à la théorie de la focalisation est remarquable. En sept ans, elle a opéré un revirement de jurisprudence magistral! Est-ce à dire que la cause en faveur de la théorie de la focalisation est entendue? Il est permis d'en douter et ce pour deux raisons.

1. L'arrêt *Hernan Gazmuri* en matière de droit d'auteur

La première cause d'incertitude est liée au terrain dans lequel la théorie de la focalisation a pu germer. En effet, la jurisprudence susmentionnée fut essentiellement élaborée à partir du droit

(19) T.G.I. Nanterre, réf., 13 octobre 1997, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *Payline*); Paris, 14^e ch., 1^{er} mars 2000, disponible sur <http://www.legalis.net/> (affaire *Miam-Miam*); Cass. fr., ch. comm., 7 mars 2000, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *France 2*).

(20) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 9 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 276 (affaire *Castellblanch*).

(21) Cass. fr., ch. comm., 11 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 428 (affaire *Hugo Boss*).

(22) Paris, 4^e ch., 26 avril 2006, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *ACET*).

(23) Voy. cependant: Paris, 2^e ch., 2 décembre 2009, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *Maceo*).

(24) Paris, 11^e ch., 14 février 2008, disponible sur <http://www.droit-technologie.org> (affaire *Real de Madrid*)

et Paris, 4^e ch., 19 décembre 2008, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *L'Oréal c. eBay*).

(25) Cass. fr., ch. comm., 20 mars 2007, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *Gep Industries*).

(26) L'interprétation de cet arrêt *Gep Industries* demeure cependant controversée. Voy. par exemple: H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, pp. 736-737, n^{os} 7 et 8.

(27) Cass. fr., ch. comm., 9 mars 2010, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *Pneus Online Suisse*); Cass. fr., ch. comm., 13 juillet 2010, disponible sur <http://www.juriscom.net> (affaire *Google c. Louis Vuitton*); Cass. fr., ch. comm., 23 novembre 2010, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *Axa*) et Cass. fr., ch. comm., 29 mars 2011, disponible sur <http://legalis.net> (affaire *Maceo*).

(28) Cass. fr., ch. comm., 29 mars 2011, *ibidem*.

des marques. Or la Cour de cassation de France n'a jamais été amenée à départager les théories de l'accessibilité et du ciblage en présence de contrefaçons en ligne d'œuvres protégées. La solution retenue pour le droit des marques vaut-elle nécessairement pour le droit d'auteur?

Ce n'est, en tout cas, pas l'opinion de la cour d'appel de Paris qui, dans une décision récente en matière de droit d'auteur, s'est indiscutablement prononcée en faveur de l'accessibilité. Lorsque l'on se souvient que la même cour d'appel fut l'un des actifs artisans de la consécration de la théorie de la focalisation, nous nous interrogeons légitimement sur la différence de régime qui pourrait exister entre le droit d'auteur et le droit des marques.

Cette décision à contre-courant est l'arrêt *Hernan Gazmuri*⁽²⁹⁾. Les faits méritent l'attention. La fille et la veuve du peintre chilien Hernan Gazmuri prétendaient être héritières des droits d'auteur de ce dernier en vertu du droit successoral chilien. Celles-ci s'aperçurent en 2004 que plusieurs toiles de Hernan Gazmuri étaient représentées sur le site internet du musée national des beaux-arts chilien. Pour ces faits, les (prétendues) héritières du peintre assignèrent, devant le tribunal de grande instance de Paris, le musée d'art contemporain, le musée national des beaux-arts du Chili, le musée des arts visuels de Santiago, l'Université de Santiago du Chili, un certain M. Justo P. ainsi que la République du Chili.

La fille et la veuve du peintre considéraient que le dommage était partiellement souffert en France et que l'article 46 du N.C.P.C. leur permettait donc d'attirer tous ces défendeurs devant les juridictions françaises. Les défendeurs, quant à eux, s'opposaient à ce raisonnement. Le tribunal de grande instance de Paris se déclara, toutefois, compétent.

Les défendeurs interjetèrent appel mais la cour de Paris confirma cette décision sur la compétence internationale au terme d'un raisonnement très intéressant: «Considérant, s'agissant du grief de contrefaçon, que le site incriminé constitue, selon les propres écritures de la partie défenderesse, une source d'information sur les artistes chiliens depuis

l'époque coloniale jusqu'à nos jours, qu'à ce titre, fût-il rédigé en langue espagnole et édité au Chili, il vise nécessairement tant le public des amateurs d'art ou des historiens d'art qui est, par essence, un public international, ouvert sur le monde et recherchant sa documentation au-delà des frontières, que quiconque étant intéressé soit par l'art pictural chilien en général soit par l'œuvre de Hernan G. en particulier, sera amené peu important à cet égard sa nationalité ou son lieu de résidence, à consulter un site informatif hébergé au Chili; Que par voie de conséquence et dès lors qu'il est constant que ce site est accessible depuis la France, force est de relever que le public français pertinent se trouve à même de réceptionner les contenus argués de contrefaçon, circonstance qui justifie de l'existence d'un lien de rattachement suffisant, substantiel ou significatif entre les faits illicites et le dommage allégué sur le territoire français et qui commande de retenir la compétence du tribunal de grande instance de Paris pour connaître de la contrefaçon»⁽³⁰⁾.

2. Une focalisation «très française»

Outre l'interrogation liée au droit d'auteur, il convient également de constater que, si la théorie de la focalisation fut consacrée par la Cour de cassation de France, ce n'est pas spécialement le cas dans les ordres judiciaires voisins, ainsi que l'attestent, par exemple, les jurisprudences néerlandaise et belge.

Aux Pays-Bas, les cours et tribunaux ont, en effet, la compétence facile en matière de «cyberdélits»⁽³¹⁾. Il suffit, la plupart du temps, au défendeur de prétendre subir un dommage aux Pays-Bas. Le débat portera alors sur le fond (réalité et *quantum* du dommage). Cette approche est similaire à celle consacrée par l'arrêt *Hugo Boss* (accessibilité sur le plan de la compétence; focalisation au fond)⁽³²⁾ mais demeure toutefois très éloignée de la position finalement adoptée par la Cour de cassation de France.

En Belgique, il est plus difficile de tirer une conclusion tranchée en faveur de la théorie de l'accessibilité ou de celle de la focalisation. En effet, les décisions sur le sujet sont peu nombreuses et pour le

(29) Paris, 1^{re} ch., 9 septembre 2009, disponible sur <http://www.legalis.net> (affaire *Hernan Gazmuri*).

(30) *Ibidem*.

(31) Voy. par exemple: Rb Arnhem, 27 janvier 2003, disponible sur <http://rechtspraak.nl>, JN:AF3374 (affaire *Ladbroke's*); Gerechtshof Arnhem, 2 septembre 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl>, JN:AJ9996 (affaire *Ladbroke's*); Rb. Utrecht, 27 février 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl>, JN:AF5121 (affaire *Paramount*). Rb. 's-Gravenhage, 8 février 2005, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl>, JN:AS5629 (affaire *Vitra*); Gerechtshof te 's-Gravenhage, 20 mars

2008, disponible sur <http://www.boek9.nl>, p. 2, pts 6-7 (affaire *Vitra*); Rb. Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, pp. 102-103, pt 4.1 (affaire *Cassina*).

(32) Relevons toutefois quelques décisions plus élaborées sur le plan de la compétence internationale des juges néerlandais: Pres. Rb. Dordrecht, 8 août 1998, disponible dans P. G. F. A. GEERTS et J. R. M. RIJNDERS, *Jurisprudentiebundel ICT-recht: informatie- en communicatietechnologie*, Amsterdam, Kluwer, 2004, p. 420 (affaire *KPN*) et Hof Amsterdam, 11 novembre 1999, disponible dans P. G. F. A. GEERTS et J. R. M. RIJNDERS, *ibidem*, p. 426 (affaire *Tartes érotiques*).

moins contradictoires⁽³³⁾. Du reste, la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, jamais eu à connaître d'un moyen sur cette question épineuse.

9. Face à ce constat de double relativité, il nous paraît important, avant d'aborder plus avant la question centrale de cette contribution qui a trait au droit d'auteur (E), d'en revenir aux sources de la théorie de la focalisation et de réévaluer la pertinence de celle-ci en droit des marques (D).

D. Le droit des marques et la théorie de la focalisation «décisive»

1. Le principe de territorialité et la coexistence de marques identiques ou similaires

10. Si la théorie de la focalisation a connu sa genèse et de substantiels développements en droit des marques, ce n'est pas le fruit du hasard. En effet, internet est un monde sans frontières⁽³⁴⁾, tandis que le droit des marques est gouverné par le principe de territorialité⁽³⁵⁾. À ce titre, contrairement à une attente à la réputation, qui peut être éprouvée et soufferte sur plusieurs territoires comme le confirme l'arrêt Shevill, la violation d'une marque ne peut se réaliser que sur le territoire où ce signe distinctif est protégé, c'est-à-dire, en général, à l'endroit où celui-ci a été enregistré⁽³⁶⁾.

11. L'une des conséquences logiques du principe de territorialité se situe dans la potentielle coexistence de plusieurs marques identiques ou similaires, appartenant à des titulaires différents, sur des aires géographiques distinctes.

Le risque majeur de l'accessibilité dans cette hypothèse, c'est que le titulaire d'une marque, parfaitement valable dans un État, soit assigné à l'étranger, où un signe similaire voire identique appartient à un autre titulaire, au motif que le défendeur aurait contrefait la marque du demandeur via l'utilisation de celle-ci sur internet (voy. l'exemple de l'affaire *Castellblanch*, où coexistaient les marques française et espagnole «Cristal» pour du champagne et du vin mousseux). La caractéristique ubiquitaire de la Toile empêche de savoir – immédiatement en tout cas – dans quel pays le signe litigieux est réellement utilisé. L'insécurité juridique du défendeur serait, en conséquence, terrible car il pourrait théoriquement être assigné dans d'autres États par tous les titulaires de marques nationales identiques ou similaires sur base de l'article 5 (3), au prétexte que ces titulaires y subiraient un dommage local.

Pire encore: si le juge tend à retenir sa compétence sur base de la simple accessibilité du site web sur son territoire, il existe un risque non négligeable que ce même juge assimile, par un raisonnement hâtif, l'usage du signe sur internet à une utilisation locale dans son arrondissement judiciaire. De la consécration de la compétence internationale à la condamnation au fond, il n'y a qu'un pas. Dans cette hypothèse, cela en serait fini de la coexistence des marques nationales sur internet!

Afin d'éviter ce chaos total et un «contentieux de harcèlement»⁽³⁷⁾ qui mènerait inexorablement à des condamnations dans tous le sens, il paraît, à première vue, intéressant de procéder à l'analyse de la focalisation du site internet. Si l'on accepte l'idée d'examiner la direction du site internet sur lequel la marque est visible, l'on pourra savoir dans quel(s) État(s) cette marque est effectivement utilisée et l'on évitera ainsi l'écueil de l'impossible coexistence des marques sur la Toile.

(33) Civ. Bruxelles, réf., 23 janvier 2003, *A&M*, 2005/4, p. 307 (affaire *Women.com*); Comm. Bruxelles, cess., 5 mars 2001, *Handelspraktijken & Mededinging – Pratiques du commerce & Concurrence*, 2001, pp. 588-589 (affaire *Liberty*); Bruxelles, 9^e ch., 2 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 339, n° 12 (affaire *Liberty*); Civ. Liège, 2^e ch., 24 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008/21, p. 929 (affaire *Zidane*); Civ. Liège, réf., 28 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008/23, p. 1016 (affaire *Roland Garros*); Liège, 14^e ch., 30 juin 2009, inédit (affaire *Zidane*). Voy. également, à titre plus anecdotique, l'affaire *Le voyage de la guillotine*: Bruxelles, 4 mai 2001, *Revue@dipr.be*, 2003, n° 2, pp. 15-21 et spécialement p. 19.

(34) M. BURNSTEIN, «A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment», in K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDIAN (dir.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? – Internet, Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 23.

(35) N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002, p. 42; A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 327, n° 298, lesquels, faisant référence aux marques Benelux et communautaires, relèvent que même si les territoires nationaux tendent à s'effacer, il convient de bien comprendre que le droit des marques – et les droits intellectuels en général – demeurent territoriaux. Le territoire est certes plus vaste, mais ces droits ne valent que sur ce territoire, aussi vaste soit-il!

(36) Nous laissons naturellement de côté les marques notoirement connues au sens de l'article 6bis de la Convention d'Union de Paris.

(37) O. CACHARD, «Compétence d'une juridiction française pour connaître de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne», *op. cit.*, pt 18.

12. Toutefois, il importe, selon nous, de relativiser quelque peu ce propos alarmiste. En effet, cette crainte quant à l'impossibilité de coexistence des marques n'est justifiée que si le juge venait à estimer, après s'être déclaré compétent, que la simple accessibilité de la marque représentée sur un site internet étranger était également suffisante pour constituer, sur son territoire, une atteinte à cette marque. Or, nous le savons désormais: la compétence basée sur la simple accessibilité du signe n'implique pas nécessairement que le juge constate une atteinte à la marque. Ce n'est pas automatique! L'arrêt *Hugo Boss* nous enseigne qu'il fallait rechercher, pour pouvoir constater la violation d'une marque en France, si le site étranger était effectivement dirigé vers l'Hexagone (et ce au moyen de la langue du site, du lieu de distribution des produits...).

Combinées, les solutions des arrêts *Castellblanch* et *Hugo Boss* pourraient mener à un système clair décliné en deux temps, qui différencierait le régime procédural de la compétence de l'examen du fond. Pour que le juge soit compétent, il suffirait au demandeur d'alléguer un dommage causé par l'utilisation d'un signe sur un site internet accessible dans le ressort du juge (simple allégation de dommage et accessibilité donc). Et ce ne serait que sur le plan de la condamnation, c'est-à-dire au fond, que le juge rechercherait, par le biais d'un examen de la direction du site internet, s'il existe véritablement un usage du signe qui puisse être rattaché à son territoire et un dommage local corrélatif. Cette façon de procéder est, du reste, celle employée par les juridictions néerlandaises dans les affaires *Ladbroke's*, *Paramount*, *Vitra* et *Cassina*.

Par ailleurs, la Cour de cassation de France, dans son «Rapport annuel» de 2005, considérait que cette solution devait être approuvée: «La solution générale se veut donc pragmatique, en évitant, tout à la fois, que les procès s'enlisent dans des disputes de compétence réclamant la prise en compte de considérations qui ne relèvent en réalité que d'un débat au fond, puis que ce débat se résume à un examen superficiel dont risquerait souvent de résulter l'interdiction de faire paisiblement commerce sur tout endroit de la planète où le signe n'est pas protégé»⁽³⁸⁾.

13. Par le truchement de ce système, fondé sur la différence entre l'examen de la compétence internationale et celui du fond du litige, force est de constater que, même en droit des marques, la théorie de la focalisation n'aurait plus lieu d'être sur le plan du conflit de juridictions.

2. Une certaine remise en cause de la distinction entre la compétence et le fond

14. *A priori*, le système évoqué au point précédent paraît idéal⁽³⁹⁾. En effet, il est difficile d'imaginer que le juge se penche sur la totalité des éléments de la responsabilité extracontractuelle dès l'examen de la compétence. Rappelons qu'en cas de litiges internationaux, les déclinaoires de juridiction constituent logiquement les premières objections soulevées par les défendeurs et les premières questions tranchées par les tribunaux. S'il se déclare internationalement incompétent, le juge n'a pas à examiner le fond du dossier, ce qui implique par définition qu'un examen de compétence est moins approfondi ou fouillé qu'un examen de la cause au fond.

La possibilité de fonder la compétence internationale d'un juge sur la simple accessibilité du site internet litigieux et sur la simple allégation d'un dommage semble donc envisageable, et même souhaitable pour ne pas dénaturer la différence entre l'examen de la compétence et celui du fond.

Pourtant, d'aucuns ont remis en cause la distinction opérée entre l'appréciation de la compétence internationale et celle de la contrefaçon. H. Gaudemet-Tallon considère, en effet, que «si l'on admet cette dissociation, le juge français, lorsque le site est simplement accessible, ne pourrait que constater qu'il n'y a pas de contrefaçon au regard de la loi française»⁽⁴⁰⁾. Dans la même veine, O. Cachard estime, pour sa part, que cette distinction «repose sur une idée répandue que nous contestons: le standard d'établissement du dommage pourrait être plus flou puisqu'il ne s'agit que de compétence internationale! À supposer la compétence des juridictions établies, celles-ci n'entreraient pas nécessairement en voie de

(38) Rapport annuel de la Cour de cassation de France, 2005, Troisième partie, «Innovation technologiques et droit des marques», disponible sur http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2005_582/

(39) En ce sens d'ailleurs: B. MICHAUX, E. CORNU et G. SORREAU, «L'attribution des noms de domaine en cas de concurrence entre titulaires de signes distinctifs», in A. CRUQUENAIRE (coord.), *La protection des marques*

sur internet, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 35-39, spéc. n° 8. Ces auteurs sont d'avis que la question de l'usage du signe litigieux «devra être envisagée au stade du fondement de la demande. C'est la deuxième étape du raisonnement. Elle est souvent confondue avec la première [règlement de la compétence internationale], mais les deux étapes sont cependant radicalement distinctes».

(40) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 737

condamnation ou bien prononceront une condamnation symbolique»⁽⁴¹⁾.

Bien que la position d'O. Cachard paraisse plus nuancée que celle de H. Gaudemet-Tallon, la philosophie de ces deux auteurs, opposés à la distinction compétence/fond, peut être résumée comme suit: le juge devrait, dès l'examen d'un déclinatoire de juridiction, vérifier si le site est effectivement dirigé vers son ordre judiciaire, sous peine d'encourager la poursuite de procès pour lesquels aucune contrefaçon, et donc aucun dommage, ne pourraient finalement être constatés dans cet État.

À les écouter, la théorie de la focalisation serait, par conséquent, indispensable pour fonder la compétence internationale du juge.

3. Vers une théorie remaniée: la focalisation décisive

15. Notre conviction nous laisse à penser que l'examen de la compétence internationale et celui du fond doivent être nettement distingués, à peine de vider le litige de sa substance, dès le règlement de l'incident de compétence. À cet égard, la question des mesures d'instruction pour déterminer la réalité du dommage ou le *quantum* de celui-ci illustre l'impossibilité de réserver le même traitement ou le même niveau d'exigence à l'appréciation de la compétence internationale et à l'appréciation du fond⁽⁴²⁾.

De surcroît, et c'est un élément très important, l'arrêt *Shevill* dispose expressément que «(...) les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime *prétend* avoir subi une atteinte à sa réputation sont compétentes pour connaître des dommages causés dans cet État à la réputation de la victime»⁽⁴³⁾. Selon nous, cette expression implique que la victime ne doit pas déjà prouver son préjudice pour asseoir la compétence internationale du juge du lieu du dommage; il suffit à celle-ci de prétendre ou d'alléguer

un dommage souffert sur le territoire national de ce juge.

16. Cependant, il nous faut concéder que l'argument des opposants à la distinction compétence/fond n'est pas dénué de toute pertinence. Comment dès lors concilier ces deux approches *a priori* contradictoires?

La solution originale que nous proposons permet tout à la fois de respecter la différence entre l'examen de la compétence et celui du fond et de prendre en compte les critiques qui peuvent parfois être justifiées à l'encontre de cette distinction.

Ainsi suggérons-nous que le principe pour fonder la compétence internationale du juge demeure l'accessibilité, sauf dans les cas où il peut être déterminé avec certitude, sans entrer dans un débat de fond, qu'aucun usage de la marque ne peut être rattaché au territoire du juge saisi. Le corolaire logique doit également être vrai, selon nous: s'il est certain, dès le stade de la compétence, qu'un usage du signe, par l'utilisation d'internet, a été effectué sur le territoire du tribunal saisi, celui-ci doit retenir sa compétence internationale.

Dit autrement, nous préconisons d'avoir recours, quand les circonstances s'y prêtent, à une focalisation décisive, laquelle permettrait de confirmer ou d'évincer la juridiction du juge saisi s'il est manifeste ou évident que le signe a été utilisé ou, au contraire, n'a pas pu être utilisé sur le territoire de ce juge.

17. Notre solution tranche clairement avec l'approche d'O. Cachard, qui ne préconise point une focalisation décisive, mais au contraire une focalisation que nous qualifierions d'«approximative», comparable à celle de l'article 15 du règlement Bruxelles I, laquelle consiste à rechercher un faisceau d'indices⁽⁴⁴⁾ pour savoir si le site est, par la volonté de son exploitant, effectivement dirigé vers le territoire du juge saisi. En effet, un faisceau d'indices, comme son nom

(41) O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, p. 19, n° 14.

(42) Prenons un exemple d'application de l'article 5 (3) dans le monde réel et non virtuel. Admettons qu'un demandeur espagnol agisse devant un tribunal anglais, parce qu'un Belge aurait provoqué un accident sur le sol du Royaume-Uni, lequel accident lui aurait causé un dommage tant corporel que financier. Dans ce cas de figure, il est évident que le juge anglais va accepter sa juridiction sur base de l'allégation de l'accident et du dommage au Royaume-Uni et ce sans examiner à ce stade si le défendeur belge est véritablement le responsable, si le préjudice est bel et bien réel, si le dommage est aussi important qu'allégué par le demandeur etc. En outre, peut-être ce juge sera-t-il amené à prononcer des

expertises ou à entendre des témoins, afin de déterminer la réalité de l'accident ou l'existence et le *quantum* du dommage. Or, ces mesures d'instruction ne seront ordonnées qu'en cours d'instance, ce qui démontre bien à propos que la question de la compétence est distincte des questions de fond, comme la responsabilité, les preuves de celle-ci, etc.

(43) C.J.C.E., 7 mars 1995, arrêt *Shevill*, C-68/93, pt 30.

(44) O. CACHARD propose: la langue employée sur le site, la monnaie de paiement, les bannières publicitaires dirigées vers les internautes, les dispositifs de filtrage, la livraison de bien corporels dans certains États, les publicités externes qui renvoient au site litigieux... («Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, p. 21).

l'indique, ne permet d'obtenir que des indices, et les indices ne sont point des certitudes! Précisément, la focalisation préconisée par O. Cachard présente le risque, selon nous non négligeable, que sur base de ce faisceau d'indices, le juge se déclare incompétent, alors qu'une contrefaçon aura peut-être eu lieu sur son territoire national. Voilà pourquoi nous sommes persuadé que la focalisation doit, pour pouvoir être utilisée, permettre de confirmer ou d'exclure la juridiction du tribunal saisi, de manière incontestable.

4. Les critères de la focalisation décisive

18. Les critères indispensables pour mettre en œuvre la focalisation dite décisive, telle que nous la concevons, dépendent de la nature de l'atteinte aux marques envisagée. Il importe donc de passer en revue quelques actes de contrefaçon de marques, afin de déterminer pour chacun de ceux-ci le critère décisif pertinent – pour autant que celui-ci existe – afin de fonder ou d'écarter la compétence internationale du juge.

a. L'utilisation d'une marque sur un site internet

19. Le premier type d'atteinte auquel nous souhaitons nous intéresser consiste en l'utilisation d'une marque sur un site internet. En effet, ce genre d'utilisation est très fréquent⁽⁴⁵⁾. À l'heure actuelle, il est désormais unanimement établi que l'utilisation d'un signe sur une page internet qui propose à la vente des produits puisse constituer une atteinte à une marque⁽⁴⁶⁾ au sens de l'article 5.3 de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des États membres sur les marques⁽⁴⁷⁾.

Dans ce cas de figure, il est aisé de comprendre que les marques sont utilisées dans l'optique de la vente de produits ou de l'offre de services. Aussi, afin

de savoir si la marque peut être considérée comme utilisée sur un territoire déterminé, il nous semble que *le critère de la distribution des produits ou de la prestation des services* soit le seul pertinent⁽⁴⁸⁾.

En effet, il pourra être considéré, avec certitude, que le signe litigieux est utilisé sur un territoire donné si les produits vendus par le biais du site internet, sur lequel la marque est affichée, sont disponibles sur ce territoire. Au contraire, si les produits ne sont pas distribués sur le territoire où une utilisation illicite de la marque est alléguée, il nous semble impossible de rattacher l'emploi de celle-ci sur internet à un usage sur le territoire en question. Il en va pareillement pour les services.

20. Comment procéder en pratique pour connaître les pays de distribution des produits ou de prestation des services? Il s'agit là d'une question factuelle qu'il n'est pas très difficile de résoudre.

Le plus souvent, le formulaire de commande en ligne répertorie et propose une liste de pays vers lesquels la livraison est possible. Si d'aventure le site n'était pas doté d'une telle liste mais requerrait de l'acheteur qu'il entre, par lui-même, le pays et l'adresse de livraison, il nous semble que la distribution des produits ou la fourniture des services puisse alors survenir partout. Notons encore que s'il est question de vente de produits dématérialisés ou d'une offre de services en ligne (comme pour les paris dans les affaires *Real de Madrid, Zidane...*), il suffira au demandeur de pouvoir acheter ces produits, qu'il pourra alors télécharger sur son ordinateur, ou de pouvoir s'inscrire aux services en ligne à partir du territoire où il détient une marque valable pour que l'on soit en présence d'un usage de la marque sur ce territoire.

Il est bien entendu toujours loisible au demandeur d'aller plus loin et de commander *effectivement* quelques exemplaires d'articles vendus en ligne,

(45) Voy. les cas français *Castellblanch, Hugo Boss, Acet et Maceo*; et les litiges néerlandais *Tartes érotiques, Vitra et Cassina*, mentionnés *supra*.

(46) Voy. en ce sens: «Utilisation des marques sur l'internet: résumé des réponses au questionnaire», Doc. OMPI, SCT/3/2, 20 octobre 1999, p. 3, n° 10 et F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Handboek Merkenrecht (Benelux, Communautaire, Internationaal)*, 2^e éd. rev., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 236.

(47) Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée), *J.O.* L 299 du 8 novembre 2008, p. 25.

(48) Une remarque nous paraît indispensable à ce stade. Il importe de bien distinguer deux choses: l'usage de la marque sur un site internet et l'apposition de la marque sur les produits effectivement vendus. Dans cette étude, seule le premier usage retient notre attention (celui de

l'utilisation d'un signe distinctif sur la Toile). Or, si nous prenons en compte, dans cette hypothèse, la disponibilité des produits dans un État, ce n'est que pour rattacher ou assimiler, par une sorte de fiction, l'usage de la marque fait sur internet à un usage dans cet État. Toutefois, nous attirons l'attention sur le fait qu'il pourra y avoir une autre atteinte à cette marque: celle résultant de l'apposition de celle-ci sur les produits distribués. Il se peut que la marque soit uniquement utilisée sur internet, par exemple pour tromper le consommateur, et qu'ensuite les produits soient effectivement vendus sans marque ou sous une autre marque; mais il se peut aussi qu'en plus de l'utilisation de la marque sur internet, les produits soient également distribués sous cette marque (dans ce cas, le titulaire pourra agir en réparation de ces deux atteintes bien distinctes). Ces deux actes de contrefaçon sont différents, l'un n'impliquant pas nécessairement l'autre, mais ce qui les unit, selon nous, c'est le critère de rattachement qu'est la distribution des produits (ou des services).

pour lesquels sa marque est utilisée sur le site internet litigieux. S'il parvient à se les faire livrer dans l'État où il détient une marque identique ou similaire, il n'existera plus aucun doute quant à la possibilité de distribution. L'assimilation de l'usage de la marque sur internet à une utilisation locale sur le territoire du juge sera établie et celui-ci ne pourra en aucun cas décliner sa juridiction. Dans le cadre de cette deuxième option, un constat d'huissier est recommandé. Cependant, nous sommes d'avis que la preuve de la distribution effective, ne devrait pas être impérativement exigée, parce que précisément nous n'en sommes qu'au stade de la compétence⁽⁴⁹⁾.

21. *Quid* des autres critères? Nous considérons, pour notre part, qu'hormis la distribution des produits ou la fourniture des services les autres critères sont inadaptés pour fonder la compétence internationale d'un juge sur base de l'article 5 (3). En effet, s'ils étaient employés, ceux-ci ne seraient pas décisifs.

S'agissant de l'extension ou du suffixe du nom de domaine tout d'abord, il nous semble évident que ce critère ne puisse être sérieusement utilisé pour réaliser une focalisation décisive, lorsque le site propose des produits ou des services. En effet, s'il faut parfois remplir certaines conditions pour obtenir une extension nationale⁽⁵⁰⁾, cela ne signifie en aucun cas que le site soit limité à ce territoire national: qui oserait, par

exemple, arguer qu'un site au domaine en «.it» vise uniquement le territoire italien, dans l'hypothèse où ce site permet la livraison dans toute l'Europe? Ne parlons pas des suffixes génériques ou «generic Top Level Domains» (gTLD) comme «.com», «.biz», «.org» ou «.net», lesquels n'ont aucune signification géographique⁽⁵¹⁾. L'extension d'un nom de domaine n'est plus, à l'heure actuelle, spécialement représentative d'un rattachement territorial. Par conséquent, cette extension est un critère devenu désuet et il faut nécessairement aller plus loin, en examinant le contenu du site web afin de vérifier *in concreto* quels sont les lieux de livraison.

Les langues utilisées sur le site internet, si souvent mises en avant comme un excellent critère de focalisation⁽⁵²⁾, ne nous convainquent pas davantage. Dans plusieurs décisions référencées *supra*, ce critère linguistique a d'ailleurs été écarté⁽⁵³⁾. En effet, d'une part, tout site qui a vocation à vendre des produits ou à fournir des services à l'échelle internationale aura au moins une catégorie ou une section rédigée en anglais. Or, l'on ne peut contester que cette langue soit connue, même partiellement ou de façon basique, de nombreux internautes. D'autre part, quand bien même un site ne serait-il rédigé que dans une langue, s'il permet une distribution des produits ou des services sur plusieurs territoires, l'usage du signe litigieux peut y être constaté, ne serait-ce que parce que sur le territoire de desti-

(49) Sur la preuve de la distribution effective, il existe une dérive à ne pas reproduire. À titre d'illustration, revenons sur le raisonnement de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Real de Madrid*. Celle-ci avait appliqué la théorie de la focalisation mais avait considéré que le nombre de paris effectivement pris en France était trop marginal pour que le site soit destiné au public français. Sur *willhill.com*, par exemple, la cour avait relevé que les paris effectués de France s'élevaient, selon que le joueur en cause était Zidane, Beckham ou Figo, à 0,00044%, 0,00017% et 0,00041% du nombre total de paris. Cette approche est erronée, selon nous, vu l'énoncé de l'article 5 (3). En effet, dès lors qu'il est possible de prendre part aux services à partir de la France, la cour d'appel devait se déclarer compétente car les chiffres avancés, si faibles soient-ils, prouvent qu'un dommage potentiel lié à ce site peut être subi en France. Si la cour avait dû examiner le fond et qu'elle avait retenu une violation aux marques, aux droits à l'image et au nom invoqués, elle aurait pu évaluer le préjudice en fonction des paris réels pris en France. Autant dire que les dommages-intérêts eussent été faibles, vu le nombre marginal de paris, mais peu importe: il n'existe aucun critère qui interdise d'agir en justice parce que le préjudice risque d'être minime. L'on sait des condamnations symboliques! Observons d'ailleurs que dans l'affaire *Shevill*, la Cour de justice a, entre autres, accepté la juridiction des tribunaux anglais alors que seuls 230 exemplaires du journal diffamatoire avaient été distribués au Royaume-Uni (contre 237.000 exemplaires en France et 15.500 dans d'autres pays européens). Un

rapide calcul nous apprend que les ventes au Royaume-Uni représentaient à peine 0,00091% de la distribution totale du journal litigieux. De quoi contredire la position de la cour d'appel de Paris!

(50) A.-L. STERIN, *Guide pratique du droit d'auteur – Utiliser en toute légalité: textes, photos, films, musiques, internet et protéger ses créations*, Paris, éd. Maxima, 2007, p. 474, n° 639.

(51) Pour une liste complète des suffixes génériques, voy. le site de l'A.F.N.I.C.: <http://www.afnic.fr/doc/autres-nic/gtld>

(52) Voy. par exemple G. STUER et Y. DEKETELAERE, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 22 mai 2000 et T.G.I. Paris, réf., 20 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 429, n° 9, note de bas de page 41; A. NUYTS, K. SZYCHOWSKA et N. HATZIMHAIL, «Cross-Border Litigation In Intellectual Property Matters In Europe», *op. cit.*, pp. 33-34, n°s 63 et 64; E. TREPPOZ, «De la localisation d'agissements de concurrence déloyale et de contrefaçon accomplis via internet», *op. cit. point II.B.*; O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, p. 21.

(53) *Gerechtshof Arnhem*, 11 septembre 2003 (affaire *Ladbrokes*); Cass. fr., ch. comm., 11 janvier 2005 (affaire *Hugo Boss*); Civ. Liège, 2^e ch., 24 novembre 2006 (affaire *Zidane*); T.G.I. Paris, 3 septembre 2008 (affaire *Hernan Gazmuri*); Paris, 1^{re} ch., 9 septembre 2009 (affaire *Hernan Gazmuri*) et Paris, 2^e ch., 2 décembre 2009 (affaire *Maceo*), précités.

nation il y a potentiellement des gens qui comprennent cette langue⁽⁵⁴⁾. Le critère de la langue ne peut donc, à nos yeux, constituer un critère de focalisation décisive, car un dommage, même faible, pourrait survenir, indifféremment de la langue utilisée sur le site litigieux⁽⁵⁵⁾.

Enfin, le raisonnement est identique pour *les devises ou les monnaies dans lesquelles les prix sont exprimés* sur un site internet. Ce n'est pas parce que le prix est fixé en dollars américains que l'on ne peut pas acheter à partir de l'Europe. Les cartes de crédit facilitent, en effet, ces transactions. La devise n'est donc assurément pas un bon critère de focalisation, car elle ne permet pas d'exclure à coup sûr un usage du signe dans certains États.

b. L'utilisation d'une marque comme mot clé: le cas des AdWords

22. À côté de l'utilisation classique d'une marque dans le contenu d'un site web, il existe sur internet d'autres formes d'usage qui peuvent être problématiques. L'une de ces formes est ce que l'on appelle les AdWords.

AdWords est le nom du système publicitaire de Google. Le principe est assez simple: Google vend des mots clés aux publicitaires, et lorsqu'un internaute tape l'un de ces mots clés sur le moteur de recherche de Google, il est susceptible de tomber sur les publicités des annonceurs qui ont payé pour ces mots clés⁽⁵⁶⁾. Le problème survient lorsqu'un annonceur achète comme mot clé, pour ses propres annonces, la marque d'un concurrent, ce qui peut constituer une infraction au droit à la marque, au sens des articles 5.1.a), 5.1.b) et 5.2 – voire même de l'article 5.5 – de la directive 2008/95/CE⁽⁵⁷⁾. Il est également possible que deux titulaires de marques nationales identiques utilisent le même mot clé

et que cela crée des interférences (coexistence de marques nationales identiques, valables sur des territoires distincts).

23. Ce problème n'est pas théorique. Il existe un contentieux important, qui a mené à la saisine de la Cour de justice, afin de savoir si Google pouvait être considéré comme contrefacteur⁽⁵⁸⁾.

Si au terme de l'arrêt rendu par la Cour, Google ne peut pas être considéré comme faisant usage des marques et est donc logiquement exonéré de toute responsabilité quant à la contrefaçon éventuelle, il est toujours possible d'agir en justice contre les annonceurs, qui choisiraient des mots clés correspondant aux marques de leurs concurrents. En outre, si Google ne respecte pas ses obligations en vertu de l'article 14 de la directive 2000/31/CE, c'est-à-dire qu'il n'agit pas promptement afin d'écarter les contenus contrefaisants dès l'instant où il en a pris connaissance ou en a été informé, celui-ci pourra également être poursuivi, non pas pour contrefaçon, mais du fait de sa responsabilité d'intermédiaire. La question de la compétence internationale liée à ce système dit AdWords nous semble donc aussi pertinente que fondamentale.

24. En pratique, un internaute saisit dans le moteur de recherche de Google des mots clés, et en fonction de ceux-ci apparaîtront certaines publicités. L'usage de la marque comme mot clé, s'il en est, est donc totalement dématérialisé. Google ne propose pas de produits à la vente et l'on ne saurait donc avoir égard au(x) lieu(x) de livraison. Certes, il est peut-être possible de se référer aux lieux de distribution prévus par le site auquel renvoie l'annonce publicitaire déclenchée par le mot clé, mais nous ne pensons pas que ce soit la solution idéale. En effet, il faut

(54) Imaginons par exemple qu'un site rédigé dans son entièreté en allemand illustre ses produits, qui peuvent être distribués en Allemagne, en Belgique et en France, par un signe, qui constitue une marque en France. Nous le savons désormais: dès lors que les produits peuvent être distribués en France, il y aura une assimilation ou un rattachement de l'usage en ligne du signe litigieux à une utilisation sur le sol français. Importe-t-il à cet égard de retenir comme critère de compétence la langue? Non, car il existe naturellement en France des gens qui parlent allemand et que l'on peut même imaginer que des Allemands habitent en France. Tous ceux-ci pourraient donc commander les produits marqués du site allemand vers la France, ce qui peut potentiellement être une contrefaçon et donc causer un préjudice au titulaire de la marque française. Or, nous venons de le voir: peu importe la gravité du dommage potentiel pour pouvoir saisir un juge sur la base de l'article 5 (3).

(55) Songeons toutefois à une potentielle exception: celle des langues relevant d'autres alphabets, comme le chinois

ou le russe. Dans ce cas-là, il nous semble que la langue puisse permettre d'exclure à titre décisif un dommage dans un pays à l'alphabet latin, mais pas pour les raisons que l'on croit. En effet, il n'est toujours pas exclu que des Européens comprennent le russe ou le chinois, ni que des ressortissants de ces pays habitent en Europe et puissent donc commander des articles en provenance de leur État d'origine. Cependant, le critère sera bien souvent décisif si le signe utilisé en Chine ou en Russie est rédigé en alphabet mandarin ou cyrillique, car dans cette hypothèse il ne pourra y avoir de signes identiques ou similaires au sens de l'article 5.1. de la directive 2008/95/CE. Ceci dit, observons qu'il s'agit d'un cas très spécifique et qu'en général, le critère de la langue ne peut se révéler pertinent.

(56) Pour plus d'informations, voy.: <http://adwords.google.com>.

(57) F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 238.

(58) C.J.U.E., 23 mars 2010, arrêt *Google c. Louis Vuitton* e.a., C-236/08, C-237/08 et C-238/08 (affaires jointes).

nettement distinguer deux atteintes possibles: celle causée par l'utilisation d'une marque comme mot clé qui peut déclencher des publicités et celle résultant de l'utilisation de la même marque sur le site auquel renvoie la publicité. Ces deux atteintes ont un caractère propre, et doivent donc être dissociées. Il n'est, d'ailleurs, pas certain que la publicité soit adressée à un public aussi large que celui visé par le site internet de renvoi. La distribution des produits ne constitue donc pas un critère spécialement décisif pour l'utilisation d'une marque comme mot clé.

Par contre, il est intéressant d'observer que la diffusion géographique des annonces dépend de la volonté de l'annonceur⁽⁵⁹⁾, lequel doit cibler, pour la diffusion de sa publicité, un territoire, un pays, une région ou une ville. Et précisément, une fois que cet annonceur a choisi un territoire, Google prend en compte l'extension de ses noms de domaine. Par exemple, si un annonceur sélectionne la Belgique, son message publicitaire n'apparaîtra que lorsqu'un internaute entrera le mot clé correspondant sur «www.google.be». Les extensions géographiques du nom de domaine de Google jouent un rôle fondamental dans le cadre de ce système, contrairement à ce que nous avons explicité *supra*. Ceci peut s'expliquer par le fait qu'il existe à peu près autant de site «google» qu'il existe de pays, avec à chaque fois un suffixe différent. En d'autres termes, Google a complètement territorialisé son moteur de recherche. Partant, le rattachement à un territoire d'un acte posé sur l'un des sites de Google, en fonction du suffixe, nous semble tout à fait réaliste. Ainsi, si l'annonce litigieuse apparaît sur www.google.be c'est qu'elle est destinée à la Belgique; alors que si elle apparaît sur www.google.ru, c'est qu'elle est destinée à la Russie⁽⁶⁰⁾.

(59) «Comment le programme AdWords détermine-t-il les zones géographiques où diffuser mes annonces ciblées par mots clés?», disponible sur <http://adwords.google.com>.

(60) *Quid* cependant si des Belges se connectent, par exemple, sur «www.google.co.uk»? L'on pourrait arguer qu'ils peuvent également voir les annonces et qu'il existe donc un dommage en Belgique. Il nous semble cependant que la métaphore du voyage, refusée dans la célèbre affaire *Yahoo!* (T.G.I. Paris, réf., 22 mai 2000, *J.T.*, 2001, pp. 421-422.), car il était question d'une distribution de produits, est ici tout à fait appropriée à l'espèce: un internaute situé en Belgique qui irait sur www.google.co.uk et qui, en tapant un mot clé constituant une marque, verrait apparaître une publicité pour un concurrent, n'est pas visé par la publicité et l'on ne peut point retenir d'usage du signe en Belgique (il aurait fallu pour cela que la publicité apparaisse sur www.google.be). Cette situation est similaire à celle où un ressortissant belge se rendrait en voyage en Angleterre et recevrait, sur place, des publicités pour une marque identique à celle existant en

25. Nous estimons donc, à titre personnel, que, vu la dématérialisation totale de l'atteinte (tout se passe en ligne) et la «nationalisation» complète des sites de Google, le suffixe géographique de ces sites peut permettre de savoir dans quel pays cette marque est, *in concreto*, utilisée. Mais cette assertion demeure discutée comme l'illustre à ce propos la question préjudicielle posée par l'Oberster Gerichtshof d'Autriche dans l'affaire *Wintersteiger*⁽⁶¹⁾.

c. L'utilisation d'une marque comme métatag

26. À côté de l'utilisation d'une marque de façon visible, il est également possible d'utiliser celle-ci de façon dissimulée, dans ce que l'on appelle les métatags. Un métatag est une balise invisible des internautes, placée dans le code HTML des pages internet d'un site, qui va être traitée par les robots des moteurs de recherche⁽⁶²⁾. Il s'agit donc de contrôler les mots clés qui permettent d'atteindre un site internet.

L'idée pour l'exploitant d'un site est d'insérer, dans le code HTML de ses pages web, des signes distinctifs qui ne lui appartiennent pas, afin d'améliorer son propre référencement et aussi d'attirer les clients de ses concurrents sur son propre site internet⁽⁶³⁾. Naturellement, comme le signe litigieux n'est pas visible des internautes, l'on ne peut pas soutenir qu'il y ait une quelconque atteinte à la fonction essentielle de la marque. Cependant, dans les États qui auront transposé l'article 5.5 de la directive 2008/95/CE, il pourrait être invoqué une atteinte à la marque par un usage à une fin autre que celle de distinguer les produits ou services⁽⁶⁴⁾. Pour une marque Benelux, par exemple, ce serait tout à fait imaginable sur la base de l'article 2.20.1.d) de la C.B.P.I.⁽⁶⁵⁾.

Belgique. L'on ne peut clairement pas dire qu'il existe un usage en Belgique et donc une potentielle contrefaçon, coexistence des marques faisant!

(61) Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) le 10 novembre 2010, affaire *Wintersteiger*, C-523/10.

(62) Y. CHATELAIN et L. ROCHE, *Internet 2002, le web-marketing en action – Tout pour booster son site*, Paris, éd. Maxima, 2001, pp. 94-95.

(63) F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, pp. 236-237.

(64) A. BRAUN et E. CORNU, *op. cit.*, p. 482, n° 415bis. Pour un examen de jurisprudence belge sur la question, voy. Y. POULLET, A. CRUQUENAIRE *e.a.*, *Droit de l'informatique et des technologies de l'information – Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 89-90.

(65) Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles).

27. L'objectif entendu ici est pour l'exploitant d'un site d'attirer les internautes qui rechercheraient la marque d'un concurrent sur un moteur de recherche.

Pour déterminer la compétence internationale d'un juge sur base de l'article 5 (3), il nous semble donc que, comme pour l'utilisation d'une marque sur un site internet, le seul critère véritablement décisif soit *la distribution des produits* vendus par le site utilisant illicitement la marque litigieuse. Car, derrière cette stratégie, se cache sans doute l'espoir pour le titulaire d'une marque concurrente d'obtenir la clientèle de ses adversaires et donc de vendre à celle-ci ses propres produits.

Il nous paraît, par ailleurs, difficile d'opter pour un autre critère décisif car la marque est ici utilisée de manière totalement invisible.

Cependant, la solution pourrait être plus simple encore. L'on pourrait soutenir (comme nous l'indiquons déjà pour les AdWords) que l'atteinte consistant en l'utilisation de la marque sur un site internet est distincte de celle consistant en l'utilisation de cette même marque comme métatag et qu'elles ne se confondent certainement pas. Aussi le critère de la distribution des produits ne serait-il peut-être pas adapté. Faute d'autre critère décisif, il conviendrait alors d'en revenir à la pure et simple accessibilité et de laisser le juge trancher sur le fond, ce qui se justifierait du reste par le caractère complexe cette infraction à la marque.

E. Le droit d'auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation?

28. Le retour aux sources de la théorie de la focalisation, à savoir le droit des marques, nous permet de mieux appréhender la question de la compétence internationale en cas de contrefaçons en ligne. À ce titre, nous proposons une version remaniée de la théorie de la focalisation reposant sur un critère simple et décisif, lequel permettrait au juge de se

déclarer internationalement (in)compétent avec certitude, sans entrer à ce stade procédural dans un examen exagérément poussé des circonstances de l'espèce.

Cette théorie est-elle pareillement applicable au droit d'auteur? Comme notre intuition initiale le laissait présager, nous sommes d'avis qu'il faille répondre à cette question par la négative. Nous ne sommes d'ailleurs pas les seuls à penser ainsi. Les fervents défenseurs de la focalisation eux-mêmes, conscients que leur théorie, en apparence bien ficelée, pourrait être remise en cause, esquissent l'idée que la situation est susceptible d'être différente pour le droit d'auteur⁽⁶⁶⁾. D'autres sont plus loquaces quant à la difficulté de transposer la focalisation nécessaire pour le droit des marques au droit d'auteur⁽⁶⁷⁾.

1. Une focalisation inutile en droit d'auteur

29. Le premier élément qui laisse à penser que la contrefaçon d'une œuvre en ligne doit être traitée différemment de celle d'une marque dans les mêmes circonstances se situe dans *la portée territoriale du droit d'auteur*. Le droit à la marque est conditionné par l'enregistrement d'un signe pour un territoire déterminé et même si ce signe est protégé sur un espace supranational (nous pensons à la marque communautaire), il n'en demeure pas moins que le droit des marques est régi par le principe de stricte territorialité⁽⁶⁸⁾.

Bien entendu, le droit d'auteur est, lui aussi, un droit territorial⁽⁶⁹⁾. Cependant, il convient, selon nous, de comprendre cette territorialité dans une acception plus nuancée. En effet, la protection conférée par le droit d'auteur ne requiert pas, contrairement aux autres droits intellectuels, de formalités préalables⁽⁷⁰⁾. À l'inverse des droits de propriété industrielle, la protection d'une œuvre par le droit d'auteur ne s'arrête donc pas au pays d'origine. À ce titre, n'oublions pas que la Convention de Berne⁽⁷¹⁾

(66) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 737, seconde remarque et O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, p. 21, n° 25 (dernier point).

(67) Fr. POLLAUD-DULIAN, «Internet – Conflits de juridictions», *R.T.D. com.*, 2008, p. 310 et J. PASSA, «Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur internet», *R.L.D.I.*, n° 63, août-septembre 2010, p. 26, n° 11.

(68) En ce sens: A. BRAUN et E. CORNU, *op. cit.*, p. 327, n° 298.

(69) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 550-553.

(70) Même aux États-Unis où la protection littéraire et artistique dépendait jadis de l'accomplissement de certaines formalités (dépôt de l'œuvre et enregistrement du droit auprès du *Copyright Office*, apposition du sigle © sur les exemplaires de l'œuvre...), celles-ci ne sont plus obligatoires depuis l'entrée en vigueur du *Berne Convention Implementation Act of 1988*. Voy. en ce sens: D. MOURA VINCENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Leiden, Boston, éd. Martinus Nijhoff, 2009, p. 47.

(71) Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, 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 et modifiée le 28 septembre 1979.

fut adoptée au XIX^e siècle «pour faire en sorte que les droits des auteurs soient reconnus et protégés dans tous les États membres»⁽⁷²⁾. De cette façon, malgré le caractère territorial du droit d'auteur, la protection dont jouit une œuvre tend à la quasi-universalité⁽⁷³⁾.

Nous voyons poindre ici la distinction entre territorialité *matérielle* et territorialité *formelle*⁽⁷⁴⁾. Tous les droits intellectuels sont soumis à la territorialité matérielle, en ce sens que la loi applicable à ceux-ci sera la loi du pays dans lequel la protection doit leur être assurée (ce qui pour le droit d'auteur pourra être la loi de chaque État de l'Union de Berne). Par contre, sont seuls soumis à la territorialité formelle les droits de propriété industrielle, parce que cette territorialité formelle est liée au dépôt ou à l'enregistrement et implique que le titre délivré, suite à ces formalités, par une autorité constituée, ne vaille que sur le territoire où cette autorité a compétence.

Si une œuvre peut être protégée quasi universellement⁽⁷⁵⁾, à des degrés divers selon la législation du pays de destination (mais avec comme garantie plancher le minimum conventionnel prévu par la Convention de Berne), nous pouvons en tirer une conséquence essentielle sur le plan des conflits de juridictions. Par opposition avec ce que nous avons constaté *supra* pour le droit des marques, il peut exister des atteintes à une œuvre protégée dans d'autres États que celui d'origine, ce qui implique que des dommages peuvent théoriquement être subis (presque) partout.

30. Le corollaire de ce qui précède se situe dans *la caractéristique unique d'une œuvre*. Puisque celle-ci est protégée dans l'ensemble des pays membres de l'Union de Berne, il ne peut, à l'évidence, coexister deux œuvres identiques, contrairement à la coexistence possible de deux mêmes marques⁽⁷⁶⁾.

En conséquence, et il s'agit d'une autre incidence importante sur les conflits de juridictions, nous ne devons pas faire face au problème rencontré en droit des marques, où un excès de compétence risquerait de mettre en péril la coexistence sur internet de deux marques identiques, valables chacune dans un État différent.

31. Enfin, le troisième élément déterminant, à nos yeux, relève de *la nature des droits conférés à l'auteur sur son œuvre*.

Puisque nous discutons ici de la mise en ligne d'œuvres protégées, indépendamment de toute vente⁽⁷⁷⁾, c'est naturellement *le droit de communication au public* qui est en jeu⁽⁷⁸⁾. Ce droit est consacré par tous les instruments internationaux ou supranationaux pertinents en la matière: art. 11 *bis* de la Convention de Berne; article 8 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur (WTC)⁽⁷⁹⁾ et art. 3 de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁽⁸⁰⁾.

Or l'on sait que cette notion de communication au public est interprétée très largement. Comme le

(72) «La protection internationale du droit d'auteur et des droits connexes», document établi par le Bureau international de l'OMPI, disponible sur http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/pdf/international_protection.pdf.

(73) A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, n° 902.

(74) B. DOCQUIR, «Le titulaire du droit d'auteur – Étude de conflit de lois», *Ing.-Cons.*, 2003, livr. 5, p. 434, n° 47.

(75) 164 États sont actuellement membres de l'Union de Berne. Voy. la liste complète sur le site de l'O.M.P.I.: http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=15.

(76) Observons néanmoins que si chaque œuvre est en principe unique, il n'est théoriquement pas exclu que deux auteurs arrivent, de bonne foi et en ayant travaillé chacun de leur côté, à un résultat très similaire (pensons, par exemple, à deux peintres du même courant). Dans cette hypothèse, cependant, leurs œuvres présenteront toujours des différences, aussi minimes soient-elles! Plus qu'improbable est, par contre, la situation où deux œuvres, réalisées de bonne foi, seraient en tous points identiques, surtout si l'œuvre est plus complexe comme un livre, un court ou long-métrage...

(77) Nous discutons exclusivement de l'application de la théorie de la focalisation aux contrefaçons d'œuvres en

ligne totalement dématérialisées et en dehors de toute vente (mise en ligne d'un livre en fichier PDF, diffusion illégale d'un film sur un site internet...) car si l'atteinte à un droit d'auteur consiste à vendre, par le biais d'internet, des copies d'une œuvre protégée, une focalisation est assurément indispensable (critère de distribution). En effet, qu'un tribunal confirme sa juridiction au motif que le site, par lequel les copies sont vendues, est accessible sur son territoire, alors qu'en réalité aucune livraison ne pourrait être constatée dans son ressort, relèverait tout à la fois de la perte de temps et d'une mauvaise administration de la justice.

(78) S'agissant de la mise à disposition d'une œuvre en téléchargement sur internet, il semble que cette opération doive également s'analyser, dans le chef du responsable de cette mise à disposition, comme une communication au public. En effet, même si cet acte se rapproche plus logiquement d'une distribution de l'œuvre, ce droit de distribution prévu à l'article 6 du Traité O.M.P.I. (WTC) ne se rapporte qu'aux «exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles».

(79) Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur (WTC) adopté à Genève le 20 décembre 1996.

(80) 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. L 67* du 22 juin 2001, p. 10.

rappelle A. Berenboom, «le seul fait d'émettre rend nécessaire l'autorisation des auteurs des programmes diffusés. Peu importe le nombre d'auditeurs, de téléspectateurs ou d'internautes: c'est la destination de l'émission qui met en œuvre le droit de communication public et non le fait qu'elle soit réellement captée»⁽⁸¹⁾.

Là où, en droit des marques, le simple fait d'utiliser un signe protégé sur un site internet ne suffit pas pour constituer une contrefaçon, mais où il est indispensable que l'usage de la marque se fasse «dans la vie des affaires» (ce qui exclut l'usage par les particuliers), que cet usage soit en relation avec des produits ou des services (similaires ou non), ou encore que cet usage «tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice»⁽⁸²⁾, rien de tel n'est exigé en droit d'auteur. Le seul critère qui compte c'est que la communication soit faite au public. Or la mise à disposition d'une œuvre sur internet, à moins qu'elle n'intervienne sur un réseau très fermé de quelques amis, constituera toujours une communication au public.

À côté du droit de communication au public, l'utilisation d'une œuvre en ligne peut également venir offenser les droits moraux de l'auteur. Ceux-ci sont reconnus, tant par l'article 6*bis* de la Convention de Berne, que par le Traité de l'O.M.P.I. qui renvoie à cette Convention. En vertu de cet article 6*bis*, l'auteur dispose donc, au minimum, d'un droit à la paternité de l'œuvre et d'un droit à l'intégrité de l'œuvre⁽⁸³⁾.

Ces droits moraux ne sont, par définition, ni pécuniaires ni économiques. Lorsqu'ils sont violés, il est donc difficile d'utiliser un critère décisif tel que la distribution des produits, comme le concède d'ailleurs H. Gaudemet-Tallon⁽⁸⁴⁾. Du reste, observons que vu leur nature non-économique, ces droits moraux se rapprochent des droits de la personnalité. Or l'arrêt *Shevill* fut rendu en cette matière. L'on comprend mal, dès lors, comment l'enseignement de la Cour de justice dans cette espèce ne pourrait être transposé *mutatis mutandis* à la violation d'un droit moral de l'auteur par une utilisation de l'œuvre

sur internet. Aussi convient-il d'accepter qu'en ce cas l'ensemble des tribunaux où les conséquences néfastes sont ressenties puissent être saisis, c'est-à-dire potentiellement les juridictions de tous les États membres.

32. Il ressort de ce qui précède que le droit d'auteur est très différent du droit des marques et cela a un impact évident sur les conflits de juridictions. En effet, le caractère unique d'une œuvre et la protection quasi-universelle dont jouit celle-ci impliquent logiquement que la mise en ligne de cette œuvre sur internet – qui consistera systématiquement en une violation du droit de communication au public – puisse causer à l'auteur un dommage partout. La protection quasi mondiale d'une œuvre protégée correspond mieux à l'universalité d'internet et rend la compétence systématique de (presque) tous les ordres judiciaires moins problématique qu'en droit des marques. La focalisation est, en conséquence, inutile en droit d'auteur.

2. Une focalisation inopportune en droit d'auteur

33. Nous irions même plus loin! Cette focalisation est inutile en droit d'auteur, mais pire encore: elle est inopportune. Nous l'avons déjà évoqué: considérant la nature du droit de communication au public et des droits moraux, il est très difficile, voire impossible, de trouver un critère de focalisation décisive pour la mise en ligne de contenu protégé par le droit d'auteur.

Dans cette hypothèse, il est, en effet, inconcevable de faire référence à une quelconque commercialisation ou livraison. Le critère spécifique de l'extension du nom de domaine, quant à lui, n'est pertinent que dans le cas des AdWords. Pour le reste, le critère linguistique est, pour les mêmes raisons que celles développées *supra* en droit des marques, inopérant⁽⁸⁵⁾.

(81) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p.107, n° 61. Voy. aussi F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 120-121, n° 147.

(82) Voy. l'article 5 de la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée).

(83) Convention de Berne, article 6*bis*: «(1). Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation».

(84) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 737, seconde remarque.

(85) D'ailleurs, concernant le droit d'auteur, la langue à prendre en compte ne serait-elle pas celle de l'œuvre plutôt que celle du site? En tout état de cause, ce critère ne nous persuade pas davantage: il existe en Italie des gens qui parlent l'allemand et qui pourront donc lire un livre rédigé dans la langue de Goethe sur un site japonais. En outre, le critère de la langue de l'œuvre ne pourrait pas s'appliquer aux représentations d'œuvres plastiques ou picturales: sculptures, dessins, peintures, photographies... Comment dès lors tirer de ce critère une règle générale et déterminante à coup sûr?

Aucun critère ne semble décisif en l'espèce. Conformément à la théorie de la focalisation non approximative que nous préconisons, l'accessibilité devrait donc être de mise. Rappelons que cette approche a, par ailleurs, été récemment entérinée par le tribunal de grande instance et la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Hernan Gazmuri*⁽⁸⁶⁾, où il était question d'un site chilien, rédigé en espagnol et difficile d'accès en France car très mal référencé sur les moteurs de recherche.

34. Pourquoi écarter une focalisation reposant sur un faisceau d'indices comme l'appelle de ses vœux O. Cachard⁽⁸⁷⁾?

Tout simplement parce que celle-ci s'inspire de l'article 15 du règlement Bruxelles I, tel qu'interprété récemment par la Cour de justice⁽⁸⁸⁾. Or cet article 15 est une règle en matière contractuelle et son contexte est bien différent de celui de l'article 5 (3). En effet, cette compétence protectrice en matière contractuelle est volontairement bridée ou limitée: pour que le consommateur puisse en bénéficier, il est indispensable que le professionnel avec qui il a conclu un contrat ait dirigé ses activités vers l'État de son domicile. Sans quoi, pour chaque contrat passé avec un consommateur, ce dernier pourrait assigner devant le juge de son propre domicile (en vertu de l'article 16) et il n'y aurait nullement besoin de cette condition de direction... La limitation de la compétence est inhérente au texte.

La différence entre la théorie de la direction des activités du professionnel dans le cadre de l'article 15 (1), c) et la théorie de la focalisation, qui en serait inspirée selon certains, pour l'article 5 (3), c'est bien que dans le premier cas, on essaie d'étendre la compétence au profit du consommateur pour qu'il puisse saisir la juridiction de son domicile, alors que dans le second, il serait question d'utiliser la focalisation pour restreindre le nombre de juridictions compétentes.

Or l'on souhaiterait restreindre le nombre de juridictions compétentes, en ayant égard à la volonté de l'exploitant d'un site internet, ce qui reviendrait à ne fonder la compétence du juge du lieu du dommage que sur les préjudices volontaires dudit exploitant. Il est cependant clair que la notion de faute volontaire ou de dommage volontaire n'existe pas dans cet article 5 (3). À nos yeux, en sus de consti-

tuer une violation de la lettre de l'article 5 (3), ainsi que de son interprétation par la Cour de justice dans l'arrêt *Shevill*, la focalisation inspirée par la direction des activités mènerait, le plus souvent, à un terrible et dangereux déni de compétence. Comment peut-on sérieusement arguer que le défendeur ne pourrait être poursuivi devant le juge du lieu du dommage que si ce dommage était volontaire? Ce concept ne colle pas avec la notion de responsabilité civile: un dommage est le plus souvent accidentel, non prévu et donc involontaire.

35. En définitive, nous sommes donc fermement opposé, vu le concept de responsabilité civile et le contexte dans lequel s'inscrit l'article 5 (3), à l'idée d'une focalisation basée sur un faisceau d'indices pour la matière extracontractuelle, car cela reviendrait à «privilégier l'intention de l'opérateur»⁽⁸⁹⁾.

L'avocat général P. Cruz Villalón, dans ses conclusions rendues le 29 mars 2011 à l'occasion des affaires *eDate* et *Olivier Martinez*, vient confirmer notre analyse: «Un critère fondé sur l'intentionnalité serait contraire à la lettre de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, ce qui se confirme si on le compare à l'article 15, paragraphe 1, sous c), dudit règlement (...)»⁽⁹⁰⁾.

36. Au vu de ce qui précède, le verdict est, selon nous, sans appel: en cas de mise en ligne d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, la théorie de la focalisation est inopportune et la détermination de la compétence internationale d'un juge saisi sur base de l'article 5 (3), en tant que juge du lieu où les conséquences néfastes du dommage sont ressenties, dépend de l'accessibilité du site sur le territoire de ce juge.

3. Le droit d'auteur et l'accessibilité: quels dangers?

37. Si comme nous l'avons avancé, la compétence internationale des juges en matière de contrefaçon en ligne d'œuvres protégées ne peut être fondée que sur la simple accessibilité du site litigieux dans un État, il convient de ne pas perdre de vue que cette approche comporte quelques dangers.

Le péril majeur est lié à la prévisibilité et l'insécurité juridique du défendeur: celui-ci encourt le risque d'être assigné partout, même devant des juri-

(86) T.G.I. Paris, 3 septembre 2008 et Paris, 1^{re} ch., 9 septembre 2009, précités.

(87) O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, p. 16, n° 4.

(88) C.J.U.E., 7 décembre 2010, arrêt *Pammer* et *Alpenhof*, C-585/08 et C-144/09 (aff. jointes). Pour un commentaire de cet arrêt, voy. «Hof van Justitie preciseert

bevoegd gerecht bij verkoop via internet», *De juristenkrant*, 23 februari 2011, p. 7.

(89) O. CACHARD, «Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation», *op. cit.*, p. 16, n° 3.

(90) Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalón, présentées le 29 mars 2011, affaires *eDate* et *Olivier Martinez*, C-509/09 et C-161/10, pt 62.

dictions relativement exotiques. Toutefois, il nous semble qu'il faille mettre les choses en perspective et relativiser ce danger. Toute personne sensée sait, en effet, que mettre en ligne des musiques, des films ou des livres protégés par le droit d'auteur est illégal. Le droit d'auteur est sans doute le droit intellectuel le plus connu du grand public puisque tout le monde a accès, plus ou moins régulièrement, à des œuvres et à la culture. Ensuite, il faut également se rendre à l'évidence: les acteurs de l'internet, en ce compris les internautes eux-mêmes, sont de plus en plus conscients que cet outil fascinant n'est pas un monde sans lois et que leur responsabilité peut être engagée. Des internautes ont d'ailleurs déjà été condamnés dans des affaires de *peer-to-peer*⁽⁹¹⁾. À l'instar de B. De Grootte⁽⁹²⁾ et du président du tribunal de première instance de Liège dans l'affaire *Roland Garros*⁽⁹³⁾, nous sommes donc d'avis qu'à l'heure actuelle l'internaute qui créerait un site internet pour diffuser des œuvres illégalement doit se rendre compte qu'il va toucher un très large public (sinon pourquoi utiliser internet?) et que, par conséquent, son activité illégale est susceptible de causer un dommage à l'échelle mondiale. En ce sens, on ne peut pas précisément savoir à l'avance où sera allégué le dommage mais l'on doit savoir qu'il peut arriver partout. L'excellente formule de B. De Grootte résume à merveille la situation: «l'imprévisibilité est, dans ce cas, prévisible»⁽⁹⁴⁾.

Du reste, nous ne sommes pas persuadé que la théorie de la focalisation apporte davantage de prévisibilité ou de sécurité juridique au défendeur, surtout si celle-ci repose sur un faisceau de (nombreux) indices laissés à l'appréciation du juge saisi. Dans ce cas, selon les pays, selon les juridictions, les solutions risquent d'être très différentes. Au contraire, si la simple accessibilité n'est pas acceptée, il nous semble que la seule façon garantir la sécurité juridique et la prévisibilité du défendeur serait d'interpréter restrictivement l'article 5 (3) du règlement Bruxelles I et de ne conférer compétence internationale qu'au juge de l'évènement causal, lorsque la contrefaçon est commise en ligne.

Pendant, cette limitation drastique ne semble pas être la voie empruntée. En effet, dissertant sur

la manière d'appliquer l'article 5 (3) au domaine d'internet, l'avocat général P. Cruz-Villalón a, dans ses conclusions rendues à l'occasion des affaires *eDate* et *Olivier Martinez*, proposé de confirmer la jurisprudence *Shevill* en l'enrichissant quelque peu⁽⁹⁵⁾. Dans cette optique, l'avocat général suggère la consécration de la compétence d'un nouveau for, celui de «l'État membre dans lequel est situé le "centre de gravité du conflit" entre les biens et intérêts en jeu», à savoir «celui sur le territoire duquel l'information litigieuse est objectivement et particulièrement pertinente et où le titulaire du droit de la personnalité a également le "centre de ses intérêts"»⁽⁹⁶⁾. L'étendue de la compétence internationale de cette juridiction du centre de gravité du conflit lui permettrait, par ailleurs, de connaître de l'ensemble du litige (solution identique à celle retenue pour la compétence du tribunal de l'évènement causal).

Bien entendu, si cette proposition était suivie par la Cour de justice, l'hésitation entre accessibilité et focalisation s'évaporerait quelque peu puisqu'il y a fort à parier que l'auteur agira devant le juge du centre de gravité du conflit. Toutefois, ne sous-estimons pas l'utilité de continuer à recourir à un morcellement des procédures (et donc aux juges des dommages locaux). En effet, le risque de la concentration absolue des litiges, c'est de perdre sur toute la ligne (et donc pour tous les préjudices), fût-ce pour des raisons procédurales! De ce point de vue donc, la nécessité de trancher entre accessibilité et focalisation demeure essentielle.

En définitive, ce qu'il faut retenir de cette proposition de l'avocat général, au regard du problème qui nous occupe, c'est que ce dernier privilégie les victimes et ne voit aucun problème à confirmer et à déclarer la jurisprudence *Shevill* pleinement applicable au cybermonde.

Conclusion

38. À l'issue de nos réflexions, nous sommes personnellement convaincu que le droit d'auteur

(91) S. CARNEROLI, *Les contrats commentés du monde informatique – Logiciels, bases de données, multimedia, internet*, Bruxelles, Larcier 2007, p. 42 et J.-C. LARDINOIS, *Les contrats commentés de l'industrie de la musique 2.0 – Cadre général et pratique contractuelle*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 223.

(92) B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening*, *op. cit.*, p. 101, n° 170.

(93) Civ. Liège, réf., 28 avril 2008, précité, p. 1019: «Le gestionnaire d'un site doit se rendre compte qu'il est en principe mondialement accessible. C'est précisément ce qui détermine le choix de ce médium».

(94) B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening*, *op. cit.*, p. 101, n° 170: «Misschien moet men aannemen dat wie een handeling stelt er rekening mee moet houden dat de schade die er het gevolg van is zich eender waar kan manifesteren. *De onvoorzienbaarheid is desgevallend voorzienbaar*».

(95) Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalón, présentées le 29 mars 2011, affaires *eDate* et *Olivier Martinez*, C-509/09 et C-161/10, pt 51.

(96) *Ibidem*, pt 82.

doit échapper à la théorie de la focalisation. À cet égard, nous espérons avoir mis en lumière, de façon suffisamment convaincante, la différence entre la situation du droit des marques et celle du droit d'auteur. Si la focalisation est utile pour le premier, vu son caractère strictement territorial, elle n'est pas une bonne solution pour le second. La mise en ligne d'une œuvre protégée peut engendrer un dommage partout et il faut reconnaître à l'auteur le pouvoir d'agir, pour autant que le site internet contrefaisant y soit accessible, devant les tribunaux de tous les États membres par le biais de l'article 5 (3) du règlement Bruxelles I.

Les arguments de prévisibilité, de sécurité juridique voire de bonne administration de la justice sont évidemment respectables et essentiels, mais il semble qu'à l'heure du web 2.0 chaque gestionnaire de site web et chaque internaute doit prendre ses

responsabilités. Si internet est un monde sans frontières, la conséquence d'un acte posé dans ce monde est, lui aussi, sans frontières. L'avocat général P. Cruz Villalón est, par ailleurs, loin de contredire cette réflexion, en proposant à la Cour de justice de confirmer l'arrêt *Shevill*, tout en renforçant la position de la victime.

Bien sûr, de nombreuses inconnues demeurent mais les arrêts *Wintersteiger* en matière d'AdWords, *eDate* et *Olivier Martinez* en matière de droits de la personnalité devraient déjà apporter quelques éléments de réponse à ce casse-tête que constitue la compétence internationale du juge en cas de contre-façons en ligne.

Une chose est certaine: avant que cette question tortueuse ne soit totalement épuisée, beaucoup d'encre passionnée aura encore coulé.