



Hogeschool-Universiteit Brussel

Campus Brussel – Stormstraat 2– 1000 Brussel



Faculteit : Rechten

Studiegebied :
Rechten, notariaat en criminologisch wetenschappen

Opleiding : Master in de Intellectuele Rechten

CONTREFAÇON, INTERNET ET COMPÉTENCE INTERNATIONALE:
LE DROIT D'AUTEUR ÉCHAPPERAIT-IL À LA THÉORIE DE LA
FOCALISATION ?

Masterproef aangeboden door

Frédéric LEJEUNE

tot het behalen van de graad van
Master in de Intellectuele Rechten

Promotor: Alain STROWEL

Academiejaar 2010 – 2011



Remerciements

Je tiens à saluer ici la disponibilité et l'écoute de mon promoteur, le Professeur Alain Strowel. Tout en me laissant une grande liberté dans la rédaction de ce mémoire, il a su me prodiguer des conseils avisés et m'insuffler de nouvelles pistes de réflexion. Sans lui, cette étude n'aurait pas pris la même dimension. Qu'il en soit vivement remercié !

Je souhaite également adresser mes plus sincères remerciements à Monsieur Bernard Vanbrabant qui, à l'automne 2010, m'a conforté dans le choix de ce sujet de mémoire et a eu la gentillesse et la patience d'écouter mes idées et mes réflexions alors embryonnaires.

Je suis également reconnaissant à Messieurs Hakim Haouideg et Arnoud Engelfriet d'avoir répondu à certaines de mes questions, ainsi qu'à Madame Fabienne Brison et Monsieur Paul Van den Bulck de m'avoir permis d'obtenir certaines décisions inédites.

Enfin, j'ai une pensée spéciale pour ma famille et mes proches qui m'ont particulièrement soutenu pendant la genèse et la rédaction de cette étude.

Table des matières

Introduction.....	1
Chapitre I ^{er} – La compétence internationale en Europe	3
Section 1 – Les sources applicables à la compétence internationale en Europe.....	3
Section 2 – La détermination de la compétence internationale selon le Règlement 44/2001.....	4
Section 3 – Contrefaçon d’un droit d’auteur et compétence internationale	6
Chapitre II – Analyse de l’article 5 (3) du Règlement 44/2001	10
Section 1 – L’article 5 (3) est-il applicable en matière de contrefaçon ?.....	10
Section 2 – <i>Ratio legis</i> et utilité de l’article 5 (3).....	10
Section 3 – Comment localiser le fait dommageable ?.....	11
Section 4 – Quels types de demandes sont visées à l’article 5 (3) ?.....	13
Chapitre III – L’article 5 (3) et Internet.....	16
Section 1 – Position du problème : la compétence de tous les tribunaux du monde ?	16
Section 2 – L’affaire <i>Yahoo !</i>	20
Section 3 – Vers une alternative : la théorie de la focalisation ?	23
Chapitre IV – Une jurisprudence variée mais hésitante !.....	25
Section 1 – Introduction.....	25
Section 2 – Jurisprudence française.....	25
A. Affaires <i>Miam-Miam</i> et <i>France 2</i>	25
B. Affaires <i>Payline</i> et <i>Castellblanch</i>	26
C. Affaire <i>Hugo Boss</i>	29
D. Affaire <i>Acet</i>	30
E. Affaire <i>Gep Industries</i>	31
F. Affaires <i>Real de Madrid</i> et <i>L’Oréal c. eBay</i>	33
G. Affaire <i>Il Foglio</i>	35
H. Affaire <i>Hernan Gazmuri</i>	36
I. Affaire <i>Maceo</i>	38
J. Affaires <i>Pneus Online Suisse</i> , <i>Google c. Louis Vuitton</i> et <i>Axa</i>	40
K. Conclusion	44
Section 3 – Jurisprudence belge.....	46
A. Affaire <i>Le voyage de la guillotine</i>	46
B. Affaire <i>Women.com</i>	47
C. Affaire <i>Liberty</i>	48
D. Affaire <i>Zidane</i>	51
E. Affaire <i>Roland Garros</i>	55

F. Conclusion	56
Section 4 – Jurisprudence néerlandaise	58
A. Affaire <i>KPN</i>	58
B. Affaire <i>Tartes érotiques</i>	59
C. Affaire <i>Ladbrokes</i>	61
D. Affaire <i>Paramount</i>	62
E. Affaire <i>VITRA</i>	62
F. Affaire <i>Cassina</i>	64
G. Conclusion	65
Section 5 – Conclusion générale sur la jurisprudence	66
Chapitre V – Le droit des marques et la théorie de la focalisation décisive	68
Section 1 – Le principe de territorialité et la coexistence de marques identiques ou similaires	68
Section 2 – Une certaine remise en cause de la distinction entre la compétence et le fond.....	71
Section 3 – Vers une théorie remaniée : la focalisation décisive.....	72
Section 4 – Le(s) critère(s) de la focalisation décisive	75
A. L’utilisation d’une marque sur un site internet	76
B. L’utilisation d’une marque comme mot-clé : le cas des <i>AdWords</i>	82
C. L’utilisation d’une marque comme <i>meta-tag</i>	85
Chapitre VI – Le droit d’auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation ?	86
Section 1 – Le droit d’auteur et le droit des marques, des droits intellectuels très différents !	86
Section 2 – Une focalisation inutile en droit d’auteur !	91
Section 3 – Une focalisation inopportune !.....	91
Section 4 – Le droit d’auteur et l’accessibilité : quels dangers ?.....	95
Section 5 – Le droit d’auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation ?	98
Conclusion	101
Bibliographie	102

Introduction

1. Internet a révolutionné nos vies. En quelques clics, nous avons la possibilité d'obtenir les dernières informations sur la situation nucléaire à Fukushima, nous avons le loisir de chercher les photos exclusives attestant de la mort d'Oussama Ben Laden, nous avons la chance de pouvoir échanger avec des amis aux quatre coins du monde, nous pouvons réserver des billets d'avion ou commander une nouvelle télévision à distance... En somme, grâce à ce formidable outil, nous avons désormais l'opportunité de travailler, de nous divertir de mille et une façons et de trouver, assez facilement, toutes les informations que nous recherchons.

2. Aussi fabuleux soit-il, cet outil n'en est pas moins sans dangers ou exempt de vices. Les informations échangées, par exemple, peuvent être des œuvres protégées par le droit d'auteur. Notre société de consommation nous pousse à vouloir tout avoir, tout de suite et, autant que faire se peut, à moindre coût ! Il est donc très tentant d'échanger avec d'autres internautes, via des plateformes conçues à cet effet, des œuvres : chacun met à disposition d'autrui le répertoire musical ou cinématographique qu'il possède. Il est également fort alléchant pour certains de créer des sites internet sur lesquels des œuvres protégées seront massivement mises en ligne, afin d'attirer les internautes, de générer du trafic et de gagner de l'argent grâce à des régies publicitaires placées sur les pages web.

Internet est donc devenu un foyer incroyablement favorable à la contrefaçon. L'une des réactions possibles face à ce fléau est d'agir en justice afin d'obtenir la cessation et la réparation de ces atteintes. Mais, agir en justice, lorsque l'on est confronté à une contrefaçon commise par le biais d'Internet, n'est point chose aisée. L'une des premières questions qui se pose est celle de savoir où intenter son action. En effet, Internet favorise les contrefaçons transfrontières. Bien entendu, la victime qu'est l'auteur pourra porter sa cause devant les juridictions du défendeur, mais ceci n'est pas toujours satisfaisant ni même réaliste car le contrefacteur ou l'hébergeur du contenu illicite peut être domicilié à des milliers de kilomètres de l'auteur. L'une des alternatives se trouve donc assurément dans la compétence internationale du juge du lieu de la survenance du fait dommageable. Cependant, un autre problème surgit alors : vu le caractère ubiquitaire d'Internet, le fait dommageable risque de pouvoir être localisé partout. Un site web étant, sauf exceptions, accessible de tout point du globe, il est logiquement possible d'invoquer une contrefaçon et donc un dommage en tout lieu, ce qui revient à consacrer la juridiction de tous les pays du monde.

3. Une théorie fut alors imaginée afin de remédier aux affres de cette compétence systématique ou universelle. Cette théorie est celle de la focalisation. En deux mots, il s'agit de vérifier si le site internet, instrumentalisé ou géré par le contrefacteur, est focalisé (dirigé) vers l'Etat où le fait dommageable est invoqué. Dans l'affirmative le juge de cet Etat sera compétent. Dans le cas contraire, ce juge devra décliner sa juridiction.

4. Face à cette problématique tortueuse, notre ambition est d'examiner les règles de compétence internationale applicables en Europe aux contrefaçons de droit d'auteur, de mettre en lumière les difficultés auxquelles peuvent mener ces règles lorsqu'il s'agit de contrefaçons commises par le biais d'Internet et de réfléchir à l'alternative que constitue la

théorie de la focalisation. Aussi, au terme d'une étude minutieuse de la législation et de la doctrine pertinentes, sans oublier un examen approfondi de jurisprudence, nous devrions être à même d'y voir plus clair et de répondre à la question centrale de cet essai, à savoir : le droit d'auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation ?

Chapitre I^{er} – La compétence internationale en Europe

Section 1 – Les sources applicables à la compétence internationale en Europe

5. En Europe, la compétence judiciaire internationale en matière civile et commerciale¹ est gouvernée par le Règlement (CE) n°44/2001, que les praticiens ont coutume d'appeler le « Règlement Bruxelles I »². Ce Règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002 et remplace l'ancienne Convention de Bruxelles de 1968³. Un lien de continuité unit ces deux instruments. Le considérant 19 du Règlement assure, en effet, cette continuité et précise, par ailleurs, que la jurisprudence interprétant les dispositions de la Convention reste pertinente au regard de l'application du Règlement.

6. Le Règlement Bruxelles I est aujourd'hui applicable aux 27 Etats membres de l'Union européenne. En effet, si le Danemark n'en était pas partie lors de son entrée en vigueur (art. 1, al. 3), ce qui impliquait que la Convention de Bruxelles de 1968 lui restait applicable⁴, un accord est intervenu en 2005, afin d'étendre les dispositions du Règlement 44/2001 au Danemark⁵.

7. A côté du Règlement 44/2001, il existe également une Convention de Lugano qui lie l'Union européenne et certains Etats de l'AELE (la Suisse, l'Islande et la Norvège). Cette Convention de Lugano fut révisée en 2007⁶ afin de s'adapter aux changements provoqués par le passage de la Convention de Bruxelles au Règlement Bruxelles I. Le grand intérêt de cette Convention est de permettre une application similaire des dispositions du Règlement Bruxelles I en Suisse, en Islande et en Norvège.

8. Les objectifs du Règlement Bruxelles I et de la Convention de Lugano sont tant d'harmoniser les règles de compétence en cas de litiges transfrontaliers que de faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus à l'issue de ces litiges entachés d'extranéité⁷.

¹ Il existe un autre règlement du même type pour la matière matrimoniale et la responsabilité parentale : Règlement (CE) n°2201/2003 dit *Bruxelles IIbis*.

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.*, L12, 16 janvier 2001, p. 1 (Rect. *J.O.*, L 307, 24 novembre 2001).

³ *Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »)*, disponible sur http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_fr.htm (12/02/2011).

⁴ O. LANGLET, *Le contrat de travail international*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 17 et H. HAUIDEG, « Droit d'auteur et droit international privé en Belgique », *R.I.D.A.*, 2006, n°207, p. 109.

⁵ Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L 299, 16 novembre 2005, p. 62.

⁶ Décision du Conseil du 15 octobre 2007 relative à la signature, au nom de la Communauté, de la convention sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007D0712:FR:HTML> (12/02/2011).

⁷ Voyez le titre du Règlement Bruxelles I (Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) et celui de la Convention de Lugano (La Convention sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

Ce qui nous intéresse plus particulièrement ici se situe dans le versant compétence de ces instruments internationaux. Ces derniers sont d'application en matière civile et commerciale (art. 1^{er} de chacun de ces instruments). Sont naturellement exclues, car non civiles ou commerciales, les matières fiscales, douanières ou administratives (art. 1^{er}, al. 1). Parmi les matières civiles ou commerciales, il convient également d'en écarter certaines de l'application de ces instruments : le droit familial (sauf s'agissant des obligations alimentaires, régies à l'article 5, al. 2), les faillites, concordats et autres procédures analogues, la sécurité sociale ainsi que l'arbitrage.

Les droits de propriété intellectuelle — et donc le droit d'auteur —, relevant clairement de la « matière civile et commerciale » au sens du Règlement Bruxelles I et de la Convention de Lugano et n'en étant point expressément écartés, tombent indéniablement sous le coup de l'application de ces deux instruments. Il convient dès lors, afin de savoir quel juge sera compétent en cas de litige relatif à un droit de propriété intellectuelle, d'examiner plus en détails le régime mis en place par le Règlement Bruxelles I et la Convention de Lugano.

Cela étant, afin de faciliter l'exposé des règles applicables à la problématique qui nous occupe, nous nous concentrerons uniquement sur le Règlement 44/2001. Il conviendra d'appliquer *mutatis mutandis* les développements opérés dans cette étude à la Convention de Lugano, ce qui ne saurait poser problème, ces deux instruments étant très similaires.

Section 2 – La détermination de la compétence internationale selon le Règlement 44/2001

9. Outre les critères territoriaux et matériels évoqués dans la section précédente, il importe de ne pas perdre de vue une troisième condition d'applicabilité du Règlement 44/2001 : le domicile du défendeur.

L'article 4, al. 1, dudit Règlement dispose en effet que « *Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, la compétence est, dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23* ». Par conséquent, l'on ne pourra appliquer les règles de compétence du Règlement Bruxelles I que si le défendeur est domicilié sur le territoire de l'un des 27 Etats membres de l'Union européenne. A cet égard, le domicile du demandeur importe peu. Du reste, si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, il sera éventuellement toujours possible d'attirer ce défendeur devant le tribunal d'un Etat membre, si le droit international privé local prévoit cette faculté. Il est, en ce cas, renvoyé au droit international privé national de chaque Etat.

Concrètement, si le défendeur est américain, le Règlement 44/2001 ne pourra – en général⁸ – pas s'appliquer. Au contraire, si le demandeur est américain et que le défendeur est domicilié sur le territoire de l'un des Etats membres, ce demandeur pourra – et devra même ! – utiliser le Règlement Bruxelles I, afin d'attirer le défendeur devant le tribunal de l'un des Etats membres de l'Union.

⁸ Voy. les compétences exclusives de l'article 22 du Règlement Bruxelles I ou la clause d'élection de for de l'article 23 du même Règlement.

10. Le Règlement Bruxelles I prévoit quatre catégories de règles de compétence internationale :

- Les compétences exclusives de l'article 22 ;
- Les compétences protectrices visées aux articles 8 à 21 ;
- Les compétences spéciales et dérivées des articles 5 à 7 ;
- Et la compétence générale de l'article 2.

A cela s'ajoute la possibilité pour les parties de conclure une clause attributive de juridiction, également appelée clause d'élection de for (article 23). Il est ici question d'un accord des parties pour déterminer quel juge sera compétent en cas de litige entre elles. L'article 23 prévoit toute une série de conditions de forme pour qu'une telle clause soit valide. En outre, il est exigé que l'une des parties au moins ait son domicile sur le territoire d'un Etat membre et que le tribunal désigné soit également celui d'un Etat membre.

11. En résumé, la compétence générale prévue par le Règlement Bruxelles I est celle du juge de l'Etat du domicile du défendeur (art. 2). Ceci est l'expression de la règle « *actor sequitur forum rei* », laquelle est justifiée par la nécessité de permettre au défendeur de se défendre plus aisément⁹. Le Règlement déroge à cette compétence de base tantôt de manière obligatoire, tantôt au choix du demandeur.

Les compétences exclusives visées à l'article 22 sont celles qui l'emportent sur toutes les autres. Elles relèvent d'une forte impérativité voire de l'ordre public¹⁰. Elles sont obligatoires et ne laissent partant aucun choix au demandeur. Le juge saisi doit d'office vérifier si le tribunal d'un autre Etat n'est pas exclusivement compétent et, dans l'affirmative, décliner sa juridiction (art. 25). En outre, le non-respect de ces règles de compétences exclusives emportera la non-reconnaissance de la décision violant ces règles (art. 35).

Les compétences protectrices sont destinées à protéger les parties faibles que sont les assurés, les consommateurs et les travailleurs. Trois grandes dérogations sont introduites afin d'aider ces parties faibles : nouveaux fors possibles plus favorables au demandeur partie faible (notamment son propre for !) ; si, au contraire, la partie faible est défenderesse elle ne peut être attraite que devant les tribunaux de son Etat ; enfin, les clauses attributives de juridictions sont fortement limitées (elles doivent être postérieures à la naissance du litige et favorables à la partie faible).

Les compétences spéciales et dérivées (art. 5-7) : il est ici question de compétences additionnelles et alternatives à la compétence générale de l'article 2. Ces compétences ne sont pas obligatoires et sont, par conséquent, laissées à l'appréciation du demandeur. Elles ne sont bien entendu possibles que si l'on ne se trouve pas dans le cadre des compétences exclusives ou protectrices.

⁹ C.J.C.E., 13 juillet 2000, arrêt Group Josi, C-412/98, pt. 19 et arrêt Besix, 19 février 2002, C-256/00, pt 52.

¹⁰ Voy. en ce sens M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, Paris, Bréal, Lexifac Droit, 2008, p. 165.

Section 3 – Contrefaçon d’un droit d’auteur et compétence internationale

12. Au vu des compétences mises en place par le Règlement Bruxelles I rappelées dans la section précédente, il apparaît bien entendu logique d’examiner, en tout premier lieu, s’il existe ou non une compétence exclusive en matière de droit d’auteur car, en pareil cas, cette compétence obligatoire primerait toutes les autres.

Et précisément, l’article 22 (4) du Règlement établit une compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle. Cependant, il est prévu que sont seules compétentes les juridictions de l’Etat membre sur le territoire duquel le dépôt ou l’enregistrement a été effectué. Cette compétence exclusive ne s’applique donc qu’aux droits intellectuels nécessitant des formalités de dépôt ou d’enregistrement (marques, brevets, dessins et modèles...)¹¹. Or, le droit d’auteur est un droit qui s’acquiert par la simple création, sans autres formalités¹². Il n’existe, en conséquence, aucune compétence exclusive applicable en matière de droit d’auteur¹³. Du reste, cet article 22 (4) doit être interprété de manière restrictive et ne s’applique qu’aux problèmes de validité et non aux actions en contrefaçon¹⁴. Nous renvoyons pour le surplus à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice¹⁵ ainsi qu’à d’autres études¹⁶, l’article 22 (4) et les problèmes liés à son application excédant largement le champ bien délimité de notre analyse.

13. L’auteur victime de contrefaçon ne pourra pas non plus se prévaloir de l’une des règles de compétence protectrice. En effet, celles-ci ne peuvent fonder la compétence internationale du juge qu’en présence d’un contrat concernant un assuré, un consommateur ou un travailleur. Or, dans l’hypothèse particulière sur laquelle nous nous penchons, il n’y a, par définition, aucun contrat, pas plus qu’il n’y a d’assuré, de consommateur ou de travailleur !

14. Reste alors à l’auteur le for du domicile du défendeur, principe général du Règlement Bruxelles I. Ce dernier pourra cependant déroger à cette règle en optant pour l’une des compétences spéciales. En l’occurrence, le Règlement prévoit à l’article 5 (3) une règle particulière en matière délictuelle ou quasi-délictuelle : « Une personne domiciliée sur le

¹¹ B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d’invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 498.

¹² A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008 p. 43.

¹³ B. VAN ASBROECK et M. COCK, « La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique », in E. CORNU (dir.), *Bande dessinée et droit d’auteur – Stripverhalen en auteursrecht*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 183.

¹⁴ A. NUYTS, K. SZYCHOWSKA, 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> (12/03/2011).

¹⁵ Voy. notamment C.J.C.E., 15 novembre 1983, arrêt *Duijnste*, C- 288/82, *Rec.*, 1983, p. 3666 ; C.J.C.E., 13 juillet 2006, arrêt *GAT*, C-4/03 et C.J.C.E., 13 juillet 2006, arrêt *Roche Nederland*, C-539/03.

¹⁶ A. PUTTEMANS, « Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé », *R.D.C.*, 2005/6, p. 618, n°8 ; A. NUYTS, K. SZYCHOWSKA, N. HATZIMIHAIL, « Cross-Border Litigation In Intellectual Property Matters In Europe », *op. cit.* ; B. DOCQUIR et E. DE GRUYSE, « Cour de justice des communautés européennes 13 juillet 2006 (2 arrêts) », *R.D.C.*, 2007/2, pp. 190-193 ; A. NUYTS et H. BOULARBAH, « Droit international privé européen (2006-2008) », *J.T.D.E.*, 2008, p. 313, n°13 ; C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, *Droit international privé et propriété intellectuelle – Nouveau cadre, Nouvelles stratégies*, Rueil-Malmaison, Editions Lamy, 2010, pp. 185-193, n°170 et s.

territoire d'un État membre peut être attrait, dans un autre État membre (...) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

La Cour de justice a jugé que « la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, paragraphe 3, de la convention doit être considérée comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur, et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, paragraphe 1 »¹⁷. Aussi l'article 5 (3) est applicable dès qu'une action en responsabilité est sur le point d'être engagée et qu'il n'existe entre les parties aucun contrat. L'action en contrefaçon relevant indubitablement du champ quasi-délictuel, l'auteur pourra faire usage de cet article 5 (3).

15. Au terme de l'examen des compétences prévues par le Règlement Bruxelles I applicables aux actions en contrefaçon d'un droit d'auteur, nous aurons retenu que le titulaire des droits violés aura un choix à opérer entre la compétence du for du contrefacteur-défendeur (art. 2) et la compétence spéciale du tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (art. 5 (3))¹⁸.

16. Ne perdons pas de vue que le Règlement 44/2001 ne pourra pas s'appliquer si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre. Dans un tel cas, il est renvoyé aux droits nationaux.

Précisément, en droit belge, le Code de droit international privé¹⁹ (ci-après CODIP) prévoit une compétence spéciale, mais limitée, en matière de propriété intellectuelle : « Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant la protection de droits de propriété intellectuelle, outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si cette demande vise une protection limitée au territoire belge » (art. 86, al. 1²⁰). Ce chef de compétence est applicable alors même qu'aucune des deux parties ne serait domiciliée en Belgique²¹. Cela étant, le demandeur ne pourra agir que pour un dommage subi en Belgique ou exclusivement pour la partie du dommage subi en Belgique. Il ne peut aucunement être question de protection extraterritoriale²² !

¹⁷ C.J.C.E., 27 septembre 1988, arrêt *Kalfelis*, aff. 189/87, *Rec.*, 1988, p. 5585, pt 18.

¹⁸ Notons, à titre de remarque, qu'une autre compétence spéciale pourrait entrer en jeu : celle de l'article 5 (4), qui prévoit que lorsque le juge pénal est compétent pour connaître d'une infraction, il peut également connaître de l'action civile en réparation si la loi nationale le lui permet. Ceci étant, en général, vu la territorialité du droit pénal, le tribunal compétent sera celui du lieu du fait dommageable (résultat identique à l'article 5 (3)). Retenons toutefois que ce n'est pas toujours le cas car il existe d'autres critères de saisine du juge pénal.

¹⁹ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.* 27 juillet 2004.

²⁰ L'alinéa 2 de cet article 86 n'intéresse pas les actions en contrefaçon du droit d'auteur puisque cet alinéa est inspiré de la compétence exclusive de l'article 22 (4) du Règlement Bruxelles I : « Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour connaître de toute demande concernant l'inscription ou la validité de droits de propriété intellectuelle donnant lieu à dépôt ou enregistrement, que si ce dépôt ou enregistrement a été demandé en Belgique, y a été effectué ou est réputé y avoir été effectué aux termes d'une convention internationale ».

²¹ A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 617.

²² M. PERTEGÀS SENDER, « I. – Propriété intellectuelle », in H. BOULARBAH (coord.), « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, p. 202, n°226.

Outre cette compétence spéciale de l'article 86, al. 1, certains auteurs²³ laissent entendre que la compétence des juges belges en matière d'obligation extracontractuelle, prévue à l'article 96, 2°, du CODIP, pourrait trouver à s'appliquer en matière de contrefaçon de droit d'auteur. Cette disposition, en tous points similaires à l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I, confère aux juridictions belges la compétence de connaître de toute demande en matière d'obligation dérivant d'un fait dommageable si le fait générateur de l'obligation est survenu ou menace de survenir, en tout ou en partie, en Belgique ou si le dommage est survenu ou menace de survenir en Belgique.

L'article 96, 2°, étant le calque de l'article 5 (3), le premier doit s'interpréter comme le second. Or, comme nous le verrons *infra*, la Cour de justice considère que si le lieu du fait générateur est différent des lieux où les dommages en découlant sont ressentis, le demandeur pourra toujours obtenir la réparation de l'intégralité de son préjudice devant les tribunaux du lieu du fait générateur. Par contre, s'il décide d'agir devant le juge du lieu où il a subi l'un des dommages, il ne pourra obtenir réparation que de ce dommage en particulier. L'avantage, à nos yeux, d'utiliser l'article 96, 2° comme le suggèrent certains, réside dans le fait de pouvoir saisir le juge belge, en qualité de juge du lieu du fait générateur, afin d'obtenir la réparation de l'intégralité du préjudice (par exemple, si les dommages sont soufferts en Autriche, en Italie et en France !). Du reste, il est vrai que l'utilisation de l'article 96, 2°, en marge de l'article 86, al. 1, permettrait d'harmoniser en quelque sorte le droit international privé belge avec le droit international privé européen. L'idée est séduisante ! Cependant, nous ne sommes, personnellement, pas totalement certains que l'article 96, 2°, puisse s'appliquer en matière de contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle. En effet, quelle serait l'utilité d'avoir une compétence spéciale en matière de propriété intellectuelle, volontairement limitée au territoire belge, si c'était pour pouvoir y déroger par le biais d'une autre compétence spéciale plus large ? Il aurait alors été plus logique soit de ne pas introduire une telle limitation ou même de ne pas instaurer de compétence spéciale en matière de protection des droits intellectuels, à l'instar du Règlement Bruxelles I, et de laisser les actions en contrefaçon tomber dans le champ d'application de l'article dédié aux obligations délictuelles. De plus, l'article 86, al. 1, précise clairement que la compétence spéciale en matière de propriété intellectuelle vient en plus des « *cas prévus par les dispositions générales de la présente loi* »²⁴. Or la compétence de l'article 96, 2°, n'est pas une règle générale de compétence, mais bien une règle spéciale. A titre personnel, nous craignons donc qu'un demandeur en contrefaçon, qui agirait sur base de l'article 96, 2°, se voie éventuellement opposer que seule la compétence spéciale de l'article 86, al. 1, est applicable aux actions en contrefaçon de droits intellectuels.

²³ B. VAN ASBROECK et M. COCK, *op. cit.*, p. 191 ; A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 335, n°208 ; H. HAOUIDEG, *op. cit.*, p. 127 : « Cette limite au territoire belge ne vaut pas lorsque la compétence est fondée sur le for du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur, ou sur certaines règles de compétence spéciales examinées *supra* » et B. DE GROOTE, « Droit international privé – Compétence internationale et droit applicable », *R.D.T.I.*, 39/2010, p. 54, note de bas de page 48. *Contra* : A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 617 ; B. REMICHE et V. CASSIERS, *op. cit.*, pp. 506-507 et K. ROOX, « Intellectuele Eigendom in Het Nieuwe Wetboek I.P.R. » disponible sur http://www.crowell.com/documents/DOCASSOCFKTYPE_ARTICLES_616.pdf (30/03/2011), p. 4.

²⁴ Alors que H. HAOUIDEG interprète plus extensivement la lettre de l'article 86, al. 1, en y rajoutant les compétences spéciales : « Cette limite au territoire belge ne vaut pas lorsque la compétence est fondée sur le for du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur, ou sur certaines règles de compétence spéciales examinées *supra* » (*op. cit.*, p. 127).

Enfin, le CODIP prévoit également une règle générale de compétence des juridictions belges si le défendeur est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique. En matière de propriété intellectuelle, cette règle sera systématiquement tenue en échec par l'application du Règlement Bruxelles I. En effet, la propriété intellectuelle entre dans le champ d'application matériel dudit Règlement et si le défendeur est domicilié en Belgique, c'est nécessairement qu'il a son domicile sur le territoire d'un Etat membre, ce qui justifie l'application du Règlement 44/2001.

17. La suite de cette première partie dédiée aux conflits de juridictions sera exclusivement consacrée à l'analyse approfondie de la compétence spéciale visée à l'article 5 (3) du Règlement 44/2001. D'une part, parce que la compétence des tribunaux du lieu du domicile du défendeur ne suscite ni difficultés particulières ni substantiels développements. D'autre part, parce que, comme nous le verrons dans le Chapitre III, l'article 5 (3) – très mal adapté au monde sans frontières que constitue Internet ! – est au cœur de vives controverses. C'est donc précisément sur cet article 5 (3) qu'il est intéressant de se pencher, afin de tenter d'en comprendre tous les tenants et aboutissants, et de proposer des solutions aux problèmes soulevés par son application aux contrefaçons en ligne. Nous évoquerons aussi, de temps à autres, les dispositions nationales similaires ou calquées sur l'article 5 (3)²⁵, lesquelles mènent inexorablement vers les mêmes écueils lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre d'un *cyberdélit*.

²⁵ L'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile français par exemple.

Chapitre II – Analyse de l’article 5 (3) du Règlement 44/2001

Section 1 – L’article 5 (3) est-il applicable en matière de contrefaçon ?

18. Une question légitime et préliminaire nous vient à l’esprit au moment d’examiner plus en détails l’article 5 (3). Le libellé de cet article évoque « *le fait dommageable* », mais ce fait dommageable englobe-t-il l’acte de contrefaçon à un droit de propriété intellectuelle ?

La réponse est affirmative. En effet, comme le relève très judicieusement A. NUYTS, depuis l’arrêt *Shevill*, la Cour de justice a apporté la confirmation que l’article 5 (3) est applicable en cas de dommage à des biens immatériels ou à des droits incorporels²⁶. Comme nous le verrons *infra*, il était question, dans cet arrêt *Shevill*, d’une atteinte à la réputation d’une dame par voie de presse. L’article 5 (3) avait été appliqué par le juge du fond et la Cour ne remit point en cause cette application. Vu l’utilisation de l’article 5 (3) en cas d’atteinte à un droit de la personnalité – qui par définition est un droit incorporel²⁷ – il n’y a aucune raison de considérer que cela ne pourrait pas s’appliquer à d’autres droits incorporels tels que les droits intellectuels²⁸. Observons d’ailleurs que dans la jurisprudence que nous examinerons dans le Chapitre IV, il a été largement fait application de l’article 5 (3) du Règlement Bruxelles I.

Section 2 – Ratio legis et utilité de l’article 5 (3)

19. Dans de nombreux arrêts, la Cour de justice a eu l’occasion d’expliquer et de rappeler la *ratio legis* de l’article 5 (3)²⁹ : il existe un lien de rattachement étroit entre le litige en matière de responsabilité extracontractuelle et les juridictions du lieu où le fait dommageable s’est produit, ce qui justifie que l’on permette au demandeur de déroger à la compétence générale inscrite à l’article 2.

Afin d’illustrer l’utilité d’avoir recours à l’article 5 (3) et le lien étroit évoqué par la Cour de justice, pensons à la question des preuves³⁰ : si le juge du domicile du défendeur et celui du lieu du fait dommageable ne sont pas les mêmes, il est évident que le second sera mieux placé, car plus proche, pour ordonner des mesures d’instruction aux fins de recueillir des éléments de preuve. En effet, ces éléments de preuve se situant logiquement à l’endroit où le

²⁶ A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes », in A. NUYTS (dir.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, p. 107.

²⁷ J.-L. CHENAUX, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux : étude de droit international privé comparé*, Genève, Librairie Droz, 1990, p. 70.

²⁸ A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement... », *op. cit.*, p. 107. A propos du caractère incorporel des droits de propriété intellectuelle, voy. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Droit des biens*, Paris, Bréal, Lexifac Droit, 2007, p. 70 et F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Handboek Merkenrecht (Benelux, Communautair, Internationaal)*, 2de Herkwerkte Uitgave, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 13.

²⁹ C.J.C.E., 30 novembre 1976, arrêt *Mines de potasse d’Alsace*, C-21/76, pt. 11 ; C.J.C.E., 7 mars 1995, arrêt *Shevill*, C-68/93, pt. 19 et C.J.C.E., 19 septembre 1995, arrêt *Marinari*, C-364/93, pt. 10.

³⁰ En ce sens, voy. A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement... », *op. cit.*, p. 105 et B. VAN ASBROECK et M. COCK, *op. cit.*, p. 184.

fait dommageable s'est produit, le juge de ce lieu rendra une décision ordonnant une mesure d'instruction, que l'une ou l'autre des parties pourra faire exécuter localement sans devoir recourir à la procédure d'*exequatur*³¹.

Un exemple sera peut-être plus parlant. Imaginons qu'une personne domiciliée en Allemagne vende illégalement en France des copies d'un film français sous forme de DVD. Le titulaire des droits d'auteur sur ce film a le choix d'attaquer ce contrefacteur en Allemagne (art. 2) ou en France (art. 5 (3)). S'il décide d'attaquer en Allemagne et qu'une mesure d'instruction est nécessaire, le tribunal allemand pourra l'ordonner mais pour pouvoir rendre effective cette décision en France, il faudra passer par une procédure d'*exequatur*. Sous cet angle donc, le titulaire des droits a tout intérêt à agir en France qui est le lieu du fait dommageable.

Section 3 – Comment localiser le fait dommageable ?

20. L'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I consacre la compétence du « *tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Mais que recouvre *in concreto* ce terme de « fait dommageable » ? S'agit-il du fait générateur (la faute) ou, au contraire, du dommage ? La question peut paraître théorique, tant il est vrai que si des contrefaçons de livres sont fabriquées et vendues dans un même pays, la faute et le dommage seront tous deux situés dans le même Etat et que les tribunaux de celui-ci pourront avoir juridiction pour connaître de l'action en contrefaçon. Mais qu'en est-il si des contrefaçons sont fabriquées ou réalisées dans un Etat A, emballées ou « packagées » dans un Etat B, et enfin mises en vente dans des Etats C, D et E ? Le fait dommageable se produit-il dans tous ces Etats ? La définition apportée à l'expression « fait dommageable » est ainsi cardinale vis-à-vis de ce que l'on a coutume d'appeler les « délits complexes »³², c'est-à-dire les situations où les éléments de responsabilité sont éparpillés sur plusieurs territoires.

21. La Cour de justice a en 1976, pour la première fois, expliqué ce qu'il fallait entendre par le lieu du fait dommageable dans **un arrêt Mines de potasse d'Alsace**³³. Le contexte factuel est simple : une société française avait déversé dans le Rhin des produits chimiques qui, étant donné le courant, s'étaient retrouvés aux Pays-Bas où ils avaient eu un effet néfaste sur des plantations. Un agriculteur néerlandais assigne la société française devant les tribunaux néerlandais en vertu de l'article 5 (3). Ceux-ci se déclarent incompétents, considérant que le lieu du fait dommageable était le lieu où les produits polluants avaient été déversés. Le demandeur interjette appel et la Cour de la Haye saisie de ce recours introduit une question préjudicielle.

La Cour de justice va considérer que « *dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression 'lieu où le fait dommageable s'est produit', dans l'article 5, 3° (...) doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu*

³¹ Procédure prévue aux articles 38 à 56 du Règlement 44/2001, qui permet d'obtenir l'exécution d'un jugement obtenu dans un Etat membre dans un autre Etat membre.

³² M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *op. cit.*, p. 124.

³³ C.J.C.E., 30 novembre 1976, arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, C-21/76, *Rec.*, 1976, p. 1735.

de l'évènement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage »³⁴.

Cette décision consacre donc le choix du demandeur, qui peut attirer le défendeur soit devant les juges du lieu de l'évènement causal (le fait générateur ou la faute), soit devant ceux du lieu où le dommage survient³⁵.

22. Cette option ouverte au demandeur fut confirmée dans ***l'arrêt Shevill***³⁶ en 1995. Madame Fiona Shevill, ressortissante britannique, se plaignait d'un article du journal *France-Soir*, édité par Presse Alliance SA, société de droit français. Selon Madame Shevill, cet article était diffamatoire car il suggérait qu'elle était liée à des affaires de trafic de drogues et de blanchiment d'argent. Elle décida, en conséquence, d'agir devant la *High Court of England and Wales* afin d'obtenir la réparation de son préjudice. Elle souhaitait, via cette action, obtenir tant la réparation de son préjudice subi en Angleterre que de ceux subis dans d'autres pays européens.

Au cours des débats, la question de la compétence internationale des juges anglais surgit : Presse Alliance contestait, en effet, que la *High Court* fût compétente, au motif qu'aucun fait dommageable ne s'était produit en Angleterre. Au fil des décisions et des recours sur cette exception d'incompétence, la *House of Lords* hérita de cet épineux problème et décida de surseoir à statuer, le temps que la Cour de justice réponde à une série de questions relatives à l'interprétation de la notion de « fait dommageable »³⁷.

La Cour de justice commence par rappeler les enseignements de son arrêt *Mines de potasse d'Alsace* : l'article 5 (3) offre une option au demandeur d'assigner soit au lieu de l'évènement causal, soit au lieu où le dommage est souffert (pts. 19 à 22).

Dans un second temps, la Cour de justice détermine que le lieu de l'évènement causal en cas de diffamation par voie de presse est exclusivement le lieu de l'établissement de l'éditeur de la publication litigieuse car c'est à partir de ce lieu que le fait dommageable a pu se produire (pt. 24).

Cela étant, la Cour relève, à juste titre, que le lieu de l'évènement causal ainsi déterminé coïncide, le plus souvent, avec le domicile du défendeur (art. 2) et, en conséquence, que l'article 5 (3) risque de perdre son intérêt pratique (pt. 26). La Cour de justice insiste donc sur l'importance de l'option ouverte par l'article 5 (3) et, conformément à sa jurisprudence antérieure, considère que le demandeur peut agir devant les juridictions du lieu ou des lieux

³⁴ Voy. le dispositif de l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*.

³⁵ Les motivations de la C.J.C.E. sont très intéressantes à cet égard : tant le lieu de l'évènement causal que celui de la survenance du dommage peut constituer un rattachement significatif (pt. 15) ; aucune exclusion de l'un ou de l'autre de ces lieux ne paraît indiquée car chacun peut être utile au regard de la preuve et de l'organisation du procès (pt. 17) ; l'article 5 (3) a une formulation très vague qui s'oppose donc à l'exclusion de l'un de ces lieux (pt. 18) ; **si l'on devait consacrer exclusivement le lieu de l'évènement causal, il y aurait dans un certain nombre de cas, une confusion entre la compétence de l'article 2 et celle de l'article 5 (3), ce qui priverait l'effet utile de cet article 5 (3) (pt. 20).**

³⁶ C.J.C.E., 7 mars 1995, arrêt *Shevill*, C-68/93.

³⁷ La *House of Lords* pose sept questions à la C.J.C.E. ; voy. le point 16 de cet arrêt *Shevill* pour la liste complète.

où le préjudice s'est matérialisé. Et en cas de diffamation par voie de presse, les lieux où le dommage s'est matérialisé sont ceux où l'article litigieux a été diffusé (pts. 27 à 31).

Toutefois, et c'est là où l'arrêt *Shevill* peaufine la jurisprudence *Mines de potasse d'Alsace*, la Cour de justice considère que si le demandeur agit devant les cours et tribunaux du lieu de l'évènement causal, ceux-ci seront compétents pour l'ensemble des préjudices subis. La compétence est partant extraterritoriale (pts. 25 et 32) ! Alors que si le demandeur saisit les juridictions du lieu où le dommage a été subi, celles-ci ne seront compétentes que pour le dommage souffert dans cet Etat (pts. 30 et 31).

Observons encore que la Cour de justice a quand même cru bon de préciser que, pour une action en diffamation par voie de presse, la victime pouvait agir devant les tribunaux de chaque Etat où un préjudice était subi **pour autant que la victime soit connue dans ces Etats** (pt. 29) ! Cette condition nous paraît nécessairement limiter l'efficacité de l'article 5 (3). En effet, si l'article litigieux avait été diffusé en Pologne, par exemple, et que Mme Shevill n'y était pas connue, elle n'aurait point pu agir devant les tribunaux polonais. Cela étant, cette condition nous paraît être spécifique au cas d'espèce et à la notion de diffamation. Comment, par exemple, soutenir que la victime devrait être connue en cas d'atteinte à la vie privée ou en cas d'atteinte à ses droits de propriété intellectuelle ?

23. Transposée au champ de la propriété littéraire et artistique³⁸, la jurisprudence interprétative de l'article 5 (3), nous enseigne que **l'auteur ou le titulaire des droits d'auteur pourra, en cas de contrefaçon, agir :**

- **soit devant les tribunaux du lieu où la contrefaçon a été commise**, c'est-à-dire le territoire sur lequel les objets contrefaisants ont été fabriqués ou reproduits, ou le territoire à partir duquel ceux-ci sont envoyés, diffusés ou émis, ce qui correspondra normalement au lieu d'établissement du contrefacteur³⁹ ;
- **soit devant les tribunaux où les conséquences dommageables de la contrefaçon sont subies ou ressenties**, c'est-à-dire les lieux de distribution, de commercialisation, de réception⁴⁰... Cependant, en ce dernier cas, l'action ne pourra concerner que le dommage subi localement.

Section 4 – Quels types de demandes sont visées à l'article 5 (3) ?

24. Nous l'avons déjà rappelé *supra*, l'article 5 (3) fonde la compétence internationale du juge en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, ce qui, selon la Cour de justice, doit être compris dans une acception très large. Ainsi, le juge aura juridiction sur base de l'article 5 (3) dès qu'une action en responsabilité est introduite, alors que les parties ne sont pas liées par

³⁸ La plupart des auteurs souscrivent au fait que la jurisprudence *Shevill* doit être transposée aux contrefaçons d'un droit de la propriété intellectuelle. Entre beaucoup d'autres : A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement... », *op. cit.*, p. 120 ; B. VAN ASBROECK et M. COCK, *op. cit.*, pp. 184-185 ; H. HAUIDEG, *op. cit.*, pp. 117-119.

³⁹ A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement... », *op. cit.*, p. 120.

⁴⁰ *Ibid.*

un engagement contractuel. Le juge compétent par le biais de l'article 5 (3) peut, par conséquent, connaître de toute action en réparation ou en responsabilité extracontractuelle.

25. Mais au-delà de l'action classique en réparation, l'article 5 (3) permet-il au tribunal de connaître d'autres demandes liées au contexte extracontractuel ? Certainement ! L'article 5 (3) pose effectivement le principe suivant lequel le demandeur peut agir « *devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Si l'on permet au demandeur d'agir devant le tribunal du lieu où *risque* de se produire un fait dommageable, c'est que ce dernier ne s'est pas encore produit et qu'il ne saurait donc pas y avoir d'action en réparation de celui-ci. L'article 5 (3) laisse donc la porte ouverte aux **actions *ad futurum et préventives***⁴¹. Les cours et tribunaux saisis sur le pied de l'article 5 (3) sont donc également compétents pour statuer sur un dommage non encore réalisé mais dont on soupçonne la survenance. Il ne semble ainsi pas exclu de pouvoir saisir un juge en référé vu l'urgence du dommage menaçant grâce à l'article 5 (3). Encore faut-il naturellement que ces actions préventives ou *ad futurum* soient possibles dans l'ordre interne du juge saisi⁴² !

26. Un demandeur – craignant d'être attiré devant un tribunal dans un futur proche – peut-il prendre les devants et agir en non-contrefaçon sur base de l'article 5 (3) ? C'est ce que l'on appelle l'**action négatoire ou déclarative**. L'admissibilité de ce type d'actions sur base de l'article 5 (3) est plus controversée⁴³. L'action en non-contrefaçon ayant, selon la Cour de justice, exactement le même objet que l'action en contrefaçon⁴⁴, nous ne voyons pas en quoi l'article 5 (3) ferait obstacle à cette action déclarative pour autant bien entendu que le droit procédural du juge saisi lui permette de connaître d'une telle action.

27. Qu'en est-il des **actions en cessation** ? En matière de propriété intellectuelle, les mesures de cessation sont d'une exceptionnelle importance, comme en témoigne l'article 44 de l'Accord ADPIC⁴⁵.

La difficulté ici réside dans le fait qu'une action en cessation a pour objet précis de faire cesser un comportement illicite ou illégal⁴⁶. Comme le relève judicieusement TH. LÉONARD, les actions en cessation « *n'ont pas pour objet l'indemnisation de la victime mais l'interdiction éventuelle de l'acte, indépendamment de toute question relative à la réparation du préjudice subi* »⁴⁷.

⁴¹ Voy. en ce sens : PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 316.

⁴² En droit belge par exemple, l'article 18, al. 2, du Code judiciaire semble permettre – timidement mais sûrement ! – l'action *ad futurum* : « *l'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé* ». Il convient également de se référer à l'article 584, al. 4, en matière de référé

⁴³ A. NUYS, « *Suing At The Place of Infringement...* », *op. cit.*, pp. 113-114

⁴⁴ C.J.C.E., 6 décembre 1994, arrêt *Tatry*, C-406/92, *Rec.*, 1994, p. I-5439, pt 37 : « *Par sa cinquième question, la juridiction nationale demande en substance si l'article 21 de la convention doit être interprété en ce sens qu'une demande qui tend à faire juger que le défendeur est responsable d'un préjudice et à le faire condamner à verser des dommages-intérêts a la même cause et le même objet qu'une demande antérieure de ce défendeur tendant à faire juger qu'il n'est pas responsable dudit préjudice* ».

⁴⁵ Voy. également le considérant 7 de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.*, L 157, 30 avril 2004.

⁴⁶ D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 113.

⁴⁷ TH. LÉONARD, « *La compétence internationale du juge des cessations : une question de responsabilité civile ?* », note sous *Comm. Louvain (cess.)*, 1^{er} mars 2007, *Handelspraktijken & Mededinging – Pratiques du commerce & Concurrence*, 2007, p. 793.

Aussi, est-il possible d'assimiler la cessation d'un acte illicite ou illégal à la réparation d'un tel acte, au sens de l'article 5 (3) ?

La réponse nous semble devoir être affirmative. En effet, comme exposé ci-dessus, la Cour de justice entend l'action délictuelle ou quasi-délictuelle d'une façon très large (tout ce qui ne relève point de la matière contractuelle). Ensuite, puisque l'article 5 (3) peut servir à fonder la compétence internationale d'un juge pour une action préventive – autrement dit, une action introduite afin d'éviter la survenance d'un dommage –, c'est que l'on accepte l'idée que le champ délictuel ou quasi-délictuel puisse s'entendre indépendamment de la réparation d'un dommage déjà subi. En outre, comme le concède TH. LÉONARD malgré ses réticences très bien étayées face à un tel raisonnement⁴⁸, la Cour de justice a déjà admis l'assimilation d'une action en cessation commerciale à une action en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, notamment parce le juge des cessations était le mieux placé, car plus proche que le juge du for du défendeur, pour connaître de cette action⁴⁹. Enfin, une réflexion personnelle finit de nous convaincre. L'action en cessation peut être introduite dès lors qu'un acte illicite a été posé, même si cet acte n'a pas – encore – engendré de dommage. En ce cas, l'action en cessation répondra parfaitement au concept d'action préventive, autorisée par l'article 5 (3). Comment pourrait-on, dès lors, soutenir ou accepter qu'une action en cessation purement préventive puisse mener à la compétence d'un juge sur base de l'article 5 (3), alors qu'une action en cessation introduite, après qu'un préjudice ait déjà été subi, ne le puisse pas ?

Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis que l'acte illicite dont on demande la cessation peut être assimilé au fait dommageable. Aussi, l'action en cessation peut, à son tour, être assimilée à l'action en matière délictuelle ou quasi-délictuelle et être introduite devant un juge compétent sur base de l'article 5 (3).

⁴⁸ Pour approfondir ces critiques, voy. TH. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 790-793 et pp. 800 et s.

⁴⁹ TH. LÉONARD, *ibid.*, pp. 795-797, lequel commente les arrêts C.J.C.E., 1^{er} octobre 2002, arrêt *Henkel*, C-167/00, *Rec.*, 2000, p. I-8111 et C.J.C.E., 5 février 2004, arrêt *DFDS*, C-18/02, *Rec.*, 2004, p. I-1417.

Chapitre III – L'article 5 (3) et Internet

Section 1 – Position du problème : la compétence de tous les tribunaux du monde ?

28. Comme nous l'avons déjà relevé, dès l'abord de cette étude, Internet est un monde sans frontières. Dès lors qu'un internaute « *upload* » une information sur la toile, celle-ci est théoriquement 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 consultable à partir de tous les points du globe. Les effets de telles informations inexactes, de telles atteintes à la vie privée ou de tels articles diffamatoires peuvent donc s'avérer beaucoup plus néfastes et dommageables que lorsque celles-ci figurent dans un journal, qui en général ne sera diffusé que dans quelques pays ou, en tout cas, ne touchera que peu de gens dans les pays étrangers.

Internet est donc un formidable outil mais cet outil peut s'avérer dangereux. Dangereux tant pour les victimes de telles informations inexactes ou dommageables, mais également dangereux pour ceux qui s'osent à mettre en ligne de telles informations. Sans le vouloir ou même parfois sans le savoir⁵⁰, les internautes peuvent causer des dommages ailleurs dans le monde, parfois très loin de là où ils sont établis.

29. En matière de droit d'auteur, le problème est identique :

- quid si un Japonais décide d'offrir au téléchargement une chanson protégée, dont le titulaire des droits est italien ? ;
- quid si un blogueur québécois décide de mettre en ligne le dernier Prix Goncourt parce qu'il considère que le livre primé est en fait soumis à la licence *Creatives Commons BY-SA*⁵¹ ? ;
- quid si un célèbre site américain décide de constituer une bibliothèque en ligne avec des ouvrages provenant du monde entier protégés par le droit d'auteur ? ;
- quid encore si un portail internet offre à la vente des contrefaçons de DVD dans le monde entier ? ;
- et quid si au lieu de vendre ces DVD illicites, il propose plutôt, moyennement paiement, une version numérique de ces films ?

Des cas d'atteinte à une œuvre protégée, et donc aux droits d'auteur, sur internet peuvent être imaginés à l'infini. Le fait est que, puisqu'Internet est un monde virtuel sans frontières, les contrefaçons, tout comme les informations inexactes ou diffamatoires, peuvent voyager à une vitesse incroyable dans le monde entier et causer des dommages en de nombreux endroits. Le préjudice subi par les auteurs ou les cessionnaires de droits peuvent, en conséquence, être énormes. Il faut donc que ces derniers puissent agir efficacement pour faire respecter leurs droits.

⁵⁰ Y. POULLET et J.-FR. LEROUGE, « La responsabilité des acteurs de l'Internet », disponible sur <http://www.crid.be/pdf/public/4143.pdf> (06/04/2011).

⁵¹ Ce cas fictif mêlant un québécois est inspiré par une affaire franco-française réelle : un blogueur, Florent Gallaire, considérait que la *La carte et le territoire* de Michel Houellebecq devait être soumise à une telle licence libre car l'auteur avait, selon lui, plagié quelques articles de l'encyclopédie en ligne *Wikipedia*, laquelle imposait l'obligation de distribuer l'œuvre créée à partir d'un article de *Wikipedia* sous la même licence *Creatives Commons BY-SA*. Pour plus de détails voyez notre article sur <http://ip-web-law-blog.eu/2010/12/06/michel-houellebecq-wikipedia-et-le-droit-d%E2%80%99auteur-par-frederic-lejeune-juriste/> (5/04/2011).

30. Ces contrefaçons transfrontières par le biais d'Internet ont des conséquences importantes sur le plan des conflits de juridictions, problème qui nous occupe.

En effet, à côté de la compétence internationale des tribunaux du domicile du défendeur, l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I pourra souvent être plus commode ou plus avantageux pour la victime qu'est l'auteur. Comme nous le savons déjà, cet article, tel qu'interprété par la Cour de justice, permet soit de saisir le juge du lieu de l'évènement causal, soit celui du lieu où les conséquences dommageables sont ressenties. C'est ce dernier for qui nous intéresse. En effet, rappelons-nous que le lieu où les conséquences dommageables sont ressenties doit, en matière de droit d'auteur, s'entendre du lieu de distribution, de commercialisation, de réception⁵²... Or, le lieu de réception ou de diffusion d'un site internet c'est le monde entier⁵³ : l'œuvre contrefaite peut donc être consultée partout sur la planète. Théoriquement donc, sur pied de l'article 5 (3), l'auteur victime de contrefaçon sur internet pourra assigner le contrefacteur dans les 27 Etats membres de l'Union ou dans l'Etat qui lui semblera être le plus favorable (*forum shopping*). En général, il nous semble que l'auteur intentera une action en justice au lieu de son propre domicile.

Ceci vaut pour l'article 5 (3) mais le même raisonnement peut se tenir, peu ou prou, si le défendeur est domicilié hors de l'Union européenne, sur base de dispositions nationales similaires à l'article 5 (3). Nous pensons, entre autres, à l'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile français (ci-après NCPC) et à l'article 86 du CODIP belge.

Illustrons ces dispositions par le cas, imaginé ci-dessus, d'une personne domiciliée au Québec qui met en ligne un livre français, primé par le Prix Goncourt. Le défendeur étant hors Union européenne, l'article 5 (3) ne peut s'appliquer mais en vertu de l'article 46 du NCPC, l'auteur pourra décider d'attaquer ce Québécois en France car il pourra arguer qu'il subit un dommage sur le territoire de l'Hexagone, les lecteurs français pouvant, vu le caractère ubiquitaire d'Internet, accéder au site hébergé au Canada et donc, télécharger le livre et le lire sans devoir l'acheter !

31. Résumons-nous : potentiellement, à partir du moment où une œuvre est placée illégalement sur Internet, les juridictions de n'importe quel pays pourront se déclarer internationalement compétentes, au motif que le dommage est subi sur leur territoire, vu l'accessibilité mondiale d'internet.

Cette solution 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*)⁵⁴. *A contrario*, du point de vue du contrefacteur-défendeur, cette solution est très rude : il pourra être théoriquement assigné n'importe où,

⁵² A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement... », *op. cit.*, p. 120.

⁵³ G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », in K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (dir.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? – Internet, Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 115.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 116.

pour autant qu'une disposition nationale érige le lieu où le dommage est ressenti comme critère de compétence internationale. Le risque pour un défendeur de se faire attirer devant n'importe quelle juridiction « exotique »⁵⁵, 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, la sécurité juridique et même la bonne administration de la justice peuvent en souffrir⁵⁶. Comme précisé par la Cour de justice dans l'arrêt *Shevill*, l'objectif de l'article 5 (3) est d'offrir une alternative au for du défendeur, afin de permettre une meilleure administration de la justice (notamment au regard des preuves) vu la proximité entre le lieu où le dommage est subi et le juge de ce lieu. Or, comment justifier une telle exigence de bonne administration de la justice si, par exemple, un Canadien est attiré au Japon ou en Russie (sur base d'une disposition nationale similaire à 5 (3)), alors que le seul élément qui rattache cette affaire au Japon ou à la Russie est l'accessibilité au site à partir de ces territoires ? En effet, il n'existe pas vraiment d'intérêt, sur le plan des preuves, à tenir un procès au Japon et en Russie, contrairement au cas où des supports contrefaisants (CD, DVD, livres...) étaient vendus illégalement dans ces pays. N'est-ce pas un peu léger de fonder une compétence internationale sur la simple base de l'accessibilité d'un site internet ? D'autres éléments de rattachement, plus sérieux, ne seraient-ils pas nécessaires⁵⁷ ?

32. Le danger principal se situerait donc dans la question de la prévisibilité⁵⁸. Être cité en justice aux quatre coins du monde n'est pas très confortable et pourrait être difficile à assumer pour certains défendeurs. Ce danger bien connu avait déjà été pris en considération : l'article 10.1.b. de l'Avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale proposait de maintenir comme for le lieu où le dommage est souffert « sauf si le défendeur établit [qu'il] [que la personne présumée responsable] ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État »⁵⁹. Un tempérament avait donc été imaginé. Cela dit, à notre connaissance, ce projet de Convention n'a pas abouti⁶⁰.

33. Au vu de ce qui précède, l'on ne peut plus douter des effets pervers liés à l'universalisation de la compétence des tribunaux, résultant de la théorie de l'accessibilité

⁵⁵ B. DE GROOTE et J.-FR. DERROITTE, « L'Internet et le droit international privé : un mariage boiteux ? A propos des affaires Yahoo ! et Gutnick », *Revue Ubiquité – Droit des technologies et de l'information*, 16/2003, 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 ».

⁵⁶ Voy. en ce sens : A. LUCAS, « La responsabilité civile des acteurs de l'Internet », *A&M*, 2000/1, 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.

⁵⁷ Sur la question de savoir s'il serait opportun d'abandonner les rattachements territoriaux pour les litiges issus d'infractions commises sur Internet, voy. J. J. FAWCETT et P. TORREMAN, *Intellectual Property and Private International Law*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 236.

⁵⁸ B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en Internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening*, Brussel, Larcier, 2004, p. 75, n°115.

⁵⁹ Pour un commentaire de l'Avant-projet de Convention par le Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'OMPI, voy. http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=1164 (06/04/2011).

⁶⁰ Pour consulter l'ensemble des Conventions issues de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), voy. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.listing (06/04/2011).

d'Internet. Cela étant, si l'on s'autorise à prendre quelque peu de recul, trois éléments nous semblent devoir tempérer cette analyse alarmiste relative à l'application de l'article 5 (3).

En premier lieu, conformément à l'arrêt *Shevill*, la compétence internationale du juge du lieu où le dommage est subi est limitée à la réparation du dommage souffert sur ce territoire. Dans la même veine, l'article 86, al. 1, du CODIP impose expressément cette limitation et l'article 46 du NCPC, vu sa rédaction en tous points similaire à l'article 5 (3), doit assurément être interprété à la lumière des enseignements de la Cour de justice. L'atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridique serait donc limitée pour le contrefacteur potentiel : on ne pourra nullement lui reprocher, devant les juges du lieu où le dommage est ressenti, toutes les conséquences néfastes de son acte, posé à partir de son lieu d'établissement. En d'autres termes, le Canadien attaqué en Russie ou au Japon ne pourra pas être jugé pour le tout devant ces juridictions « exotiques ». A ce stade, l'on admettra donc que la simple accessibilité pourrait être suffisante, étant entendu que seul le dommage local pourra être examiné par les juges locaux.

Deuxièmement, le morcellement des procédures, évoqué ci-dessus, laisse à penser que si l'auteur veut poursuivre le contrefacteur pour les dommages subis à l'échelle mondiale, il n'agira pas territoire par territoire, car cela l'obligerait à lancer de multiples procédures, mais bien devant les juridictions du domicile du défendeur ou devant celles du lieu de l'évènement causal⁶¹ – concentration des litiges faisant !

Enfin, le dernier élément se rapporte au conflit de lois. Sans entrer dans toutes les controverses qui secouent la matière, car cela pourrait constituer l'objet d'une étude entière, retenons qu'en principe la loi applicable en cas de contrefaçon de droit d'auteur est la *lex loci protectionis*, telle que prévue par l'article 5 (2) de la Convention de Berne⁶². Bien que le libellé de cet article 5 (2) évoque la loi du pays *où* la protection est revendiquée, il convient d'entendre par là, selon l'opinion dominante, la loi de l'Etat *pour lequel* la protection est revendiquée⁶³. Ceci signifie que la loi applicable ne sera pas nécessairement celle du juge saisi (*lex fori*)⁶⁴.

En cas de délits complexes, et toujours selon la doctrine majoritaire, la *lex loci protectionis* s'entend de la loi du lieu où le dommage est subi et non de celle du lieu où le fait générateur a été commis⁶⁵. Dans cette optique donc, la *lex loci protectionis* couplée avec l'enseignement

⁶¹ En ce sens: H. HAOUIDEG, *op. cit.*, p. 119.

⁶² Art. 5 (2) : « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée » ; voy. aussi l'article 8.1 et le considérant 26 du Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), *J.O.*, L199/40, 31 juillet 2007.

⁶³ A. LUCAS, « Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », Doc. OMPI, GCPIC/1, 25 novembre 1998, p. 5.

⁶⁴ A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *A&M*, 2000, p. 212, point B.

⁶⁵ A. LUCAS, « Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », *op. cit.*, p. 87. Pour une application, très récente, de la loi du lieu du

Shevill implique que si le juge du lieu du fait générateur est saisi et qu'il est invité à connaître de dommages transfrontières, il pourra réparer l'ensemble de ces dommages, mais il devra alors appliquer à chaque dommage sa juste loi⁶⁶.

Imaginons que le juge suédois, en tant que juge du lieu du fait générateur, doive se pencher sur une contrefaçon commise sur Internet ayant des conséquences dommageables en France, en Italie, en Allemagne et en Suède. Dans ce cas, il devra appliquer à chaque dommage sa propre loi.

Il y aura donc une application distributive des lois française, italienne, allemande et suédoise. Quel est le lien avec la problématique de la prévisibilité et des juridictions compétentes ? Il est aisé de comprendre que, peu importe le juge saisi, ce dernier devra appliquer la *lex loci protectionis*. Aussi, le défendeur, indifféremment de la juridiction compétente et effectivement saisie par le demandeur, sera confronté à la même loi. Du point de vue de la loi applicable, l'obstacle de la prévisibilité pour le contrefacteur poursuivi n'est donc plus pertinent.

34. En résumé, les précisions de l'arrêt *Shevill*, couplées à l'application de la *lex loci protectionis*, impliquent, à nos humbles yeux, que la prévisibilité et la sécurité juridique du défendeur ne sont pas autant bafouées que d'aucuns pourraient l'avancer. Cependant, la compétence de tous les tribunaux du monde peut aussi être mise à mal par un autre problème majeur, mis en évidence dans une affaire *Yahoo !*, que nous nous proposons de traiter dans la prochaine section.

Section 2 – L'affaire Yahoo !

35. Les faits de ce que l'on a coutume d'appeler l'affaire *Yahoo !* sont simples. Par le biais du service de ventes aux enchères (« *Auction* ») du site yahoo.com, il est possible d'acquérir des objets dédiés au nazisme (coussins, tapis de souris, couteaux, photographies, drapeaux... affublés de croix gammées, d'insignes SS etc.).

Choquées par cette situation, et notamment par le fait que la clientèle visée soit une clientèle néo-nazie, l'association Union des Etudiants Juifs de France (ci-après U.E.J.F.) et la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme (ci-après L.I.C.R.A.) citent la société *Yahoo ! Inc.*, sise en Californie, ainsi que la société *Yahoo FRANCE*, dont le siège social est établi à Paris, à comparaître devant le Tribunal de grande instance de Paris en référé le 15 mai 2000.

L'objet de cette assignation⁶⁷ consistait essentiellement à faire cesser la diffusion des pages du site yahoo.com et de son service « *Auction* » dédiées au nazisme vers le territoire de la République française ou de bloquer l'accès à ces objets nazis à partir de la France.

dommage : Bruxelles, 5 mai 2011, disponible sur <http://www.copiepresse.be/Copiepresse5mai2011.pdf> (affaire *Copiepresse*). **Contra** : Cass. fr. (ch. Civ), 30 janvier 2007, disponible sur <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Cour-de-cassation-civile-Chambre-civile-1-30-janvier-2007-03-12-354-Publie-au-bulletin-10700129/C118214/> (affaire *Waterworld*).

⁶⁶ J.-S. BERGÉ, « The Territoriality Principle and Intellectual Property », disponible sur http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2010/06/berge_en-wp-cejec-2010_6.pdf (11/04/2011).

Dans ses conclusions, la défense de *Yahoo ! Inc.* et *Yahoo FRANCE* soulève *in limine litis* un déclinatoire de juridiction⁶⁸. En effet, l'avocat des défenderesses relève que l'article 46 du NCPC est applicable. Or, d'une part, la faute alléguée a été commise aux Etats-Unis. D'autre part, si les internautes français se retrouvent sur le site yahoo.com face à des objets nazis, ce n'est pas de la faute de *Yahoo ! Inc.*, laquelle ne cible pas le public de l'Hexagone, mais bien de celles des internautes français. A cet égard, la défense des sociétés Yahoo utilise une métaphore : « *On peut considérer que les utilisateurs de l'Internet qui se rendent sur Yahoo.com réalisent un voyage virtuel sur un site Internet situé aux Etats-Unis* »⁶⁹. Ainsi, selon l'avocat des défenderesses, tant la faute que le dommage ont lieu aux Etats-Unis, ce qui implique que le juge français serait internationalement incompétent pour connaître de cette action en référé sur base de l'article 46 du NCPC.

Le juge des référés ne va pas suivre les conclusions de Yahoo et va considérer qu'il est internationalement compétent sur base de l'article 46 susmentionné⁷⁰ :

« Attendu qu'en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, YAHOO! Inc. commet donc une faute sur le territoire français, faute dont le caractère non intentionnel est avéré mais qui est à l'origine d'un dommage tant pour la LICRA que pour l'Union des Etudiants Juifs de France qui ont, l'une et l'autre, vocation à poursuivre en France toute forme de banalisation du nazisme, peu important au demeurant le caractère résiduel de l'activité litigieuse au regard de l'ensemble de l'activité du service de ventes aux enchères proposé sur son site Yahoo.com ;

Attendu que le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente pour connaître du présent litige en application de l'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile »

Cette décision illustre à merveille la théorie de l'accessibilité⁷¹ : le site ne vise peut-être pas le public français, la faute a un caractère non intentionnel, l'activité litigieuse représente un faible pourcentage de l'activité totale de vente aux enchères, mais force est de constater que l'on peut se connecter à ce site et visualiser voire acheter ces objets litigieux à partir de la France, ce qui implique, vu l'accessibilité du site à partir de la France, que les juridictions françaises sont compétentes.

Le juge français, s'étant déclaré compétent, ordonne à *Yahoo ! Inc.* « *de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du*

⁶⁷ Pour plus de détails quant à l'objet de la demande, voyez l'acte d'assignation disponible sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522-asg.htm#texte> (07/04/2011)

⁶⁸ Conclusions de Yahoo Inc. et Yahoo France, disponibles sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522-cc-def.pdf> (07/04/2011), p. 4.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁰ T.G.I. Paris (réf.), 22 mai 2000, *J.T.*, 2001, pp. 421-422.

⁷¹ Observons d'ailleurs que dans son ordonnance ultérieure du 20 novembre 2000 (*J.T.*, 2001, p. 423 et s.), le même juge des référés va balayer l'argument de la destination du site, confirmant ainsi que la seule accessibilité doit être, selon lui, prise en considération : « *Attendu que s'il est exact que le site « Yahoo Auctions » en général, s'adresse principalement à des internautes basés aux Etats-Unis eu égard notamment à la nature des objets mis en vente, aux modes de paiements prévus, aux conditions de livraison, à la langue et à la monnaie utilisées, il n'en est pas de même des enchères d'objets représentant des symboles de l'idéologie nazie qui peuvent intéresser et sont accessibles à toute personne qui souhaite, y compris aux Français ;* ».

nazisme ou une contestation des crimes nazis » et impose à Yahoo FRANCE d'empêcher la consultation de tout site dont le contenu constituerait une infraction à la loi française⁷².

Plusieurs autres ordonnances s'ensuivirent mais le juge des référés ne modifia pas sa première décision, malgré les protestations de *Yahoo! Inc.* qui considérait qu'il était anormal qu'il doive rendre inaccessible son site, alors qu'aux États-Unis les informations et objets nazis pouvaient être exposés et vendus au nom de la liberté d'expression⁷³.

36. Ne parvenant pas à obtenir gain de cause devant le juge français, *Yahoo! Inc.* saisit alors le juge américain Jeremy Fogel de la *United States District Court for the Northern District of California*, afin d'obtenir de ce dernier une déclaration de non-reconnaissance et de non-exécution de l'ordonnance de référé du juge français, sur base du Premier Amendement de la Constitution américaine, lequel garantit la liberté d'expression⁷⁴. L'argument de *Yahoo! Inc.* est toujours le même : il est techniquement impossible d'empêcher exclusivement les consultations provenant de France et donc, pour satisfaire aux ordres du juge parisien, il faudrait tout bonnement et simplement fermer les sites litigieux, ce qui est inacceptable au regard de l'ordre juridique américain et de la Constitution américaine. Le juge Jeremy Fogel accéda à la demande de *Yahoo! Inc.* sur base du Premier Amendement.

37. Quelle est la leçon à tirer de cette affaire *Yahoo!* ? Deux éléments nous paraissent essentiels :

- d'une part, le juge français se déclare internationalement compétent au motif qu'un dommage peut être subi en France, par la simple accessibilité du site yahoo.com à partir du territoire français, peu importe que ce site cible ou pas le public français, que ce site soit rédigé en anglais, qu'il ne soit possible d'acheter des articles nazis qu'en dollar⁷⁵... La simple accessibilité par un internaute français suffit à causer un dommage et à condamner *Yahoo! Inc.* et *Yahoo FRANCE*.
- d'autre part, bien qu'ayant contesté la juridiction de l'ordre judiciaire français au départ, *Yahoo! Inc.* ne conteste plus vraiment cette question devant le juge américain, mais critique cependant la mise en œuvre des injonctions ordonnées par la chambre des référés du Tribunal de grande instance de Paris⁷⁶. Ceci est une toute autre question ! Cela signifie, selon nous, que même si les juridictions étrangères acceptent *in fine* la compétence internationale de juridictions lointaines, la mise en œuvre de ces décisions pourra toujours être stoppée par un jugement refusant la reconnaissance et/ou la déclaration de force exécutoire.

⁷² T.G.I. Paris (réf.), 22 mai 2000, *J.T.*, 2001, pp. 422.

⁷³ B. DE GROOTE et J.-FR. DERROITTE « L'Internet et le droit international privé : un mariage boiteux ?... », *op. cit.*, p. 63.

⁷⁴ *Yahoo! Inc. v. L.I.C.R.A.*, N.D. Cal., 11 juillet 2001, disponible sur <http://www.juriscom.net/en/txt/jurisus/ic/dccalifornia20011107.pdf> (07/04/2011).

⁷⁵ Critique classique notamment relayée par B. DE GROOTE et J.-FR. DERROITTE « L'Internet et le droit international privé : un mariage boiteux ?... », *op. cit.*, p. 66, n°15 et 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. 428, n°8.

⁷⁶ C. ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.*, 2001, p. 844, n°2.

38. L'affaire *Yahoo!* attire ainsi notre attention sur le fait qu'il est possible d'accepter une compétence internationale quasi-universelle (en l'espèce sur base de l'article 46 du NCPC.). L'Internet, sans frontières, renforce cette possibilité.

Mais obtenir d'un juge qu'il se déclare internationalement compétent est une chose ; obtenir, par la suite, d'un juge d'un autre Etat qu'il déclare la décision du premier exécutoire est une autre chose ! C'est là tout le problème : à quoi bon tenter de détourner la compétence du juge qui a – théoriquement – le plus de rattachements avec le litige, en espérant que le juge effectivement saisi appliquera une loi plus favorable, si c'est pour qu'ensuite le jugement ne soit pas reconnu là où il doit être exécuté ? Or, si vous ne pouvez pas obtenir l'*exequatur* de votre décision – aussi favorable soit-elle ! –, c'est comme si vous n'aviez jamais agi en justice ni obtenu gain de cause !

Vues sous cet angle, la théorie de l'accessibilité et la compétence « universelle », qui en découle, ont du plomb dans l'aile. Il semblerait plus judicieux d'agir soit devant les juridictions du domicile du défendeur ou devant celles du lieu où le fait générateur a été commis. En effet, dans la plupart des cas, la décision devra être exécutée soit dans l'Etat où réside le défendeur soit dans celui où la faute a été perpétrée. Or, si l'on agit devant le juge de l'un de ces deux endroits, pas besoin d'*exequatur* !

39. Cela dit, cette affaire *Yahoo!* – à l'instar du problème de prévisibilité évoqué *supra* – doit être relativisée. La décision du juge Fogel sur l'*exequatur* eût été, à notre avis, totalement différente si *Yahoo! Inc.* avait été condamnée à payer des dommages-intérêts pour le préjudice subi en France.

Ce qui, selon nous, motive la décision du juge Fogel c'est que le jugement parisien, c'est-à-dire l'ordre juridique français, a des conséquences sur le territoire des Etats-Unis et donc sur l'ordre juridique américain : pour des raisons techniques, *Yahoo! Inc.* n'aurait pas pu empêcher l'accès du site à partir de la France sans tout bonnement fermer le site. Les circonstances de l'espèce sont donc quelque peu particulières et nous y reviendrons *infra*, notamment lorsque nous évoquerons les actions en cessation en matière de droit d'auteur, après avoir examiné la jurisprudence française, belge et hollandaise.

Section 3 – Vers une alternative : la théorie de la focalisation ?

40. Une alternative a été proposée, afin d'éviter les problèmes liés à la prévisibilité, à la bonne administration de la justice et, dans une certaine mesure, au refus d'*exequatur*. Cette alternative est communément appelée « la théorie du ciblage » ou « théorie de la focalisation »⁷⁷.

⁷⁷ En néerlandais, on parle de « *gerichtheid van de sites* », c'est-à-dire d'orientation des sites internet. Voy. par exemple : M. VAN EECHOU, note sous Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, pp. 104-105 et E. STEGEMAN, *Hoe gaan rechters om met de grenzeloosheid van het Internet?*, Universiteit Utrecht, avril 2004, p. 27, point 4.2.5, disponible sur www.uu.nl/uupublish/content/Grenzeloosheid.pdf (11/04/2011).

L'idée sous-jacente consiste à examiner si le site, sur lequel ou par lequel un fait dommageable survient, a pour cible ou est dirigé vers un (ou même plusieurs) territoire(s) spécifique(s)⁷⁸. Si tel est le cas, le dommage peut survenir sur ce(s) territoire(s), et, conformément à l'article 5 (3) ainsi qu'aux dispositions nationales similaires, l'action pourra être portée devant le juge de cet ou de ces Etat(s). Pour déterminer, si le site est dirigé vers un territoire particulier, l'on va prendre en compte différents critères⁷⁹ : langue(s) du site, moyen(s) de paiement, lieu(x) de livraison, extension du nom de domaine etc. Autrement dit, cette théorie limite, plus ou moins, le nombre de juges potentiellement compétents, puisque les territoires, sur lesquels les effets du dommage pourront être ressentis, seront eux aussi bien délimités, selon la destination ou la focalisation du site⁸⁰.

41. Comme nous l'avons déjà relevé *supra*, cet argument avait été invoqué dans l'affaire *Yahoo !* Selon les défenderesses, au regard des conditions de livraison, de la langue du site yahoo.com (anglais), de la monnaie prévue pour l'achat des objets (le dollar)... il ressortait clairement que les internautes français n'étaient pas visés par ce site et que, par conséquent, il ne pouvait être subi de dommage à partir du territoire français (difficultés pour trouver le site, difficultés pour payer et pour se faire livrer etc.). Mais, nous le savons, le juge français n'en tint pas compte.

42. Voilà brièvement résumée, une théorie alternative, qui pourrait venir adoucir, tempérer ou corriger la rudesse et les effets pervers de la pure accessibilité en tant que critère pour assoir la compétence internationale d'un juge en matière extracontractuelle.

De sérieuses études ont déjà été consacrées à cette théorie, laquelle se décline d'ailleurs sous différentes formes et variantes. Aussi, nous nous permettons de renvoyer le lecteur intéressé par une vision plus théorique ou doctrinale à celles-ci⁸¹. Résumer ces différentes variantes n'apporterait, à nos yeux, aucune plus-value et nous en savons, désormais, suffisamment pour passer à un examen plus pratique, celui de la jurisprudence. Du reste, nous reviendrons nécessairement plus en détails sur la théorie de la focalisation à l'occasion de cet examen de jurisprudence et dans les chapitres ultérieurs.

⁷⁸ H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », *D.*, 2008, p. 736, n°5.

⁷⁹ A. NUYS, K. SZYCHOWSKA, N. HATZIMIHAL, « Cross-Border Litigation In Intellectual Property Matters In Europe », *op. cit.*, pp. 32 et s., n°61 et s.

⁸⁰ On peut néanmoins s'interroger quant à l'efficacité ou quant à l'utilité de cette théorie si le site a un nom de domaine dont l'extension est « .com », si le contenu est rédigé en anglais et s'il est possible d'acheter dans le monde entier, ce qui n'est pas si rare ! Nous y reviendrons *infra*.

⁸¹ Voy. entre autres : O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002, 487p. ; 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, p. 632 ; C. MANARA, « L'utilisation sur internet d'un signe identique à une marque française n'est pas une contrefaçon de celle-ci », *D.*, 2005, p. 428 ; 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> (11/04/2011); E. TREPPOZ, « De la localisation d'agissements de concurrence déloyale et de contrefaçon accomplis via internet », *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 2008, p. 322 ; G. LARDEUX, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits », *D.*, 2010, p. 1183 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, pp. 15-21.

Chapitre IV – Une jurisprudence variée mais hésitante !

Section 1 – Introduction

43. Comment les juges effectivement saisis de telles questions de contrefaçons en ligne règlent-ils les incidents liés à leur (in)compétence internationale ? Ceux-ci se rangent-ils du côté de la théorie de l'accessibilité ou du côté de celle du ciblage ? Ont-ils inventé ou utilisé d'autres critères de rattachement ? C'est à toutes ces questions que nous tenterons d'apporter une réponse, en nous attelant à un examen approfondi de jurisprudence.

44. A titre préliminaire, notons que les décisions que nous nous proposons d'analyser dans ce chapitre ne sont pas uniquement dédiées aux contrefaçons du droit d'auteur. Celles-ci sont, en effet, peu nombreuses. Cependant, ces jugements et arrêts relatifs à l'article 5 (3) ou à des dispositions nationales similaires constitueront une source précieuse de réflexion, d'inspiration, de comparaison ou même de critique pour le sujet qui nous occupe.

Section 2 – Jurisprudence française

A. Affaires Miam-Miam et France 2

1) Affaire Miam-Miam

45. En 2000, dans une affaire purement franco-française, mais qui présente néanmoins un certain intérêt puisqu'il était question de savoir si le juge parisien était territorialement compétent pour connaître du litige alors que la défenderesse était domiciliée dans les Hauts-de-Seine, la Cour d'appel de Paris a jugé que *« lorsqu'une infraction aux droits de propriété industrielle ou un acte de concurrence déloyale a été commis par une diffusion sur le réseau internet, le fait dommageable se produit en tous lieux où les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs éventuels du site ; qu'en l'espèce, le constat de l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) qui a révélé l'existence d'un site "Miam-Miam" susceptible de porter atteinte aux intérêts des intimés ayant été dressé à Paris, c'est à juste titre que le premier juge a retenu sa compétence »*⁸².

2) Affaire France 2

46. Le 7 mars 2000, soit quelques jours à peine après le prononcé de l'arrêt *Miam-Miam*, la Cour de cassation eut à trancher une question de compétence territoriale du même acabit⁸³. Les faits menant à la saisine de la Cour suprême sont assez simples. La chaîne de télévision France 2, titulaire de la marque « France 2 » assigne en justice Monsieur Padovano, titulaire de la marque « 3615 FR 2 », pour contrefaçon, atteinte à sa dénomination sociale et parasitisme. M. Padovano exploitait un service télématique, via le Minitel, auquel on pouvait

⁸² Paris (14e ch.), 1^{er} mars 2000, disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=398 (affaire *Miam-Miam*).

⁸³ Cass. fr. (ch. comm.), 7 mars 2000, disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=397 (affaire *France 2*).

accéder par le biais du code « 3615 FR 2 ». Les serveurs se trouvaient à Marseille mais France 2 choisit d'assigner M. Padovano à Paris, devant le Tribunal de grande instance, sur base de l'article 46, al. 3, du NCPC, au motif que le service était accessible à partir de Paris et que, par conséquent, le dommage était subi dans cette ville.

Le titulaire de la marque « 3615 FR 2 » considérait, au contraire, que les juridictions marseillaises étaient compétentes. Son raisonnement peut être résumé comme suit : si l'on accepte, comme critère de compétence, le lieu « où ont pu être ensuite mesurées les conséquences financières du dommage » à la place du lieu de survenance du fait dommageable, cela revient à consacrer systématiquement la compétence du juge du demandeur. Le Tribunal de grande instance de Paris fit droit au raisonnement de France 2 et se déclara compétent. Le défendeur décida alors de saisir la Cour d'appel sur contredit. Celle-ci confirma la compétence du Tribunal de grande instance de Paris, décision qui motiva le pourvoi de M. Padovano.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi : « Mais attendu qu'ayant constaté que le service télématique, dont le code d'appel est litigieux, était accessible à Paris, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que le dommage ayant été subi dans cette ville, le tribunal de grande instance de Paris est compétent, peu important que le fait dommageable se soit également produit dans le ressort d'autres tribunaux, fût-ce sur l'ensemble du territoire national ; d'où il suit que le moyen n'est fondé sur aucune de ses deux branches ».

47. Les deux premières décisions que nous venons d'examiner peuvent paraître anecdotiques ou quelque peu hors-sujet puisqu'il y est question de compétence territoriale interne et non de compétence internationale. Cependant, rappelons que, ainsi que nous l'avons déjà évoqué lors de l'examen de l'affaire *Yahoo !*, l'article 46, al. 3, s'applique tant à la compétence territoriale interne qu'à la compétence internationale des juges français (dans les cas où le Règlement Bruxelles I ne s'applique pas !). Du reste, ces décisions sont intéressantes car elles illustrent la position de deux juridictions importantes, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation de France, face à une contrefaçon « en ligne ». Celles-ci, en l'an 2000, consacraient la théorie de l'accessibilité.

B. Affaires Payline et Castellblanch

48. Après avoir examiné deux décisions relatives à la compétence territoriale purement interne, nous allons passer à deux autres affaires, mettant cette fois en jeu la compétence internationale du juge français⁸⁴.

1) Affaire Payline

49. La société française SG2 était titulaire de la marque « Payline ». Son activité consistait notamment à offrir un service de paiement sécurisé par carte sur Internet. SG2 apprit en juin 1997 qu'une société allemande, Brokat, offrait un service de paiement similaire appelé

⁸⁴ Le lecteur attentif remarquera que la première affaire que nous évoquerons, *Payline*, date de 1997 et que nous aurions alors dû la répertorier avant les arrêts *Miam-Miam* et *France 2*. Nous avons cependant choisi de ne pas totalement respecter l'ordre chronologique pour grouper les litiges relatifs à la compétence interne et ceux relatifs à la compétence internationale, afin de bien distinguer les deux cas de figure !

« Payline ». Le service de Brokat étant accessible en France, SG2 considérait qu'il était question d'une contrefaçon de sa marque. SG2 assigna donc la société allemande en référé devant le Tribunal de grande instance de Nanterre, afin de faire cesser et interdire l'usage de la marque « Payline » sur le site « brokat.de ».

La société allemande déclina la juridiction de l'ordre judiciaire français. Son premier argument consistait à expliquer que le juge français pouvait certes connaître d'une action en contrefaçon réalisée sur internet, mais en tant que juge du lieu où le dommage est survenu, uniquement pour le dommage français. Somme toute, il s'agit d'une bonne application de l'arrêt *Shevill*. Or, selon Brokat, en demandant la cessation de l'utilisation de la marque sur son site allemand, SG2 demandait, à vrai dire, une interdiction mondiale.

Comme déjà relevé dans l'affaire *Yahoo !*, le problème des actions visant à faire cesser un acte se situe dans le fait que le juge « local » risque de prononcer, pour des raisons techniques, une décision ayant des effets mondiaux, alors que selon l'arrêt *Shevill*, seule la juridiction du lieu de l'évènement causal est habilitée à prononcer une décision globale.

L'autre argument de Brokat avait pour objectif de démontrer que même si ses services avaient pour nom « Payline », elle ne visait pas le marché français et ne pouvait donc pas faire concurrence à la société SG2 sur le territoire français. Brokat insista fortement sur le caractère territorial des droits de propriété industrielle et releva que deux marques identiques pouvaient valoir sur deux zones géographiques différentes.

Dans son ordonnance du 13 octobre 1997, le tribunal, après avoir rappelé les enseignements de l'arrêt *Shevill*, se déclara néanmoins compétent, au terme d'une motivation assez concise⁸⁵:

« Qu'ainsi la société Brokat pouvait être attraitée devant cette juridiction, que la diffusion d'Internet étant par nature mondiale et accessible en France, le dommage a lieu sur le territoire français ; que par ailleurs le colloque auquel doit assister Brokat se trouve en France.

Que compétent territorialement, le juge français doit sanctionner les faits argués de contrefaçon et appliquer les sanctions prévues par le code de la propriété intellectuelle et qu'il importe peu que la diffusion sur Internet soit mondiale, que l'inverse aurait pour conséquence de nier la protection d'une marque sur le territoire où elle est protégée.

Qu'il convient de rejeter l'exception d'incompétence ».

2) Affaire Castellblanch

50. Il faudra attendre 2003 pour que la Cour de cassation de France se penche sur un litige relatif à une contrefaçon de marque entaché d'un élément d'extranéité⁸⁶. Il s'agit de l'affaire *Castellblanch*.

La société Champagne Louis Roederer était titulaire, en France, de la marque « Cristal ». La société espagnole Castellblanch, productrice de vins mousseux, était, quant à elle, titulaire de la même marque « Cristal » en Espagne. Or, cette société espagnole utilisait sur son site

⁸⁵ T.G.I. Nanterre (réf.), 13 octobre 1997, disponible sur <http://www.legalis.net/spip.php?article442> (affaire *Payline*).

⁸⁶ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 9 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 276 (affaire *Castellblanch*).

internet, aux fins de promotion de son vin mousseux, « sa » marque « Cristal ». La société française constatant cela agit devant le Tribunal de grande instance de Reims en cessation de la diffusion de la marque litigieuse par Castellblanch et en réparation du dommage subi consécutivement à cette diffusion. La défenderesse contesta la compétence internationale des juges français et, sur contredit, l'épineuse question arriva devant la Cour d'appel de Reims qui confirma la compétence du tribunal rémois et lui renvoya, en conséquence, le litige. Castellblanch décida alors de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Reims du 22 novembre 2000.

Le moyen de cassation de Castellblanch était le suivant : la compétence fondée sur le lieu où le dommage est subi, en vertu de l'article 5 (3), présuppose que le dommage ait réellement été subi dans le for saisi et non qu'il y soit théoriquement possible. Par cet argument, Castellblanch voulait mettre en évidence que son site était purement passif et qu'il ne visait pas le territoire français, et que par conséquent il ne pourrait survenir de réel dommage en France⁸⁷.

La Cour de cassation décida cependant « *qu'en matière de contrefaçon, quel que soit le procédé utilisé, l'option posée par l'article 5,3, de la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989⁸⁸ applicable en la cause, doit s'entendre en ce que la victime peut exercer son action soit devant la juridiction de l'Etat du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'Etat contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon se trouve diffusé, apte à connaître seulement des dommages subis dans cet Etat ; qu'en admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne, la cour d'appel qui a constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel, a légalement justifié sa décision ».*

51. Cet arrêt *Castellblanch* se situe dans la lignée des deux décisions internes précédemment exposées. Cela dit, puisque ce litige relatif à la marque « Cristal » concerne plusieurs pays, l'Espagne et la France, elle nous inspire quelques réflexions.

Les deux marques « Cristal » sont identiques, mais parfaitement valables, chacune sur leur territoire respectif (puisqu'il est question de marques nationales). Or, si l'on suit le raisonnement de la Cour de cassation de France, dès lors qu'une entreprise, valablement titulaire d'une marque dans un pays, venait à utiliser celle-ci sur son site internet, elle pourrait se voir assigner – et potentiellement condamner – dans tous les autres Etats où la même marque appartient à un autre titulaire. On pourrait d'ailleurs penser, avec une certaine ironie, que Castellblanch aurait pu attaquer, devant les tribunaux espagnols, la société Louis Roederer, si d'aventure celle-ci utilisait le signe « Cristal » sur son propre site,

⁸⁷ Cela ne ressort pas explicitement du moyen tel que repris par la Cour de cassation dans son arrêt, mais voyez 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.*, n°3.

⁸⁸ La Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 est une Convention par laquelle certains nouveaux Etats devinrent parties de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. La Convention de Saint-Sébastien apporta également des modifications quant au contenu de la Convention de Bruxelles.

celui-ci étant accessible en Espagne ! Il convient donc d'admettre, avec d'autres⁸⁹, que la solution retenue par la Cour de cassation de France – en matière de marques en tout cas ! – n'est pas totalement satisfaisante car elle revient à potentiellement paralyser l'utilisation d'une marque nationale sur la toile.

L'on peut toutefois tempérer cette critique en estimant que la Cour n'a jugé que sur le plan de la compétence, ce qui implique que le juge du fond pourrait estimer que le dommage n'est pas établi. Dit autrement, l'on pourrait soutenir que du point de vue de la compétence, alléguer un dommage suffit, mais qu'il faudrait encore le prouver lors de l'examen du fond. Comme l'explique O. CACHARD, « *les juridictions [françaises] ne se contentent pas d'une allégation de dommage pour entrer en voie de condamnation* »⁹⁰. Dans ce schéma, la théorie de l'accessibilité permettrait d'alléguer systématiquement un dommage afin de fonder la compétence d'un juge mais il faudrait, naturellement, plus pour obtenir gain de cause. Cela étant, il y a fort à craindre que, selon cette théorie, le juge se déclarant compétent en vertu du dommage découlant de la simple accessibilité retienne également ce dommage lors de la condamnation. Précisément, l'arrêt *Hugo Boss*, que nous examinerons ci-après, analyse la question de l'accessibilité au regard du droit matériel, et non sous l'angle de la compétence. La transition est toute trouvée !

C. Affaire Hugo Boss⁹¹

52. La société Hugo Boss était titulaire de différentes marques notamment intitulées « Hugo Boss », « Boss » et « Boss Hugo Boss ». La société allemande Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH exploitait un site internet sur lequel la marque « Boss » était reproduite à seize reprises. En première instance, le juge français condamna la société allemande à cesser tout usage, sur son site internet, de la marque litigieuse, sous peine d'astreinte.

Quelques temps plus tard, Hugo Boss agit devant la Cour d'appel de Paris afin d'obtenir la liquidation de l'astreinte. Mais celle-ci refusa au motif que « *l'usage des marques « Boss » sur le site Internet de la société Reemtsma ne constituerait pas une infraction à l'interdiction de tout usage de ces marques prononcée par le jugement du 23 juin 2000, car ledit site, rédigé en langues étrangères et dont il résultait que les produits n'étaient pas disponibles en France, n'aurait pas visé le public de France* »⁹².

La société Hugo Boss forma un pourvoi en cassation, arguant que la Cour d'appel ne s'en tenait pas à aux conséquences légales de ses propres constatations puisque le site de la défenderesse contenait notamment, sur la page d'accueil, l'expression « bienvenue ». Par

⁸⁹ TH. . VERBIEST et E. WERY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 481, spéc. n° 937 ; J. PASSA, « Territorialité de la marque et protection contre un signe exploité sur un site internet étranger », 14 mars 2005, *op. cit.*, p. 1, n°3. ; A. NUYTS, K. SZYCHOWSKA, N. HATZIMIHAÏL, « Cross-Border Litigation In Intellectual Property Matters In Europe », *op. cit.*, p. 33, n°62.

⁹⁰ O. CACHARD, « Jurisdiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *op. cit.*, p. 19, n°14.

⁹¹ Cass. fr. (ch. comm.), 11 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 428 (affaire *Hugo Boss*).

⁹² Passage de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (8^e ch.), 27 juin 2002 cité par l'arrêt de la Cour de cassation.

conséquent, la société Hugo Boss considérait que le site était également destiné au public français.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi en considérant que le site litigieux n'était pas destiné au public français. Cela dit, il est intéressant d'observer que la Cour suprême ne retint comme critère que celui de la disponibilité des produits en France, sans faire expressément référence à celui des langues⁹³.

53. Cet arrêt *Hugo Boss* nous enseigne que, sur le plan de la condamnation, il faut plus qu'une simple accessibilité : le public français doit être visé et les produits doivent pouvoir être achetés en France, à partir dudit site.

Du point de vue du fond du litige, nous sommes donc rassurés : le juge, bien que compétent sur base d'une simple accessibilité et d'un dommage simplement allégué, doit examiner de manière plus approfondie l'étendue du dommage, sa réalité, et son *quantum*, avant de prononcer une quelconque condamnation. La théorie de l'accessibilité appliquée à la compétence n'implique donc pas, selon l'enseignement de la Cour de cassation dans cet arrêt, la condamnation systématique au fond. Le risque d'impossibilité de coexistence des marques nationales appartenant à divers titulaires sur Internet paraît donc écarté.

Cela étant, nous ne savons toujours pas, à la lecture de cet arrêt *Hugo Boss*, si cet examen de la cible du site ou de disponibilité des produits doit également être diligenté par le juge au moment d'accepter ou de décliner sa juridiction.

D. Affaire Acet

54. Monsieur Fernand S. agit, devant le Tribunal de grande instance de Paris, contre la société de droit libanais Acet, en présence de la société de droit français Normalu, intervenante volontaire.

Le cadre factuel peut être résumé comme suit. Monsieur Fernand S. était titulaire de la marque française « **CEILINGS THAT S-T-R-E-T-C-H YOUR IMAGINATION - LE PLAFOND QUI E-T-E-N-D VOTRE IMAGINATION** ». Acet, quant à lui, était un ancien distributeur des produits fabriqués par M. Fernand S. Or, Acet continuait à utiliser la marque susmentionnée sur son site internet, lequel était – comme bien souvent ! – accessible en France. M. Fernand S. fit procéder à la constatation de cette utilisation et de cette accessibilité au moyen d'un constat d'huissier. Il assigna ensuite son ancien distributeur devant le Tribunal de grande instance en contrefaçon de sa marque. L'objet de sa demande était double : obtenir une réparation de 100.000 EUR. et obtenir des mesures d'interdiction et de publication.

Comme de coutume, dans ces affaires, la société Acet souleva un déclinatoire de juridiction, au motif que le litige n'entretenait pas de lien de rattachement suffisant avec la France. Selon elle, les tribunaux compétents étaient les tribunaux libanais.

⁹³ Cass. fr. (ch. comm.), 11 janvier 2005, précité (affaire *Hugo Boss*).

Le Tribunal de grande instance rejeta ce déclinatoire, respectant à la lettre la jurisprudence bien ancrée⁹⁴. Cela étant, sur le fond du litige, le juge appliqua des critères spécifiques et il débouta Monsieur Fernand S. ainsi que la société Normalu, au motif que le site était exclusivement rédigé en anglais (même lorsque l'on cliquait sur le drapeau français), que la seule adresse de livraison était libanaise, qu'il n'était pas prouvé que le site soit dirigé vers le public français... Ce jugement se situe dans le sillon de la jurisprudence *Hugo Boss* (compétent dès qu'accessible ; mais vérification de la réalité du dommage sur le fond).

Fernand S. et Normalu interjetèrent appel de ce jugement et Acet conclut, à nouveau, à l'incompétence des juges français. La question resurgit donc devant la Cour d'appel de Paris. Mais celle-ci, contrairement au Tribunal de grande instance, va déclarer l'ordre judiciaire français sans juridiction⁹⁵ :

« Mais considérant que, sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont eu pour support technique le réseau internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué ;

Or considérant que, en l'espèce, force est de constater que le site www.barrilux.com exploité par la société Acet qui est rédigé en langue anglaise, n'offre aux consommateurs français aucun produit à la vente, circonstance, au demeurant non contestée par les appelants qui, par ailleurs, n'allèguent pas que les produits ou services proposés sur ce site aient été effectivement vendus ou exploités en France ;

Et considérant que la seule reproduction partielle de la marque litigieuse ne saurait caractériser, de ce seul fait, un lien suffisant, substantiel ou significatif, avec le préjudice allégué de nature à permettre au tribunal de grande instance de Paris de retenir sa compétence territoriale ».

55. La Cour d'appel de Paris a donc fait un pas de plus, dans son arrêt du 26 avril 2006, en limitant la compétence internationale des juges français par l'exigence d'un « *lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué* ». Est-ce à dire que la Cour d'appel consacre la théorie de la focalisation ? La réponse à cette question est, à notre modeste estime, affirmative car la Cour illustre ce lien substantiel ou significatif par la langue du site et l'offre aux consommateurs français, lesquels constituent des critères classiques usités par la théorie du ciblage ou de la focalisation.

A la suite de cet arrêt *Acet*, la question essentielle était de savoir si la Cour d'appel de Paris allait être suivie par d'autres juridictions et surtout par la Cour de cassation.

E. Affaire Gep Industries

⁹⁴ T.G.I. Paris, 7 janvier 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20050107.pdf> (affaire ACET).

⁹⁵ Paris (4e ch.), 26 avril 2006, disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1653 (affaire ACET).

56. L'affaire *Gep Industries* diffère quelque peu des décisions que nous avons développées jusqu'ici, puisqu'il y était question de concurrence déloyale ainsi que d'un modèle de chaussures, et non d'une contrefaçon de marque.

La société Gep fabriquait un modèle de chaussure appelé "Nerval/s" et reprochait à la société allemande HSM Schuhmarketing de commercialiser une copie servile de ce modèle de chaussure par le biais de son site internet. Elle prétendait avoir subi un dommage en France et saisit donc le Tribunal de commerce. HSM Schuhmarketing se défendit de commercialiser les modèles de chaussures en France, ce qui impliquait nécessairement qu'aucun dommage ne pouvait être allégué pour le territoire de l'Hexagone et que, par conséquent, le tribunal français ne pouvait en aucun cas justifier sa compétence. Pourtant, le Tribunal de commerce rejeta le déclinatoire et la Cour d'appel d'Angers confirma la compétence de celui-ci le 9 mars 2004.

Reprochant à la Cour d'appel d'Angers d'avoir confirmé la compétence internationale du Tribunal de commerce et de ne pas avoir tenu compte de ce que son site était complètement rédigé en allemand et de ce que les articles litigieux n'étaient destinés qu'au territoire allemand, la société HSM se pourvut en cassation.

La Cour de cassation confirma l'arrêt de la Cour d'appel : « *Mais attendu que, constatant la représentation sur le site internet incriminé d'un modèle de chaussures dont il était prétendu qu'il caractérisait une concurrence déloyale envers le plaignant, la cour d'appel a exactement retenu sa compétence dès lors que les faits allégués de commercialisation de ces produits sur le territoire national seraient susceptibles de causer un préjudice ; que le moyen n'est pas fondé* »⁹⁶.

57. Contrairement à la Cour d'appel de Paris, en 2006, à l'occasion de l'affaire *Acet*, la Cour de cassation n'a pas accepté la théorie du ciblage ou de la focalisation, afin de déterminer si le Tribunal de commerce était ou non internationalement compétent. Cela signifie donc qu'en 2007, la position de la Cour de cassation de France demeure constante et conforme à l'arrêt *Castellblanch* : dès lors qu'un dommage est invoqué en France, les juridictions de cet Etat sont internationalement compétentes sur pied de l'article 5 (3) ou de l'article 46 du NCPC.

Observons toutefois que certains auteurs sont incertains quant à l'enseignement à déduire de cet arrêt. H. GAUDEMET-TALLON, par exemple, après avoir rappelé qu'une première interprétation de cet arrêt place celui-ci dans le sillon de la jurisprudence *Castellblanch*, s'interroge sur le fait de savoir si « *la chambre commerciale en mentionnant 'les faits allégués de commercialisation' ne considère pas que la simple accessibilité du site ne suffirait pas pour fonder la compétence judiciaire française mais qu'il faudrait qu'il y ait des possibilités de commercialisation en France. (...)* », avant d'ajouter qu' « *il faudra sans doute attendre pour avoir plus de certitudes* »⁹⁷. Il est vrai que l'énoncé de l'arrêt de la Cour suprême est ambigu mais pourquoi la Cour suprême eût-elle rejeté le pourvoi si elle exigeait véritablement une « possibilité de

⁹⁶ Cass. fr. (ch. comm.), 20 mars 2007, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1893 (affaire *Gep Industries*).

⁹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », *op. cit.*, pp. 736-737, n°7 et 8.

commercialisation en France », et non une simple allégation de celle-ci, comme paraît le suggérer H. GAUDEMET-TALLON ? En effet, ne perdons pas de vue que la Cour d'appel confirma la compétence des juges français, alors que Gep n'apportait pas la preuve de la commercialisation potentielle en France et HSM niait celle-ci.

F. Affaires Real de Madrid et L'Oréal c. eBay

1) Affaire Real de Madrid

58. L'arrêt que nous allons maintenant examiner diffère lui aussi, sur le plan factuel, des décisions examinées précédemment, puisque le litige était relatif au droit au nom et à l'image. Cet arrêt n'en est pas moins intéressant et ce à plusieurs titres d'ailleurs. Observons, d'ailleurs, qu'une affaire tout à fait semblable a été portée devant la justice belge et qu'il sera intéressant de comparer *infra* la solution apportée par les juges de ce pays.

59. Le contexte factuel de cette affaire est un peu complexe, avec de nombreux demandeurs et d'aussi nombreux défendeurs à la cause. L'objectif n'étant pas de relayer tous les rebondissements procéduraux, nous nous en tiendrons à la question de la compétence internationale des juges français.

60. En quelques mots, le Real de Madrid et plusieurs de ses joueurs, dont Zinedine Zidane, David Beckham, Ronaldo et Figo assignèrent, en juillet 2005, devant le Tribunal de grande instance de Paris, plusieurs entreprises exploitant des sites de paris en ligne. Il était reproché à celles-ci d'utiliser, sur leur site respectif, l'image et le nom du club ainsi que ceux des joueurs, et ce sans en avoir obtenu l'autorisation préalable. Le dommage pouvait, selon les demandeurs, être souffert à Paris. La plupart de ces entreprises de paris en ligne étaient des sociétés de droit anglais mais l'une d'entre elles relevait du droit antiguanais, ce qui amena les demandeurs à fonder la compétence du Tribunal de grande instance tant sur l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I (vis-à-vis de sociétés européennes) que sur l'article 46 NCPC (vis-à-vis de la société de droit antiguanais). Les défendeurs soulevèrent, bien entendu, l'incompétence dudit Tribunal, lequel déclara avoir juridiction pour certaines demandes. Suite à cette déclaration d'incompétence seulement partielle, l'une des entreprises attraites à la cause fit appel de la décision du Tribunal.

L'affaire se retrouva donc aux mains de la Cour d'appel de Paris et le raisonnement de celle-ci est très intéressant. Elle confirma d'abord qu'il y avait bien lieu d'appliquer distributivement l'article 5 (3) et l'article 46 susmentionnés, selon le lieu du siège des défenderesses. La Cour d'appel rappela ensuite les enseignements de l'arrêt *Shevill*. Puis, elle considéra que « l'existence d'un fait dommageable susceptible de s'être produit en France suppose que soit constatée la réalité d'un lien suffisant, substantiel ou significatif des faits délictuels invoqués avec le territoire français »⁹⁸.

⁹⁸ Paris (11^e ch.), 14 février 2008, disponible sur <http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/256-1.pdf> (affaire *Real de Madrid*).

Afin d'établir ce lien, la Cour s'intéressa à plusieurs critères. Elle constata, en premier lieu, qu'aucun des sites litigieux n'était hébergé en France. Concernant la langue, les sites « *ladbrokes.com* » et « *betfair.com* » n'étaient pas rédigés en français alors qu'ils l'étaient en de nombreuses langues ; un autre site – « *miapuesta.com* » – n'était, quant à lui, rédigé qu'en espagnol. L'un des sites – « *willhill.com* » – ne proposait aucun pari sur les matchs de football français ; s'agissant des autres sites, s'ils permettaient effectivement de parier sur des matchs français, cela ne représentait qu'une faible proportion au regard de l'ensemble des matchs proposés. Du reste, la Cour se rendit compte que très peu de parieurs français participaient aux sites litigieux : sur le site « *ladbrokes.com* », seulement 4 paris avaient été réalisés depuis la France entre 2004 et 2008 ; sur le site « *betfair.com* », seulement 2 et sur le site « *willhill.com* », les paris concernant Zidane, Beckham et Figo s'élevaient respectivement à 0,00044%, 0,00017% et 0,00041% du nombre total de paris.

Au vu de tous ces éléments, la Cour d'appel de Paris en conclut que « *par leur mode de fonctionnement et leur contenu, **les sites Internet en cause ne sont pas destinés au public français autrement que de façon marginale** (...) ; que le fait dommageable invoqué ne présente pas, dans ces conditions, un lien suffisant, substantiel ou significatif avec le territoire français* ». En conséquence, la Cour d'appel décida que le Tribunal de grande instance de Paris n'était pas internationalement compétent pour connaître de ce litige.

2) Affaire L'Oréal c. eBay

61. Dans la foulée de l'arrêt *Real de Madrid* et malgré l'apparent refus de la Cour de cassation de conditionner la juridiction des tribunaux français au constat que le territoire français soit visé par un acte de contrefaçon, la Cour d'appel de Paris poursuivit dans la voie de la résistance et s'en tint, lors d'une affaire *L'Oréal c. eBay*, à sa propre jurisprudence *Acet*.

62. Plusieurs sociétés titulaires de marques de produits de luxe, comme L'Oréal, se plaignirent, devant le Tribunal de grande instance de Paris, de ce que les sociétés eBay utilisaient ces marques, très réputées, auprès du moteur de recherche Google afin de générer du trafic sur leurs sites de ventes aux enchères. eBay aurait donc, selon ces titulaires de marques, tiré indûment profit de la réputation de ces marques.

Devant le juge de la mise en état, les sociétés eBay soulevèrent notamment une exception d'incompétence internationale. Le juge de la mise en état rejeta cette exception, au motif qu'il n'avait pas à apprécier le fond de la responsabilité des sociétés eBay. Les défenderesses décidèrent, en conséquence, d'interjeter appel de cette décision. Les demanderesses, intimées en appel, opposèrent que leur demande avait pour objet la réparation d'un préjudice subi en France et que, par conséquent, l'exception d'incompétence devait être rejetée.

La Cour d'appel de Paris rappela, en premier lieu, que les parties étaient d'accord sur l'application de l'article 5 (3) d'une part et sur l'article 46 du NCPC d'autre part. Par conséquent, puisque « *les faits incriminés sont fondés sur les campagnes publicitaires à destination du public français et sur la réparation d'un préjudice éprouvé en France par l'usage non autorisé de leurs marques communautaires et françaises* », la Cour d'appel en conclut que c'est « *à bon droit que le premier juge a, relevant que les actes incriminés **étaient susceptibles d'avoir un impact***

économique sur le public français retenu la compétence du tribunal de grande instance de Paris et précisé qu'il appartiendra à celui-ci d'apprécier le bien fondé de l'action dans la limites des demandes qui lui sont formulées (...) »⁹⁹.

63. Même si celle-ci n'emploie pas les mêmes termes que dans son arrêt *Acet*, nous sommes d'avis que la Cour d'appel de Paris souscrit une nouvelle fois à la théorie du ciblage : pas de compétence pour le juge français si le site étranger n'a pas d'impact sur le public français.

G. Affaire Il Foglio

64. L'arrêt de la Cour de cassation que nous allons examiner paraît, de prime abord, tout à la fois séduisant et particulier. Séduisant parce qu'il concerne le droit d'auteur, sujet qui nous occupe. Particulier parce qu'il s'agit d'une décision en matière pénale. Certains auteurs, cependant, considèrent que cette décision est pertinente¹⁰⁰ ; nous discuterons cette pertinence, après avoir présenté cette affaire.

65. Les faits sont assez simples. Antonio Tabucchi était l'auteur d'un article qui devait paraître dans le journal français *Le Monde*. Or, en octobre 2003, sans l'accord d'Antonio Tabucchi, ni l'accord du journal *Le Monde*, le quotidien italien *Il Foglio* a traduit et reproduit sur son site internet, ainsi que dans un exemplaire de son journal papier, l'article en question. Une plainte fut déposée et une procédure pénale engagée, avant que l'affaire soit renvoyée devant le Tribunal correctionnel, puis, sur recours, devant la Cour d'appel de Paris.

La question au cœur de ce litige est celle de savoir si les juridictions françaises étaient ou pas compétentes pour connaître de cette contrefaçon en ligne. Spécificité du cas d'espèce : il s'agissait d'une affaire pénale. Le prévenu, Giuliano Ferrara, considérait qu'aucun élément constitutif du délit de contrefaçon ne s'était produit en France¹⁰¹. La Cour d'appel de Paris avait justifié sa juridiction sur base des articles 113-7 et 113-2¹⁰² du Code pénal français : « que l'article publié sur le site Internet du journal est visible par tous les internautes, les pages du quotidien étant téléchargeables en format « pdf » et donc consultables en France (...); que, contrairement à ce qui est soutenu par le prévenu, en matière de contrefaçon sur le réseau Internet est compétente la juridiction dans le ressort de laquelle il est possible d'avoir accès au site litigieux »¹⁰³.

⁹⁹ Paris (4e ch.), 19 décembre 2008, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2519 (affaire *L'Oréal c. eBay*).

¹⁰⁰ Voy. par exemple: A. BESOUSSAN, « Internet, délit, compétence des juridictions françaises », 13 novembre 2008, disponible sur <http://www.alain-bensoussan.com/avocats/internet-delit-competence-des-juridictions-francaises/2008/11/13> (16/04/2011) et H. DE LA MOTTE ROUGE, « Compétence des juridictions françaises en matière de délit commis à l'étranger par Internet », 6 mars 2009, disponible sur <http://www.e-juristes.org/jurisprudence-3/> (16/04/2011).

¹⁰¹ Repris par Cass. fr. (ch. crim.), 9 septembre 2008, *R.I.D.A.*, 2008, p. 489 (affaire *Il Foglio*).

¹⁰² Art. 113-7 : « La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. » ;

Art. 113-2 : « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

¹⁰³ Repris par Cass. fr. (ch. crim.), 9 septembre 2008, précité, p. 491 (affaire *Il Foglio*).

Giuliano Ferrara se pourvut en cassation, au motif que la Cour d'appel de Paris n'avait pas vérifié, alors qu'elle y avait été invitée, si le site italien du quotidien *Il Foglio* était destiné au public situé sur le territoire français et s'il existait un rattachement suffisant avec la France. Selon le prévenu, la Cour d'appel n'avait pas établi que l'un des éléments de la contrefaçon avait été commis sur le territoire de l'Hexagone. De plus, en ne répondant pas aux arguments soutenus dans ses conclusions, Giuliano Ferrara reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir motivé son arrêt.

C'est précisément sur le problème de motivation que la Cour de cassation censura la Cour d'appel de Paris¹⁰⁴ : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi sans répondre aux conclusions du prévenu qui, pour contester la compétence des juridictions françaises, faisait valoir que le journal, dans lequel l'article avait été publié en Italie, n'était pas diffusé en France dans sa version papier et que le site internet, accessible à partir de l'adresse www.ilfoglio.it, était exclusivement rédigé en langue italienne et n'était pas destiné au public du territoire français, aucune commande du quotidien ne pouvant être effectuée à partir du territoire français, la cour d'appel, à qui il appartenait de vérifier si les faits avaient été commis en France dès lors que la perpétration de la contrefaçon sur le territoire français est un élément constitutif de cette infraction, n'a pas justifié sa décision* ».

66. Si l'on fait fi de ce que cet arrêt est relatif à la compétence pénale des juges français¹⁰⁵, il n'en demeure pas moins que cet arrêt ne fait, selon nous, que sanctionner le manque de motivation des juges d'appel, lesquels n'ont pas répondu aux arguments du prévenu relatifs à leur incompétence. Pour nous, la Cour suprême ne censure que cela ! A la lecture de cet arrêt, et sauf à l'interpréter, nous ne pouvons comprendre rien d'autre : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi sans répondre aux conclusions du prévenu (...) la cour d'appel (...) n'a pas justifié sa décision* ».

Cet arrêt n'est donc pas, à nos yeux, un arrêt de principe car la Cour de cassation n'y prend pas position, ni dans le sens de la théorie de l'accessibilité, ni dans le sens de celle de la focalisation. En conséquence, nous ne pouvons partager l'avis des auteurs susmentionnés, pour lesquels la Cour de cassation se serait prononcée en faveur de la théorie de la focalisation¹⁰⁶. Du reste, dans l'hypothèse où la Cour de cassation de France aurait pris position, nous ne sommes pas certains que la solution serait, telle quelle, transposable à l'interprétation des articles 5 (3) et 46, tous deux relatifs à la compétence civile.

H. Affaire Hernan Gazmuri

67. Après cette excursion dans le monde de la procédure pénale, revenons-en à une affaire plus classique !

¹⁰⁴ Cass. fr. (ch. crim.), 9 septembre 2008, précité, p. 501 (affaire *Il Foglio*).

¹⁰⁵ Ce qui n'est pas si problématique puisque l'article 113-2 du Code pénal confère la compétence aux juges français de connaître d'une infraction si l'un de ses éléments constitutifs a eu lieu en France. Le problème est donc similaire à celui rencontré en matière civile et commerciale : la réception d'un site étranger à partir du territoire français suffit-il pour qu'un élément constitutif de l'infraction ait lieu en France ?

¹⁰⁶ A. BESOUSSAN, « Internet, délit, compétence des juridictions françaises », *op. cit.* et H. DE LA MOTTE ROUGE, « Compétence des juridictions françaises en matière de délit commis à l'étranger par Internet », *op. cit.*

Précisément, en matière de droit d'auteur, la Cour d'appel de Paris a rendu, le 9 septembre 2009, un arrêt qui mérite l'attention¹⁰⁷.

68. La fille et la veuve du peintre chilien Hernan Gazmuri prétendaient être héritières des droits d'auteur de ce dernier, décédé en 1979, en vertu du droit successoral chilien. Celles-ci s'aperçurent en 2004 que plusieurs toiles de Hernan Gazmuri étaient représentées sur le site du Musée national des Beaux-arts chilien. De plus, se trouvaient sur le même site des informations bibliographiques erronées. Pour ces faits, et d'autres mais qui ne nous intéressent pas spécialement en l'espèce, la fille et la veuve 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 Monsieur Justo P. ainsi que la République du Chili, car le Musée National des Beaux-Arts dépendait directement de l'Etat chilien.

La fille et la veuve du peintre considéraient que le dommage était souffert en France et que l'article 46 du NCPC leur permettait donc d'attirer tous ces défendeurs devant les juridictions françaises. Les défendeurs s'opposaient à ce raisonnement. Le Tribunal de grande instance se déclara, toutefois, compétent au terme d'un raisonnement assez intéressant¹⁰⁸ :

« En l'espèce, le site "artistasplasticoschilenos.cl" est un site d'informations sur les oeuvres détenues par le Musée National des Arts Plastiques chilien, rédigé en langue espagnole et enregistrée en ".cl" non référencé de manière prépondérante par les moteurs de recherche utilisés en France.

S'agissant d'un site d'informations présentant des œuvres d'art plastique, le présent Juge considère que le critère de l'offre effective à la vente ne saurait ici s'appliquer, le site n'étant pas destiné à la vente de tableaux.

Compte-tenu de la nature informative de ce site, le tribunal considère que les internautes ciblés sont constitués des amateurs d'art du monde entier ; qu'il importe peu que ce site soit rédigé en langue espagnole et difficilement accessible par les moteurs de recherche depuis la France, qu'en effet, les amateurs de l'œuvre de Hernan G. connaissant la nationalité de ce dernier sont naturellement portés à rechercher les sites édités par les musées chiliens susceptibles de reproduire des tableaux de cet artiste, ces reproductions étant appréhendables par l'internaute indépendamment de la langue des commentaires d'accompagnement.

Dans ces conditions, le présent Juge considère que le tribunal de grande instance de Paris est compétent pour connaître des actes de contrefaçon reprochés à L'Etat Chilien. »

69. En appel, la Cour confirma la compétence du Tribunal de grande instance de Paris pour la contrefaçon en ligne, dans un raisonnement très proche de celui du juge de la mise en état¹⁰⁹ :

« 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, fut-il rédigé en langue espagnole et édité au Chili, il vise nécessairement tant le public des

¹⁰⁷ Paris (1^{ère} ch.), 9 septembre 2009, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2730 (affaire Hernan Gazmuri).

¹⁰⁸ T.G.I. Paris, 3 septembre 2008, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2417 (affaire Hernan Gazmuri).

¹⁰⁹ Paris (1^{ère} ch.), 9 septembre 2009, précité (affaire Hernan Gazmuri).

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'oeuvre 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 »

70. Cette affaire est essentielle, à nos yeux, car elle illustre une perspective radicalement différente de ce que nous avons examiné jusqu'ici. En droit des marques ou de la concurrence déloyale, nous nous sommes rendu compte qu'il était toujours question de produits vendus par le biais d'un site internet. Ici, au contraire, il s'agissait d'un site purement informatif. Rien à acheter donc ! Dans ces circonstances, il est évident que l'approche doit être différente. Ce litige se rapproche, en quelque sorte, d'une affaire en matière de diffamation, d'atteinte à la vie privée ou d'atteinte à la réputation, pour lesquelles l'on ne saurait, par définition, retenir le critère de la distribution ou de la vente des produits pour fonder la compétence internationale d'un juge.

Nous reviendrons nécessairement sur l'approche de cet arrêt (et du jugement préalable) dans le chapitre suivant, au moment de tirer les conclusions sur l'interprétation de l'article 5 (3) et des dispositions nationales similaires.

71. Observons encore qu'un pourvoi en cassation fut dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, commenté ci-dessus. Nous ne l'examinerons pas car la Cour suprême prononça la cassation dudit arrêt pour violation du privilège de juridiction de l'Etat chilien¹¹⁰.

I. Affaire Maceo

72. La société Maceo créait, fabriquait et distribuait des vêtements de prêt-à-porter. Elle était titulaire de plusieurs signes distinctifs, dont l'un d'entre eux était une marque française « April 77 ». Cette entreprise s'était rendue compte que sa marque était reproduite et utilisée sur le site « www.ebay.com » par le biais d'annonces. Comme souvent dans ce genre de litiges, Maceo fit appel à un huissier afin que celui-ci établisse le constat de cette utilisation. Maceo demanda également à l'huissier d'acheter un jean arborant la marque en question. Après mise en demeure, Maceo assigna, en juin et juillet 2008, les sociétés eBay Inc. de droit du Delaware, eBay Europe Sarl de droit luxembourgeois ainsi qu'eBay France devant le Tribunal de grande instance de Paris. L'objet de la demande consistait à obtenir la cessation des actes de contrefaçon de marque ainsi qu'une indemnisation. Les sociétés eBay soulevèrent l'incompétence internationale du tribunal français, mais le juge de la mise en état écarta le déclinatoire par ordonnance du 5 mai 2009. Les sociétés défenderesses interjetèrent appel de cette ordonnance.

¹¹⁰ Pour en savoir plus voy. Cass. fr. (ch. civ.), 9 mars 2011, D., 2011, p. 889 (affaire *Hernan Gazmuri*).

La Cour d'appel de Paris fut donc saisie du versant compétence dans ce litige. Les sociétés eBay lui rappelèrent que le critère de l'accessibilité était, peu à peu, abandonné par la jurisprudence ; que celui de l'orientation du site devait être utilisé ; qu'il était nécessaire d'établir un « lien suffisant, substantiel ou significatif » avec le territoire français ; et enfin que les sites eBay contestés n'étaient pas destinés à la France : ces sites étaient rédigés en anglais et ne proposaient qu'un renvoi vers le site « www.ebay.fr ». *A contrario*, Maceo considérait que la théorie de l'accessibilité était toujours à l'ordre du jour et qu'en tout état de cause, le lien avec la France était établi, puisqu'il était possible de se faire livrer en France.

Face à ces deux thèses, la Cour trancha comme suit¹¹¹ :

« Considérant qu'il convient de faire une distinction entre les critères permettant de déterminer l'éventuelle compétence du juge français, qui, ne préjugant bien évidemment pas de la décision au fond, ne doivent pas, par une excessive complexité, interdire l'accès à un juge dans un délai raisonnable, et ceux permettant à ce juge d'apprécier concrètement si les faits allégués constituent ou non une contrefaçon ;

Considérant qu'il est établi que le site exploité aux Etats-Unis d'Amérique est accessible sur le territoire français ; que le préjudice allégué, ni virtuel, ni éventuel, subi sur ce territoire, peut donc être apprécié par le juge français, sans qu'il soit utile de rechercher s'il existe ou non un lien suffisant, substantiel ou significatif entre les faits allégués et le territoire français ; qu'il importe donc peu que les annonces du site litigieux soient rédigées en anglais, la compréhension de quelques mots basiques en cette langue étant aisée pour quiconque ; que la vente en France de produits prétendus contrefaisant est établie ; et que l'appellation ".com" n'emporte aucun rattachement à un public d'un pays déterminé ».

73. Le libellé de cet arrêt est étrange. Lorsque l'on s'attarde sur le début du raisonnement de la Cour d'appel de Paris, on a l'impression qu'elle consacre la théorie de l'accessibilité (distinction critères compétence-fond ; ne pas utiliser un examen de compétence excessif ; le site américain est accessible sur le territoire français ; nul besoin de rechercher un lien suffisant, substantiel ou significatif...). Cependant, la Cour ajoute – dans un raisonnement, il faut l'admettre, quelque peu brouillon ! – que « *la vente en France de produits prétendus contrefaisant est établie* ».

Ces deux approches paraissent, de prime abord, contradictoires. La Cour a-t-elle voulu signifier que l'accessibilité suffit pour justifier sa compétence, mais que, en tout état de cause, même si l'on doutait de la théorie de l'accessibilité, elle n'en serait pas moins compétente, en l'espèce, vu la possibilité d'achat des produits à partir de la France ?

Ou, au contraire, la Cour a-t-elle voulu, une nouvelle fois, consacrer la théorie de la focalisation¹¹², tout en affinant sa conception de celle-ci et en délaissant, par conséquent, une kyrielle de critères peu pertinents (langue, extension de nom de domaine) pour n'en retenir qu'un en particulier (la disponibilité des produits en France ou la possibilité d'acheter les contrefaçons à partir de l'Hexagone) ?

¹¹¹ Paris (2e ch.), 2 décembre 2009, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2795 (affaire Maceo).

¹¹² N'oublions pas que la Cour d'appel de Paris a délaissé la simple accessibilité dans plusieurs décisions, examinées *supra* : affaires *Acet*, *Real de Madrid* et *L'Oréal c. Ebay*.

74. Personnellement, et contrairement à certains¹¹³, nous étions, à l'origine, d'avis que la Cour d'appel de Paris s'en référait, une fois encore, à la théorie de la focalisation puisqu'elle indiqua, dès l'abord, qu'il convenait de rechercher *les* critères permettant de fonder sa compétence internationale. Certes, ceux-ci ne pouvaient pas être excessifs, mais il convenait de les employer. Ensuite, la Cour s'attela à opérer un tri parmi ces critères et en retint deux : l'accessibilité et la vente des produits en France. Or, dès lors que l'on ajoute la vente des produits vers un territoire à la simple accessibilité, c'est que l'on veut être certain que le site soit dirigé ou orienté vers un territoire, ce qui constitue la grande idée de la théorie de la focalisation.

75. Cela étant, les sociétés eBay formèrent un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel, au motif que celle-ci avait confirmé la compétence des juridictions françaises sur base de la simple accessibilité, et la Cour de cassation, dans un très récent arrêt du 29 mars 2011, suivit ces sociétés : « *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 des juridictions françaises, prises comme celles du lieu du dommage allégué et sans rechercher si les annonces litigieuses étaient destinées au public de France, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »¹¹⁴.

Selon la Cour de cassation donc, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 décembre 2009 allait clairement dans le sens de la simple accessibilité. Or, à ses yeux, cette théorie est devenue inacceptable. Il est important de relever qu'il s'agit d'un revirement important dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

J. Affaires Pneus Online Suisse, Google c. Louis Vuitton et Axa

76. L'affaire *Maceo* nous a permis d'apprendre que la Cour de cassation, contrairement à sa jurisprudence *Castellblanch*, en était maintenant arrivée à accepter une limitation de la (sur)compétence internationale des juges français. Mais est-il certain que cet arrêt *Maceo* du 29 mars 2011 n'est point un arrêt isolé ?

Les trois affaires, elles aussi très récentes, que nous allons examiner dès à présent, précèdent l'arrêt *Maceo*. Il faut dire qu'entre mars 2010 et mars 2011 la Cour de cassation fut saisie à quatre reprises de la question de la compétence internationale des juges français pour un fait litigieux situé sur Internet. Aussi, lorsque l'on remet dans l'ordre toutes les pièces du *puzzle*, on ne peut qu'être convaincu que la Cour de cassation – chambre commerciale en tout cas ! – a définitivement délaissé la simple accessibilité pour fonder la compétence du juge français dans les affaires de (quasi-)délits commis sur internet.

¹¹³ S. POURDIEU, « De la compétence des tribunaux français dans le cadre des contentieux sur internet », *R.L.D.I.*, Avril 2010, n°59, pp. 38-39.

¹¹⁴ Cass. fr. (ch. comm.), 29 mars 2011, disponible sur http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3142 (affaire *Maceo*).

1) Affaire Pneus Online Suisse

77. Dans une affaire de concurrence déloyale et de noms de domaine, Pneus Online Suisse, qui vendait des pneus via son site « pneus-online.com », reprochait à un concurrent allemand, Delticom, d'avoir enregistré des noms de domaines très similaires créant la confusion dans l'esprit du public (« pneu-online.com », « pneuonline.com » et « pneusonline.com »).

78. Il était, en outre, reproché à Delticom de vendre des pneus à partir de son site sur le territoire français, mais ce aux taux de TVA allemand (soit 16% contre 19,6%). Pneus Online Suisse assigna donc cette société allemande devant les tribunaux lyonnais, considérant que son développement en France avait été freiné par ces agissements. Lorsque la Cour d'appel fut saisie, sur recours, elle fonda sa compétence comme suit¹¹⁵ :

« Attendu qu'en matière délictuelle le règlement CE du 22 décembre 2000 donne compétence au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ;

Attendu qu'en l'espèce il n'est pas contesté :

-que les sites litigieux étaient accessibles depuis la France ;

-que pendant plusieurs mois au cours des années 2002 et 2003 les pages d'accueil de deux de ces sites ont été rédigées en français et étaient, par conséquent, indubitablement destinées à la clientèle francophone et notamment à la clientèle française.

Que le procès-verbal de constat dressé par un huissier de justice le 13 juillet 2007 confirme que la langue française a également été temporairement utilisée sur le troisième de ces sites ;

Attendu que ces éléments suffisent à établir que l'exploitation par la société DELTICOM AG des sites litigieux, qui constitue le fait dommageable dont se plaignent les appelantes, s'est produit en France et notamment dans le ressort du tribunal de commerce de Lyon ;

Que c'est, par conséquent, à juste titre que les premiers juges ont écarté l'exception d'incompétence soulevée en défense »

79. La société allemande Delticom ayant été condamnée à 300.000 EUR. de dommages-intérêts, celle-ci décida de tenter sa chance en cassation. Le premier moyen présenté à la Cour suprême concernait, bien entendu, la compétence internationale de la Cour d'appel de Lyon. Selon Delticom, ladite Cour s'était basée sur la simple accessibilité de ses sites en France, sans prendre en considération s'il était possible ou non d'acquérir des pneus sur le territoire de l'Hexagone.

La Cour de cassation déclara le moyen non fondé car, selon elle, la Cour d'appel ne s'était pas exclusivement basée sur l'accessibilité¹¹⁶ :

¹¹⁵ Lyon (3e ch.), 31 janvier 2008, disponible sur

http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_rtf.do?idTexte=JURITEXT000018187697&origine=juriJudi (affaire *Pneus Online Suisse*).

¹¹⁶ Cass. fr. (ch. comm.), 9 mars 2010, disponible sur <http://www.legalis.net/spip.php?article2948> (affaire *Pneus Online Suisse*).

« Mais attendu que l'arrêt constate par motifs propres et adoptés que pendant plusieurs mois au cours des années 2002 et 2003 les pages d'accueil des sites incriminés étaient rédigées en français et étaient destinées à la clientèle francophone, notamment française ; qu'il relève encore l'existence d'une rubrique de commentaire de satisfaction de la clientèle française et constate que les produits en cause font l'objet de remarques de satisfaction des clients internautes ; qu'il retient en outre que la société Delticom a rédigé les pages d'accueil en langue allemande tout en ménageant à la clientèle française un accès très aisé au site 123pneus.com, qui est son site officiel en France ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les conclusions des parties, a fait ressortir, tant l'accessibilité à ces sites pour les internautes français que la disponibilité en France des produits litigieux, et justifié sa décision de retenir la compétence des juridictions françaises ; que le moyen n'est pas fondé ».

2) Affaire Google c. Louis Vuitton

80. Google Inc. et Google France proposent un système de publicité ayant recours à des mots-clés, vendus aux annonceurs. Lorsqu'un internaute effectue une recherche sur Google, selon les mots qu'il aura employés pour cette recherche, apparaîtront certaines publicités bien précises.

Louis Vuitton se plaint de ce que, lorsque l'on saisissait ses marques sur les sites de Google, des publicités pour des sites vendant des contrefaçons apparaissaient. Louis Vuitton assigna donc Google Inc. et Google France en contrefaçon de ses marques, mais également pour concurrence déloyale, atteinte à son enseigne ainsi que publicité trompeuse. Une fois encore la question de la compétence internationale des juridictions françaises se posa.

La Cour d'appel avait considéré, dans son arrêt du 28 juin 2006, qu'en raison de la nature d'Internet, l'ensemble des sites de Google étaient accessibles et visibles en France. En conséquence, les juridictions françaises devaient nécessairement être compétentes pour connaître, au fond, de ces actes de contrefaçon simplement allégués au niveau de la compétence. Cette approche de la Cour d'appel de Paris nous fait clairement penser à la jurisprudence *Hugo Boss*.

Précisément, le premier moyen à l'appui du pourvoi en cassation des sociétés Google était relatif à cette problématique. Et, la Cour de cassation suivit les défenderesses : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les annonces litigieuses étaient destinées au public de France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »¹¹⁷.

81. Observons, à titre de remarque, que c'est notamment à l'occasion de cette affaire que la Cour de cassation a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice¹¹⁸ afin de savoir, sur le fond :

¹¹⁷ Cass. fr. (ch. comm.), 13 juillet 2010, disponible sur <http://dl.dropbox.com/u/5073431/jurisprudence/Liens%20publicitaires/CassCom13juil10%28LVM%20Google%29.pdf> (affaire *Google c. Louis Vuitton*).

¹¹⁸ Sur les questions, voy. 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), pt. 32.

- si le « prestataire de service de référencement payant qui met à la disposition des annonceurs des mots clés reproduisant ou imitant des marques déposées (...) » fait lui-même usage de ces marques ;
- et si « le prestataire de service de référencement payant peut être considéré comme fournissant un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, au sens de l'article 14 de la [directive 2000/31] ».

Face à ces questions, la Grande Chambre de la Cour de justice a décidé que les prestataires de tels services ne faisaient pas eux-mêmes usage des marques¹¹⁹. Aussi, l'atteinte, par le biais des services *AdWords*, à des marques protégées ne peut être examinée que dans le chef des annonceurs¹²⁰.

Cela étant, cela ne signifie pas que le prestataire de service ne pourra jamais voir sa responsabilité engagée. Cela demeure possible, sur base de la directive 2000/31, dite « *sur le commerce électronique* » et notamment sur base de l'article 14 de celle-ci si le prestataire « *n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* » et si, après avoir eu connaissance des actes illicites commis par les annonceurs, il n'a pas « *promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données* »¹²¹.

Ces précisions au fond nous seront utiles pour la suite de cette étude. Nous y reviendrons *infra*.

3) Affaire Axa

82. La société d'assurances Axa s'était rendu compte que lorsque l'on tapait dans le moteur de recherche Google les termes « Axa », « Direct Assurances » et « Agipi », des annonces pour des sites de concurrents d'Axa ou pour des sites sans rapport avec ladite société d'assurances apparaissaient. A la suite de ces événements, Axa engagea une procédure en contrefaçon à l'encontre de la société Google Inc. devant le Tribunal de grande instance de Paris, lequel se déclara compétent pour connaître de cette contrefaçon commise en ligne.

Google Inc. interjeta appel de cette décision sur la compétence devant la Cour d'appel de Paris, laquelle déclina la juridiction de l'ordre judiciaire français¹²² :

« Or considérant que, en l'espèce, il convient de relever que les liens AdWords de la société appelante ne sont pas apparus sur le site www.google.fr destiné au public français, mais et sur les sites www.google.de, www.google.co.uk et www.google.ca destinés aux publics allemand, britannique et canadien de langue anglaise ; qu'il n'est pas sans intérêt de relever, ainsi que le mentionne à juste titre la société Google Inc, que pour tout internaute, le "code pays" - fr. pour la France, uk. pour le Royaume Uni, ca. pour le Canada et de.

¹¹⁹ *Ibid.*, pt. 55 : « S'il ressort bien de ces éléments que le prestataire du service de référencement opère «dans la vie des affaires» lorsqu'il permet aux annonceurs de sélectionner des signes identiques à des marques en tant que mots clés, stocke ces signes et affiche les annonces de ses clients à partir de ceux-ci, **il n'en découle pas pour autant que ce prestataire fasse lui-même un «usage» de ces signes au sens des articles 5 de la directive 89/104 et 9 du règlement n° 40/94** ».

¹²⁰ *Ibid.*, pt. 59.

¹²¹ *Ibid.*, pt. 120.

¹²² Paris (4^e ch.), 6 juin 2007, disponible sur http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1943 (affaire Axa).

pour l'Allemagne, marque le rattachement du site concerné avec le marché de ce pays, ces codes constituant une indication descriptive comprise par tout internaute comme un référence au pays concerné ;

Que, en outre, les sites mis en cause par les sociétés intimées renvoient eux-mêmes vers des sites étrangers ; qu'enfin, ces sites sont exclusivement rédigés en langues anglaise et allemande ;

*(...) Qu'il ne résulte donc pas des éléments de la procédure que les sites litigieux ont, de manière délibérée ou non, **un impact économique sur le public français** ; »*

83. La société Axa interjeta alors un pourvoi devant la Cour de cassation. Son premier moyen consistait à faire application de la théorie de l'accessibilité : « *qu'en cas d'actes de contrefaçon, de concurrence ou de publicité déloyales commis sur un site Internet destiné à un public étranger, la compétence des juridictions françaises doit être retenue dès lors que le site, fût-il passif et rédigé en langue étrangère, est accessible sur le territoire français, le préjudice causé par cette diffusion n'étant alors ni virtuel ni éventuel* »¹²³.

Comme dans l'arrêt *Google c. Louis Vuitton*, qui concernait lui aussi des annonces litigieuses, la Cour de cassation rejeta le moyen en insistant expressément sur la destination des sites mis en cause¹²⁴ :

*« Mais attendu que l'arrêt retient que les liens commerciaux litigieux sont apparus sur les sites google.de, google.co.uk et google.ca destinés aux publics allemand, britannique et canadien de langue anglaise, que les sites mis en cause renvoient eux-mêmes vers des sites étrangers, et sont exclusivement rédigés en langue anglaise et allemande ; qu'il ajoute qu'il ne résulte pas des éléments de la procédure que ces sites aient, de manière délibérée ou non, un impact économique sur le public français ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que **les annonces n'étaient pas destinées au public de France**, la cour d'appel a exactement décidé que la juridiction française n'était pas compétente pour connaître des demandes dirigées contre la société Google Inc. relatives à ces annonces ; que le moyen n'est pas fondé »*

K. Conclusion

84. Au vu des décisions examinées ci-avant, le moins que l'on puisse constater c'est que les Cours et tribunaux français furent saisis de nombreux litiges relatifs à des actes (quasi-) délictuels sur Internet. La compétence internationale des juges en cas de fait dommageable commis sur la toile n'est donc pas un sujet théorique.

La volonté de traiter d'affaires allant de 1997 (*Payline*) à 2011 (*Maceo*) nous a permis de prendre suffisamment de recul et de nous rendre compte d'une évolution assez impressionnante dans la jurisprudence française. A cet égard, relevons que la jurisprudence française se décline en trois grandes périodes :

- La première est celle qui va de 1997 à 2003, avec comme point d'orgue l'arrêt *Castellblanch*. Par cet arrêt, la Cour de cassation venait confirmer une jurisprudence,

¹²³ Premier moyen repris et cité dans Cass. fr. (ch. comm.), 23 novembre 2010, disponible sur <http://www.legalis.net/spip.php?article3039> (affaire *Axa*).

¹²⁴ *Ibid.*

jusqu'à 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.

- La seconde période est celle entamée par l'arrêt *Hugo Boss* 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 de la marque d'Hugo Boss puisque les produits proposés sur Internet par la firme allemande n'étaient pas disponibles en France.
- Enfin, la troisième période débute avec l'arrêt *Acet* de la Cour d'appel de Paris en 2006, laquelle met en évidence les risques liés à la pure et simple accessibilité. Selon ladite Cour, accepter cette théorie pour fonder la compétence internationale d'un juge français revient à le rendre systématiquement compétent pour n'importe quel litige lié à un site Internet, puisque théoriquement un site internet est accessible de n'importe quel point du globe. Rappelons qu'à l'exception d'un arrêt *Maceo* du 2 décembre 2009, la Cour d'appel de Paris a été assez constante et même persévérante dans sa jurisprudence avec, en 2008, les arrêts *Real de Madrid* et *L'Oréal c. Ebay*. Et ce, alors que la Cour de cassation avait décidé en 2007, avec son arrêt *Gep Industries* que la simple allégation d'un dommage pouvait suffire, sans qu'il ne faille appliquer la théorie du ciblage¹²⁵. Mais justement, depuis cet arrêt *Gep Industries*, la Cour de cassation fut, à nouveau, invitée à se prononcer à quatre reprises, dans des arrêts *Pneus Online Suisse* (2010), *Google c. Louis Vuitton* (2010), *Axa* (2010) et *Maceo* (2011), et il nous semble qu'elle se soit définitivement rangée du côté de la théorie de la focalisation sur le plan de la compétence. A 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 (...)* »¹²⁶.

85. Il reste néanmoins des interrogations, notamment par rapport au droit d'auteur. La théorie de la focalisation est-elle vraiment adaptée à ce droit intellectuel particulier ? En effet, la jurisprudence examinée *supra* met en évidence que le critère le plus important pour vérifier la direction d'un site est la distribution des produits vers tel ou tel territoire. Or, que faire si une œuvre est simplement placée en ligne à la disposition de tous ? Repensons à l'exemple du Prix Goncourt mis en téléchargement libre par un Québécois ! Comment savoir si le site contenant ce livre primé vise le public français ? A ce titre, l'arrêt *Hernan Gazmuri* pourrait être appliqué à cette situation, lui qui prône en quelque sorte l'accessibilité. Mais cette décision n'a jamais été confirmée par d'autres juridictions depuis lors. Impossible donc de se déterminer de manière claire et définitive. Et quel sort réserver à cet arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, de 2008 en matière de droit d'auteur (*Il Foglio*) ? Peut-on vraiment considérer, à l'instar de certains, que la Cour refuse la simple accessibilité, alors qu'elle ne sanctionne, selon nous, que le défaut de réponse aux conclusions et le défaut de

¹²⁵ Rappelons toutefois que l'interprétation de cet arrêt de 2007 demeure controversée. Nous renvoyons, à ce sujet, au **point 57** de la présente étude.

¹²⁶ Cass. fr. (ch. comm.), 29 mars 2011, précité (affaire *Maceo*).

motivation sur ce point précis ? Du reste, c'est une affaire pénale. Beaucoup d'incertitudes demeurent donc par rapport aux violations en ligne des droits d'auteur.

Les Cours et tribunaux français n'ont donc pas encore véritablement réglé la controverse qui oppose les partisans de la simple accessibilité à ceux de la focalisation au regard des violations du droit d'auteur. Cette question mérite que l'on s'y intéresse de plus près, ce que nous ferons après avoir examiné les jurisprudences belges et néerlandaises, dans lesquelles peut-être une solution sera explicitement proposée.

Section 3 – Jurisprudence belge

A. Affaire *Le voyage de la guillotine*

86. En matière de droit d'auteur, la Cour d'appel de Bruxelles a rendu, le 4 mai 2001, un arrêt assez intéressant au regard de la problématique qui nous occupe¹²⁷. Observons toutefois, dès l'abord, qu'il ne s'agit pas d'une affaire de contrefaçon en ligne ou, en tout cas, pas un litige qui concerne exclusivement une contrefaçon en ligne.

87. Les faits sont les suivants. Charles Palouzie est l'auteur d'un synopsis intitulé *Le voyage de la guillotine*. En 1988, il déposa son texte auprès de plusieurs sociétés de gestion collective en Belgique et en France.

Quelques temps plus tard, Charles Palouzie, par le biais de sa société « Les Films Message » rencontra Claude Faraldo. Ces derniers conclurent une convention, par laquelle Claude Faraldo s'engageait à rédiger un scénario en vue de la production par la société de Charles Palouzie d'un film qui serait intitulé *La veuve de Saint-Pierre*.

La société « Les Films Message » ne put produire le film en question en raison de sa mise en faillite. Claude Faraldo et Charles Palouzie s'entendirent alors pour que les droits d'adaptation cinématographique du scénario soient réservés de 1992 à 1994 à Charles Palouzie. Le projet mené par Monsieur Palouzie n'aboutira jamais et c'est finalement la société « Epithète Films » qui produisit le film, en ayant recours aux services du célèbre réalisateur Patrice Leconte et au jeu des aussi célèbres acteurs Juliette Binoche et Daniel Auteuil. Le film sortit dans les cinémas belges en 2000.

A la Suite de ces évènements, Charles Palouzie assigna devant le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles la société française « Epithète Films », afin que ledit Président constate que son droit moral de paternité et que ses droits patrimoniaux avaient été violés par la société défenderesse. Selon Monsieur Palouzie, le film *La veuve de Saint-Pierre* s'inspirait, en effet, des éléments créatifs de son synopsis *Le voyage de la guillotine*. De plus, Charles Palouzie demandait, notamment, à ce que son nom apparaisse dans les génériques de début et de fin, à côté de celui de Claude Faraldo et que le Président du tribunal interdise à la société « Epithète Films » d'exploiter le long-métrage sous quelque forme ou support que ce soit, avant d'avoir acquis au préalable les droits d'adaptation requis.

¹²⁷ Bruxelles, 4 mai 2001, *Revue@dipr.be*, 2003, n°2, p. 15 (affaire *Le voyage de la guillotine*).

Le Président du Tribunal de première instance n'examina pas le fond du litige car il se déclara incompétent *ratione loci* et Charles Palouzie interjeta appel de cette décision.

88. La Cour d'appel de Bruxelles, après avoir rappelé les faits, s'intéressa donc à sa compétence internationale, le défendeur – intimé en appel –, étant domicilié en France. La Cour releva évidemment que l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles pouvait être appliqué à ce litige. Elle précisa ensuite – et cela rejoint la discussion entamée aux **points 25 à 27** de cette étude – que l'action en cessation dont elle était saisie tombait clairement dans le champ d'application de l'article 5 (3).

La Cour appliqua ensuite la jurisprudence *Mines de Potasse d'Alsace* et *Shevill*. Elle constata, tout d'abord, qu'elle n'était assurément pas compétente sur base du lieu de l'évènement causal (le film a été écrit et réalisé en France ; pas de preuve que des copies ont été effectuées en Belgique...).

Elle considéra, par contre, qu'elle était compétente car le dommage pouvait être subi en Belgique. Et c'est là que s'opère le lien avec notre sujet : la Cour d'appel de Bruxelles indiqua qu'outre le fait que le film fût distribué en Belgique, le site web dédié à ce film était accessible à partir du territoire belge¹²⁸.

89. Même si cela peut paraître anecdotique car le litige était très général et visait à faire interdire toute exploitation du film sans cession préalable des droits de Monsieur Palouzie, la Cour d'appel de Bruxelles a notamment considéré qu'elle était compétente parce que le site dédié au film litigieux était accessible en Belgique ! Pourquoi a-t-elle ressenti le besoin de rajouter cette précision si ce n'était point important à ses yeux, alors que la simple distribution du film en Belgique lui aurait déjà permis de fonder sa compétence ? De notre point de vue, il est donc évident que la Cour d'appel de Bruxelles considérait l'accessibilité à ce site à partir de la Belgique comme déterminante pour fonder sa compétence. Qu'il nous soit donc permis de penser, sans trop interpréter, que la Cour d'appel de Bruxelles s'est rangée, en 2001, du côté de la théorie de l'accessibilité.

B. Affaire Women.com

90. La société belge Euregio.net est très active sur Internet et exploite, depuis 1996, plusieurs sites dont « <http://www.easyscopes.com> » et « <http://www.lovetest.com> ».

Euregio.net avait constaté qu'un texte publié sur l'un de ses internet se retrouvait tel quel sur un site américain « <http://www.internethoroscopes.com> », exploité par la société Women.com. Plusieurs éléments tendaient à apporter la preuve de ce plagiat : les mêmes fautes d'orthographe se retrouvaient dans l'article publié par Women.com et le texte litigieux renvoyait à différents sites d'Euregio.net.

¹²⁸ Bruxelles, 4 mai 2001, précité, p. 19 (affaire *Le voyage de la guillotine*).

Euregio.net ainsi que l'un de ses auteurs, J. Savelberg, assignèrent donc la société Women.com Inc. devant le Tribunal de première instance de Bruxelles afin d'obtenir la cessation de cette contrefaçon ainsi qu'une indemnisation du préjudice évalué à 1.133.909 EUR.

Comme de coutume se posa la question préalable de la compétence internationale des juridictions belges. Le Tribunal de première instance de Bruxelles s'appuya sur l'ancien article 635, 3°, du Code judiciaire pour fonder sa compétence¹²⁹. Cet article consacrait la juridiction des tribunaux du Royaume à l'égard des étrangers si l'obligation à l'origine du litige était née en Belgique, était exécutée en Belgique ou devait être exécutée en Belgique. Le Tribunal considéra ensuite, en citant des spécialistes de la matière comme H. BORN et M. FALLON, que cet article 635, 3°, avait la même portée que l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles. Le Tribunal se déclara alors compétent au motif que vu la spécificité d'Internet les actes de contrefaçons pouvaient être constatés en tous lieux, et donc en Belgique et à Bruxelles¹³⁰ :

«Terzake merkt de rechtbank op dat de inbreuken op diverse plaatsen in België zijn vastgesteld, o.m. te Brussel. Het één en ander is uiteraard inherent aan het fenomeen van het internet. Per definitie kunnen diverse gerechtelijke instanties aangesproken worden. Niet alleen is het internet een deel van de samenleving, maar vooral van de ganse wereld geworden (...)

Niet alleen zijn de Belgische rechters bevoegd, zelfs met een buitenlandse verweerder, maar evenzo is de Brusselse rechtbank bevoegd (...)

De rechtbank stelt vast:

*– dat de inbreuk op het auteursrecht gebeurd is via het internet;
– dat deze inbreuk overal in België waarneembaar was, dus ook te Brussel (dit alles is inherent aan Internet zelf!); »*

91. Les termes employés par le Président du Tribunal de première instance sont un peu différents ou inhabituels par rapport à la vaste jurisprudence française examinée *supra*, puisque celui-ci parle, non pas de l'accessibilité du site, mais des lieux où l'on peut constater les infractions au droit d'auteur. Cela étant, il met également l'accent sur la nature ubiquitaire d'Internet. Et cette ordonnance est, à n'en pas douter, à classer du côté de la théorie de l'accessibilité.

C. Affaire Liberty

92. La troisième affaire que nous avons choisie pour illustrer la jurisprudence belge est une affaire relative au droit des marques.

En l'espèce, les demandeurs étaient plusieurs sociétés titulaires de différentes marques composées du terme « Liberty »¹³¹. Le défendeur, quant à lui, exploitait un site internet dont le nom de domaine était « liberty-voyages.com ». Les premiers reprochaient, devant le

¹²⁹ Nous sommes, à l'époque, en 2003 et donc avant l'entrée en vigueur du CODIP.

¹³⁰ Civ. Bruxelles (réf.), 23 janvier 2003, *A&M*, 2005/4, p. 307 (affaire *Women.com*).

¹³¹ Notamment: « Liberty Channels », « Liberty Planet » et « Libertytv.com ».

Président du Tribunal de commerce de Bruxelles, au second de porter atteinte à leurs marques à travers l'exploitation de « liberty-voyages.com ». En effet, les demandeurs alléguaient que le site litigieux, vu son libellé, était susceptible de faire naître dans l'esprit du consommateur un risque de confusion quant à l'origine des services en cause. De surcroît, les demandeurs considéraient que l'utilisation de ce nom de domaine constituait également un acte de parasitisme et de concurrence déloyale.

Outre une fin de non-recevoir liée à l'intérêt à agir de l'un des demandeurs, le défendeur contesta également, à titre de défense procédurale, la compétence internationale du Président du Tribunal de commerce.

Le juge des cessations releva alors que le litige porté devant lui comportait un élément d'extranéité. Il déclara l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles applicable à l'espèce¹³². Il jugea ensuite qu'il était nécessaire que l'utilisation des marques protégées ait eu lieu en Belgique pour qu'un juge de cet Etat puisse être internationalement compétent. Or, les demandeurs considéraient que la simple accessibilité du site provoquait, en Belgique, un risque de confusion, un acte de parasitisme ainsi qu'un acte de concurrence déloyale ; tandis que le défendeur estimait, pour sa part, qu'avec ce raisonnement il pourrait être attiré devant n'importe quelle juridiction du monde. Le Président du tribunal de commerce prit au mot le défendeur et examina si, outre l'accessibilité du site à partir du Royaume, il existait ou non un usage des marques en Belgique. Le juge constata que le site litigieux indiquait sur ses pages que son ambition était de servir ses clients tant sur le net que dans son agence à Genève. Il considéra, en conséquence, qu'il était possible d'acheter sur ce site des voyages à partir de la Belgique et qu'un dommage pouvait donc être subi sur le territoire du Royaume. Le Président du Tribunal de commerce Bruxelles se déclara ainsi compétent¹³³.

Il est intéressant de noter qu'il se déclara compétent car il était potentiellement possible d'acheter des voyages à partir du territoire belge. Cependant, il débouta les demandeurs, considérant que leur demande était non fondée, au motif que les titulaires des marques prétendument contrefaites n'apportaient aucune preuve du risque de confusion et du parasitisme. Il observa, d'ailleurs, au fond, que les prix des voyages étaient rédigés en francs suisses sur le site du défendeur alors que les demandeurs exprimaient ceux-ci en francs belges, francs français ou euros.

93. Les demandeurs interjetèrent appel de cette décision du Président du Tribunal de commerce de Bruxelles et la question de la compétence réapparut devant la Cour d'appel de Bruxelles. Celle-ci tint un raisonnement quelque peu différent de celui du juge de première instance.

En premier lieu, elle fit application du bon instrument : la Convention de Lugano.

¹³² L'on peut légitimement se demander pourquoi il n'appliqua point la Convention de Lugano, le défendeur étant suisse ; même si cela ne change rien en l'espèce.

¹³³ Comm. Bruxelles (cess.), 5 mars 2001, *Handelspraktijken & Mededinging – Pratiques du commerce & Concurrence*, 2001, pp. 588-589 (affaire *Liberty*).

Dans un second temps, la Cour s'intéressa au lieu de l'évènement causal¹³⁴. A ce sujet, elle releva qu'un nom de domaine et un site permettent à une société d'être virtuellement présente sur tous les marchés mais qu'en l'espèce l'utilisation du signe distinctif « Liberty Voyages » n'est que « *le résultat fortuit du caractère mondial d'Internet* ». La Cour d'appel estima ensuite que l'intimé n'exerçait point d'activités sur le territoire du Benelux et qu'elle proposait essentiellement des voyages au départ de la Suisse. En conséquence, l'évènement causal ne pouvait être localisé ni au Benelux ni en Belgique.

Sur le plan du lieu où les conséquences dommageables sont subies, la Cour d'appel commença par insister fortement sur le caractère territorial du droit des marques. Ensuite, la Cour considéra, que pour fonder sa compétence en tant que juridiction du lieu où les effets dommageables sont ressentis, il était suffisant d'alléguer un dommage en Belgique, ajoutant que « *la preuve de l'existence d'un dommage ou d'un risque de dommage ne peut être exigée au stade de l'examen de la compétence* »¹³⁵. Pour ces motifs, la Cour d'appel de Bruxelles rejeta le déclinatoire de l'intimé.

94. L'arrêt de la Cour d'appel est problématique. En effet, au moment de déterminer le lieu de l'évènement causal, la Cour décide que l'intimé n'exerce pas d'activités sur le territoire belge, ce qui ne l'empêche pourtant pas de se déclarer compétente sur base du lieu où le dommage est subi, au motif que sur le plan de la compétence il suffirait d'alléguer un dommage et non de le prouver !

Face à ce raisonnement, nous sommes plus que dubitatifs : comment la Cour parvient-elle à se déclarer compétente, alors que l'intimé n'exercerait aucune activité en Belgique ? Il est évident que pour qu'il puisse y avoir contrefaçon, dommage en Belgique, et donc compétence de l'ordre judiciaire belge, le signe distinctif litigieux doit être utilisé en Belgique. Aussi, si la Cour relève que la société intimée n'exerce aucune activité en Belgique, comment pourrait-il y avoir un quelconque usage sur ce territoire ? Ce raisonnement ne nous paraît donc pas irréprochable car quelque peu contradictoire.

De plus, en prenant en considération, pour fonder sa compétence, le simple caractère territorial des marques et l'allégation d'un préjudice en Belgique, il nous semble que la Cour fasse application de la théorie de l'accessibilité. Le raisonnement de la Cour est, en effet, le suivant : comme les marques sont territoriales, le dommage en Belgique ne peut être causé qu'à une marque Benelux et puisque les demandeurs allèguent un dommage à leurs marques Benelux, la juridiction de l'ordre judiciaire belge doit être établie.

A dire vrai, la position du juge des cessations nous paraît plus convaincante. Celui-ci examina s'il pouvait potentiellement y avoir un usage des marques en Belgique et décida, au vu du contenu du site, que la réponse devait être affirmative. Alors, il se déclara compétent. Nous considérons que c'est une approche plus claire et plus logique que celle de la Cour d'appel.

¹³⁴ Bruxelles (9e ch.), 2 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 339, n° 12 (affaire *Liberty*).

¹³⁵ Bruxelles (9e ch.), 2 décembre 2004, précité, p. 339, n° 13 (affaire *Liberty*).

95. La décision du Président du Tribunal de commerce de Bruxelles est à classer du côté de la théorie du ciblage : le juge ne se contente, en effet, pas de la simple accessibilité mais scrute le contenu des pages web pour en déduire que la Belgique pouvait être visée par ce site.

La position de la Cour d'appel de Bruxelles est plus difficile à rattacher à l'une ou l'autre théorie. C'est une sorte de décision hybride qui semble exclure la pure et simple accessibilité pour l'évènement causal, mais qui l'accepterait pour le lieu où le dommage est souffert. Le raisonnement est, en conséquence, discutable car le lieu de l'évènement causal est en général unique et correspond souvent avec le lieu d'établissement du défendeur¹³⁶. De plus, comme nous l'avons relevé depuis le début de cette étude, le problème de l'accessibilité ou de la direction d'un site concerne, non pas la détermination de l'évènement causal, mais celle des lieux où les conséquences néfastes de la contrefaçon peuvent être ressenties (car ces lieux peuvent théoriquement être tous les points du globe). Nous sommes d'avis que cet arrêt de la Cour d'appel montre ô combien il peut être complexe d'appliquer le droit international privé à Internet.

D. Affaire Zidane

96. Le cas sur lequel nous allons nous arrêter quelques temps est similaire à l'affaire *Real de Madrid* exposée dans la section consacrée à la jurisprudence française. Afin d'éviter toute confusion, nous avons choisi de nommer le versant belge de cette affaire du nom du célèbre joueur de football Zinedine Zidane, demandeur à la cause. Observons que le Tribunal de commerce de Liège eut l'occasion de rendre, dans des affaires connexes, sept jugements le 24 novembre 2006¹³⁷. Nous ne nous intéresserons qu'à l'un d'entre eux mais notons d'ores et déjà que la Cour d'appel de Liège fut saisie d'un recours contre tous ces jugements et les sept causes furent jointes devant elle.

97. L'une des décisions rendues le 24 novembre 2006 par le Tribunal de commerce de Liège concernait l'utilisation par la société de droit anglais Victor Chandler International Ltd, sur son site de paris en ligne « www.vcbet.com », des noms, de l'image et des marques de joueurs de football ainsi que de leurs clubs.

Le premier moyen de défense de la société Victor Chandler fut de soulever un déclinatoire de juridiction relatif à la compétence internationale du Tribunal de commerce de Liège. La défenderesse considérait en effet que, sur base de l'article 5 (3) appliqué en l'espèce, le fait dommageable était le lieu de « l'établissement du site internet », soit Gibraltar. Toujours selon la société anglaise, pour que le lieu du dommage puisse être la Belgique, il eût fallu démontrer des activités commerciales effectives sur le territoire belge, ce qui demeure non prouvé par les demandeurs.

¹³⁶ A. NUYTS, « Suing At The Place of Infringement... », *op. cit.*, p. 120: « (...) the causal event should be at the place of the establishment of the person who uploads the data to the network ».

¹³⁷ M. ISGOUR, « Sur la compétence *ratione materiae* en matière de droit à l'image et sur les limites du droit à l'information face au droit à l'image », obs. sous Comm. Liège (2e ch.), 24 novembre 2006, R.G. n° 0899/05, R.D.T.I., 27/2007, p. 138, n° 1.

Le Tribunal de commerce de Liège rappela les principes du Règlement Bruxelles I et la jurisprudence pertinente, à savoir les arrêts *Mines de Potasse d'Alsace* et *Shevill*. Il constata ensuite que le lieu de l'évènement causal était, en effet, Gibraltar et s'intéressa alors au lieu du dommage.

Selon le tribunal, le problème c'est qu'un site au domaine en « .com » est potentiellement accessible partout. Ce genre de sites s'adresse à l'ensemble des clients dans le monde. Alors, considéra le tribunal, il est indispensable de chercher le « lieu de diffusion » du site internet, c'est-à-dire « d'examiner si, en fonction des données concrètes du site litigieux, celui-ci entend viser, entre autres, le public belge de façon à ce que puisse être caractérisé un lien suffisant avec la Belgique »¹³⁸. Mettant à exécution l'examen concret qu'il préconisait, le tribunal retint que le site était rédigé en anglais, mais que cette langue était largement connue en Belgique. En outre, il était possible de prendre des paris sur des clubs belges. Et, enfin, le tribunal indiqua qu'« il [était] indifférent à cet égard que, jusqu'à présent, peu d'internautes aient mis en œuvre cette possibilité. A partir du moment où il est établi que le site est entre autres destiné au public belge, le critère quantitatif du nombre de paris effectivement pris n'est pas pertinent »¹³⁹.

Au vu de la possibilité de participer aux paris sur ce site à partir du territoire belge, le Tribunal de commerce de Liège se déclara compétent. Observons que ceci tranche quelque peu avec la décision de la Cour d'appel de Paris du 14 février 2008, puisque celle-ci, afin de savoir si le site était destiné au public français, avait examiné de manière concrète combien d'opérations avaient été réalisées à partir de la France. Le Tribunal de commerce de Liège, quant à lui, considère que la seule possibilité de parier à partir de la Belgique suffit à déterminer que le public belge est visé, sans qu'il ne faille avoir égard au nombre d'opérations effectives. L'approche liégeoise nous semble plus correcte car le nombre de paris réellement pris relève, à nos yeux, davantage d'une question de fond. Nous y reviendrons *infra*.

98. Bien que s'étant déclaré compétent, le tribunal débouta les joueurs et les clubs de football au fond. Ceux-ci interjetèrent appel de cette décision et la Cour d'appel de Liège rendit un premier arrêt le 15 décembre 2008. Rappelons que les sept causes furent jointes en appel¹⁴⁰.

La question de la compétence internationale se posa à nouveau, tous les sites de paris en ligne, à l'exception d'UNIBET, ayant décliné la juridiction de la Cour d'appel de Liège. Cette dernière résuma la position des différentes parties : pour les appelants, les sites internet en « .com » ont vocation à être accessibles du monde entier et aucune restriction n'existe sur les sites litigieux pour empêcher les habitants du territoire belge de parier sur ceux-ci, ce qui justifie la compétence internationale de la Cour d'appel de Liège ; pour les intimés, l'accessibilité ne saurait être le critère pour consacrer la compétence d'un juge de l'Union européenne, sans quoi une compétence « pan-européenne » serait systématique. Les différentes parties s'étant chacune référées aux décisions des juridictions d'autre Etats membres qui leur

¹³⁸ Civ. Liège (2e ch.), 24 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008/21, p. 929 (affaire *Zidane*).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Liège (14e ch.), 15 décembre 2008, disponible sur <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2009/pdf/18-u-fr-09.pdf>, pp. 14-15 (affaire *Zidane*).

étaient favorables¹⁴¹, la Cour d'appel de Liège se livra à un travail de droit comparé : elle releva notamment les décisions françaises dans l'affaire *Real de Madrid*, une décision du *Landgericht* de Cologne qui s'était déclaré compétent parce qu'il était possible de parier sur la *Bundesliga*, et les diverses décisions du Tribunal de commerce de Liège dont appel.

Vu l'imbroglie qui règne en la matière et l'importance de cette question procédurale, la Cour d'appel de Liège décida de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁴². La question était très détaillée et demandait également quels critères non spécialement visés par la Cour d'appel pouvaient éventuellement trouver à s'appliquer. Nous allions donc enfin connaître la position de la Cour de justice quant à l'application de l'article 5 (3) à la sphère virtuelle...

Malheureusement, nous n'en saurons rien ! La Cour de justice a radié l'affaire du registre après avoir demandé à la Cour d'appel de Liège si elle était certaine de vouloir maintenir sa question¹⁴³, alors que « *le règlement n° 44/2001 a été adopté sur le fondement de l'article 61, sous c), CE, qui figure sous la troisième partie, titre IV, du traité CE. Dans ces conditions, seule une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours* juridictionnel de droit interne peut demander à la Cour de statuer sur une question d'interprétation de ce règlement »¹⁴⁴.

99. La Cour d'appel de Liège a donc raisonné par elle-même et, dans un arrêt du 30 juin 2009¹⁴⁵, elle s'est déclarée incompétente au regard de la plupart des demandes portées devant elle. La motivation du siège est particulièrement détaillée, plus de neuf pages étant consacrées à la compétence internationale (tant sur base de l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I que sur les articles 86 et 96 du CODIP).

La Cour affirma tout d'abord que « *la seule circonstance (...) que les sites web litigieux sont accessibles au public belge est impuissante à rendre compte de l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et les juridictions belges de nature à justifier une attribution de compétence à ces dernières pour la bonne et simple raison que s'agissant de site web « .com », ceux-ci sont dès le placement du matériel en ligne, instantanément et automatiquement accessibles dans tous les Etats membres de l'Union européenne, pour ne parler que de ce qui intéresse celle-ci* ». L'accessibilité ne peut donc être retenue, selon la Cour d'appel.

Concernant le critère de la participation aux paris, la Cour franchit un autre pas et considéra que les paris peuvent être enregistrés dans tous les Etats, ce qui aboutirait à « *consacrer une base de compétence pan-européenne. Or cette conséquence va clairement à l'encontre des objectifs poursuivis par le Règlement* ».

La Cour releva ensuite des différences entre l'arrêt *Shevill* et le cas d'espèce :

¹⁴¹ Et nous le savons déjà, il est possible de trouver une jurisprudence assez variée et divergente en manière telle qu'il est possible de choisir les décisions favorables à l'une ou l'autre thèse.

¹⁴² Pour lire l'entière de la question, voy. Liège (14e ch.), 15 décembre 2008, précité, p. 19, pt. 38 (affaire *Zidane*).

¹⁴³ C.J.C.E., 24 mars 2009, C-584/08 (ordonnance).

¹⁴⁴ C.J.C.E., 10 juin 2004, C-555/03, pt. 13. (ordonnance).

¹⁴⁵ Liège (14e ch.), 30 juin 2009, inédit.

- Dans *Shevill*, il était question d'une publication papier, ce qui est différent de la diffusion d'un site web, puisqu'une publication papier requiert de l'éditeur certaines actions. L'éditeur maîtrise les lieux de diffusion, ce qui n'est pas le cas du responsable d'un site internet, lequel est directement et automatiquement accessible partout ;
- De plus, Fiona Shevill avait cité en justice l'éditeur français devant les juridictions britanniques. Or, elle était connue au Royaume-Uni, ce qui constitue un critère de rattachement supplémentaire.

A l'argument des appelants selon lequel les intimés n'ont pas exclu le marché belge de leur activité en ligne, la Cour d'appel de Liège répondit que c'était intéressant mais non déterminant. En effet, ce n'est pas parce que le marché belge n'est pas exclu qu'un lien de rattachement étroit entre la contestation et la Belgique est établi. La Cour d'appel indiqua d'ailleurs qu'aucune des deux langues les plus usitées en Belgique n'était reprise systématiquement sur ces sites et que des paris sur des matchs belges étaient certes proposés mais de la même façon que des paris sur des matchs étrangers.

De plus, selon la Cour, aucun marketing particulier à l'égard du public belge n'est prouvé.

Et enfin, le nombre de paris pris par le public belge est marginal par rapport au nombre total des paris enregistrés par ces sites. Cet argument nous rappelle celui relevé par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire similaire que nous avons dénommée *Real de Madrid*.

La Cour déclina ainsi sa juridiction pour connaître de toutes les demandes relatives au droit à l'image et au nom. Par contre, en ce qui concerne la violation des droits des marques Benelux, puisque le fait que la protection soit revendiquée pour un titre Benelux en Belgique crée un lien de rattachement suffisant entre la contestation et les juridictions belges, la Cour se déclara compétente.

100. Tout avait plutôt bien commencé : l'accessibilité ne suffit point à conférer compétence, sans quoi tous les tribunaux de l'Union européenne se verraient, en vertu de l'article 5 (3), conférer une compétence universelle. Jusque là nous pouvons souscrire au raisonnement.

Par contre, nous ne comprenons pas la logique de la Cour selon laquelle le critère de la fourniture de services en Belgique ne suffit pas, au motif que cela ne créerait pas de lien de rattachement suffisant.

En effet, si ni la simple accessibilité ni la focalisation du site, liée à la possibilité de prendre part aux paris à partir d'un Etat membre de l'Union européenne, ne sont pertinentes, sur quel autre critère aurait-il fallu se reposer pour fonder la compétence de la Cour d'appel de Liège ? Il est plus que curieux de remarquer que la Cour fasse allusion aux langues, alors que, comme nous l'avons déjà relevé dans d'autres affaires, ce critère ne semble pas décisif. Il peut certes être couplé à d'autres, mais il ne peut être décisif.

La Cour d'appel de Liège a-t-elle voulu signifier, par sa décision, que lorsqu'un litige est lié à une faute commise sur Internet, seule la juridiction du fait générateur devrait être compétente ? Nous ne voyons pas d'autre issue possible à la lecture de cet arrêt car si même

la fourniture de services vers un Etat doit être mise de côté, nous percevons mal comment d'autres critères pourraient servir à la focalisation. Or, si la Cour rejette tant l'accessibilité du site que sa focalisation, lesquelles rappelons-le constituent les deux alternatives pour fonder une compétence internationale liée à Internet, cela devrait logiquement aboutir à ce que la Cour dénie la compétence du juge du lieu du/des dommage(s) en cas d'atteinte commise sur Internet. Bien entendu, l'incertitude demeure car elle ne l'a pas dit expressément, mais nous ne voyons pas quel autre enseignement pourrait être déduit de la motivation de la Cour d'appel de Liège.

101. En définitive, nous agréons la motivation de la Cour sur l'accessibilité mais pour le reste, nous demeurons plus que sceptiques ! Cette décision est ambiguë et évasive. Du reste, elle ne correspond pas du tout à la vaste jurisprudence française examinée *supra*.

Nous considérons donc, pour notre part, que dans cette affaire *Zidane*, la décision du Tribunal de première instance de Liège était plus claire, plus logique et mieux équilibrée.

E. Affaire Roland Garros

102. Le Président du tribunal de première instance de Liège fut saisi d'une autre affaire de paris en ligne opposant cette fois la Fédération française de tennis et la société de droit anglais Ladbrokes Betting and Gaming Ltd.

La Fédération française de tennis (ci-après la FFT) se plaignait de ce que les paris en ligne proposés par Ladbrokes portaient atteinte à ses droits et intérêts légitimes. Elle souhaitait donc principalement que le Président, saisi en référé, ordonne la cessation des paris relatifs aux matchs joués à Roland Garros et aux Masters de Paris et que Ladbrokes rembourse les paris déjà pris sur ces tournois¹⁴⁶.

103. La demanderesse est une fédération sportive française et la défenderesse une société de droit anglais, domiciliée au Royaume-Uni. Aucun lien évident avec la Belgique n'était constaté à première vue. Se posa donc tout naturellement la question de la compétence des tribunaux belges. Il est important de noter, qu'à l'instar de la décision rendue par la même juridiction dans l'affaire *Zidane* deux ans auparavant, l'ordonnance de référé du juge liégeois est particulièrement motivée¹⁴⁷.

La demanderesse avait fondé la compétence du juge belge sur base de l'article 5 (3), mais également sur base de l'article 31 du Règlement Bruxelles I¹⁴⁸. Le juge des référés rappela l'esprit du Règlement 44/2001, c'est-à-dire la sécurité juridique, la prévisibilité et la réduction du *forum shopping*. Puis, il indiqua que peut-être serait-il opportun que l'on gère d'une façon

¹⁴⁶ Sur l'objet complet de la demande, voy. Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008/23, p. 1016 (affaire *Roland Garros*).

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 1017-1019.

¹⁴⁸ Art. 31 : « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond ».

particulière « *la technique internet dans la mesure où celle-ci aboutit à une dimension mondiale et pourrait aboutir à une compétence universelle* »¹⁴⁹.

S'intéressant en premier lieu à l'article 5 (3), le Président releva que le lieu de l'évènement causal était le lieu où le site était hébergé, soit le Royaume-Uni. Il ne pouvait donc point être compétent sur base de ce lieu. Il examina ensuite si le dommage pouvait être subi en Belgique, ce qui pouvait alors lui permettre de connaître de ce litige. Le juge se basa sur l'arrêt *Shevill* et considéra qu'on « *interprète [la formulation de cet arrêt] comme la reconnaissance implicite par la Cour [de justice] de la compétence de chaque juge de chaque Etat atteint par la diffusion...* »¹⁵⁰. Le juge des référés constate alors qu'il était indéniablement possible de prendre un pari sur le site litigieux à partir du territoire belge. Aussi, toujours selon le juge, il est établi que la partie défenderesse exerce des activités sur le marché belge. A cet égard, comme l'avait relevé le même tribunal dans l'affaire *Zidane*, il est inutile et non relevant de prendre en compte « *le critère quantitatif du nombre de paris effectivement pris* »¹⁵¹.

Après avoir rejeté le critère linguistique (le site étant en anglais), après avoir constaté que l'on pouvait – théoriquement – parier à partir du Royaume et après avoir relevé qu'un dommage était allégué en Belgique où le tournoi de Roland Garros est fort célèbre, le Président du Tribunal de première instance de Liège se déclara compétent pour connaître du fond de ce litige. Cette approche relève donc, non pas de la simple accessibilité, mais d'une focalisation recentrée sur un critère principal, à savoir celui de la faculté de parier ou pas à partir du territoire belge.

Il nous paraît très important de mettre en évidence un autre élément retenu par le Président : « *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 medium* »¹⁵². Le Tribunal semble donc considérer que le problème lié à la sécurité juridique et à la prévisibilité d'une compétence trop étendue en matière de (quasi-)délit commis sur Internet n'en est pas un ! Celui qui choisit d'être actif sur Internet sait très bien qu'il s'agit d'un instrument mondial et que ce qu'il décidera de mettre en ligne pourra avoir des conséquences partout dans le monde...

F. Conclusion

104. Contrairement à la jurisprudence française qui est très riche en matière de conflits de juridictions issus de faits dommageables commis sur Internet, la jurisprudence belge est, en la matière, plus modeste. Il est, en conséquence, plus difficile de tirer des enseignements clairs et définitifs. Ajoutons à cela qu'à notre connaissance la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur le sujet, contrairement à la Cour suprême de France qui rendit nombre d'arrêts à ce propos.

Difficile de tirer des conclusions donc, d'autant que toutes les décisions relatives aux sites de paris en ligne (*Zidane* en 2006 et 2009 ; et *Roland Garros* en 2008) furent rendues par les

¹⁴⁹ Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, précité, p. 1017 (affaire *Roland Garros*).

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 1018.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

juridictions liégeoises. Il est ainsi délicat d'extrapoler et d'alléguer que ces décisions seraient représentatives de la position de toutes les juridictions du Royaume. Le curieux arrêt de la Cour d'appel de Liège du 30 juin 2009 mis à part, il est tout aussi compliqué d'imaginer que le Tribunal de première instance de Liège ait, en deux ans, changé radicalement d'avis et se soit engagé dans un revirement de jurisprudence. Observons d'ailleurs à ce propos que ces décisions de première instance, consacrant la cible du site et non pas la simple accessibilité, divergent toutefois de la décision de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Real de Madrid*, puisque celle-ci examina précisément le nombre de paris pris en France afin d'infirmier sa compétence internationale, alors que le Tribunal de première instance de Liège répéta, à deux reprises, qu'il suffisait que la faculté de parier à partir de la Belgique existe, peu importe le nombre de paris réels (ce qui pour nous est une meilleure analyse car le nombre de paris effectifs relève de la détermination du dommage et de son *quantum* au fond).

Difficulté supplémentaire dans l'analyse de ces décisions relatives aux paris en ligne : la Cour d'appel de Liège dans l'affaire *Zidane* rendit en juin 2009 un arrêt qui semble exclure tant l'accessibilité que la faculté de parier à partir d'un Etat. Elle contredit là, à la fois le Tribunal de première instance de Liège dans les affaires *Zidane* et *Roland Garros*, et la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Real de Madrid*. Cet arrêt de la Cour d'appel de Liège nous apparaît cependant comme marginal et peu représentatif de la problématique.

A côté de ces décisions relatives aux paris en ligne, nous avons l'affaire *Liberty* en matière de marques. Le Président du Tribunal de commerce de Bruxelles eut un raisonnement semblable à celui observé ultérieurement, en première instance, dans les cas *Zidane* et *Roland Garros*. Nous l'approuvons donc. Par contre, toujours dans cette affaire *Liberty*, la Cour d'appel de Bruxelles tint en 2004 un raisonnement ambigu et contradictoire qui nous semble mener à la consécration, en l'espèce, de la simple accessibilité.

Aussi, en matière de marques et de paris en ligne, les juridictions belges de première instance paraissent emprunter le chemin d'un examen de la cible ou de l'orientation du site. L'ennui bien entendu c'est que les seules décisions qui n'aillent pas dans ce sens sont celles des Cours d'appel de Bruxelles et de Liège (*Liberty*, 2004 et *Zidane*, 2009). C'est fâcheux car il s'agit de juridictions de plus haut rang dans la pyramide judiciaire. Cela dit, au vu de tout ce que nous avons déjà examiné en jurisprudence française, les décisions des juridictions de première instance de Bruxelles et de Liège nous semblent devoir être approuvées préférentiellement. Et, en tout état de cause, si l'on peut discuter pour l'arrêt *Liberty*, il nous paraît impensable de reprendre l'enseignement de l'arrêt *Zidane*, car il exclut tout à la fois l'accessibilité et la focalisation.

105. Restent alors les affaires *Le voyage de la guillotine* (2001) et *Women.com* (2003) en matière de droit d'auteur, qui, à elles deux, consacrent clairement la simple accessibilité du site. Certes, dans la première affaire, il était surtout question de distribution du film mais rappelons-nous que si la Cour d'appel de Bruxelles a jugé utile de rajouter que le site était accessible depuis la Belgique, c'est que ce critère lui paraissait essentiel pour fonder sa compétence ; faute de quoi, nous ne voyons en aucun cas l'utilité d'évoquer cette accessibilité. Et puis, dans l'affaire *Women.com*, il n'y a pas à discuter : malgré un libellé un peu inhabituel, le Tribunal de première instance de Bruxelles se déclare clairement compétent parce que le site contrefaisant, hébergé aux Etats-Unis, est accessible en Belgique.

Naturellement, il est difficile de tirer là aussi un enseignement clair, net et précis. D'un côté, l'on peut se dire que ces affaires sont antérieures à celles évoquées en matière de marques et de paris en ligne et que donc, chronologiquement, ces décisions sont dépassées. De l'autre, l'on peut également très bien soutenir que la logique est différente : le droit d'auteur ce n'est pas le droit des marques, et l'enseignement tiré dans l'une de ces matières n'est pas spécialement transposable à l'autre. Ceci peut d'ailleurs être accrédité par l'arrêt discordant rendu en France par la Cour d'appel de Paris le 9 septembre 2009 dans l'affaire *Hernan Gazmuri*. Pourquoi, en effet, alors qu'à ce moment-là, elle-même et beaucoup d'autres juridictions tranchaient en faveur de la focalisation, la Cour d'appel de Paris a-t-elle utilisé la simple accessibilité du site ? Peut-être parce que le litige était relatif au droit d'auteur !

Nous pouvons épingler ici la précieuse utilité de comparer la jurisprudence des divers ordres judiciaires de l'Union européenne. Parfois, on ne peut dégager d'enseignement – sauf à trop interpréter ou à instrumentaliser la jurisprudence dans un sens ou dans l'autre ! – à l'échelle purement nationale, mais lorsqu'on remarque des tendances similaires dans différents pays, on peut raisonnablement considérer qu'il y a là des éléments sérieux à retenir.

Section 4 – Jurisprudence néerlandaise

A. Affaire KPN

106. La première affaire néerlandaise que nous avons voulu proposer et analyser est relative à une violation alléguée de droits d'auteur et plus précisément, de droits d'auteur sur une base de données¹⁵³.

KPN est un groupe de sociétés néerlandaises, lesquelles sont établies à 's-Gravenhage aux Pays-Bas. Ces sociétés sont propriétaires d'un fichier de renseignements qui reprend un certain nombre de données relatives à ses abonnés (nom, adresse, numéro de téléphone...). Cet annuaire est disponible en version papier mais également sur CD et sur le site internet de KPN.

KPN se plaignit de ce que la société belge Kapitol, établie à Ixelles, exploitait un site internet sur lequel son annuaire se retrouvait, peu ou prou, reproduit. Or, selon KPN ce site pouvait être consulté à partir des Pays-Bas et le serait certainement car les données litigieuses visaient, par leur nature, le public néerlandais. KPN reprochait donc à Kapitol de violer ses droits d'auteur, conférés par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, et saisit, en conséquence, le Président du Tribunal de Dordrecht afin d'obtenir, entre autres, la cessation des actes contrefaisants.

Kapitol se défendit en soulevant l'incompétence des juges néerlandais au profit des juges belges, avant de rajouter qu'en tout état de cause, si les tribunaux néerlandais étaient

¹⁵³ 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).

internationalement compétents, ce serait alors le Président du Tribunal de 's-Gravenhage qui aurait dû connaître du litige et non celui de Dordrecht.

107. Le Président du Tribunal de Dordrecht examina donc la question de sa compétence tant internationale que territoriale¹⁵⁴. Le juge releva que l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles pouvait trouver à s'appliquer *in casu*. Il considéra ensuite que puisque KPN met à disposition, sur son site internet, des données qui concernent spécialement le marché néerlandais, il est indéniable qu'à partir du moment où Kapitol publie, sur son propre site, les mêmes données, le public néerlandais peut les consulter. Le risque est, par conséquent, que le site de KPN soit moins consulté. Aussi, vu la possibilité de consulter ces données aux Pays-Bas, le juge déclara qu'il était internationalement compétent et puisque ces données étaient également accessibles dans l'arrondissement de Dordrecht, le dommage était susceptible de se réaliser à Dordrecht, ce qui justifiait sa compétence territoriale.

B. Affaire Tartes érotiques

108. Cette affaire¹⁵⁵ apparaît, à première vue, très intéressante. Il était en effet question tout à la fois de la violation d'une marque, d'un modèle, d'un droit d'auteur et de concurrence déloyale. L'occasion semblait donc se présenter pour examiner si le juge néerlandais considérerait qu'une différence de régime quant à sa compétence internationale était justifiée entre le droit d'auteur et les autres matières. Malheureusement, à la lecture de cet arrêt, nous n'en apprendrons finalement pas tellement.

109. Une société néerlandaise, Cyráko, fabriquait et commercialisait des tartes érotiques. Elle reprochait à société belge Erobaking, dont le siège était établi à Saint-Nicolas, de violer ses droits intellectuels en vendant des tartes similaires sur son site internet. En appel, devant la Cour d'Amsterdam, la question de la compétence internationale se posa.

La Cour examina sa juridiction, droit intellectuel par droit intellectuel¹⁵⁶ :

- Concernant **le droit d'auteur et la concurrence déloyale**, la Cour constata que l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles devait être appliqué pour déterminer la compétence internationale du juge néerlandais. Cependant, puisque Erobaking n'a pas contesté la juridiction de l'ordre judiciaire néerlandais s'agissant des demandes relative au droit d'auteur et à la concurrence déloyale, la Cour d'Amsterdam décide que l'article 18 de la Convention de Bruxelles¹⁵⁷ doit être appliqué et qu'elle est bien compétente pour connaître de ces demandes ;

¹⁵⁴ Spécifiquement sur la question de la compétence : Pres. Rb. Dordrecht, 8 août 1998, précité, pp. 422-423, pt 4.

¹⁵⁵ Hof Amsterdam, 11 novembre 1999, disponible dans P. G. F. A. GEERTS et J. R. M. RIJNDERS, *Jurisprudentiebundel ICT-recht: informatie- en communicatietechnologie*, Amsterdam, Kluwer, 2004, p. 426 (affaire *Tartes érotiques*).

¹⁵⁶ Spécifiquement sur la question de la compétence : Hof Amsterdam, 11 novembre 1999, précité, pp. 429 et s., pt. 5.

¹⁵⁷ Art. 18 de la Convention de Bruxelles : « Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente convention, **le juge d'un État contractant devant lequel le défendeur comparait est compétent**. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16 ».

- Du point de vue **du droit des marques**, la Cour estima que l'article 5 (3) devait céder le pas à l'article 37, sous A, de la Loi Uniforme Benelux sur les marques, et ce en vertu de l'article 57 de la Convention de Bruxelles. Cela dit, l'article 37, sous A, en question prévoit, entre autres, la compétence du « *lieu où l'obligation litigieuse est née, a été ou doit être exécutée* », ce qui permettrait éventuellement de transposer la solution apportée par la Cour à l'article 5 (3). Précisément, la Cour eut un raisonnement assez intéressant. Selon elle, il est possible de consulter le site litigieux à partir des Pays-Bas et il paraît également possible d'acheter des tartes à partir dudit site aux Pays-Bas. Cela étant, Erobaking soutenait qu'elle ne visait que le marché belge et qu'elle était dans l'impossibilité de livrer ses tartes aux Pays-Bas. La Cour en conclut qu'il n'était pas rapporté que ces tartes fussent vendues hors de Belgique, et que, par conséquent, elle ne pouvait se déclarer compétente faute de lien suffisamment direct et réel avec le territoire des Pays-Bas. Au pire, un dommage dérivé pourrait être subi aux Pays-Bas, mais pas un dommage direct, ce qui l'empêche de connaître du litige dans son versant marques ;
- **Sur le modèle litigieux**, la Cour constata que l'article 29 de la Loi Uniforme Benelux en matière de dessins et modèles devait, comme l'article 37, sous A, évoqué ci-dessus, s'appliquer par priorité à l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles. Pour la suite, la Cour d'Amsterdam se déclara également incompétente pour les mêmes motifs que ceux développées en droit des marques : il n'existait pas, en l'espèce, de lien suffisamment direct et réel avec le territoire des Pays-Bas.

110. Cette affaire nous apporte des enseignements divers.

D'une part, la Cour d'Amsterdam semble appliquer la théorie de la focalisation s'agissant du droit des marques et du droit des dessins et modèles, ce qui l'amène à écarter sa compétence. Ceci dit, il nous semble qu'elle aille un peu trop loin dans le raisonnement et qu'elle adopte presque une position de fond. Ainsi que nous l'avons déjà relevé, à l'occasion de l'examen de jurisprudence belge, nous pensons qu'il soit suffisant que le site permette d'acheter à partir d'un territoire, pour que le juge dudit territoire soit compétent pour connaître du dommage prétendu. Il n'en serait pas pour autant question de simple accessibilité, puisqu'il faudrait pouvoir acheter ou s'inscrire aux services proposés par le site (comme pour les paris en ligne), mais il ne nous semble pas non plus opportun d'aller jusqu'à compter le nombre de ventes effectives (comme le fait la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Real de Madrid*), puisque cette question relèverait davantage de la détermination, au fond, du dommage et éventuellement de son *quantum*.

D'autre part, vu le comportement procédural du défendeur en première instance, la Cour se déclare compétente sur base de l'article 18 de la Convention de Bruxelles, lequel article 18 prévoit que si le défendeur ne conteste pas la juridiction du tribunal – et sauf règle de compétence exclusive –, le tribunal est considéré comme effectivement compétent. L'application de cette règle de prorogation de compétence nous empêche de savoir comment la Cour d'Amsterdam se serait comportée face à un problème de juridiction issu d'une violation alléguée d'un droit d'auteur sur Internet.

C. Affaire Ladbrokes

111. Cette affaire *Ladbrokes* est très intéressante. Les faits sont relativement simples. La société Stichting De Nationale Sporttotalisator établie à 's-Gravenhage, que nous appellerons ci-après Lotto, attaquée, en référé, différentes sociétés du groupe Ladbrokes qui exploitent un site de paris en ligne. Il était reproché aux défenderesses de permettre aux Néerlandais de participer aux paris proposés sur leur site internet. Or, aux Pays-Bas, seule Lotto était autorisée à proposer des jeux de hasard.

En première instance, devant le Tribunal d'Arnhem se posa la question de la compétence internationale des juridictions néerlandaises¹⁵⁸. Le juge des référés releva que le défendeur étant domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne (le Royaume-Uni), le Règlement 44/2001 était applicable. Il explicita ensuite judicieusement la différence entre le lieu de l'évènement causal et le lieu où le(s) dommage(s) est/sont souffert(s) et précisa, toujours aussi judicieusement, que le demandeur avait le choix entre les juges de ces différents lieux. Il conclut, en conséquence, que vu le dommage allégué aux Pays-Bas, c'est à bon droit que Lotto avait pu choisir le juge néerlandais, en tant que juge du lieu où le dommage serait subi¹⁵⁹.

112. En l'absence de toute autre indication sinon que le juge se base sur l'article 5 (3) et sur le lieu où le dommage est allégué, il nous semble que le tribunal d'Arnhem fonde sa compétence sur la simple accessibilité du site internet aux Pays-Bas, celle-ci permettant alors d'alléguer un dommage aux Pays-Bas. En tout cas, il n'y a aucune trace, à ce stade, d'une quelconque focalisation.

Du reste, la Cour d'appel d'Arnhem, quant à elle, considéra, pour examiner s'il existait ou non un dommage aux Pays-Bas, que le site de Ladbrokes était dirigé vers cet Etat¹⁶⁰ :

- Les Pays-Bas sont référencés dans la liste des pays reprise sur le site « www.ladbrokes.com »;
- Il est possible de parier sur des tournois de sport néerlandais ;
- On peut jouer sur des clubs à peine connus comme Helmond Sport, Go Ahead Eagles et RBC Roosendaal ;
- Certes la langue du site est l'anglais mais cela n'exclut en aucun cas les Pays-Bas ;
- De plus, les parieurs peuvent utiliser l'euro en lieu et place de la livre sterling et ce à partir d'une carte bancaire néerlandaise ;
- Les gains peuvent, enfin, être versés sur un compte néerlandais.

¹⁵⁸ Rb Arnhem, 27 janvier 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AF3374> (affaire *Ladbrokes*).

¹⁵⁹ *Ibid.*: « Artikel 5 lid 3 van de EEX-verordening bepaalt dat bevoegd is het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Onder de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan kan worden verstaan de plaats van de veroorzakende gebeurtenis of de plaats waar de schade is ingetreden. Vallen deze niet samen dan mag eiser kiezen. (HvJ EG 30 november 1976). **De Lotto heeft derhalve voor de Nederlandse rechter kunnen kiezen en op grond van het bepaalde in artikel 102 Rv is de (voorzieningenrechter van de) rechtbank in Arnhem bevoegd van onderhavig geschil kennis te nemen** ».

¹⁶⁰ Gerechtshof Arnhem, 2 septembre 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AJ9996> (affaire *Ladbrokes*).

Mais cette analyse, qui est somme toute classique dans ce genre de litiges, est réalisée au fond et non sur le plan de la compétence. Il semblerait donc que les tribunaux néerlandais, dans cette affaire, se soient déclarés compétents par la simple accessibilité avant de vérifier si oui ou non, en vue d'une condamnation, il existait un dommage aux Pays-Bas. Cette jurisprudence est donc à rapprocher de l'arrêt de la Cour de cassation française *Hugo Boss* (2005).

Observons encore que le *Hoge Raad* fut saisi de cette affaire *Ladbrokes* mais il ne se prononça pas sur la question de la compétence, car le pourvoi n'évoquait pas ce problème¹⁶¹.

D. Affaire Paramount

113. L'affaire *Paramount* est très similaire à celle que nous venons d'examiner au point C. Holland Casino est une société qui, après avoir obtenu une autorisation à cet effet de la part du gouvernement néerlandais, organise des jeux de casinos. Holland Casino décida d'agir, en référé, en 2003 devant le Président du Tribunal d'Utrecht, au motif que les sociétés *Paramount* et *Universal* organisaient sur leurs sites internet divers jeux de casino, comme la roulette et le Black Jack. L'objet de la demande principale tendait à obtenir du tribunal qu'il oblige les défendeurs à interdire l'accès à leurs sites aux habitants des Pays-Bas.

Le problème c'est que les défendeurs étaient domiciliés aux Antilles néerlandaises et aux Etats-Unis. Il fallut donc au Président du Tribunal d'Utrecht déterminer s'il avait ou non juridiction pour connaître de ce litige. Après avoir relevé le caractère international du litige, le juge des référés estima qu'il était indéniablement compétent parce que le fait dommageable s'était produit sur Internet et donc nécessairement aux Pays-Bas et à Utrecht :

« Nu gedaagden gevestigd zijn op het grondgebied van andere staten dan Nederland en de vorderingen uit dien hoofde een internationaal karakter dragen, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de voorzieningenrechter te Utrecht bevoegd is van deze vorderingen kennis te nemen. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord, en wel op grond van het feit dat het schadebrengende feit zich op het internet en derhalve tevens in Nederland en in het arrondissement Utrecht heeft voorgedaan »¹⁶².

Cette décision est de la même teneur que celle rendue par le Tribunal d'Arnhem dans l'affaire *Ladbrokes*, à ceci près qu'en l'espèce le juge est beaucoup plus clair quant à la nature spécifique du réseau Internet qui est susceptible d'aboutir à une compétence universelle.

E. Affaire VITRA

114. Les sociétés *VITRA*, établies en Suisse, aux Pays-Bas et en Allemagne, sont, ensemble, titulaires de différents droits de propriété intellectuelle relatifs à des meubles, et plus particulièrement à des chaises et fauteuils. Elles ont, entre autres, protégé certains de leurs

¹⁶¹ Voy. H.R., 18 février 2005, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AR4841> (affaire *Ladbrokes*).

¹⁶² Rb. Utrecht, 27 février 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AF5121> (affaire *Paramount*).

modèles de chaises par des marques de forme, valables tant au Benelux qu'en Allemagne, et revendiquent également des droits d'auteur sur leurs meubles.

Sur base de ces marques et de ces droits d'auteur, les sociétés VITRA citèrent devant le juge des référés de 's-Gravenhage pas moins de seize sociétés (italiennes, espagnoles, anglaises ou irlandaises) afin d'obtenir de ce juge qu'il leur ordonne de cesser toute atteinte à leurs droits de propriété intellectuelle¹⁶³. Plus précisément, il était reproché à ces seize sociétés de violer, sur leur site internet respectif, les droits précités par la publicité, la vente, la revente, l'exposition ou toute autre forme d'offre relative à deux modèles de chaise appelés « Lounge Chair » et « Aluminium Chair ».

Vu l'extranéité résultant de l'établissement des seize sociétés défenderesses se posa légitimement la question de la compétence internationale du juge des référés de 's-Gravenhage. VITRA avait fondé, dans sa citation, la compétence de ce juge néerlandais sur base de l'article 37, sous A, de la Loi Uniforme Benelux sur les marques et sur l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I. Cela dit, le Président n'examina pas sa compétence internationale en fonction du critère de la focalisation, c'est-à-dire qu'il ne vérifia point que les sites litigieux étaient dirigés vers les Pays-Bas avant de se déclarer (in)compétent. En réalité, le juge ne fit qu'examiner sa juridiction au regard de l'étendue des demandes. Il s'agissait d'une action notamment fondée sur l'article 5 (3) et les mesures demandées avaient une portée extraterritoriale, puisqu'il était question de faire cesser les atteintes aux droits de propriété intellectuelle des demanderesses alors que toutes les défenderesses étaient domiciliées à l'étranger. Le juge se déclara incompetent pour prononcer des mesures hors du Benelux.

Ce raisonnement est assez étonnant car avant de délimiter sa compétence au regard de l'étendue des mesures qu'il peut prononcer, et donc de se déclarer incompetent pour les demandes de nature extraterritoriale, le juge aurait dû examiner s'il était bien compétent en tant que juge du lieu du dommage. Et pour cela, il aurait dû soit établir qu'il était compétent parce que les sites étaient accessibles aux Pays-Bas (théorie de l'accessibilité), soit parce que les différents sites visaient le public ou le territoire néerlandais (théorie de la focalisation).

Nous regrettons cette motivation du juge sur sa compétence qui est à nos yeux partielle et lacunaire, avec seulement une partie du raisonnement (la question de l'étendue de la compétence doit, selon nous, venir après la question du fondement ou de l'établissement de la compétence *sensu stricto*). Cela dit, nous n'avons pas eu accès aux conclusions des parties et peut-être que les défendeurs n'ont contesté que l'étendue de la compétence du juge néerlandais.

115. Appel fut interjeté par les sociétés VITRA à l'encontre de la décision du juge des référés rendue le 8 février 2005. La question de l'étendue de la compétence fut, à nouveau tranchée, par la Cour d'appel de 's-Gravenhage, mais pas celle plus fondamentale de l'établissement de la compétence *stricto sensu*¹⁶⁴. Cela dit, ce qui est fort intéressant dans cet arrêt de ladite Cour d'appel, c'est que celle-ci va déclarer qu'Internet a une nature

¹⁶³ Rb. 's-Gravenhage, 8 février 2005, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljin=AS5629> (affaire VITRA).

¹⁶⁴ Gerechtshof te 's-Gravenhage, 20 mars 2008, disponible sur http://www.boek9.nl/uploads/getobject.php_id=4515.pdf, p. 2, pts. 6-7 (affaire VITRA).

particulière et que les pages web peuvent être consultées de partout¹⁶⁵. Aussi, il ne suffit pas de pouvoir surfer sur ce site à partir d'un pays où un signe (ou une image) est protégé(e) pour qu'un acte de contrefaçon soit constaté dans ce pays. La Cour souligne que d'autres critères doivent être pris en compte : l'offre dans les pays de protection, le nom de domaine du site, le choix de langues offert par ce site, les références à certains pays... Et, par la suite, la Cour va appliquer tous ces critères aux différents sites litigieux, qui en appel ne sont plus que ceux de la société italienne Classic Design, de la société espagnole Steelform Europa et de la société anglaise Europadesign.

Naturellement cette approche relève, *in casu*, du fond, et non de la compétence, mais le raisonnement de la Cour d'appel est très intéressant et particulièrement motivé. Ceci n'est, du reste, pas sans rappeler l'approche de la Cour de cassation de France dans son arrêt *Hugo Boss*, qui non saisie de la question de la compétence internationale, avait toutefois considéré qu'au fond il ne saurait y avoir de dommage si le site litigieux ne visait pas le public français.

F. Affaire Cassina

116. L'affaire *Cassina* est assez similaire au cas *VITRA*. La société italienne Cassina et la fondation parisienne Le Corbusier se prévalaient de droits d'auteur sur des meubles. En outre, elles étaient titulaires de différentes marques. Elles décidèrent d'assigner en justice, devant le juge des référés d'Amsterdam, la société italienne Dimensione Direct.

Le contexte factuel menant à cette action en justice était le suivant. Dimensione Direct offrait à la vente via son site internet « www.dimensione-bauhaus.com » des modèles de meubles, qui constituaient clairement des copies de ceux de Cassina et de Le Corbusier. Le site pouvait être visité en italien, en français, en allemand ou en anglais. Le formulaire de commande contenait dans la liste des pays proposés les Pays-Bas. De surcroît, en septembre 2008, Dimensione Direct avait envoyé une publicité par email à des cabinets d'avocats. Le titre de ce courrier électronique de masse était : « *European Court of Justice deregulates Market for Bauhaus Furniture* ». Dimensione Direct prétendait que la Cour de justice permettait, désormais, d'utiliser des copies de modèles de meubles dans les espaces privés et publics. Pire encore : Dimensione proposait une réduction de 15% sur les copies vendues et annonçait que celles-ci étaient 50% moins cher que les mêmes meubles vendus aux Pays-Bas. Cette publicité contenait des images des meubles de Cassina et de Le Corbusier.

L'objet de la demande de Cassina et de Le Corbusier était d'obtenir la cessation de l'atteinte portée par Dimensione Direct à leurs droits d'auteur et à leurs marques.

Vu qu'aucune des sociétés n'étaient domiciliées aux Pays-Bas, il fallut justifier la juridiction du juge des référés d'Amsterdam. Et le raisonnement qui amène le juge à retenir sa compétence est pour le moins laconique. Selon lui, puisque l'objet de la demande tend à faire cesser des actes de contrefaçons aux Pays-Bas, le Tribunal d'Amsterdam est compétent¹⁶⁶ :

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 3, pt. 9.

¹⁶⁶ Rb. Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, pp. 102-103, pt. 4.1 (affaire *Cassina*).

« Door Cassina c.s. worden (onder meer) verboden gevorderd, geldende voor het gehele Nederlandse grondgebied, voor – volgens Cassina c.s. – inbreukmakende handelingen door Dimensione in Nederland. De Rechtbank Amsterdam is derhalve bevoegd van dit geschil kennis te nemen en Nederlands recht is van toepassing ».

Comme nous pouvons le lire dans l'extrait exposé ci-dessus, le juge va même déclarer le droit néerlandais applicable sans autre explication ni référence à une quelconque disposition légale. Encore une fois donc, le raisonnement de droit international privé des juges néerlandais n'est pas très élaboré. Comme le relève judicieusement MIREILLE VAN EECHOUD, dans sa note sous la décision *Cassina*¹⁶⁷, malgré le caractère très court de la motivation sur la compétence, il est probable que le juge ait fait application de l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I. Nous pouvons, du reste, supposer que la simple accessibilité du site de Dimensione Direct aux Pays-Bas suffit à fonder la compétence du juge, puisqu'aucune restriction n'est relevée par le Président saisi du référé.

117. En conclusion sur ce jugement *Cassina*, observons que le schéma paraît être le même que dans la plupart des décisions néerlandaises déjà analysées : la compétence est quasi-systématique une fois que l'on revendique un dommage aux Pays-Bas et une demande limitée au territoire de cet Etat, mais, par la suite, pour la détermination de l'acte contrefaisant et du dommage, le tribunal vérifie la direction du site¹⁶⁸. La théorie de la focalisation est donc, à l'instar de l'arrêt *Hugo Boss* maintes fois cité dans cette étude, utilisée au fond et non sur le plan procédural de la compétence.

G. Conclusion

118. Il est très difficile d'appréhender la position des Cours et tribunaux néerlandais du point de vue de la simple accessibilité ou de la focalisation. En effet, à l'exception des affaires *KPN* (1998) et *Tartes érotiques* (1999), les décisions que nous avons examinées sont assez succinctes voire lacunaires quant à la compétence internationale du juge néerlandais saisi d'un fait dommageable commis sur Internet. Dans l'affaire *Ladbrokes* (2003), le juge considéra que le simple fait que le dommage soit allégué au Pays-Bas lui conférait la compétence internationale. Dans le cas *Paramount* (2003), c'est quelque peu plus élaboré et l'on croit y déceler une référence à l'accessibilité, puisque le juge retint que le fait dommageable s'était produit sur Internet, et donc nécessairement aux Pays-Bas, mais cette référence n'est pas explicite. Dans l'affaire *VITRA* (2005 et 2008), rien n'est dit du fondement de la compétence, le débat étant exclusivement porté sur l'étendue de celle-ci au regard des mesures extraterritoriales (on présume donc que le juge se considérait naturellement compétent pour la contrefaçon en ligne). Et enfin, dans l'affaire *Cassina* (2009), l'approche est similaire à celle utilisée dans *Ladbrokes* et *Paramount* : puisque l'objet de la demande consiste à faire cesser un acte de contrefaçon et que cette demande est intentée aux Pays-Bas, le juge néerlandais est compétent pour connaître de cette demande.

¹⁶⁷ M. VAN EECHOUD, note sous Rb. Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, p. 104.

¹⁶⁸ Voy. spécif. Rb. Amsterdam, 19 février 2009, *ibid.*, p. 104, pt. 4.9.

Du reste, puisque tant dans *Ladbroke's*, *Paramount*, *VITRA* et *Cassina*, la focalisation est utilisée pour vérifier le bien-fondé de la demande au fond, l'on peut légitimement penser que la combinaison de la pure accessibilité du site litigieux aux Pays-Bas et de la simple allégation d'un dommage dans ce même Etat suffise à fonder la compétence internationale du juge néerlandais. Le raisonnement peut ainsi être assimilé à l'approche française *Hugo Boss*¹⁶⁹.

119. Cela étant, ce qui nous choque ce n'est pas tant que l'on retienne l'accessibilité en lieu et place de la focalisation – l'objet de cette étude étant justement de réfléchir à ces critères, à leurs avantages et inconvénients –, mais bien que le raisonnement des juges néerlandais soit si avare en précisions.

On a la fâcheuse impression que la compétence des juges néerlandais est naturelle ou évidente. E. STEGEMAN relève d'ailleurs, dans son étude intitulée « *Hoe gaan rechters om met de grenzeloosheid van het Internet?* », que la détermination de la compétence internationale des juges néerlandais, en cas de litiges extracontractuels liés à Internet, est imparfaite et que le raisonnement des juges à ce sujet est souvent plus que sommaire¹⁷⁰. Cet auteur va même jusqu'à qualifier les décisions relatives à la compétence en matière de faits dommageables commis sur Internet de « *farces* », la juridiction de l'ordre judiciaire néerlandais étant quasi systématiquement établie.

120. La position des juges néerlandais se situe donc, à notre humble estime, aux antipodes de celle finalement adoptée par la Cour de cassation de France. Aux Pays-Bas, votre cause sera presque toujours examinée au fond, alors qu'en France, vous devrez désormais prouver que le site litigieux vise le public français ou ait un impact sur celui-ci.

Bien que l'article 5 (3) provienne d'un Règlement européen, l'interprétation dudit article dans des affaires impliquant Internet, en l'absence d'arrêt de la Cour de justice, reste très différente d'Etat en Etat, ce qui est plus qu'insatisfaisant.

Section 5 – Conclusion générale sur la jurisprudence

121. Ainsi que nous venons de l'indiquer, les positions des juges d'Etats membres différents sont divergentes. Nous souhaiterions que la Cour de justice soit appelée à se prononcer afin d'harmoniser l'interprétation de l'article 5 (3) du Règlement 44/2001 (et *de facto* l'interprétation des dispositions nationales similaires comme l'article 46 du NCPC et l'article 86 du CODIP).

En attendant, nous trouvons un point positif à ces positions jurisprudentielles nationales divergentes : elles viennent confirmer l'intérêt de notre étude. Il est, en effet, essentiel de réfléchir au meilleur critère à adopter pour asseoir ou pour balayer la compétence internationale des juges en matière de contrefaçon commise sur le réseau Internet, car la grande incertitude qui est de mise, à l'heure actuelle, n'est pas tenable ! Autant, certains

¹⁶⁹ Toutefois, souvenons-nous que ladite approche est désormais dépassée en France, puisqu'avec les arrêts rendus par la Cour de cassation dans les affaires *Pneus Online Suisse* (2010), *Google c. Louis Vuitton* (2010), *Axa* (2010) et *Maceo* (2011), il paraît clair que **le test de la focalisation doit être effectué dès stade de la compétence**.

¹⁷⁰ E. STEGEMAN, *Hoe gaan rechters om met de grenzeloosheid van het Internet?*, *op. cit.*, p. 29, point 4.2.8 et p. 59.

avancent que la pure accessibilité serait dangereuse car elle crée une sorte de compétence universelle et donc un manque de prévisibilité ou de sécurité juridique pour le défendeur ; autant, le fait que l'article 5 (3) soit interprété à ce point différemment d'Etat en Etat est tout aussi dangereux pour la prévisibilité, à nos yeux.

122. Aussi, l'objet des prochains chapitres consistera à examiner lequel des deux critères de l'accessibilité ou de la focalisation devrait être préféré, afin de fonder la compétence internationale des juges européens.

Nous distinguerons, à cet effet, les litiges relatifs au droit des marques et au droit d'auteur, afin d'établir si, comme nous en avons l'intuition depuis le début, la solution devrait être différente dans ces deux cas.

Enfin, à l'issue de ces réflexions, nous pourrons répondre à la question principale de cette étude, à savoir : « *le droit d'auteur résisterait-il à la théorie de la focalisation ?* ».

Chapitre V – Le droit des marques et la théorie de la focalisation décisive

123. Avant de procéder plus avant à l'examen de la théorie de la focalisation en droit des marques, nous souhaitons mettre en évidence le fait que nous avons axé cette étude sous l'angle du Règlement 44/2001 et de son article 5 (3). Or ceux-ci ne s'appliquent pas aux marques communautaires en vertu de l'article 94 du Règlement (CE) n°207/2009 sur la marque communautaire¹⁷¹.

Cependant, l'article 97.5 du même Règlement 207/2009 prévoit une règle de compétence similaire à celle de l'article 5 (3) : « *Les procédures résultant des actions et demandes visées à l'article 96, à l'exception des actions en déclaration de non-contrefaçon d'une marque communautaire, peuvent également être portées devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le fait de contrefaçon a été commis ou menace d'être commis ou sur le territoire duquel un fait visé à l'article 9, paragraphe 3, deuxième phrase, a été commis* ».

Cet article n'est pas très précis, notamment en ce qu'il n'indique pas ce qu'il convient de faire en présence d'un délit complexe, si l'évènement causal et le préjudice adviennent dans des Etats différents. Mais puisque l'article 98.2 du Règlement sur la marque communautaire limite l'étendue de la compétence du juge du lieu du fait de contrefaçon aux actes commis sur son territoire, cela nous rappelle nécessairement l'article 5 (3) tel qu'interprété par la Cour de justice dans l'arrêt *Shevill*. Dès lors, en cas de délit complexe, et sauf à priver la combinaison des articles 97.5 et 98.2 de tout sens, le juge compétent sera celui du lieu où un préjudice « local » peut être ressenti.

124. Ainsi, sous réserve de nécessaires adaptations, le raisonnement développé dans les pages qui suivent, relatif à la focalisation au regard de la contrefaçon de marques nationales sur Internet peut être appliqué *mutatis mutandis* à l'article 97.5 du Règlement 207/2009.

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

125. Ainsi que nous avons pu le constater, tout au long de cette étude, c'est surtout en droit des marques que la théorie de la focalisation a été et continue d'être utilisée¹⁷². Cette théorie de la focalisation doit d'ailleurs sa genèse et sa remarquable évolution, notamment dans la jurisprudence française, au droit des marques.

¹⁷¹ Art. 94.2 du Règlement (CE) n°207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire : « 2. *En ce qui concerne les procédures résultant des actions et demandes visées à l'article 96: a) l'article 2, l'article 4, l'article 5, points 1, 3, 4 et 5, et l'article 31 du règlement (CE) n° 44/2001 ne sont pas applicables* »

¹⁷² Voy. en ce sens: B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en Internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening, op. cit.*, p. 97, n°162: « *Het internationaal privaatrechtelijk bestemmingsbeginsel geniet heel wat aandacht in de merkenrechtelijke doctrine* ».

Tout ceci n'est pas le fruit du hasard. En effet, Internet est un monde sans frontières¹⁷³, tandis que le droit des marques est gouverné par le principe de territorialité¹⁷⁴. A ce titre, contrairement à une atteinte 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 enregistré¹⁷⁵.

126. Une autre conséquence logique 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 Etat, soit assigné à l'étranger, où un signe identique ou similaire appartient à un autre titulaire, au motif que le défendeur aurait contrefait la marque du demandeur via l'utilisation de celle-ci sur Internet. 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 Etats 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 considère l'usage du signe sur Internet comme une utilisation locale dans son arrondissement judiciaire. Dans ce cas, cela en serait fini de la coexistence des marques nationales sur Internet !

127. Asseoir la compétence internationale des juges sur base de la simple accessibilité peut donc apparaître comme suicidaire car cela risquerait d'aboutir à un chaos total. Prenons un exemple simple :

Monsieur A est titulaire en France de la marque OZO pour des produits X. Monsieur B, quant à lui, est titulaire en Italie de la même marque OZO pour les mêmes produits X.

Monsieur A exploite un site internet par l'intermédiaire duquel il vend ses produits, mais uniquement en France car il ne livre pas les produits vendus sur son site hors de l'Hexagone. Sa marque apparaît évidemment sur ce site. Monsieur B a également un site internet, sur lequel apparaît sa marque OZO, mais ses produits ne peuvent être achetés qu'en Italie.

¹⁷³ M. BURNSTEIN, « A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment », in K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (dir.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? – Internet, Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 23.

¹⁷⁴ 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 !

¹⁷⁵ Nous laissons naturellement de côté les marques notoirement connues au sens de l'article 6bis de la Convention d'Union de Paris.

Sur base de cet exemple élémentaire, si l'on retient comme critère la simple accessibilité, le dommage peut être allégué par Monsieur A en France et par Monsieur B en Italie. Il est alors possible que ces deux titulaires agissent chacun l'un contre l'autre en contrefaçon de marque et que les tribunaux français déclarent que Monsieur B a contrefait, sur internet, la marque de Monsieur A, alors que les tribunaux italiens déclareront que Monsieur A a contrefait la marque de Monsieur B.

C'est précisément ce à quoi nous pensions, en analysant l'affaire *Castellblanch* quand nous écrivions : « On pourrait d'ailleurs penser, avec une certaine ironie, que *Castellblanch* aurait pu attaquer, devant les tribunaux espagnols, la société *Louis Roederer*, si d'aventure celle-ci utilisait le signe « *Cristal* » sur son propre site, celui-ci étant accessible en Espagne ! »¹⁷⁶.

128. Afin d'éviter ce chaos total et un « *contentieux de harcèlement* »¹⁷⁷ qui mènerait inexorablement à des condamnations dans tous les sens, il est 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) Etat(s) cette marque est effectivement utilisée et l'on évitera ainsi l'écueil de l'impossible coexistence des marques sur la Toile.

129. Bien entendu 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* de la Cour de cassation de France nous enseigne qu'il fallait rechercher, pour pouvoir constater la violation d'une marque en France, si le site étranger était effectivement dirigé vers la France (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.

¹⁷⁶ Voy. le **point 51** de cette étude.

¹⁷⁷ 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 : « Les tiers détenant des droits légitimes sur une marque dans une aire géographique donnée risquent alors de faire l'objet d'un **contentieux de harcèlement** à l'initiative d'un demandeur titulaire d'une même marque dans une autre aire géographique ».

Cette façon de procéder est celle employée par les juridictions néerlandaises dans les affaires *Ladbrokes, Paramount, VITRA* et *Cassina*.

Par ailleurs, la Cour de cassation de France, dans son Rapport annuel de 2005, considérait que cette solution devait être approuvée¹⁷⁸ :

« (...) »

- *il s'agit d'abord de trouver rapidement un juge compétent, ce pourra être un juge français, si le site incriminé est accessible dans notre pays, peu important, à ce stade, le contenu de ce site, et même le fait qu'il puisse être passif, du moment que le dommage se rattache au territoire national ;*
- *il s'agit ensuite, au fond cette fois, d'examiner concrètement ce que dit ce site, afin d'apprécier s'il permet au consommateur français l'accès au produit dont la diffusion est interdite en France sous la marque considérée.*

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. »

130. 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 la théorie de la focalisation n'aurait plus lieu d'être sur le plan de la compétence.

Cependant, la question conserve un incontestable intérêt car certains arguments plaident à l'encontre de cette dissociation compétence/fond.

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

131. *A priori*, le système évoqué au point précédent paraît idéal¹⁷⁹. 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 déclinatoires 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.

¹⁷⁸ 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/ (4/05/2011).

¹⁷⁹ 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* ».

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.

132. 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* »¹⁸⁰.

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 ! A supposer la compétence des juridictions établies, celles-ci n'entreront pas nécessairement en voie de condamnation ou bien prononceront une condamnation symbolique* »¹⁸¹.

Observons que la position d'O. CACHARD est plus nuancée que celle de H. GAUDEMET-TALLON. Le premier conçoit qu'un site accessible n'implique pas toujours une contrefaçon sur le territoire du juge saisi, alors que la seconde avance fermement qu'un site purement accessible en France ne peut, en aucune façon, causer de dommage sur le territoire de l'Hexagone.

En tout état de cause, 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 d'un procès alors qu'aucune contrefaçon, et donc qu'aucun dommage, ne pourraient être finalement constatés dans cet Etat.

133. En d'autres termes, la théorie de la focalisation serait, à les écouter, indispensable pour fonder la compétence internationale du juge.

Section 3 – Vers une théorie remaniée : la focalisation décisive

134. Nous sommes personnellement convaincus que l'examen de la compétence internationale et celui du fond doivent être nettement distingués, sous peine de vider le litige de sa substance, dès le règlement de l'incident de compétence.

Afin d'illustrer ce propos, 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,

¹⁸⁰ H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », *op. cit.*, p. 737

¹⁸¹ O. CACHARD, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *op. cit.*, p. 19, n° 14.

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 et/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.

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 »¹⁸². Selon la Cour de justice, il suffit à la victime de prétendre avoir subi un dommage dans un Etat pour pouvoir saisir les juridictions de cet Etat. 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.

135. Toutefois, nous ne sommes pas totalement insensibles aux arguments des farouches opposants à la distinction compétence/fond. Comment, en ces circonstances, concilier ces deux approches, *a priori* contradictoires ?

Vu la différence fondamentale entre les questions de compétence et de fond, nous sommes d'avis qu'il devrait normalement suffire au demandeur d'invoquer l'accessibilité du site internet sur le territoire où sa marque est protégée ainsi que d'alléguer une contrefaçon et un dommage subséquents à cette accessibilité, pour que le juge de ce territoire doive se déclarer compétent (exactement comme la simple allégation d'un accident sur le territoire du juge saisi suffise à le rendre compétent).

Cependant, vu les spécificités propres au droit des marques, nous concédons que s'il est possible de prouver, dès l'examen de la compétence, qu'en aucune manière un usage de la marque ne peut être constaté dans le for du juge, celui-ci puisse – et doive même ! – décliner sa juridiction, car en ce cas il ne pourra de toute façon prononcer aucune condamnation.

136. La prévisibilité et la sécurité juridique peuvent conforter notre approche : s'il est avéré qu'aucun usage de la marque et donc qu'aucun dommage ne peuvent exister dans le for du juge, il convient que celui-ci se déclare incompétent internationalement !

Il serait, en effet, scandaleux pour le défendeur d'être attiré devant un juge dont on sait, dès le départ, qu'il ne pourrait pas prononcer de condamnation, car cela pourrait permettre à des

¹⁸² C.J.C.E., 7 mars 1995, arrêt *Shevill*, C-68/93, pt. 30.

demandeurs malicieux de faire chanter ce malheureux défendeur, poursuivi illégitimement et craintif pour son image, pour sa réputation et pour toutes les conséquences néfastes que pourrait engendrer un procès sur son activité ou son entreprise.

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

Ceci dit, contrairement aux opposants susmentionnés, **nous proposons 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**.

En quelque sorte, nous proposons **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 du juge.

Ceci tranche clairement avec l'approche d'O. CACHARD, qui ne prône 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'indices¹⁸³ pour savoir si le site est, par la volonté de son exploitant, effectivement dirigé vers le territoire du juge saisi.

138. Nous reviendrons sur cette comparaison, à nos yeux malheureuse, avec l'article 15 qui est une disposition en matière contractuelle, lors de notre examen de la focalisation en droit d'auteur. Mais, pour l'instant, retenons d'ores et déjà que nous ne pouvons accepter une telle focalisation approximative basée sur un faisceau d'indices en droit des marques.

Comme nous venons de le préciser, l'accessibilité et la distinction compétence/fond doivent, à nos humbles yeux, demeurer le principe général. Dans cette optique, ce n'est qu'à titre subsidiaire, s'il peut être **sûr et certain** qu'un usage a ou, au contraire, n'a pas pu exister sur son territoire, que le juge peut utiliser la focalisation, en lieu et place de l'accessibilité, pour régler le sort de sa compétence internationale. Or, un faisceau d'indices, comme son nom 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 incompetent, alors qu'une contrefaçon aura peut-être eu lieu sur son territoire national. Voilà pourquoi nous

¹⁸³ 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 Etats, 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)

sommes persuadés que la focalisation doit, pour pouvoir être utilisée, permettre de confirmer ou d'exclure la juridiction du tribunal saisi, de manière incontestable.

Et si d'aventure le juge n'est pas en mesure de confirmer ou d'exclure une contrefaçon sur son territoire avec une parfaite certitude, il convient, selon nous, que celui-ci se déclare compétent sur base de la simple accessibilité du site internet et tranche la question de la contrefaçon au fond.

139. En synthèse, la théorie que nous proposons se décline en deux temps :

- 1) **Existe-t-il, dans le cas d'espèce, un critère qui permette une focalisation décisive ?**
Si oui, le juge saura, avec certitude, s'il est internationalement compétent ou s'il doit faire droit au déclinatoire de juridiction.

Observons qu'à ce stade, cela signifie simplement, en matière de marques, que le juge constate sans aucun doute possible un usage du signe litigieux sur son territoire, mais cela ne veut pas encore dire qu'il existe une contrefaçon. A cet effet, il faudra examiner, au fond, si l'usage est un usage dans la vie des affaires, si les signes sont identiques ou similaires, si les produits sont identiques ou similaires, s'il existe un risque de confusion, s'il s'agit d'une marque renommée et bien d'autres questions encore !

L'on comprendra donc que le critère de focalisation décisive doit être un critère évident qui permette de savoir dès le départ, et sans rentrer dans toutes ces questions de fond, si un quelconque usage du signe litigieux a pu avoir lieu sur le territoire du juge, par l'utilisation dudit signe sur Internet.

- 2) **S'il n'existe pas de critère permettant une focalisation décisive**, le juge doit retenir sa compétence internationale sur base de la pure accessibilité et examiner la contrefaçon et le dommage au fond.

140. Reste alors à déterminer sur base de quel(s) critère(s) la focalisation décisive, que nous préconisons, peut reposer. Ce sera l'objet de la prochaine section.

Section 4 – Le(s) critère(s) de la focalisation décisive

141. La focalisation dite décisive, telle que nous la concevons, dépend de la nature de l'atteinte aux marques envisagée. Et, naturellement, le ou les critères à utiliser pour cette focalisation décisive dépendent, eux aussi, de la nature de cette atteinte.

Nous allons donc 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. Nous mettons en garde le lecteur sur le fait que seules trois catégories d'infractions au droit des marques sur Internet seront examinées ici¹⁸⁴. En effet, cette étude a pour objet principal le droit d'auteur

¹⁸⁴ Nous examinerons les deux atteintes les plus souvent rencontrées dans l'examen de jurisprudence auquel nous sommes livrés : l'utilisation d'une marque sur un site internet et l'utilisation d'une marque comme mot-clé

et, à ce titre, le droit des marques n'est analysé qu'aux fins de comparaison. Le lecteur comprendra donc qu'il est malheureusement impossible de répertorier et d'approfondir, toutes les violations de marques imaginables sur Internet. Le sujet est si vaste et si complexe que nous pourrions – et devrions même ! – pour le traiter comme il se doit, y consacrer un essai entier.

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

142. L'utilisation d'une marque sur un site Internet est très fréquente. Lors l'examen de jurisprudence que nous avons diligenté *supra*, il était notamment question d'une telle utilisation dans les cas français *Castellblanch*, *Hugo Boss*, *Acet* et *Maceo* et dans les cas néerlandais *Tartes érotiques*, *VITRA* et *Cassina*.

Dans toutes ces affaires, il ressortait des éléments factuels que l'utilisation des signes litigieux était accompagnée d'une offre de produits ou de services par le biais du site internet.

A 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 marque¹⁸⁵ au sens de l'article 5.3 de la Directive 2008/95/CE rapprochant les législations des États membres sur les marques¹⁸⁶.

143. 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.

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 de même pour les services. Si le service pour lequel la marque est utilisée sur Internet peut être fourni ou presté sur le territoire où une atteinte est invoquée, un usage peut être retenu sur ce territoire.

Un critère de focalisation décisive existe donc indubitablement pour les utilisations de marques sur Internet liées à une offre de produits ou de services : celui de la distribution des produits ou de la prestation des services.

dans le système *AdWords*. Nous évoquerons également la situation d'une marque utilisée comme *meta-tag*. Mais d'autres atteintes existent : l'utilisation d'une marque comme nom de domaine...

¹⁸⁵ 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, *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁶ 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.*, L299, 8 novembre 2008, p. 25.

En résumé, si les produits ou services sont disponibles dans l'Etat où le demandeur allègue un dommage, le juge de cet Etat doit, selon nous, se déclarer compétent sur base de l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I ou d'une disposition nationale similaire, afin d'examiner plus avant les questions de fond (contrefaçon, dommage, étendue de celui-ci...). Si au contraire, les produits ou services ne sont pas disponibles sur son territoire, le tribunal doit se déclarer incompétent.

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 Etat, 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 Etat.

Mais concrètement, nous attirons l'attention du lecteur 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).

144. Ce critère est-il décisif ? La réponse se doit, selon nous, d'être affirmative puisque l'utilisation de la marque sur Internet est couplée avec une offre de produits ou de services. Dans cette hypothèse, nous ne percevons pas comment le demandeur pourrait justifier une atteinte sur le territoire national où il a décidé d'agir, si ces produits ou services n'y sont pas disponibles. Ce critère permet donc tout à la fois d'établir ou d'écarter, avec la certitude que nous prônons, la compétence internationale du juge.

145. Le critère ayant été établi, il est désormais essentiel de se pencher sur une question connexe : comment prouver *in concreto* la distribution des produits ou la fourniture des services sur le territoire où le dommage est allégué sur base de l'article 5 (3) ?

- **La première option consiste à examiner les lieux de livraison proposés par le site internet.**

En théorie, le formulaire de commande en ligne répertorie et propose le plus souvent une liste de pays vers lesquels la livraison est possible. Si d'aventure le site n'indiquait pas de 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, sauf s'il existe un avertissement ou un *disclaimer* qui prescrive clairement les pays où le bien peut être livré ou le service presté. En tout état de cause, il s'agit d'une question factuelle mais qu'il n'est pas très difficile de résoudre : soit le site prévoit les lieux de livraison potentiels, soit il ne les prévoit pas, auquel cas le juge devra théoriquement retenir sa compétence internationale car la livraison n'est pas exclue sur son territoire.

Nous venons d'évoquer la situation d'une vente par correspondance, où il existe une livraison physique dans le monde réel (et non virtuel !). Mais, s'il est, au contraire, 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.

- **L'autre option consiste à aller encore plus loin et à prouver la distribution effective de produits ou la fourniture effective de services dans l'Etat membre du juge saisi.**

A ce titre, il est toujours loisible au demandeur de commander quelques exemplaires d'articles vendus en ligne, pour lesquels sa marque est utilisée sur le site internet litigieux. S'il parvient à se les faire livrer dans l'Etat 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 bien entendu recommandé. C'est précisément de cette façon que procéda le demandeur dans l'affaire *Maceo* : il fit appel à un huissier pour que celui-ci achète en ligne un jean arborant la marque litigieuse.

Cependant, nous souhaitons attirer l'attention du lecteur sur le fait que cette deuxième option, fondée sur 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.

Pour illustrer ce propos, revenons-en au 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 !

De plus, ne perdons pas de vue que l'article 5 (3) permet de fonder la compétence internationale du juge pour connaître d'une action en cessation. Or, dans ce cas de figure, le juge saisi sera celui du lieu où le dommage est survenu ou risque de survenir. Il se peut donc qu'aucun dommage ne soit encore à recenser. Il n'en demeure pas moins que la cessation pourra être prononcée si une atteinte objective à un droit, en l'espèce un droit de propriété intellectuelle, peut être démontrée. Ceci prouve, selon nous, que l'on ne peut exiger, sur le plan de la compétence, et sur base de l'article 5 (3), la preuve d'un dommage et encore moins d'un dommage suffisamment conséquent (contrairement à ce que laisse entendre la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Real de Madrid*).

En définitive, cette affaire *Real de Madrid* avait mis le doigt sur le bon critère de focalisation (possibilité de participer aux paris depuis la France) mais a été trop loin en tenant compte d'éléments qui n'auraient dû être pertinents qu'au fond. Rappelons, à cet égard, que le Président du Tribunal de première instance de Liège dans l'affaire *Roland Garros*, avait, quant à lui, vu juste en déclarant que « le critère quantitatif du nombre de paris effectivement pris »¹⁸⁷ importait peu au stade de l'examen de sa compétence internationale.

Ce qui compte en droit des marques c'est de pouvoir rattacher l'usage du signe litigieux au territoire du juge saisi, faute de quoi, vu le principe de territorialité qui caractérise la matière, aucun dommage ne pourra être allégué dans le ressort de ce juge et celui-ci ne pourra connaître du fond sur pied de l'article 5 (3). Mais ça s'arrête là : une fois l'usage rattaché à un territoire et le dommage allégué, le reste relève du fond, en ce compris la gravité du préjudice. Peu importe donc que le nombre de ventes ou de paris s'élève à 0,0001% ou à 25% au regard de l'application de l'article 5 (3) !

146. Quid des autres critères ? Nous sommes d'avis 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, il existe, à l'heure actuelle, une grande libéralisation dans l'octroi des noms de domaine et, de cette façon, quelqu'un qui n'aurait pas pu obtenir le suffixe qu'il souhaitait mais qui tient néanmoins à conserver le radical initialement choisi, pourrait choisir une autre extension (par ex. « .net » au lieu de « .eu »).

De plus, s'il faut parfois remplir certaines conditions pour obtenir une extension nationale¹⁸⁸, cela signifie en aucun cas que le site soit limité à ce territoire national : qui oserait, par

¹⁸⁷ Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, précité, p. 1017 (affaire *Roland Garros*).

¹⁸⁸ A.-L. STERIN, *Guide pratique du droit d'auteur – Utiliser en toute légalité : textes, photos, films, musiques, Internet et protéger ses créations*, Paris, Editions Maxima, 2007, p. 474, n°639.

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 géographique¹⁸⁹. L'extension d'un nom de domaine n'est plus, à l'heure actuelle, spécialement représentative d'un rattachement territorial.

Aussi, le suffixe d'un nom de domaine 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 focalisation¹⁹⁰, ne nous convainquent pas davantage. Dans plusieurs décisions examinées *supra*, ce critère linguistique a d'ailleurs été, explicitement ou implicitement, écarté¹⁹¹.

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 destination il y a potentiellement des gens qui comprennent cette langue. Illustrons ce propos par un cas fictif.

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

¹⁸⁹ Pour une liste complète des suffixes génériques, voyez le site de l'AFNIC : [http://www.afnic.fr/doc/autres-
nic/gtld](http://www.afnic.fr/doc/autres-
nic/gtld) (8/05/2011).

¹⁹⁰ Voy. par ex. : G. STUER et Y. DEKETELAERE, *op. cit.*, p. 429, n°9, note de bas de page 41 ; A. NUYTS, K. SZYCHOWSKA, N. HATZIMIHAIL, « Cross-Border Litigation In Intellectual Property Matters In Europe », *op. cit.*, pp. 33-34, nos 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

¹⁹¹ Gerechtshof Arnhem, 11 septembre 2003, précité (affaire *Ladbrokes*) ; Cass. fr. (ch. comm.), 11 janvier 2005, précité (affaire *Hugo Boss*) ; Civ. Liège (2e ch.), 24 novembre 2006, précité (affaire *Zidane*) ; T.G.I. Paris, 3 septembre 2008, précité (affaire *Hernan Gazmuri*) ; Paris (1^{ère} ch.), 9 septembre 2009, précité (affaire *Hernan Gazmuri*) et Paris (2e ch.), 2 décembre 2009, précité (affaire *Maceo*).

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 base de l'article 5 (3).

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. Du reste, notons que l'exemple inventé ci-dessus nous permet de mettre le doigt sur une faille de la théorie de la focalisation reposant sur un faisceau d'indices. Il a souvent été question, notamment en jurisprudence française, de vérifier l'impact que le site web aurait sur le « public français ». C'est une grave erreur ! Il serait plus approprié de parler d'impact sur « le territoire français ». En effet, l'usage d'une marque est territorial. Il ne dépend en aucun cas de la nationalité. Aussi si, comme indiqué ci-dessus, un Allemand, vivant en France, achète sur Internet un produit contrefaisant livré en France, il y aura un impact sur la marque française. La question n'est donc pas la nationalité du public mais le territoire visé.

Enfin, nous concédons que parfois la langue puisse jouer un rôle un peu moins marginal. G. LARDEUX, citant le finnois ou le magyar¹⁹², langues peu répandues dans le monde, nous a, en effet, donné une idée. Nous ne la rejoignons pas tout à fait, en ce qu'il n'est pas exclu que dans d'autres pays européens, certaines personnes connaissent le finnois et puissent donc acheter des articles sur un site rédigé en cette langue. Par contre, cela nous a permis de penser à 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, à vrai dire, 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 Etat d'origine. Cependant, le critère sera bien souvent décisif, à nos yeux, 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. C'est du bon sens ! 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.

Enfin, le raisonnement est identique pour **les devises ou les monnaies dans lesquelles les prix sont exprimés** sur le 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 sur certains Etats.

147. Après l'examen de tous ces critères, imaginons un cas similaire à celui de l'affaire *Yahoo !*, mais où l'infraction serait non pas la vente de produits nazis mais la violation d'une marque en ligne. Le site concerné est yahoo.com, la langue employée est l'anglais et les prix sont indiqués en dollars. Cela suffit-il à exclure un usage du signe litigieux en France ? Non, car l'on sait maintenant que l'extension du nom de domaine, la langue et la devise ne peuvent être décisifs. Or, si comme dans la vraie affaire *Yahoo !*, il est possible d'acheter à

¹⁹² G. LARDEUX, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits », *op. cit.*, point II. A.

partir de la France et de s’y faire livrer, il pourrait y avoir une assimilation ou un rattachement de l’usage du signe en France et un potentiel dommage, ce qui rendrait le juge compétent sur base de l’article 5 (3).

B. L’utilisation d’une marque comme mot-clé : le cas des AdWords

148. A côté de l’utilisation, sans doute la plus fréquente, d’une marque dans le contenu d’un site web, il existe sur Internet d’autres formes d’usage de marques 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-clés¹⁹³.

Bien entendu, 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 5.5¹⁹⁴ ! – de la Directive 2008/95/CE¹⁹⁵. 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).

149. Le 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. Il ressort clairement de cet arrêt que la contrefaçon ne peut être reprochée qu’aux annonceurs et que Google, quant à lui, ne fait pas usage des marques et bénéficie, en tant qu’hébergeur, du régime de responsabilité limitée prévu à l’article 14 de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹⁹⁶.

Certes, Google ne peut pas être considéré comme faisant usage des marques et est donc logiquement exonéré de toute responsabilité quant à la contrefaçon éventuelle. Cependant, 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, 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. Aussi, la question de la compétence internationale liée à ce système dit *AdWords* nous semble demeurer pertinente et importante, à l’heure actuelle.

¹⁹³ Pour plus d’informations, voyez : <http://adwords.google.com>

¹⁹⁴ Art. 5.5: « Les paragraphes 1 à 4 n’affectent pas les dispositions applicables dans un État membre et relatives à la protection contre l’usage qui est fait d’un signe à des fins autres que celle de distinguer les produits ou services, lorsque l’usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice ». Pour invoquer une atteinte correspondant à l’usage qui est fait d’un signe à des fins autres que celle de distinguer les produit ou services (fonction essentielle de la marque), il faudrait bien entendu que l’article 5.5, qui n’est qu’une faculté, ait été transposé dans l’Etat où l’on revendique la protection.

¹⁹⁵ F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹⁶ 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).

150. Pour fonder la compétence du juge du lieu du dommage, il convient normalement de prouver un dommage dans cet Etat, ce qui implique en droit des marques un usage préalable dans cet Etat. La situation était assez claire lorsque les marques étaient utilisées sur un site internet, en accompagnement d'une offre de produits ou de services, puisque nous avons pu dégager comme critère décisif celui de la distribution de ces produits ou services.

Ici cependant, la situation est différente : un internaute tape 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 livraisons 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 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 la distribution des produits sur le site internet de renvoi.

La distribution des produits ne semble donc pas être un critère spécialement décisif pour l'utilisation d'une marque comme mot-clé. Ce qui est, par contre, intéressant quand on lit les instructions et les explications données par Google quant à son système publicitaire¹⁹⁷, c'est que la diffusion géographique des annonces dépend de la volonté de l'annonceur, 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 a choisi pour diffuser ses annonces la Belgique, celles-ci n'apparaîtront que lorsqu'un internaute entrera le mot-clé correspondant sur « www.google.be ». Les extensions géographiques du nom de domaine de Google sont ici, contrairement à ce que nous avons explicité *supra*, essentielles. 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. 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 possible.

En résumé, le critère pour les atteintes aux marques liées aux AdWords, étant donné la dématérialisation totale de l'atteinte (tout se passe en ligne), pourrait être l'extension du nom de domaine. 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.

151. Quid cependant si des Belges se connectent, par exemple, sur « www.google.fr » ? L'on pourrait arguer qu'ils peuvent également voir les annonces et qu'il existe également un

¹⁹⁷ « Comment le programme AdWords détermine-t-il les zones géographiques où diffuser mes annonces ciblées par mots-clés ? », disponible sur <http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=fr&answer=6401&ctx=cb> (23/05/2011).

dommage en Belgique. Certes, sauf que, conformément à ce que nous avons compris, en droit des marques, il faut pouvoir rattacher l'usage en ligne à un usage sur l'Etat membre du juge saisi, sans quoi il ne saurait y avoir de dommage. Or, en l'espèce, vu la complète division géographique instaurée par Google (autant de suffixes que de pays), et le choix par l'annonceur d'une zone géographique précise, il faut considérer qu'il existe une correspondance exacte entre « google.fr » et le territoire français, entre « google.co.uk. » et le territoire du Royaume-Uni etc. Aussi, si un internaute, à partir d'un pays, peut accéder à « google.co.uk », il sera certes à même de consulter des publicités, mais celles-ci n'en demeurent pas moins destinées au territoire du Royaume-Uni.

La métaphore du voyage, refusée dans l'affaire *Yahoo !*, 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 rend en voyage en Angleterre et reçoit des publicités pour une marque identique à celle existant en Belgique. L'on ne peut clairement pas dire qu'il existe un usage en Belgique et donc une potentielle contrefaçon, coexistence des marques faisant !

152. Nous estimons donc, à titre personnel, que, vu la « nationalisation » 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 la question préjudicielle posée par l'Oberster Gerichtshof d'Autriche dans l'affaire *Wintersteiger*¹⁹⁸ :

« 1) Convient-il d'interpréter les termes "lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire", figurant à l'article 5, point 3, du règlement (CE) no 44/2001 du Conseil [1], lorsqu'il est fait état d'une atteinte, par une personne établie dans un autre Etat membre, à une marque de l'Etat du for par l'utilisation d'un mot-clé (AdWord) identique à cette marque dans un moteur de recherche sur Internet, qui propose ses services sous différents domaines nationaux de premier niveau, en ce sens

1.1 que la compétence n'est fondée que dans l'hypothèse où le mot-clé est utilisé sur le site du moteur de recherche dont le domaine de premier niveau est celui de l'Etat du for;

1.2 que la compétence est uniquement fondée par le fait que le site Internet du moteur de recherche sur lequel le mot-clé est utilisé peut être consulté dans l'Etat du for;

1.3 que la compétence dépend, outre la possibilité de consulter le site Internet, de la réalisation de conditions supplémentaires?

2) En cas de réponse positive à la question 1.3:

Selon quels critères convient-il de déterminer si, dans l'hypothèse de l'utilisation d'une marque de l'Etat du for en tant que mot-clé (AdWord) sur le site Internet d'un moteur de recherche avec un domaine national de premier niveau autre que celui de l'Etat du for, la compétence en vertu de l'article 5, point 3, du règlement (CE) no 44/2001 du Conseil est fondée? »

¹⁹⁸ Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) le 10 novembre 2010, affaire *Wintersteiger*, C-523/10.

Au moment de boucler cette étude, les conclusions de l'Avocat général n'ont malheureusement pas encore été présentées, mais cette affaire *Wintersteiger* nous apportera une réponse quant à l'application de l'article 5 (3) en cas d'utilisation d'une marque à titre d'*AdWord*.

C. L'utilisation d'une marque comme *meta-tag*

153. A côté de l'utilisation d'une marque comme mot-clé ou sur un site internet, de façon visible, il est également possible d'utiliser celle-ci de façon dissimulée, dans ce que l'on appelle les *meta-tags*.

Un *meta-tag* 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 recherche¹⁹⁹. Il s'agit donc de contrôler les mots-clés qui permettent d'atteindre un site internet. Il y a donc là un lien important entre les *meta-tags* et le référencement des sites sur les moteurs de recherche.

L'idée pour l'exploitant d'un site est d'insérer dans le code html de ses pages web la marque de ses concurrents afin d'améliorer son propre référencement et aussi d'attirer les clients de ses concurrents sur son propre site internet²⁰⁰. 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 Etats 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 services²⁰¹. Pour une marque Benelux, par exemple, ce serait tout à fait imaginable sur base de l'article 2.20.1.d) de la C.B.P.I.²⁰²

154. 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, il soit ici nécessaire de retenir comme critère décisif **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 semble, par ailleurs, difficile d'opter pour un autre critère décisif car la marque est ici utilisée de manière totalement invisible.

¹⁹⁹ Y. CHATELAIN et L. ROCHE, *Internet 2002, le webmarketing en action – Tout pour booster son site*, Paris, Editions Maxima, 2001, pp. 94-95.

²⁰⁰ F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, pp. 236-237.

²⁰¹ 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

²⁰² Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles).

Chapitre VI – Le droit d’auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation ?

155. Le temps est venu de nous pencher sur la question posée à l’entame de notre analyse ! Nous l’avons compris : en droit des marques, la théorie de la focalisation peut s’avérer utile, afin d’éviter au juge de connaître d’une demande au fond, qu’il ne pourrait finalement que rejeter. Nous proposons, en ce qui nous concerne, une théorie de la focalisation plus juste, 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. Nous avons cependant également émis l’idée que si une telle focalisation décisive ne pouvait être appliquée, la règle générale devrait demeurer la simple accessibilité.

Cette théorie de la focalisation peut-elle s’appliquer au droit d’auteur ?

Section 1 – Le droit d’auteur et le droit des marques, des droits intellectuels très différents !

156. Il faut, tout d’abord, remarquer que 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 indispensable. 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. Il convient, à cet égard, d’utiliser le critère de la disponibilité des produits. Si ces copies peuvent être achetées sur son territoire, le juge devrait se déclarer compétent pour connaître des questions de fond ; si, au contraire, aucune livraison ne peut intervenir sur ce territoire, le tribunal devrait décliner sa juridiction. Rien de spécifique au droit d’auteur jusqu’ici : cette règle est plutôt liée à l’acte de vente, et peut s’appliquer à tous les droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l’offre en ligne d’une invention brevetée ou d’un meuble dont le modèle a été enregistré pourra constituer une contrefaçon si ces produits sont disponibles dans l’Etat où ils sont protégés. Le juge, afin de se déclarer internationalement (in)compétent, doit donc vérifier si les produits sont disponibles dans son ressort, à peine de ne pouvoir de toute façon prononcer aucune condamnation.

157. Mais qu’en est-il si l’infraction au droit d’auteur résulte de l’utilisation de l’œuvre, à titre gratuit, sur un site internet ? Pensons, par exemple, à la diffusion illégale d’un film sur un site ou à la mise à disposition d’une copie PDF d’un livre en ligne ! Nous avons considéré, pour ce qui concerne le droit des marques, que l’utilisation d’un signe litigieux sur la Toile pouvait être rattachée à un territoire en fonction de la distribution des produits si ce signe est utilisé sur Internet pour accompagner la vente des produits ou pour l’illustrer. La solution devrait être, selon nous, identique pour l’utilisation d’un marque comme *meta-tag*. Si, par contre, ce signe est utilisé pour déclencher des publicités dans le cadre du programme *AdWords* de Google, nous avons estimé que seule devait compter l’extension territoriale du nom de domaine.

Convient-il de raisonner pareillement en droit d'auteur ?

Nous sommes, personnellement, d'avis que la réponse doit être négative et nous ne sommes pas les seuls ! 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'auteur²⁰³. D'autres sont plus loquaces quant à la difficulté de transposer la focalisation nécessaire pour le droit des marques au droit d'auteur²⁰⁴. Il y a véritablement là de quoi creuser et réfléchir aux raisons qui pourraient impliquer une solution différente pour le droit d'auteur.

158. Le premier élément qui nous laisse à penser que la contrefaçon d'un droit d'auteur 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**. Comme nous l'avons déjà relevé, le droit des marques est lié à l'enregistrement d'un signe pour un territoire et même si ce signe est, par la suite, 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 territorialité²⁰⁵.

Nous ne remettons nullement en cause que le droit d'auteur soit également un droit territorial²⁰⁶. Cependant, il convient, selon nous, de comprendre la territorialité du droit d'auteur dans une acception plus nuancée.

D'une part, la protection conférée par le droit d'auteur ne requiert pas, contrairement aux droits de propriété industrielle²⁰⁷, d'enregistrement. Même aux Etats-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 cigne © sur les exemplaires de l'œuvre...), celles-ci ne sont plus obligatoires²⁰⁸ depuis l'entrée en vigueur du *Berne Convention Implementation Act of 1988*²⁰⁹. L'on pourrait donc soutenir que, contrairement aux droits de propriété industrielle, la protection de l'œuvre par le droit d'auteur ne s'arrête

²⁰³ H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », *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).

²⁰⁴ FR. POLLAUD-DULIAN, « Internet. Conflits de juridictions », *RTD. 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.

²⁰⁵ En ce sens : A. BRAUN et E. CORNU, *op. cit.*, p. 327, n° 298

²⁰⁶ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 552-553.

²⁰⁷ Relevons l'exception du dessin ou modèle communautaire non enregistré. Voy. sur ce sujet le Règlement (CE) n°6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, *J.O.*, L003, 5 janvier 2002, p. 1 et, pour un commentaire : CH.-H. MASSA et A. STROWEL, « La protection des articles utilitaires par le droit des dessins ou modèles, le droit d'auteur et le droit des marques – Actualités législatives et jurisprudentielles », in *Les Droits intellectuels : développements récents*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 129-179.

²⁰⁸ Même si pour agir en contrefaçon d'une œuvre publiée, en premier lieu, aux Etats-Unis devant une juridiction américaine, l'enregistrement doit avoir été diligenté.

²⁰⁹ D. MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Leiden, Boston, Ed. Martinus Nijhof, 2009, p. 47.

pas au pays d'origine, c'est-à-dire là où un titre de propriété littéraire ou artistique eût été obtenu, puisque le droit d'auteur naît sans formalité préalable.

D'autre part, vu le caractère territorial du droit d'auteur, les nations européennes ont entrepris au XIXe siècle de conclure une grande Convention, celle d'Union de Berne, « *pour faire en sorte que les droits des auteurs soient reconnus et protégés dans tous les États membres* »²¹⁰. Ainsi, malgré le caractère territorial du droit d'auteur, sa validité ou l'étendue de sa protection tend à la quasi-universalité. La Convention de Berne dispose, en effet, en son article 5 (1), que « *les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention* »²¹¹.

La situation est donc claire : un auteur ressortissant d'un Etat membre de l'Union de Berne peut faire valoir dans un autre pays de cette Union les mêmes droits sur son œuvre que les nationaux de ce pays (principe de non-discrimination ou traitement national). Il en va de même pour les ressortissants de pays non membres de la Convention de Berne ayant publié pour la première fois leur œuvre dans l'un des Etats de l'Union de Berne (art. 3 (1), b). De plus, il existe un minimum de droits garantis par ladite Convention, auquel les auteurs ressortissants d'un Etat membre de l'Union de Berne peuvent directement faire appel dans un autre Etat de cette Union, afin d'éviter que la différence de protection entre Etats soit trop importante (minimum conventionnel)²¹². Autant dire qu'en pratique, une œuvre, protégée dans un Etat membre de l'Union de Berne, sera également protégée dans les autres Etats de cette Union.

Nous voyons poindre ici la distinction entre **territorialité matérielle** et **territorialité formelle**²¹³. 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, c'est-à-dire la loi où une contrefaçon sera commise²¹⁴ (ce qui pour le droit d'auteur pourra être la loi de chaque Etat 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 compétence²¹⁵.

Contrairement, aux droits de propriété industrielle qui ne peuvent avoir effet que sur un territoire déterminé, la protection conférée par le droit d'auteur est quasi-universelle. En effet, il convient de noter que 164 Etats sont membres de l'Union de Berne, dont la Chine, les

²¹⁰ « 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 (23/05/2011).

²¹¹ 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.

²¹² A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 352.

²¹³ B. DOCQUIR, « Le titulaire du droit d'auteur – Etude de conflit de lois », *Ing. Cons.*, n°5, 2003, p. 434, n°47.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

Etats-Unis et la Russie²¹⁶. Aussi, si l'œuvre peut être protégée quasi-universellement, 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 remarqué *supra* pour le droit des marques, il peut exister des atteintes à l'œuvre protégée dans d'autres Etats que celui d'origine, ce qui implique que des dommages peuvent théoriquement être subis (presque) partout.

159. Le corollaire de ce qui précède se situe dans **le caractère 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.

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...

En conséquence, et il s'agit d'une autre incidence importante sur les conflits de juridictions, nous n'avons pas ici le problème rencontré en droit des marques où un excès de compétence risquait de mettre en péril la coexistence sur Internet de deux marques identiques, valables chacune dans un Etat différent.

160. 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, c'est naturellement **le droit de communication au public** qui est en jeu. Ce droit est consacré par tous les instruments internationaux ou supranationaux pertinents en la matière : art. 11*bis* de la Convention de Berne ; art. 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WTC)²¹⁷ 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'information²¹⁸.

Or, l'on sait que cette notion de communication au public est interprétée très largement. Comme le 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* »²¹⁹.

²¹⁶ La liste complète des Etats membres est disponible sur le site de l'OMPI :

http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=15 (23/05/2011).

²¹⁷ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WTC) adopté à Genève le 20 décembre 1996.

²¹⁸ 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.*, L167, 22 juin 2001, p. 10.

²¹⁹ A. BERENBOOM, *op. cit.*, p.107, n°61.

Aussi, toute mise en ligne d'un contenu protégé par le droit d'auteur qui peut ensuite être consulté par les internautes constitue une atteinte au droit de communication au public de l'auteur et ce indifféremment du nombre d'internautes qui accéderont effectivement au contenu. Nous sommes donc très loin du droit des marques, où le simple fait d'utiliser un signe protégé sur un site internet ne suffit pas pour constituer une contrefaçon. Dans ce cas, 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* »²²⁰. En droit d'auteur, rien de tel n'est exigé : 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 intervienne sur un réseau très fermé de quelques amis, constituera toujours une communication au public.

S'agissant de la mise à disposition d'une œuvre en téléchargement sur Internet, il semblerait que cette opération doive également s'analyser, dans le chef du responsable de cette mise à disposition, comme une communication au public²²¹. 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 OMPI ne se rapporte qu'aux « *exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles* »²²².

Cette analyse relative au droit de communication au public peut d'ailleurs être renforcée par référence aux droits moraux. Ceux-ci sont reconnus à l'auteur, tant par l'article 6bis de la Convention de Berne, que par le Traité de l'OMPI qui renvoie cette Convention. En vertu de cet article 6bis, 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**²²³.

Ces droits moraux ne sont, par définition, ni pécuniaires ni économiques. Lorsqu'ils sont atteints, il est donc difficile d'utiliser un critère décisif tel que la distribution des produits, comme le concède H. GAUDEMET-TALLON²²⁴. 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, il convient 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 Etats membres.

²²⁰ 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).

²²¹ TH. . VERBIEST et E. WERY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, op. cit., p. 66, spéc. n° 96.

²²² Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WTC), Déclaration commune sur les articles 6 et 7.

²²³ Convention de Berne, art. 6bis: « (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* ».

²²⁴ H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », op. cit., p. 737, seconde remarque.

Section 2 – Une focalisation inutile en droit d’auteur !

161. 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 (dans les 164 Etats membres de l’Union de Berne) impliquent logiquement que la mise en ligne de cette œuvre sur Internet puisse causer à l’auteur un dommage partout.

Ceci n’est pas vrai pour le titulaire d’une marque, lequel ne pourra subir une atteinte que dans l’Etat (voire les Etats) où sa marque est enregistrée. La focalisation peut donc être utile en droit des marques car il n’y aura dommage que si la contrefaçon peut être rattachée au territoire où la marque est protégée. Au contraire, en droit d’auteur, une atteinte sur Internet peut correspondre à une atteinte dans tous les pays où l’œuvre est protégée et, par conséquent, causer un dommage dans tous ces pays. Aussi, la théorie du ciblage n’est pas utile.

La focalisation est d’autant plus inutile que si l’on s’intéresse aux actes de contrefaçon, l’on se rend compte que la mise en ligne d’une œuvre sans autorisation de l’auteur constituera systématiquement une atteinte à son droit de communication au public. Or, ce droit s’entend de la diffusion de l’œuvre, peu important à cet égard la finalité de cette diffusion ou le nombre d’internautes qui visualiseront, écouteront ou liront l’œuvre en question. La contrefaçon est avérée dès lors que l’œuvre est diffusée à un public abstrait.

Ce qui, encore une fois, n’est pas le cas en droit des marques : la finalité de l’utilisation (usage dans la vie des affaires) et les conséquences de celle-ci comptent (atteinte à la fonction essentielle de la marque, préjudice causé à la marque protégée, profit indu tiré du caractère distinctif de cette marque...).

162. Là où la focalisation est avantageuse et même nécessaire en droit des marques pour garantir la coexistence des marques nationales, pour éviter un contentieux de harcèlement et pour permettre une bonne administration de la justice, en évitant des procès dont on sait dès le départ vu le critère décisif de focalisation qu’ils ne déboucheront sur rien, cette même focalisation est plus qu’inutile en droit d’auteur.

Section 3 – Une focalisation inopportune !

163. 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 publique 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.

164. En ce cas, il est, en effet, inconcevable de faire référence à une quelconque commercialisation ou livraison. Et le critère spécifique de l’extension du nom de domaine ne fonctionne que dans le cas des *AdWords*, où Google diffuse les annonces selon la cible

géographique désignée par l'annonceur sur le(s) portail(s) à l'extension correspondant aux pays souhaités par ledit annonceur. En dehors de ces circonstances très particulières, nous l'avons déjà explicité, le nom de domaine n'est à l'heure actuelle plus vraiment une indication fiable (voy. *supra* le point 146).

165. Il en va de même pour le critère linguistique.

D'une part, la langue du site est inopérante au regard du droit d'auteur. Ce serait alors davantage la langue de l'œuvre qu'il conviendrait d'examiner. L'on peut en effet imaginer qu'un site russe mette à disposition des films en anglais en toute illégalité et que les internautes trouvent ces films grâce à un moteur de recherche.

D'autre part, même en ce qui concerne la langue de l'œuvre, le critère ne nous persuade pas davantage. Il peut se trouver 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. Or, comme nous l'explicitons pour le droit des marques, il convient de respecter la différence entre le stade de la compétence et celui du fond. La question de la langue et donc du nombre d'internautes qui pourront comprendre l'œuvre réalisée dans une langue étrangère sont des questions qui relèvent du fond, et notamment de l'étendue du dommage ou de son *quantum*. Cette approche est d'ailleurs renforcée en droit d'auteur puisque la diffusion d'une œuvre sans l'autorisation requise viole déjà, indifféremment du nombre d'internautes qui la visualiseront, le droit de communication publique de l'auteur. Sur le plan du fond donc, même si l'œuvre peut être comprise par un nombre très restreint d'internautes vu la langue de celle-ci, l'auteur pourra quand même obtenir la condamnation pour un dommage local.

La question de la langue de l'œuvre relève, en réalité, davantage du fond du litige.

Ne perdons pas de vue un autre écueil : le critère de la langue de l'œuvre ne pourrait pas s'appliquer aux représentations d'œuvres plastiques ou picturales²²⁵ : sculptures, dessins, peintures, photographies... Comment dès lors tirer de ce critère une règle générale et déterminante à coup sûr ?

166. Aucun critère décisif ne nous convainc en l'espèce. Or, 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 entérinée en 2008 par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *Hernan Gazmuri*²²⁶, où il était question d'un site chilien rédigé en espagnol, difficile d'accès en France car très mal référencé sur les moteurs de recherche. Malgré tous ces éléments défavorables, le Tribunal retint sa compétence au motif qu'il existe en France des passionnés de ce peintre, qui connaissent sa nationalité et qui effectuent, en conséquence, des recherches sur des sites chiliens en espagnol. Ceux-ci peuvent donc accéder à l'œuvre malgré les obstacles apparents et les juridictions françaises sont compétentes car la communication au public de celles-ci peut causer un dommage en France.

²²⁵ Voy. en ce sens : FR. POLLAUD-DULIAN, « Internet. Conflits de juridictions », *op. cit.*, p. 310.

²²⁶ T.G.I. Paris, 3 septembre 2008, précité (affaire *Hernan Gazmuri*).

La Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours, confirma en 2009 cette décision²²⁷ :

« 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 »

Nous souscrivons sans réserve à ces deux décisions, qui s'écartaient un peu de la – nouvelle – tendance en jurisprudence française. Nous pouvons désormais raisonnablement expliquer ce phénomène : les autres décisions furent rendues en matière de marques. Or, nous savons désormais qu'il convient de distinguer nettement l'application de l'article 5 (3) au droit des marques de celle du même article au droit d'auteur !

167. Pourquoi écarter une focalisation reposant sur un faisceau d'indices comme l'appelle de ses vœux O. CACHARD ?

Tout simplement parce que celle-ci s'inspire de l'article 15 du Règlement Bruxelles I, qui est une règle en matière contractuelle. Le contexte de l'article 15 est en conséquence totalement différent. L'idée sous-jacente est la suivante : pour pouvoir bénéficier de la compétence protectrice qui lui permet d'agir devant le for de son domicile, le consommateur doit établir que son cocontractant exerce des activités commerciales ou professionnelles dans son Etat membre. On veut éviter, dans le monde non virtuel, que le consommateur aille contracter à l'étranger et puisse ensuite assigner son cocontractant devant le juge de son domicile, alors que ce commerçant ou professionnel n'exerce en réalité aucune activité sur le territoire du consommateur. Appliquée à Internet, la règle doit demeurer identique : il est peut être possible de conclure le contrat à partir de n'importe quel Etat, mais pour que le consommateur puisse assigner devant le for de son domicile, il devra prouver que le professionnel dirige ses activités vers le territoire de son domicile.

Comment procéder ? La Cour de justice a récemment répondu à cette question²²⁸ : pour déterminer si ce professionnel dirige ses activités vers l'Etat du domicile du demandeur, la simple accessibilité du site ne peut suffire et il convient de « *vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux* »²²⁹.

A cet effet, les éléments suivant sont pertinents : « *la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de*

²²⁷ Paris (1^{ère} ch.), 9 septembre 2009, précité (affaire *Hernan Gazmuri*).

²²⁸ Pour un commentaire de cet arrêt, voy. « Hof van Justitie preciseert bevoegd gerecht bij verkoop via internet », *De juristenkrant*, 23 februari 2011, p. 7.

²²⁹ C.J.U.E., 7 décembre 2010, arrêt *Pammer et Alpenhof*, C-585/08 et C-144/09 (affaires jointes), pt. 92.

confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres »²³⁰.

168. La Cour prône donc le faisceau d'indices, qu'O. CACHARD souhaite appliquer à l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I en cas de *cyberdélict*²³¹. Le problème, selon nous, se situe dans le fait que la 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'Etat de son domicile. Sans quoi, pour chaque contrat passé avec un consommateur, celui-ci pourrait assigner devant le juge de son propre for (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 sa juridiction nationale, 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). A nos yeux, il s'agirait d'ailleurs d'un terrible déni de compétence et d'une violation de la lettre de l'article 5 (3), ainsi que de son interprétation par la Cour de justice dans l'arrêt *Shevill*. Comment peut-on sérieusement arguer que le défendeur ne pourrait être poursuivi devant le juge du lieu du dommage que si ce dommage est volontaire ? Ce concept ne colle pas avec la notion de responsabilité civile : un dommage est le plus souvent accidentel, non prévu et donc involontaire.

169. En définitive, nous sommes donc fermement opposés, 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 »²³².

Nous avons d'ailleurs découvert, avec bonheur, les conclusions de l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN rendues le 29 mars 2011 à l'occasion des affaires *eDate* et *Olivier Martinez*, dans lesquelles celui-ci confirma notre analyse :

²³⁰ C.J.U.E., 7 décembre 2010, arrêt *Pammer et Alpenhof*, C-585/08 et C-144/09 (affaires jointes), pt. 93.

²³¹ O. CACHARD, « Jurisdiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *op. cit.*, p. 16, n°4.

²³² *Ibid.*, p. 16, n°3.

« *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, qui prévoit un for spécial pour les contrats de consommation dans les cas où le prestataire du service «dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États». Nous ne trouvons rien de tel dans ledit article 5, point 3, et, par conséquent, il n'y a pas lieu de déterminer la compétence internationale sur la base de critères d'intentionnalité. De plus, un critère fondé sur la volonté subjective du fournisseur d'information entraîne de sérieux problèmes de preuve, ainsi que cela se vérifie dans la pratique lorsqu'il est appliqué* »²³³.

170. Au vu de ce qui précède, la conclusion 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 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.

Section 4 – Le droit d'auteur et l'accessibilité : quels dangers ?

171. Si comme nous l'avancions, la compétence internationale des juges en matière de contrefaçon en ligne de droit d'auteur peut être fondée sur la simple accessibilité du site litigieux dans un Etat, il convient de ne pas perdre de vue que cette approche comporte quelques dangers. Nous avons notamment examiné ceux-ci à l'occasion de l'examen de l'affaire *Yahoo!* Nous nous proposons ici d'éprouver ces dangers au regard de l'objet spécifique qui nous occupe : le droit d'auteur.

172. Le péril majeur, duquel découlent tous les autres, se situe dans **l'universalisation de la compétence internationale** des juges sur base de l'article 5 (3).

Observons cependant que cette universalisation est inhérente à Internet et que si l'on considère celle-ci comme un danger, il convient que la Cour de justice ou que le législateur européen intervienne pour imposer qu'en cas de dommage causé par un acte posé sur la Toile, seul le tribunal du lieu de l'évènement causal puisse connaître du litige.

173. S'agissant ensuite de **la menace liée à la prévisibilité ou à la sécurité juridique du contrefacteur**, il nous semble qu'il s'agit d'un faux problème. Toute personne sensée sait, en effet, que mettre en ligne des vidéos, 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 déjà été condamnés dans des affaires de *peer-to-peer* (et donc pas seulement les professionnels du

²³³ 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.

secteur ou les intermédiaires)²³⁴. A l'instar de B. DE GROOTE²³⁵ et du Président du Tribunal de première instance de Liège dans l'affaire *Roland Garros*²³⁶, 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 GROOTE résume à merveille la situation : « *l'imprévisibilité est, dans ce cas, prévisible* »²³⁷.

174. Un autre problème lié à la compétence universelle consécutive à l'utilisation d'une œuvre sur Internet se situerait dans **l'exigence de bonne administration de la justice**. Comme nous l'avons relevé au moment d'examiner l'article 5 (3) en détails, cette règle de compétence spéciale a notamment pour but d'améliorer la bonne administration de la justice en offrant un for au demandeur plus proche des faits infractionnels et de leurs conséquences que celui du for du défendeur. L'on peut légitimement se demander si cette exigence est rencontrée en rendant possible la compétence internationale de tous les juges sur les territoires respectifs desquels le site communiquant l'œuvre est accessible.

Cela étant, dans les affaires *eDate* et *Olivier Martinez* toujours pendantes, il était, rappelons-le, question d'une atteinte aux droits de la personnalité par l'intermédiaire d'Internet. Dissertant sur la manière d'adapter la jurisprudence *Shevill* au domaine d'Internet, l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN concéda qu'il fallait respecter, en principe, cette exigence de bonne administration de la justice²³⁸. Mais, poursuivit-il, Internet rend cette exigence difficile à satisfaire. Alors, loin de rejeter la jurisprudence *Shevill*, il proposa à la Cour que les juridictions suivantes soient compétentes²³⁹ :

- Celles « *de l'Etat membre du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication ayant porté atteinte aux droits de la personnalité, qui sont compétentes pour réparer la totalité des dommages découlant de l'atteinte auxdits droits* » (**solution conforme à l'arrêt *Shevill***) ;
- Celles « *de l'Etat membre dans lequel la publication a été diffusée et dans lequel le titulaire du droit de la personnalité affirme avoir subi une atteinte à sa réputation, qui sont compétentes pour connaître uniquement des dommages causés dans l'État membre de la juridiction saisie* » (solution également **conforme à l'arrêt *Shevill***) ;

²³⁴ 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.

²³⁵ B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en Internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening*, op. cit., p. 101, n°170.

²³⁶ Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, précité, p. 1019 (affaire *Roland Garros*) : « *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* ».

²³⁷ 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* ».

²³⁸ 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.

²³⁹ *Ibid.*, pt. 82.

- Et enfin, « celles de l'État membre dans lequel est situé le 'centre de gravité du conflit' entre les biens et intérêts en jeu, qui sont ainsi compétentes pour réparer la totalité des dommages découlant de l'atteinte aux droits de la personnalité. On entend par 'État membre dans lequel est situé le "centre de gravité du conflit"' 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 » (nouveau par rapport à l'arrêt *Shevill*).

Ainsi finalement, la bonne administration de la justice, selon la proposition de l'Avocat général, se matérialise dans l'octroi d'un choix de for supplémentaire à la victime. Cette juridiction du « *centre de gravité du conflit* » aurait compétence internationale pour l'ensemble du litige. Ce serait donc positif pour la victime, mais également pour le défendeur, qui ne serait pas assigné devant plusieurs juridictions et devrait donc assumer plusieurs procès à caractère transnational.

Nous verrons ce qu'en dira et ce que décidera *in fine* la Cour de justice dans son arrêt, mais nous pouvons d'ores et déjà retenir que le problème de la bonne administration de la justice ne paraît pas être réellement une difficulté pour l'Avocat général.

175. Enfin, et c'est peut-être l'élément le plus dangereux pour le demandeur : **la difficulté d'obtenir un *exequatur***, notamment si le juge d'un Etat membre se déclare compétent sur base d'une disposition nationale (comme l'article 46 du NCPC) au motif que le site serait accessible dans son ressort.

En effet, si la compétence est fondée sur l'article 5 (3), c'est que le défendeur est domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne et le Règlement 44/2001 sera, en conséquence, également applicable pour l'*exequatur*. Or, cet instrument a pour ambition de faciliter la circulation des décisions de justice. Au sein de l'Union européenne, la procédure de déclaration de force exécutoire est donc rapide et simplifiée et se déroule même, dans un premier temps, sur requête unilatérale²⁴⁰.

A contrario, si la compétence « universelle » des tribunaux en Europe est fondée sur base de leur droit international privé national, c'est que le défendeur est domicilié hors de l'Union européenne. Dans ce cas, comme l'illustre parfaitement l'affaire *Yahoo !* et la décision de non-reconnaissance du juge américain Fogel, l'*exequatur* est beaucoup plus incertain.

Cependant, nous voudrions, tout d'abord, mettre en évidence un point primordial : la question de l'*exequatur* hors de l'Union européenne est toujours complexe, peu importe le litige en question.

Ensuite, nous sommes d'avis que l'affaire *Yahoo !* était très spécifique et ce à plusieurs titres.

²⁴⁰ Voy. les articles 38 à 56 du Règlement 44/2001 ainsi que : A. NUYTS, « La communautarisation de la Convention de Bruxelles - Le règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.*, 2001, p. 920, n°18 et N. WATTÉ, A. NUYTS et H. BOULARBAH, « Le règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.D.E.*, 2002, p. 170-171, nos 18 et s.

D'une part, elle portait sur deux éléments délicats : le nazisme et la liberté d'expression. Dans cette affaire, nous sommes face à un réel conflit de valeurs et de lois : aux Etats-Unis, la liberté d'expression, garantie par le Premier Amendement de la Constitution américaine, est très étendue ; en Europe, au contraire, si la liberté d'expression est également une liberté fondamentale, celle-ci ne permet pas d'aller aussi loin qu'aux Etats-Unis (où l'on peut vendre librement des objets nazis).

Ce conflit de valeurs est beaucoup moins probable avec le droit d'auteur. En effet, rappelons que celui-ci est protégé dans les 164 Etats qui ont ratifié la Convention de Berne. De plus, le contenu du droit d'auteur connaît une certaine harmonisation à l'échelle mondiale, que ce soit par la Convention de Berne, l'Accord ADPIC²⁴¹, ou le Traité OMPI sur le droit d'auteur.

D'autre part, ce qui posait surtout problème dans l'affaire *Yahoo !*, c'est que le juge parisien avait imposé aux défendeurs d'empêcher l'accès au site litigieux à partir de la France. Or, ceux-ci considéraient que c'était techniquement impossible, sauf à fermer tout bonnement et simplement le site, ce qui serait contraire à la Constitution et à l'ordre public américains. Cet argument semble, à l'heure actuelle, pour le moins désuet. Il est parfaitement possible d'empêcher l'accès à un contenu mis en ligne à partir de certains territoires. Tout quiconque fréquente le site « youtube.com », sait que certaines vidéos ne peuvent être consultées à partir de la Belgique et que le message suivant apparaît alors : « *Cette vidéo n'est malheureusement pas accessible pour votre territoire* ». Il en va de même pour les sites de chaînes de télévision qui permettent de revoir sur Internet les émissions gratuitement pendant sept jours. Si vous consultez le site d'une telle chaîne française, vous ne pourrez pas, si vous êtes connectés à partir de la Belgique, revoir ces émissions²⁴².

En tout état de cause, nous ne percevons pas directement ce que changerait la théorie de la focalisation à l'égard du problème de l'*exequatur*. En effet, si vous ne pouvez sur base de cette théorie agir qu'en France (parce que les indices mèneraient vers cet Etat) au lieu des 26 autres Etats membres, il vous sera toujours aussi difficile d'obtenir un *exequatur* en Chine ou en Inde ! La seule solution pour remédier au problème de l'*exequatur* serait d'agir devant le juge de l'évènement causal (et donc en Chine ou en Inde dans l'exemple donné).

Section 5 – Le droit d'auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation ?

176. La focalisation est inutile en droit d'auteur. Pire encore : elle ne saurait reposer sur un critère décisif, si on l'admettait. Il conviendrait alors de procéder à une focalisation sur base d'un faisceau d'indices, ce qui reviendrait à limiter les possibilités d'action de l'auteur et ce, comble du comble, selon la volonté ou l'intention du contrefacteur !

C'est inacceptable et l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN l'a bien compris en proposant à la Cour de justice ne pas procéder à une assimilation entre l'article 15 et l'article 5 (3) du

²⁴¹ L'adhésion à l'Accord instituant l'OMC implique automatiquement l'adhésion à l'Accord ADPIC, lequel rassemble ainsi de nombreux pays en voie de développement, qui doivent désormais mettre en œuvre des législations protectrices des droits de propriété intellectuelle et donc du droit d'auteur.

²⁴² Essayez par exemple de revoir une vidéo, à partir de la Belgique, sur <http://www.direct8.fr/replay/> ou sur <http://www.w9replay.fr> et vous verrez le message : « *Désolé cette vidéo n'est pas disponible sur votre territoire* ».

Règlement 44/2001. En cela donc, la focalisation pour une atteinte portée sur Internet à une œuvre protégée, en plus d'être inutile, est inopportune et peu souhaitable.

177. De surcroît, les dangers liés à l'universalité de la compétence des tribunaux, consécutive de l'accessibilité ubiquitaire des sites internet, sont finalement minimes. Tout quiconque est actif sur le réseau doit se responsabiliser et savoir que ses actes ne sont pas immunisés parce qu'il serait dans un monde virtuel. Des actions en justice ont d'ailleurs été directement dirigées contre certains internautes, sans doute pour en faire des exemples et décourager tous les autres. De plus, la grande médiatisation qu'a connue, à l'échelle européenne, l'adoption en France de la loi HADOPI²⁴³ a sans doute contribué à la prise de conscience de l'opinion publique de l'Union européenne que se livrer à des actes contraires au droit d'auteur était répréhensible. L'argument de la prévisibilité ou de la sécurité juridique du contrefacteur-défendeur n'est plus, à nos yeux, pertinent. Il en va de même pour celui lié à l'impossibilité d'obtenir l'*exequatur* à l'étranger d'une décision rendue dans le pays où le dommage est ressenti, surtout que ce problème ne serait en rien résolu par la théorie de la focalisation. Et enfin, la bonne administration de la justice consiste aussi à permettre au demandeur de pouvoir agir là où il subit un dommage. Les conclusions de l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN vont indéniablement en ce sens. Sa proposition est même très favorable au demandeur puisqu'il souhaite qu'un for supplémentaire, celui du lieu du centre de gravité du litige, soit compétent pour l'ensemble du différend. Cette solution s'inscrit, du reste, dans la droite de ligne de ce que certains éminents experts de la matière comme A. LUCAS et J. C. GINSBURG appellent de leurs vœux depuis une décennie²⁴⁴.

178. Au regard des spécificités du droit d'auteur ainsi qu'à la faiblesse des arguments liés aux dangers de la théorie de l'accessibilité, nous sommes convaincus que la réponse à la question de savoir si le droit d'auteur échappe à la théorie de la focalisation doit être affirmative.

La mise en ligne d'une œuvre protégée peut engendrer un dommage partout et il faut reconnaître à l'auteur de pouvoir agir, pour autant que le site internet contrefaisant y soit accessible, devant les tribunaux de tous les Etats membres par le biais de l'article 5 (3) du Règlement Bruxelles I.

179. Notre analyse se voit, du reste, confortée par une réflexion cardinale de l'Avocat général dans les affaires *eDate* et *Olivier Martinez*²⁴⁵ :

« Selon nous, la réponse ne se trouve pas dans une approche radicalement nouvelle de la jurisprudence précitée. Au contraire, nous estimons que la réponse donnée par la Cour de justice en 1995 demeure valable aujourd'hui (...). Il suffirait d'ajouter un critère de rattachement supplémentaire à ceux qui ont

²⁴³ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *J.O.R.F.*, 13 juin 2009, p. 9666.

²⁴⁴ A. LUCAS, « Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », *op. cit.*, p. 22, n°71 ; A. LUCAS, « La responsabilité civile des acteurs de l'Internet », *op. cit.*, p. 50, n°39 ; J. C. GINSBURG, « Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks », Doc. OMPI, GCPIC/2, 30 novembre 2008, p. 18.

²⁴⁵ Conclusions de l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN, présentées dans le 29 mars 2011, affaires *eDate* et *Olivier Martinez*, C-509/09 et C-161/10, pt. 54.

alors été prévus, sans qu'il soit en outre nécessaire de restreindre spécifiquement l'hypothèse aux dommages causés par le biais d'Internet ».

De cette réflexion, nous comprenons que pour l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN, **il n'y a pas lieu de restreindre, par une focalisation ou par un autre moyen, la juridiction des tribunaux des lieux où le dommage peut être localement ressenti.**

Certes, cette affaire concerne les droits de la personnalité, mais nous l'avons compris : une œuvre, par la protection quasi-universelle dont elle jouit et par le fait qu'elle puisse être violée par une simple communication au public sur Internet, se rapproche, sur le plan des conflits de juridictions, des droits de la personnalité, qui eux aussi peuvent être violés par la simple diffusion d'une information, contrairement aux marques. Aussi, nous considérons le raisonnement de l'Avocat général transposable au champ du droit d'auteur.

Reste bien entendu à attendre l'arrêt de la Cour de justice, afin de savoir si celle-ci suivra les conclusions de l'Avocat général !

Conclusion

180. Au terme de cette étude, nous pensons avoir confirmé notre intuition initiale et démontré à suffisance que le droit d'auteur doit indiscutablement échapper à la théorie de la focalisation.

A ce titre, des considérations de droit matériel nous ont permis de comprendre la différence essentielle entre le droit d'auteur et le droit des marques. Certes, il s'agit là de deux droits de propriété intellectuelle, mais le premier n'est pas soumis au principe de territorialité formelle, ce qui implique qu'il a une portée quasi-universelle. Aussi, une œuvre peut être contrefaite dans les 164 Etats membres de la Convention de Berne. Contrairement au droit des marques donc, le caractère ubiquitaire d'Internet pose moins de problèmes puisqu'il est davantage en adéquation avec la protection quasi-universelle dont jouit une œuvre protégée. L'examen de la nature des droits d'auteur renforce cette conviction : ceux-ci peuvent être violés par la simple diffusion de l'œuvre protégée.

181. En synthèse, un auteur victime d'une contrefaçon en ligne pourrait donc, selon nous, agir soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant le tribunal du lieu de l'évènement causal (lieu d'établissement du contrefacteur ou lieu où le site litigieux est hébergé), soit encore devant les tribunaux des 27 Etats membres de l'Union européenne mais alors uniquement pour le dommage subi sur le territoire de chacun de ces 27 Etats.

Ainsi que nous l'avons exposé, rien ne s'oppose plus à la compétence systématique des 27 Etats membres. Observons d'ailleurs que si l'auteur agit en cessation devant le juge du lieu où le dommage est subi, la portée territoriale de cet ordre de cessation devra être limitée à ce territoire, ce qui ne devrait pas poser de problèmes puisqu'il est aujourd'hui possible d'empêcher la diffusion du contenu d'un site internet vers certains territoires, sans pour autant être obligé de fermer le site internet. L'argument technique lié à l'action en cessation nous semble donc, à l'heure actuelle, devenu caduque !

182. En conclusion, la focalisation est une belle théorie, utilisée massivement par les Cours et tribunaux français, mais il nous semble qu'elle ne devrait pas déborder du cadre très précis dans lequel et pour lequel elle fut élaborée, à savoir la matière strictement territoriale du droit des marques.

Bien sûr, il demeure des incertitudes. Toutefois, nous devrions savoir, à brefs délais, si notre analyse est exacte. La Cour de justice devrait, en effet, se prononcer sous peu dans les affaires *eDate* et *Olivier Martinez*. La décision de la Cour sera déterminante car nous apprendrons, seize ans après l'arrêt *Shevill*, si celui-ci est applicable ou non à Internet. Du reste, le règlement de l'affaire *Wintersteiger* sera également précieux car nous saurons alors si la focalisation est applicable ou non au droit des marques et, le cas échéant, le critère dont il convient de faire usage lorsqu'une marque est atteinte par le biais du système *AdWords* de Google.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

- BERENBOOM (A.), *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008.
- BERGÉ (J.-S.), «The Territoriality Principle and Intellectual Property », disponible sur http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2010/06/berge_en-wp-cejec-2010_6.pdf (11/04/2011).
- BESOUSSAN (A.), « Internet, délit, compétence des juridictions françaises », 13 novembre 2008, disponible sur <http://www.alain-bensoussan.com/avocats/internet-delit-competence-des-juridictions-francaises/2008/11/13> (16/04/2011).
- BOUCHE (N.), *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002.
- BRAUN (A.) et CORNU (E.), *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009.
- BURNSTEIN (M.), « A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment », in K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (dir.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? – Internet, Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 23-34.
- CACHARD (O.), *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- CACHARD (O.), « 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, p. 632.
- CACHARD (O.), « Jurisdiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *R.L.D.I.*, Août-Septembre 2010, n°63, pp. 15-21.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.), *Droit des biens*, Paris, Bréal, Lexifac Droit, 2007.
- CHENAUX (J.-L.), *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux : étude de droit international privé comparé*, Genève, Librairie Droz, 1990.
- DE GROOTE (B.) et DERROITTE (J.-FR.), « L'Internet et le droit international privé : un mariage boiteux ? A propos des affaires Yahoo ! et Gutnick », *Revue Ubiquité – Droit des technologies et de l'information*, 16/2003, pp. 61-82.
- DE GROOTE (B.), *Onrechtmatige daad en Internet – Een rechtsvergelijkende analyse van artikel 5, sub 3 EEX-Verordening*, Brussel, Larcier, 2004.
- DE GROOTE (B.), « Droit international privé – Compétence internationale et droit applicable », *R.D.T.I.*, 39/2010, pp. 43-58.
- DE LA MOTTE ROUGE (H.), « Compétence des juridictions françaises en matière de délit commis à l'étranger par Internet », 6 mars 2009, disponible sur <http://www.e-juristes.org/jurisprudence-3/> (16/04/2011).
- DOCQUIR (B.), « Le titulaire du droit d'auteur – Etude de conflit de lois », *Ing. Cons.*, n°5, 2003, pp. 409-450.
- DOCQUIR (B.) et DE GRYSSE (E.), « Cour de justice des communautés européennes 13 juillet 2006 (2 arrêts) », *R.D.C.*, 2007/2, pp. 190-193.
- FAWCETT (J. J.) et TORREMANS (P.), *Intellectual Property and Private International Law*, New York, Oxford University Press, 1998.
- GAUDEMET-TALLON (H.), « Droit international privé de la contrefaçon, aspects actuels », *D.*, 2008, pp. 735-742.
- GINSBURG (J. C.), « Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks », Doc. OMPI, GCPIC/2, 30 novembre 2008.
- GOTZEN (F.) et JANSSENS (M.-C.), *Handboek Merkenrecht (Benelux, Communautair, Internationaal)*, 2de Herkwerkte Uitgave, Brussel, Bruylant, 2010.
- HAOUIDEG (H.), « Droit d'auteur et droit international privé en Belgique », *R.I.D.A.*, 2006, pp. 98-177.

- ISGOUR (M.), « Sur la compétence *ratione materiae* en matière de droit à l'image et sur les limites du droit à l'information face au droit à l'image », obs. sous Comm. Liège (2e ch.), 24 novembre 2006, R.G. n° 0899/05, *R.D.T.I.*, 27/2007, pp. 138-144.
- KAUFMANN-KOHLER (G.), « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », in K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (dir.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? – Internet, Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 89-141.
- LANGLET (O.), *Le contrat de travail international*, Bruxelles, Kluwer, 2005.
- LARDEUX (G.), « La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits », *D.*, 2010, pp. 1183 et s.
- LÉONARD (TH.), « La compétence internationale du juge des cessations : une question de responsabilité civile ? », note sous Comm. Louvain (cess.), 1^{er} mars 2007, *Handelspraktijken & Mededinging – Pratiques du commerce & Concurrence*, 2007, pp. 786-802.
- LUCAS (A.), « Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux », Doc. OMPI, GCPIC/1, 25 novembre 1998.
- LUCAS (A.), « La responsabilité civile des acteurs de l'Internet », *A&M*, 2000/1, pp. 42-52.
- MANARA (C.), « 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.
- MASSA (CH.-H.) et STROWEL (A.), « La protection des articles utilitaires par le droit des dessins ou modèles, le droit d'auteur et le droit des marques – Actualités législatives et jurisprudentielles », in *Les Droits intellectuels : développements récents*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 129-179.
- MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.), *Droit international privé*, Paris, Bréal, Lexifac Droit, 2008.
- MICHAUX (B.), CORNU (É.) et SORREAUX (G.), « 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. 31-65.
- MOUGENOT (D.), *Principes de droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- NOURISSAT (C.) et TREPPOZ (É.), *Droit international privé et propriété intellectuelle – Nouveau cadre, Nouvelles stratégies*, Rueil-Malmaison, Editions Lamy, 2010.
- NUYS (A.), « La communautarisation de la Convention de Bruxelles - Le règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.*, 2001, pp. 913-922.
- NUYS (A.), SZYCHOWSKA (K.), HATZIMIHAIL (N.), « 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> (12/03/2011).
- NUYS (A.), « 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.
- NUYS (A.) et BOULARBAH (H.), « Droit international privé européen (2006-2008) », *J.T.D.E.*, 2008, pp. 308-315.
- PARTSCH (PH.-É.), *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003.
- PASSA (J.), « 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> (11/04/2011).
- PERTEGÀS SENDER (M.), « I. – Propriété intellectuelle », in H. BOULARBAH (coord.), « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, pp. 201-203.
- POULLET (Y.) et LEROUGE (J.-FR.), « La responsabilité des acteurs de l'Internet », disponible sur <http://www.crid.be/pdf/public/4143.pdf> (06/04/2011).
- POURDIEU (S.), « De la compétence des tribunaux français dans le cadre des contentieux sur internet », *R.L.D.I.*, Avril 2010, n°59, pp. 38-39.

- PUTTEMANS (A.), « Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé », *R.D.C.*, 2005/6, pp. 615-627.
- REMICHE (B.) et CASSIERS (V.), *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- ROJINSKY (C.), « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.*, 2001, pp. 844 et s.
- ROOX (K.), « Intellectuele Eigendom in Het Nieuwe Wetboek I.P.R. » disponible sur http://www.crowell.com/documents/DOCASSOCFKTYPE_ARTICLES_616.pdf (30/03/2011).
- STEGEMAN (E.), *Hoe gaan rechters om met de grenzeloosheid van het Internet?*, Universiteit Utrecht, avril 2004, disponible sur www.uu.nl/uupublish/content/Grenzeloosheid.pdf (11/04/2011).
- STUER (G.) et DEKETELAERE (Y.), obs. sous T.G.I. Paris (réf.), 22 mai 2000 et T.G.I. Paris (réf.), 20 novembre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 425-429.
- TREPPOZ (E.), « De la localisation d'agissements de concurrence déloyale et de contrefaçon accomplis via internet », *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 2008, pp. 322 et s.
- VAN ASBROECK (B.) et COCK (M.), « La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique », in E. CORNU (dir.), *Bande dessinée et droit d'auteur – Stripverhalen en auteursrecht*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 179-226.
- VAN EECHOUDE (M.), note sous Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, pp. 104-105
- VERBIEST (TH.) et WERY (E.), *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2002.
- WATTÉ (N.), NUYTS (A.) et BOULARBAH (H.), « Le règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.D.E.*, 2002, pp. 161-171.

JURISPRUDENCE

Avertissement : les décisions disponibles en ligne ont toutes été consultées et vérifiées au 23 mai 2011.

I. JURISPRUDENCE DE L'UNION EUROPÉENNE²⁴⁶

1. C.J.C.E., 30 novembre 1976, arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, C-21/76, *Rec.*, 1976, p. 1735.
2. C.J.C.E., 15 novembre 1983, arrêt *Duijnste*, C- 288/82, *Rec.*, 1983, p. 3666.
3. C.J.C.E., 27 septembre 1988, arrêt *Kalfelis*, C-189/87, *Rec.*, 1988, p. 5585.
4. C.J.C.E., 6 décembre 1994, arrêt *Tatry*, C-406/92, *Rec.*, 1994, p. I-5439.
5. C.J.C.E., 7 mars 1995, arrêt *Shevill*, C-68/93.
6. C.J.C.E., 19 septembre 1995, arrêt *Marinari*, C-364/93.
7. C.J.C.E., 13 juillet 2000, arrêt *Group Josi*, C-412/98.
8. C.J.C.E., 19 février 2002, arrêt *Besix*, C-256/00.
9. C.J.C.E., 1^{er} octobre 2002, arrêt *Henkel*, C-167/00, *Rec.*, 2000, p. I-8111.
10. C.J.C.E., 5 février 2004, arrêt *DFDS*, C-18/02, *Rec.*, 2004, p. I-1417.
11. C.J.C.E., 10 juin 2004, C-555/03 (ordonnance).
12. C.J.C.E., 13 juillet 2006, arrêt *GAT*, C-4/03.
13. C.J.C.E., 13 juillet 2006, arrêt *Roche Nederland*, C-539/03.
14. C.J.C.E., 24 mars 2009, C-584/08 (ordonnance).
15. 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).
16. C.J.U.E., 7 décembre 2010, arrêt *Pammer et Alpenhof*, C-585/08 et C-144/09 (affaires jointes).

II. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

1. T.G.I. Nanterre (réf.), 13 octobre 1997, disponible sur <http://www.legalis.net/spip.php?article442> (affaire *Payline*).
2. Paris (14e ch.), 1^{er} mars 2000, disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=398 (affaire *Miam-Miam*).
3. Cass. fr. (ch. comm.), 7 mars 2000, disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=397 (affaire *France 2*).
4. T.G.I. Paris (réf.), 22 mai 2000, *J.T.*, 2001, pp. 421-422.
5. Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 9 décembre 2003, *D.*, 2004, pp. 276 et s. (affaire *Castellblanch*).
6. T.G.I. Paris, 7 janvier 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20050107.pdf> (affaire *ACET*).
7. Cass. fr. (ch. comm.), 11 janvier 2005, *D.*, 2005, pp. 428 et s. (affaire *Hugo Boss*).
8. Paris (4e ch.), 26 avril 2006, disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=1653 (affaire *ACET*).

²⁴⁶ Les arrêts pour lesquels la mention de la publication au *Recueil* n'est pas indiquée sont disponibles, et ont été consultés, sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

9. Cass. fr. (ch. comm.), 20 mars 2007, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1893 (affaire *Gep Industries*).
10. Paris (4^e ch.), 6 juin 2007, disponible sur http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1943 (affaire *Axa*).
11. Lyon (3^e ch.), 31 janvier 2008, disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_rtf.do?idTexte=JURITEXT000018187697&origine=juriludi (affaire *Pneus Online Suisse*).
12. Paris (11^e ch.), 14 février 2008, disponible sur <http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/256-1.pdf> (affaire *Real de Madrid*).
13. T.G.I. Paris, 3 septembre 2008, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2417 (affaire *Hernan Gazmuri*).
14. Cass. fr. (ch. crim.), 9 septembre 2008, *R.I.D.A.*, 2008, pp. 488-501 (affaire *Il Foglio*).
15. Paris (4^e ch.), 19 décembre 2008, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2519 (affaire *L'Oréal c. eBay*).
16. Paris (1^{ère} ch.), 9 septembre 2009, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2730 (affaire *Hernan Gazmuri*).
17. Paris (2^e ch.), 2 décembre 2009, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2795 (affaire *Maceo*).
18. Cass. fr. (ch. comm.), 9 mars 2010, disponible sur <http://www.legalis.net/spip.php?article2948> (affaire *Pneus Online Suisse*).
19. Cass. fr. (ch. comm.), 13 juillet 2010, disponible sur <http://dl.dropbox.com/u/5073431/Jurisprudence/Liens%20publicitaires/CassCom13juil10%28LV%20Google%29.pdf> (affaire *Google c. Louis Vuitton*).
20. Cass. fr. (ch. comm.), 23 novembre 2010, disponible sur <http://www.legalis.net/spip.php?article3039> (affaire *Axa*).
21. Cass. fr. (ch. civ.), 9 mars 2011, *D.*, 2011, pp. 889 et s. (affaire *Hernan Gazmuri*).
22. Cass. fr. (ch. comm.), 29 mars 2011, disponible sur http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3142 (affaire *Maceo*).

III. JURISPRUDENCE BELGE

1. Comm. Bruxelles (cess.), 5 mars 2001, *Handelspraktijken & Mededinging – Pratiques du commerce & Concurrence*, 2001, pp. 583-590 (affaire *Liberty*).
2. Bruxelles, 4 mai 2001, *Revue@dipr.be*, 2003, n°2, pp. 15-21 (Affaire *Le voyage de la guillotine*).
3. Civ. Bruxelles (réf.), 23 janvier 2003, *A&M*, 2005/4, pp. 305-308 (affaire *Women.com*).
4. Bruxelles (9e ch.), 2 décembre 2004, *J.T.*, 2005, pp. 338-340 (affaire *Liberty*).
5. Civ. Liège (2e ch.), 24 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008/21, pp. 926-941 (affaire *Zidane*).
6. Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008/23, pp. 1015-1023 (affaire *Roland Garros*).
7. Liège (14e ch.), 15 décembre 2008, disponible sur <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2009/pdf/18-u-fr-09.pdf> (affaire *Zidane*).
8. Liège (14e ch.), 30 juin 2009, inédit (affaire *Zidane*).

IV. JURISPRUDENCE NÉERLANDAISE

1. 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*).
2. Hof Amsterdam, 11 novembre 1999, disponible dans P. G. F. A. GEERTS et J. R. M. RIJNDERS, *Jurisprudentiebundel ICT-recht: informatie- en communicatietechnologie*, Amsterdam, Kluwer, 2004, p. 426 (affaire *Tartes érotiques*).
3. Rb Arnhem, 27 janvier 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AF3374> (affaire *Ladbrokes*).
4. Rb. Utrecht, 27 février 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AF5121> (affaire *Paramount*).
5. Gerechtshof Arnhem, 2 septembre 2003, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AJ9996> (affaire *Ladbrokes*).
6. Rb. 's-Gravenhage, 8 février 2005, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AS5629> (affaire *VITRA*).
7. H.R., 18 février 2005, disponible sur <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AR4841> (affaire *Ladbrokes*).
8. Gerechtshof te 's-Gravenhage, 20 mars 2008, disponible sur <http://www.boek9.nl/uploads/getobject.php-id=4515.pdf> (affaire *VITRA*).
9. Rb. Amsterdam, 19 février 2009, *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 2009-3, pp. 101-104 (affaire *Cassina*).

V. DIVERS

1. 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_annuel_36/rapport_2005_582/ (4/05/2011).
2. 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.

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